

XXXI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

“Desafíos para una nueva justicia”

Comisión 4: A seis años del Código Civil y Comercial de la Nación

Subtema: Procesos de familia: principios e instituciones especiales, los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho en el proceso, etc.

Autor: PAGES LL., ROBERTO MARIANO (1)

Dirección Postal: La Pampa 2470 Oeste - San Juan

Tel.: (0264) 154438860

Correo Electrónico: rpagesll@gmail.com

Síntesis de la Ponencia:

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) regula el régimen de apoyos en la sección correspondiente a la capacidad civil de las personas, armonizando así la normativa nacional con el artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (CDPD), de jerarquía constitucional. Establece un modelo de “apoyo en la toma de decisiones”, basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones, y en el art. 43 del CCCN se prevé que la persona interesada puede proponer al juez/a “la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo”.

Se propone la regulación procesal de la solicitud de designación voluntaria de apoyos para el ejercicio de la capacidad a personas con discapacidad y la homologación del acuerdo de apoyo entre la persona interesada y aquella o aquellas que se propongan a este fin, sin necesidad de que se tramite un proceso de restricción de su capacidad, a los fines de garantizar el pleno

¹ Profesor titular de Derecho Procesal Civil en la Universidad Católica de Cuyo; miembro y delegado por San Juan en la Asociación Argentina de Derecho Procesal.

ejercicio de sus derechos y sin que el proceso judicial pueda ser la causa de una marginación, estigmatización o trato inhumano.

I. Introducción

En Argentina, según el último “Estudio Nacional sobre el Perfil de las Personas con Discapacidad”, realizado en el 2018 por el INDEC, el 10,2% de la población de 6 años y más tiene algún tipo de dificultad (discapacidad). (2)

El modelo social basado en los derechos humanos de las personas con discapacidad refiere a que las causas que originan la discapacidad son sociales y no individuales, y responden a las limitaciones de la sociedad de prestar servicios adecuados para la inclusión de las personas con discapacidad, y que evitan su participación plena en la sociedad en igualdad de condiciones que las demás. (3)

De conformidad con la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 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 esa participación plena y efectiva en la sociedad. (4) (5)

Las personas pueden tener: a) discapacidad física (motriz o motora), que es la secuela o malformación que deriva de una afección en el sistema

² Recuperado en: https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/poblacion/estudio_discapacidad_12_18.pdf

³ PALACIOS, Agustina; “El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plantación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. Recuperado en: <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/coleccion/Elmodelosocialdediscapacidad.pdf>

⁴ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tcccconvs.pdf>

⁵ Con la sanción de la Ley N° 26.378 la Argentina ha ratificado la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. Recuperado en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141317/norma.htm>

neuromuscular a nivel central o periférico, dando como resultado alteraciones en el control del movimiento y la postura (diversidad funcional), y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás; b) discapacidad mental (psicosocial), que resulta de la alteración o deficiencia en el sistema neuronal de una persona, que aunado a una sucesión de hechos que no puede manejar, detona un cambio en su comportamiento que dificulta su pleno desarrollo y convivencia social (diversidad funcional), y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás; c) discapacidad intelectual, que se caracteriza por limitaciones significativas tanto en la estructura del pensamiento razonado, como en la conducta adaptativa de la persona (diversidad funcional), y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás; y d) discapacidad sensorial, que es la deficiencia estructural o funcional de los órganos de la visión, audición, tacto, olfato y gusto, así como de las estructuras y funciones asociadas a cada uno de ellos (diversidad funcional), y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

Atendiendo al tipo de diversidad funcional de que se trate, una persona puede presentar no solo una, sino varios tipos de discapacidad a la vez (discapacidad múltiple), como ocurre con las personas con una diversidad funcional en el intelecto, que les puede provocar una de tipo intelectual, motriz y hasta sensorial.

Ahora bien, la determinación de la existencia de una discapacidad y el tipo de esta dependerán de la valoración de un equipo interdisciplinario, conformado por especialistas en diversas ramas del conocimiento, no solo de la medicina o psiquiatría, sino también por especialistas en trabajo social, psicología, sociología, entre otros.

Y la debilidad jurídica estructural que sufren las personas con padecimientos mentales, de por sí vulnerable a los abusos, genera la necesidad de establecer una protección normativa eficaz, tendiente a la rehabilitación y reinserción del paciente en el medio familiar y social.

En consecuencia, en la lucha contra la segregación y el posible trato inhumano que puede ser ejercidos sobre las personas con discapacidad ⁽⁶⁾, el derecho debe ejercer una función preventiva y tuitiva de sus derechos fundamentales, cumpliendo para ello un rol preponderante la actividad jurisdiccional con el cuidado de que el proceso judicial no sea causa de una marginación, estigmatización o trato inhumano. ⁽⁷⁾ ⁽⁸⁾ ⁽⁹⁾

II. LOS APOYOS

En el Código Civil y Comercial (CCCN) se establece el principio general de capacidad de las personas y lo hace en relación a ambos tipos de capacidades:

a) la de derecho, y b) de hecho, goce o ejercicio.

⁶ Ver: Mental Disability Rights International (2007). Vidas Arrasadas. La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos. Un informe sobre derechos humanos y salud mental en Argentina. Buenos Aires, Argentina: Centro de Estudios Legales y Sociales. Recuperado de https://www.cels.org.ar/common/docs/mdri_cels.pdf

⁷ WINICK, Bruce J.; "JUSTICIA TERAPÉUTICA Y LOS JUZGADOS DE RESOLUCIÓN DE PROBLEMAS". Recuperado en: <http://www.scrve.com/~jessica/wexler/intj/JTylosJRP-BruceWinick.PDF>

⁸ WEXLER, David B.; "Justicia Terapéutica: Una Visión General". Recuperado en: <http://www.law.arizona.edu/depts/upr-intj/pdf/TouroLawReview.pdf>

⁹ Por ejemplo, la forma en que el juez se comporta en una audiencia puede influir en cómo una persona cumple o no la resolución que luego se dicta. Cuando las personas consideran que han sido una parte activa en la toma de decisiones de un problema que les atañe directamente, se incrementa su satisfacción con el proceso, el grado de aceptación y el cumplimiento de las órdenes y los acuerdos alcanzados. El modo en el que actúan los jueces y el resto de los profesionales jurídicos puede repercutir directamente en el bienestar y la salud mental de las personas con las que interactúan. B. WINICK y D. WEXLER (Eds.), "Judging in a Therapeutic Key: Therapeutic Jurisprudence and the courts", Durham: Carolina Academic Press.

Se define qué se entiende por cada una de ellas así como la posibilidad de establecer determinadas restricciones, sus condiciones y justificación en cada caso. ⁽¹⁰⁾

La capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial, y las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona. ⁽¹¹⁾

Y en su art. 43 entiende por apoyo a “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”.

En efecto, el CCCN establece un modelo de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, en principio, para aquellos casos en que la persona mayor de trece años pueda requerirlos a raíz de **una adicción o una alteración mental permanente o prolongada**, siempre que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar en daños a su persona o sus bienes, debiéndose especificar sus funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona (art. 32, CCCN).

Además, un sistema de apoyos debe basarse en el vínculo de confianza pues si el sistema de apoyo es impuesto judicialmente y el encargado de efectuarlo no es elegido por la persona en base a dicho vínculo, se desnaturaliza la figura, salvo que se detecte la existencia de intereses contrapuestos o el riesgo de una manipulación de su voluntad. ⁽¹²⁾

¹⁰ Ver en: [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf)

¹¹ Artículo 31, CCCN.

¹² Ver en “Principios de interpretación del modelo de capacidad jurídica y del sistema de apoyos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, elaborado por Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI) y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Recuperado en: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2018/01/Principios-de-interpretaci%C3%B3n-jur%C3%ADdica-CCCN.pdf>

III. LA SOLICITUD DE DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE APOYO PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Sostiene Giavarino que en el nuevo Código Civil y Comercial, las medidas de apoyo estarían reservadas solamente para los supuestos de restricción a la capacidad jurídica por razones de adicciones y alteraciones mentales (arts. 32, 34, 38 y conc.), pero el art. 43 del CCCN que regula los “sistema de apoyo para el ejercicio de la capacidad” lo hace como una “institución autónoma”, con una finalidad propia, lo cual permitiría deducir que vale para todo tipo de situaciones donde la persona requiera de un sistema de apoyo para el ejercicio de su capacidad. ⁽¹³⁾

En esta consideración se tiene en cuenta lo previsto en el art. 103 del CCCN, referido a la competencia del Ministerio Público, en tanto establece que su actuación procede “...respecto de personas... incapaces y con capacidad restringida y, de aquéllas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos... tanto en el ámbito judicial como extrajudicial”. De esta norma puede advertirse la diferenciación entre tres posibles situaciones de las personas: a) personas incapaces; b) personas con capacidad restringida, y c) personas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos.

Y en la jurisprudencia de nuestro País se ha interpretado que es posible la designación de apoyos sin necesidad de restringir la capacidad de la persona con discapacidad ⁽¹⁴⁾, con comentario favorable de la doctrina especializada

¹³ GIAVARINO, Magdalena B., “La implementación de los sistemas de apoyo en la falta de capacidad y el Proyecto de Reforma”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, Año V, N° 10, noviembre de 2013, ps. 201 y ss

¹⁴ Sala Primera en lo Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú, autos caratulados: “S. O. R. R. S/ RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD”, Voto de la Dra. Ana Clara Pauletti. En este caso por sentencia del día 28/10/1997 se había declarado la incapacidad de la Sra. O. R. R. S. en función de lo entonces normado por el art. 153 del Código Civil, por su condición de “sordomuda” que no sabía darse a entener por escrito. Tal decisión que en los términos del art. 40 del Código Civil y Comercial se sometió a revisión, y el 17/03/2021 se dictó resolución modificando aquella situación, con la restricción de la capacidad de ejercicio de la Sra. S. y la asignación de apoyos y salvaguardas, lo cual fue apelado por el Asesor de la Unidad de Letrados en Procesos de Salud Mental (ULPSM), en ejercicio del patrocinio

(¹⁵), pues cualquier asunto que involucre a una persona con discapacidad debe entenderse desde el principio de igualdad y no discriminación, y los jueces, a través de la interpretación y aplicación de la ley, deben hacer efectivos los principios básicos que rigen los derechos de las personas con discapacidad, como son su dignidad, su autonomía individual, la libertad de tomar las propias decisiones, y el respeto por la diferencia y la diversidad.

Además, del art. 12 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, surgen los elementos caracterizadores del régimen legal de provisión de apoyos, de los que se tiene que tener en cuenta que: 1- es aplicable a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica; 2- la finalidad de estas medidas de apoyo es permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad y han de estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales; 3- las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que sólo se acordaran en defecto o insuficiencia de estas últimas; 4- **no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona**; y 5- la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la

de la causante. La Cámara admitió el recurso y, en consecuencia, declaró el cese de la incapacidad establecido por sentencia del 28/10/1997, designó a la Sra. O. I. P. para que opere como apoyo a los efectos comunicacionales, actuando como intérprete de la Sra. O. R. R. S. ante los entes previsionales o de salud que lo requieran, y para el ejercicio de su vida independiente en sociedad, y que el cese de las limitaciones a la capacidad de ejercicio de la Sra. O. R. R. S., no puede afectar de ninguna manera los ingresos de orden previsional y goce de obra social de los que fuera beneficiaria en función de su discapacidad. Recuperado en: <http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/2137/2021%20CESE%20RESTRICCI%C3%93N%20SORDOMUDEZ%20AUTOSATISFACTIVA%20POR%20APOYO%20%281%29.pdf?sequence=1>

¹⁵ FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia; “De libertades apoyadas - La designación de apoyos sin restricciones a la capacidad jurídica”, Cita: RC D 613/2021.

persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.

A todo ello se agrega que en el derecho comparado se puede ver la regulación de la designación de apoyos a personas con discapacidad sin que sea necesario restringirles su capacidad. Así en la Ley 8/2021 del Reino de España, de 2 de junio del año 2021 ⁽¹⁶⁾, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, adecuado el ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad del 2006, entre las modificaciones con las que se pretende asegurar que las medidas respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, se encuentra el procedimiento de provisión judicial de apoyos, que será de jurisdicción voluntaria, salvo que haya oposición, considerando de manera esencial la participación de la propia persona, facilitando que pueda expresar sus preferencias e interviniendo activamente y, donde la autoridad judicial interese la información precisa, ajustándose siempre a los principios de necesidad y proporcionalidad. ⁽¹⁷⁾

El proceso de provisión de apoyos solo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún caso la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos.

Por ello que entendemos que las personas con algún tipo o grado de discapacidad que lo justifique, deben tener la posibilidad de solicitar la designación judicial de un apoyo, sin que implique que deban necesariamente tramitar un proceso de restricción de su capacidad, a los fines de favorecer y aumentar la autonomía personal.

¹⁶ Recuperada en: <https://vlex.es/vid/ley-8-2021-2-868699239>

¹⁷ Ver CAPÍTULO III bis Del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad Arts. 42 BIS A; 42 BIS B; y 42 BIS C. Recuperado de <https://vlex.es/vid/ley-jurisdiccion-voluntaria-ley-638539657>.

Y para que funcionen los sistemas de apoyo se hace necesaria una valoración concreta y particularizada de cada persona, pues la discapacidad presenta numerosos matices y el apoyo tiene que adaptarse a la concreta necesidad de la persona afectada. Se necesita tener un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien le de apoyo para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento para todas o para determinados actuaciones, y que le permita y favorezca el ejercicio del mayor espacio de autonomía posible para cada caso.

Con esta posibilidad de designación u homologación judicial del acuerdo de “apoyo” se evitaría el aspecto negativo de la restricción de capacidad cuando no sea necesaria, y resaltaría las capacidades que, aunque con necesidad de apoyos para determinados actos, pueda tener una persona con discapacidad.

Podría resultar útil en los casos de personas con discapacidades mentales leves o trastornos que no justifiquen restringirle su capacidad ⁽¹⁸⁾; en los supuestos de personas con discapacidades no mentales que requieran de ayuda para superar barreras comunicacionales o de otro tipo para la expresión de la voluntad; o en casos de adicciones, en los cuales la persona solicite la designación de un apoyo que lo asista en la toma de decisiones durante el tratamiento para su recuperación y que necesitan contar con un sistema de apoyos para actos determinados.

¹⁸ En la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de España 589/2021, de 8/9/2021, se ve un claro ejemplo de ello. La sentencia trata sobre una persona con Síndrome de Diógenes que requiere apoyos para determinados aspectos de su esfera personal. Tales aspectos son, por ejemplo, el orden y la limpieza de su domicilio o algunas cuestiones de sus tratamientos médicos. Sin embargo, no requiere apoyos para aspectos de su esfera patrimonial y sin necesidad de declaración judicial de modificación de capacidad. Recuperado en: <https://vlex.es/vid/875733238#:~:text=La%20sentencia%20concluy%C3%B3%20que%20el,negativa%20a%20permitir%20la%20entrada>

El juez estaría actuando como salvaguardia de que no exista un conflicto de intereses o la posibilidad de una influencia negativa a la persona con discapacidad.

IV. PROPUESTA

1. Se debe regular procesalmente la solicitud de designación voluntaria de apoyo para el ejercicio de la capacidad a personas con discapacidad y la homologación del acuerdo de apoyo entre la persona interesada y aquella o aquellas que se propongan a este fin, sin necesidad de que se tramite un proceso de restricción de su capacidad, a los fines de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos y sin que el proceso judicial pueda ser la causa de una marginación, estigmatización o trato inhumano. ⁽¹⁹⁾

¹⁹ En el Proyecto de Código Procesal De Familia de la Provincia de San Juan se contempla la siguiente regulación: “CAPÍTULO III - SOLICITUD DE DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE APOYOS PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA”

ARTÍCULO 151.- Ámbito de aplicación. La designación judicial de apoyos sin restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las disposiciones de este capítulo.

La provisión de apoyos puede tener lugar: a) a través de una sentencia judicial de adjudicación o designación de apoyos, con respeto a las voluntades y preferencias de la persona; b) a través de un acuerdo de apoyo entre la persona interesada y aquella o aquellas que proponga a este fin, el que deberá ser homologado judicialmente.

La adjudicación de apoyos tramita por el proceso abreviado.

ARTÍCULO 152.- Legitimación. Están legitimados para solicitar la designación de apoyo:

- 1) La persona en cuyo beneficio se realiza el proceso.
- 2) El cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado.
- 3) Los parientes dentro del cuarto grado; si lo fueran por afinidad, dentro del segundo grado.
- 4) La Asesoría Oficial.

ARTÍCULO 153.- Procedimiento. Se ajusta al siguiente trámite:

1) Con la solicitud se presenta la documentación que acredite la necesidad de la adopción de medidas de apoyo, la manifestación de voluntad de la persona, la propuesta del sistema de apoyo y la prueba que se considere necesaria.

2) Previo informe del equipo interdisciplinario sobre las eventuales medidas de apoyo, se convoca a una audiencia, a la que deben comparecer personalmente la persona en cuyo beneficio se promueve el proceso o cuya voluntad se requiere homologar y la o las personas propuestas como apoyo.

3) En la audiencia se procede a entrevistar a la persona interesada, quien puede proponer la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez o jueza debe evaluar los alcances de la designación, asegurar el respeto a las voluntades y preferencias de la persona y procurar su protección respecto de eventuales conflictos de intereses.

4) La oposición por parte de la persona interesada, de la Asesoría Oficial o de cualquiera de los legitimados, a la designación de apoyo, pone fin a la solicitud. No se considera oposición, a dicho efecto, la relativa únicamente a la designación como apoyo de una persona determinada.

2. La necesidad de tramitar necesariamente un proceso de restricción de la capacidad en todos los supuestos de discapacidad que podría tener una persona y por las que se justificaría que se le designe judicialmente un apoyo, podría causar un efecto perjudicial con el proceso judicial que se debería promover en beneficio de dicha persona y sin que se vulneren sus derechos humanos.

3. Debe reforzarse el trato más humano posible a las personas con discapacidad y a sus familiares, que les permita tener la posibilidad de tramitar un proceso voluntario en el cual se le pueda designar un “apoyo” a la persona con discapacidad que lo necesita, y debe lograrse una especialización de todos los operadores (defensores, fiscales, psicólogos, jueces, psiquiatras, abogados, trabajadores sociales, etc.) que deben intervenir en los procesos previstos en beneficio de las personas con discapacidad.

Sin perjuicio de la oposición formulada, el juez o jueza puede adoptar provisionalmente las medidas de protección que considere convenientes. Podrán mantenerse por un plazo máximo de treinta (30) días, salvo que con anterioridad se haya presentado solicitud de restricción de la capacidad o de declaración de incapacidad.

ARTÍCULO 154.- Resolución judicial de provisión de apoyos. La resolución judicial debe establecer las características y alcance de las medidas de apoyo.

ARTÍCULO 155.- Recurso. La sentencia es apelable en el plazo de cinco (5) días; el recurso se concede con efecto suspensivo.

Dicho proyecto de ley, por el que se crea el Código Procesal de Familia de San Juan, ingresó a la Legislatura de San Juan en el mes de Noviembre del año 2021, Expte. N° 2594/2021.