

“ART. 12 CDPD: MEDIDAS DE APOYO Y DE SALVAGUARDIA. PROPUESTAS PARA SU IMPLEMENTACIÓN EN EL RÉGIMEN JURÍDICO ARGENTINO”

Juan Pablo Olmo y Julio A. Martínez Alcorta

Dirección General de Tutores y Curadores Públicos de la Defensoría General de la Nación

Ministerio Público, Argentina

COMISIÓN II: SISTEMA DE APOYO PARA LA TOMA DE DECISIONES

1.- INTRODUCCIÓN

La pregunta que nos hacemos es de qué manera podemos proteger jurídicamente a aquellos conciudadanos afectados por una discapacidad mental sin que ello importe la vulneración de otros derechos como efecto secundario. Hoy la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*¹ (en adelante la CDPD) nos invita a reflexionar sobre el particular y a revisar nuestra legislación y nuestras prácticas desde una perspectiva más respetuosa de los derechos humanos.

La CDPD nos introduce un cambio de paradigma que nos obliga a reinterpretar la legislación argentina. Establece como regla general el sistema de apoyo en reemplazo del régimen de sustitución. Este nuevo enfoque nos exige a los operadores jurídicos y a los demás integrantes de la sociedad a pensar decididamente en alternativas que hasta ahora no hemos sido capaces de ver. En esto consistirá nuestra ponencia: en abrir un surco que nos ayude a todos a construir un camino nuevo y con el fin de alcanzar un destino y un presente mejor para aquellos que hoy llamamos “incapaces”.

2.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA NOCIÓN DE PERSONA Y SU CAPACIDAD

¹ Aprobada mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/61/106 el 13 de diciembre de 2006.

Parece demasiado para una ponencia hablar de lo que la persona es, pero, como todo lo que damos por sentado, descubrimos muchas veces aspectos que no conocíamos. Por otra parte, referirnos al desarrollo histórico del régimen de la capacidad impresiona a simple vista como algo que también excede a este trabajo, pero a poco de andar, veremos que es esencial para poder comprender porqué tenemos el sistema que usamos hoy en día en occidente y que nos puede ayudar a proyectar sus correcciones sin cometer los errores de otrora. Por eso, les dedicaremos unos párrafos apenas a estos interesantes y olvidados temas.

Cómo no podía ser de otro modo, haremos un viaje a la antigua Roma para desenterrar el origen de ambos conceptos. Caída ya la parte occidental del imperio y ubicados en Bizancio, por entonces rebautizada como Constantinopla, comenzamos a recorrer las páginas del Digesto de Justiniano². Pronto nos damos cuenta que las ideas de persona y capacidad jurídica, como abstracciones jurídicas, no las hallamos en ninguna parte. Quizá los viejos italianos eran más prácticos y menos sacramentales de lo que nosotros creemos para brindar soluciones jurídicas puesto que no pensaron nunca en elaborar un derecho que no tuviera como destinatario al ser humano. En otras palabras, el propio Digesto dice: “A causa de los hombres se constituyó todo el *ius*” (1, 5, 2).³ Pero ello no impide aclarar que para ser titulares de ciertos derechos y obligaciones, especialmente en la faz pública, había que reunir tres condiciones o estados: ser libre, ser ciudadano y ser jefe de familia.

Yendo al punto que nos compete, los latinos se referían a la persona directamente como “cabeza” (*caput*) porque “es por la cabeza, de la que se hace la imagen, que se es conocido” (Digesto, 9, 7, 44).⁴ ¡Qué idea tan simple! Al otro lo reconozco por sus facciones, que se ubican en la cabeza, y no por otra parte de su anatomía. Así nomás resolvieron los romanos el concepto de persona y su principal atributo: lo que nosotros llamamos hoy capacidad jurídica.

² Siglo VI.

³ Traducción de RABINOVICH-VERKMAN, Ricardo D., *Derecho Romano*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, pág. 241.

⁴ *Derecho Romano...* ob. cit., pag. 242.

Como se puede ver, la palabra “persona” no era utilizada en el ámbito forense como lo hacemos actualmente. Ella proviene de otra arte muy distinta. Lo hace del teatro grecorromano en el que los actores utilizaban máscaras macizas no sólo para la caracterización, sino también para amplificar la voz. Eran cajas de resonancia en donde la resonaba voz (*per sonat*).⁵

Los juristas del medioevo fueron quienes comenzaron a confundir a los dos términos – persona y capacidad–. Pero recién en el siglo XIX con la obra del alemán Friedrich Karl von Savigny es que se “formuló de un modo completo la idea de la ‘persona’ como sujeto de derecho”⁶. Por otra parte, “[c]apacidad’ es un sustantivo abstracto, derivado de ‘cabeza’ (*caput* en latín –la ‘i’ y la ‘u’ se intercambian a menudo–). Como sabemos, fue una creación pergeñada [también] por los romanistas medievales y concretada definitivamente por la pandectística del siglo XIX, a partir de los desarrollos de Savigny. La palabra es un neologismo, aunque por cierto ya muy viejo ahora, resultante de agregar a *caput* una de las terminaciones típicas del latín para las abstracciones, -itas, que es el antepasado de nuestro sufijo inseparable ‘idad’ (como la ‘sobriedad’ es lo que caracteriza al sobrio, y la ‘sagacidad’ al sagaz, etcétera). De modo que la ‘capacidad’ es aquello que distingue a una cabeza, que la hace ser tal. Hubiera sido mucho más claro el sentido si hubiera dado en castellano ‘cabecidad’, pero tal vocablo nunca existió. Ahora bien, como hemos visto que el sujeto de derechos se denominaba en Roma ‘cabeza’, la capacidad vendría a referirse a todo lo que específicamente hace o caracteriza a eso que, con el correr del tiempo se acabaría llamando ‘persona’.”⁷

Para compensar el problema de la “disminución de la capacidad” (*capitis diminutio*), ya en el antiquísimo derecho quirritario se había previsto una solución para los niños huérfanos y para aquellos que padecían una dolencia psíquica. La tutela estuvo reservada para los menores impúberes *sui iuris*⁸; y luego extendida a las mujeres no sujetas a la *manus* ni a la patria potestad. En cambio, la curatela estuvo destinada originariamente exclusivamente para los “dementes” *sui iuris* y los pródigos.

⁵ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Derecho Civil – Parte General*, 3era. reimpresión, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, pág. 135.

⁶ Derecho Romano... ibidem.

⁷ *Derecho Romano*, págs. 282 y 283.

⁸ Los que ostentarían en título de *paterfamilias*.

La Ley de las XII tablas⁹ preveía la designación de un curador¹⁰ para atender las cuestiones patrimoniales de los varones púberes *pródigos* o *furiosos*. Con el transcurso de los siglos, los pretores (equivalentes a nuestros jueces) extendieron la curatela a otros vulnerables y a los menores de 25 años¹¹ a modo de curadores asistentes para utilizar la terminología moderna.¹²

Los romanos crearon las categorías jurídicas de *furiosus* y *demens* (o *mente captus*¹³). En la calificación de furiosos entraban los violentos por razones psicopatológicas, pero no importaba la interdicción civil sino la suspensión del ejercicio de la capacidad. Por lo tanto, a los actos otorgados durante los intrincados¹⁴ intervalos lúcidos se les reconocían validez. En cambio, para los “dementes” o “mentecatos” la designación de un curador acarrea la incapacidad absoluta, aunque más tarde la jurisprudencia los equiparó a los furiosos. La declaración de *prodigalidad* implicaba la equiparación al impúber pero la curatela también era de asistencia patrimonial ya que el pródigo podía realizar por sí mismo aquellos actos que lo beneficiaran y su curador se limitaba a autorizarlos.

Suprimió Justiniano muchas de las diferencias entre la tutela y la curatela para unificarse totalmente en el medioevo francés. Sin embargo, no ocurrió lo mismo en el Reino de Castilla y León en donde las leyes de las Partidas –o *Libro de las Leyes*¹⁵– mantuvieron la primera para los menores impúberes (huérfanos menores de 12 años y huérfanos menores de 14) y la segunda para los menores adultos o púberes (hasta que cumplieran la mayoría de edad a los 25 años).

En síntesis, en la curatela castellana el acento estaba puesto en el cuidado de los bienes. El juez nombraba o confirmaba a los tutores y los curadores quienes tenían la obligación de prestar juramento de administrar rectamente, hacer inventario, dar fianza y rendir cuentas. La ley prohibía la disposición de los bienes sin autorización judicial y otorgaba el derecho a ser remunerados por su labor a los tutores y curadores.

⁹ 450 a.C.

¹⁰ Según Ricardo R. RABINOVICH-BERKMAN “[c]uro es un verbo indoeuropeo que significa ‘cuidar’, ‘preocuparse’.” *Derecho Romano*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, pág. 693.

¹¹ Entre los 12 ó 14 años y los 25, ya sea que se traten de mujeres o varones respectivamente.

¹² Lo que significó virtualmente correr el límite de la mayoría de edad de los 12 ó 14 años según se tratara de varones o mujeres respectivamente

¹³ Denominación que recibieron los “débiles mentales”, los sordos y los mudos.

¹⁴ porque la prueba del tramo lúcido es harto difícil.

¹⁵ Medios del siglo XIII.

Con el descubrimiento de América, el derecho castellano pasó a las Indias. Los asuntos concernientes a las tutelas y curatelas se ventilaron a través de los funcionarios de los cabildos, el que se perpetuó en las Provincias del Río de la Plata durante todo el derecho patrio (desde la revolución del 25 de mayo de 1810 hasta la codificación de mediados del siglo XIX).

El autor del Código Civil argentino, Dalmacio Vélez Sarsfield, sabiamente hizo la siguiente distinción: la tutela para los menores de 22 años de edad de ambos sexos huérfanos o abandonados y la curatela para las personas con padecimiento psíquico mayores de 14 años. Les suprimió todos los privilegios y beneficios¹⁶ que producían una discriminación inversa y reguló un Ministerio Público especializado¹⁷. No obstante, nuestro actual *corpus civile*, el que depuso al viejo ordenamiento español e indiano a partir del 1° de enero 1871, inoculó al régimen legal de la salud mental con el sufrimiento de la bipolaridad: los sanos, facultados de plena capacidad; y los insanos, incapacitados para realizar por sí todos los actos de la vida civil.

Ese paradigma se construyó sobre el modelo biologicista de conformidad con el desarrollo que la ciencia había alcanzado por entonces, por cierto muy incipiente aún. Tal es así que el codificador estableció que: “Se declaran dementes los individuos de uno y otro sexo que se hallen en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad, aunque tengan intervalos lúcidos, o la manía sea parcial”; cuya lectura se complementaba con el texto del art. 54, CCiv.: “Tienen incapacidad absoluta: ...3° Los dementes”. Es decir que, comprobada la enfermedad mental en el marco de un proceso judicial, se decretaba la incapacidad para ejercer sus derechos de un modo absoluto quedando sometidos a curatela. Finalmente, el código cerró el sistema diciendo que “los declarados incapaces son considerados como los menores de edad, en cuanto a su persona y bienes. Las leyes sobre la tutela de los menores se aplicarán a la curaduría de los incapaces” (art. 475).

¹⁶ Artículo 58 del Código Civil y su nota explicativa.

¹⁷ Artículo 491 a 494 del Código Civil.

En síntesis, en la redacción originaria de nuestro Código Civil, la tutela y curatela fueron previstas para la protección de aquellas personas calificadas como “incapaces”¹⁸, a fin de que contaran con un representante para el ejercicio de sus derechos. Vélez diseñó un sistema de representación con los siguientes caracteres: a) legal, porque está determinado por imperio de la ley (cf. arts. 56 y 58) con exclusión de la voluntad del reputado incapaz; b) necesaria, porque no puede prescindirse de ella (cf. art. 56); c) dual y conjunta, conferida al representante legal individual (padre, tutor, curador; cf. art. 57) y al promiscuo: Ministerio de Menores (art. 59); d) universal, ya que importa su extensión a todos los actos en que aparezca comprometido el representado en su interés personal o patrimonial (art. 62); e) controlada, en cuanto está potencialmente sujeta al control judicial de su ejercicio (patria potestad: arts. 264 ter, 297 *in fine* y 298; tutela y curatela: 381, 414, 417, 443, 460, 475 y concs.).

3.- RÉGIMEN ARGENTINO ACTUAL

En 1968 se produce una importante modificación al Código Civil mediante la promulgación por el gobierno de facto de la ley 17.711, que introdujo un importantísimo avance para el sistema que aquí examinamos.

Se redujo la mayoría de edad a los 21 años y se modificó el mentado art. 141, CCiv., el que ha quedado –hasta la actualidad– redactado en los siguientes términos: “Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes”. Es decir, ya no basta la sola comprobación de la existencia de la enfermedad mental, sino que se requiere que ella se proyecte sobre su vida cotidiana de modo de impedirle el gobierno de su persona o de administrar sus bienes.

Pero además, agrega la figura de la inhabilitación civil, en el art. 152 bis: “Podrá inhabilitarse judicialmente: ...2° A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de

¹⁸ Sea en razón de la edad o por alguna discapacidad grave que afectara el estado de salud mental o la transmisión de la voluntad (demencia y sordomudez)

su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio [...] Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación. Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos. Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

De este modo, en el régimen argentino coexisten los sistemas de “representación” y de “asistencia”, los que responden al grado de insolvencia psíquica de aquel a quien están destinados. Por el sistema de la representación, el declarado incapaz no ejerce por sí sus prerrogativas jurídicas, sino que ellas son articuladas por su representante legal en todos los actos jurídicos que aquél deba otorgar. El representante actúa por su sola iniciativa y sin concurso de la voluntad del “demente”, quien bajo este sistema queda en la más completa pasividad, siendo reemplazado por aquél en el manejo de sus intereses. En la asistencia, el asistido sí ejerce personalmente sus derechos, pero la voluntad jurídica relevante para el otorgamiento de un acto jurídico, se integra con la de su asistente, quien expresa su asentimiento para la realización del acto. Mientras que la representación prescinde de la voluntad del sujeto representado, la asistencia da lugar a una actividad compleja cuyo elemento voluntario está integrado por la voluntad del titular de los derechos ejercidos, completada por la voluntad de la persona que desempeña la función de contralor.

Finalmente, mediante la reciente sanción de la ley 26.579¹⁹ se bajó la mayoría de edad a los 18 años.

4.- LA CDPD: EL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD

No es posible negar que los derechos humanos tengan en la actualidad un papel expansivo, y que las restantes instituciones jurídicas se vean incididas y, eventualmente, modificadas por su presencia. Esto ha sucedido indudablemente en la forma de concebir

¹⁹ Publicada en el Boletín Oficial de fecha 22/12/2009.

la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, donde los derechos humanos han tenido un fuerte impacto y se han tornado directamente aplicables. Así, el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos han incorporado en sus textos numerosas normativas que, por influencia del derecho romano, tradicionalmente se reputaban confinadas al derecho privado.

En este contexto se concibe a la discapacidad como un concepto relativo que varía según los diferentes contextos históricos y sociales. Desde el modelo social de discapacidad se pretende que las respuestas sociales frente al fenómeno mismo de la discapacidad, sean abordadas desde el respeto a la igual dignidad de todas las personas y fundadas en base a los derechos humanos. En este marco, se proclama la inclusión de la diferencia que implica la diversidad psico-social, como una parte más de la realidad humana.

Se entiende, entonces, que no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la sociedad para asegurar adecuadamente que las necesidades de todas las personas sean tenidas en cuenta. Es decir, el origen de la discapacidad está dado en la interacción de la persona con el contexto social en el cual se desenvuelve²⁰.

Dicho modelo ha sido adoptado por la CDPD, que reconoce a todas las personas su derecho a participar plena y efectivamente en la sociedad, en igualdad con las demás. Es así como opera un cambio de paradigma en la materia, desde el “modelo de sustitución en la toma de decisiones”, legislado tradicionalmente en la Argentina, hacia otro denominado “modelo de asistencia en la toma de decisiones”.

Por ende, nuestro país ha dado un paso cualitativo de gran importancia mediante la sanción de la ley 26.378²¹ que aprobó la CDPD y su Protocolo Facultativo, ello en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 22, párrafo 1º de la Constitución Nacional que coloca a los tratados internacionales por encima de las leyes. Es decir, La CDPD actualmente tiene jerarquía suprallegal, por lo que en la pirámide jerárquica está ubicada por encima del Código Civil pero por debajo del bloque Constitucional.

²⁰ Ver PALACIOS, Agustina, El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ediciones Cinca, Madrid, 2008, ps. 418 y 420.

²¹ Sancionada el 21/05/2008 y promulgada el 06/06/2008.

5.- MEDIDAS DE APOYO Y DE SALVAGUARDIA

5.1.- Toma de decisiones con apoyo

Se es persona o no se lo es. No hay gradualidad ontológica posible. Regresando a la idea romana de “persona” y al origen del viejo neologismo “capacidad” del que hemos hablado, se es “cabeza” o no; y por lo tanto, se tiene “capacidad” o no. Como salta a la vista, del análisis etimológico se desprende una contradicción intrínseca que nos lleva reformular el término “incapacidad”, tanto en su uso de incapacidad de hecho como la de derecho²². No se puede ser persona y no tener capacidad. Por otra parte, aunque quisiéramos *aggiornar* su significado a partir de la distinción de capacidad de hecho y de derecho, la palabra incapacidad tiene una fuerte carga negativa al estar asociada con la falta de aptitud, talento o cualidad que dispone alguien para el buen ejercicio de algo (conf. la vigésima segunda edición del diccionario de la Real Academia Española). Por lo que es desaconsejable su uso. De ahí que la incorporación de las medidas de apoyo y salvaguardia que propone la CDPD implique un giro copernicano en cómo concebimos y miramos la discapacidad mental tanto en el plano jurídico como en el antropológico. Esta noción nos permite desterrar el concepto de incapacidad por el de complemento, es decir, por el de colocar el apoyo o sostén para compensar ciertas dificultades que el devenir de la vida le plantea a una persona. Nos permite empezar a creer con un poco más de seriedad en una sociedad más igualitaria a partir de la idea única de capacidad por el sólo hecho de ser personas, eliminando toda clases de acepciones²³.

No podemos dejar de reconocer, que nos resulta difícil pensar en clave de apoyo ya que la idea de representación como sustitución del otro está muy afincada en nuestra idiosincrasia. Incluso, podríamos afirmar, que hasta muchas veces nos resulta cómoda. Por todo ello puede ser complicada la implementación del artículo 12 de la CDPD en la Argentina de hoy.

²² Aunque nos refiramos fundamentalmente a la incapacidad de hecho puesto que la incapacidad absoluta de derecho no existe en la legislación argentina.

²³ La incapacidad de derecho, que no siempre está asociada a una discapacidad, se puede reemplazar fácilmente por el de *incompatibilidad* para realizar ciertos actos.

Para evitar caer en eufemismos, pensamos que ante todo tenemos que pulverizar la idea del administrador (función del curador del interdicto) como única opción. Tenemos que ser capaces de pensar en infinitas posibilidades, incatalogables todas, en lugar de una sola figura fijada por ley. Ellas pueden ir desde un administrador, para casos muy graves, y con una actividad muy regulada legalmente; hasta simples cuidadoras domiciliarias sometidas a control judicial que asistan o supervisen al sujeto en la vida diaria durante algunas horas.

El replanteo de la temática se hace a través del prisma de la capacidad, es decir, la persona que sufre una dolencia mental, no importa el grado, sigue siendo capaz por el sólo hecho de ser persona. Una sentencia judicial establecerá el plazo por el cual requerirá de un apoyo o sostén para realizar ciertos actos bajo pena de ser declarados nulos si le resultaren perjudiciales. Vencido dicho plazo, la sentencia en su alcance y modalidad deberá ser revisada para adaptarla a las nuevas circunstancias o dejarla sin efecto si fuere el caso.

Por otra parte, este sistema contribuye a que la persona siga ejercitando el uso de sus capacidades conservadas y evita la perezosa actitud de que lo haga todo un curador representante en su lugar, lo que al final de cuenta no hace más que agravar su cuadro y socavar su dignidad al “inutilizarlo”.

5.2.- Salvaguardias

En el diccionario de la Real Academia Española²⁴, “salvaguardia” significa, en su cuarta acepción: custodia, amparo, garantía. Además, también encontramos como sinónimos del término “salvaguardia”, los siguientes²⁵: seguridad, amparo, guardia, defensa, vigilancia, pasaporte, salvoconducto, cuidado, pase, custodia, aseguramiento, garantía.

La utilización del término salvaguardia en la CDPD no es novedosa, sino que ya había sido empleado anteriormente en otros tratados de derechos humanos.

²⁴ Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición, versión online, <http://www.rae.es/rae.html>, consultado en fecha 09/05/2010.

²⁵ En <http://www.elmundo.es/diccionarios/>, consultado en fecha 09/05/2010.

En efecto, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer²⁶ aparece en su art. 11, que establece: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: [...]f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción”.

Asimismo, en la Convención sobre los Derechos del Niño²⁷ es empleado en el art. 21: “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: [...]c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen”.

Finalmente, en lo que a la CDPD refiere, el término salvaguardia aparece en el punto 4 del art. 12: “Igual reconocimiento como persona ante la ley. [...] 4. 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 competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

Pero además de la utilización genérica del término en el art. 12, aparece en particular utilizado en el art. 27, cuya parte pertinente establece que: “Trabajo y empleo [...] Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando

²⁶ En adelante CEDAW.

²⁷ En adelante CDN.

medidas pertinentes...”; y también en el art. 28: “Nivel de vida adecuado y protección social. 1. Los Estados Partes [...] adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad”.

Es decir, a diferencia del uso dado en la CEDAW y CDN, en la CDPD al término salvaguardia se lo relaciona concretamente con el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas, ya sea en modo genérico en el art. 12, o bien específico en los arts. 27 y 28.

Respecto de los arts. 27 y 28, podríamos aseverar que la utilización de los términos “salvaguardar/án” implican una lectura de los mismos en el sentido de que los Estados Partes defenderán, ampararán, protegerán, garantizarán, etc., el ejercicio del derecho al trabajo y a tener un nivel de vida adecuado y a la protección social.

Sin embargo, las salvaguardias parecen tener una diferente proyección en el marco del art. 12.4, CDPD, a poco que se las analiza en su estrecha vinculación con las medidas de apoyo para la toma de decisiones prescriptas en el punto 3 de dicho artículo.

Así, el art. 12.3 establece 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.

Acto seguido la CDPD establece que los Estados Partes asegurarán que en todas esas medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Y aquí, al igual que en toda la redacción del punto 4 de dicho artículo, esas salvaguardias se proyectan –entre otros– en los siguientes aspectos:

a) Como garantía de debido proceso para el trámite en el cual se determinará la aplicación o no de una medida de apoyo;

b) A los fines de determinar el contenido y alcances de los apoyos y su posible modificación –teniendo en cuenta que las mismas deben ser revisadas por el mero transcurso del tiempo–, como garantía de “proporcionalidad y adecuación”, para no dejar desprotegida a la persona ni tampoco sobreprotegerla.

Sin embargo, no resulta del todo claro si las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad intelectual puedan ejercer por sí mismas sus derechos, una vez prescriptas resultan vinculantes para la propia persona o, por el contrario, el deber del Estado se limita a ponerlas a disposición de la persona quien en última instancia decidirá hacer uso de ellas o no. En cualquier caso, resta determinar qué rol desempeñan las salvaguardias con relación a este punto.

Lo dicho no está determinado explícitamente en el texto de la CDPD.

Ahora bien, si el art. 12.2, 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, se podría concluir que ello también incluye lo referido a la elección voluntaria de la medida de apoyo, incluso entre distintas opciones que se le deben brindar. De este modo, la persona con discapacidad podría, a su libre elección, optar por aceptar o no la medida de apoyo. A tal fin sólo se requerirá que dicha decisión sea informada (cf. art. 21, CDPD) y que no se ejerza sobre la persona una “influencia indebida” (cf. art. 12.4, CDPD).

Ello se conjuga, a su vez, con lo dispuesto en el art. 12.3, CDPD, cuando se limita a establecer que los Estados deberán adoptar medidas pertinentes para proporcionar el acceso a las personas a dicho apoyo, con lo cual la obligación del Estado se agotaría con la puesta a disposición de la persona con discapacidad pero sin poder imponerle la medida.

Ahora bien, por nuestra parte entendemos que no es esa la interpretación que debe regir la materia.

Es que de otro modo, devendría innecesario el recaudo del propio texto del art. 12, CDPD, que establece que dichas medidas de apoyo se deben aplicar por el “plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial”. Es decir, dicho recaudo sólo cobra utilidad práctica para el caso de que la medida de apoyo resulte vinculante para la persona con discapacidad, quien entonces tendría derecho a que la misma sea revisada

con el tiempo e incluso dejada sin efecto. No siendo así, bastaría la sola voluntad de la persona con discapacidad de no seguir haciendo uso de dicho apoyo.

Además, la decisión de aceptar un apoyo o no, paradójicamente, cuadraría en el ejercicio de la capacidad pero sin un apoyo a tal fin. Es decir, las garantías del procedimiento también resultarían optativas para la persona con discapacidad, lo cual no resulta razonable.

Y es por ello que aquí es donde más relevante deviene el recaudo de las salvaguardias, por lo que ahora intentaremos darle contenido cierto en lo que a este aspecto refiere.

Ya dijimos que la salvaguardia operaba como garantía de debido proceso para el trámite en el cual se determinará la aplicación o no de una medida de apoyo. Entonces, si se establece la aplicación de una medida de apoyo para que una persona con discapacidad psico-social ejerza sus derechos por sí, para caracterizar el mecanismo en la toma de dicha medida debemos recurrir al estándar en materia de toma de decisiones establecido en la CDN.

Muy brevemente, diremos que se han identificado cuatro niveles de participación en el proceso decisorio: 1) ser informado; 2) expresar una opinión informada; 3) lograr que dicha opinión sea tomada en cuenta; 4) ser el principal responsable o corresponsable de la toma de decisiones. El art. 12, CDN, prevé que todos los niños capaces de expresar su opinión tienen derecho a participar en los primeros tres niveles. Sin embargo, el artículo no extiende los derechos del niño al cuarto nivel. Es decir, el art. 12, CDN, afirma el derecho del niño a intervenir en el proceso participativo de la toma de decisiones en todos los asuntos que le conciernen, pero los adultos conservan la responsabilidad de las consecuencias. El resultado será una decisión tomada por los adultos –por la cual serán responsables–, pero informada e influenciada por las opiniones del niño.

Por lo tanto, basándonos en lo expuesto en el párrafo anterior, en el proceso para determinar la aplicación de una medida de apoyo las salvaguardias consisten en brindarle a la persona con discapacidad toda la información necesaria y de un modo que pueda comprenderla, asegurarle el derecho a manifestar su voluntad al respecto y a que la misma sea debidamente tenida en cuenta al momento de decidir.

6.- CONCLUSIONES

Hemos hecho un breve pero preciso repaso de cómo ha evolucionado el sistema de la capacidad jurídica en los países que somos herederos de la tradición latina, en particular en Argentina, en orden a revisarlo a la luz de la CDPD. De lo visto, queda claro que para implementar adecuadamente el art. 12 de dicho instrumento es imperioso modificar la legislación nacional. Ínterin, pueden realizarse alambicadas interpretaciones de los artículos actuales del código como se ha hecho en algunos pronunciamientos judiciales²⁸.

Por eso, nos permitimos realizar algunas propuestas de *lege lata* hasta tanto se adecue la normativa interna de acuerdo a los principios de la CDPD.

1. Que la regla general a la cual deban apelar los operadores jurídicos al momento de iniciar el proceso de determinación de la capacidad jurídica de una persona, sea optar por el encuadre del art. 152 bis del Código Civil (régimen de asistencia y no de representación).
2. Que dentro de las facultades del juez al momento del dictado de una sentencia de inhabilitación, se amplíe el campo de la asistencia patrimonial al de la personal, en virtud de lo prescripto por la propia normativa (art. 152 bis, último párrafo) y a fin de evitar que el sujeto otorgue actos perjudiciales para su persona. Ello en la inteligencia de evitar la interdicción total del sujeto.
3. De este modo, y al no encontrarse las funciones del curador asistente prescriptas taxativamente, que el juez pueda contar con la flexibilidad suficiente para lograr adecuar la figura a cada caso concreto, lo que deberá expresar en su sentencia.
4. Con respecto a las personas sobre las cuales ya pesa una declaración judicial de demencia (art. 141 del Código Civil), que el juez ordene de oficio la realización de los peritajes interdisciplinarios al menos una vez al año en miras a reevaluar la posibilidad de que pueda modificarse el grado de protección jurídica que requiere el sujeto, dando lugar a que se promueva el proceso que corresponda.

²⁸ V. gr. “B., L. s/ inhabilitación”, Tribunal de Familia N° 1, Mar del Plata, Pcia. de Bs. As., LL 2009-F, 213; pero que, por muy bienintencionados que sean, no son del todo saludables.

5. Cuando a una persona se le ha nombrado un representante legal –aunque sea únicamente para la celebración de determinados actos–, que dicha representación se ejerza bajo la observancia de los siguientes estándares (estipulados en el art. 12, CDN): que el representado cuente con la información suficiente para formar su juicio, que a sea oído, que su opinión sea tomada debidamente en cuenta y que, finalmente, sea el representante quien tome la decisión.
6. Las medidas de apoyo cuentan con sustento supralegal por encontrarse previstas genéricamente en la CDPD, y devienen operativas en el expediente judicial sin cortapisas, por lo que el juez puede determinar sus alcances según las circunstancias del caso concreto.
7. El régimen de representación no excluye la posibilidad de colocar las medidas de apoyo tendientes a estimular las capacidades conservadas de la persona.
8. Las salvaguardias se proyectan –entre otros supuestos– como garantía de debido proceso para el trámite en el cual se determinará la aplicación o no de una medida de apoyo; y a los fines de determinar el contenido y alcances de los apoyos y su posible modificación –teniendo en cuenta que las mismas deben ser revisadas por el mero transcurso del tiempo–, como garantía de “proporcionalidad y adecuación”, para no dejar desprotegida a la persona ni tampoco sobreprotegerla.
9. Deben ser calificadas como salvaguardias todas las garantías ya previstas en el proceso especial (v. gr. traslado del peritaje médico, designación del curador provisorio, elevación en consulta, etc.); ello, sin perjuicio de las nuevas que puedan diseñarse en un nuevo proceso judicial.
10. Al respecto, corresponde aclarar que al traer a la persona en situación de discapacidad psico-social a un proceso de estas características, la obligación del Estado no se limita a poner a disposición del sujeto la medida de apoyo, resultando optativa para éste. Por el contrario, la medida de apoyo que se dicta puede resultar vinculante a los fines de poner al sujeto en un grado de plena igualdad con los demás en el ejercicio de su capacidad jurídica. De otro modo, la decisión de aceptar un apoyo o no, paradójicamente, cuadraría en el ejercicio de

la capacidad pero sin un apoyo adecuado a tal fin. Esta medida deberá ser dictada con todas las salvaguardias antes descriptas.

7.- BIBLIOGRAFÍA

- BELLUSCIO, Augusto César. *Derecho de familia*, t. I, Ed. Desalma, Buenos Aires, 1974.
- BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho Civil, Parte General*, 17ma. ed. Ed. Perrot, Buenos Aires, 1995.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil argentino – Parte General*. 5ta. edición actualizada, t. I, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1970, págs. 447 y 448.
- CIFUENTES, Santos, RIVAS MOLINA, Andrés y TISCORNIA, Bartolomé. *Juicio de insania – Dementes, sordomudos e inhabilitados*. 2da. edición actualizada y ampliada, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1997.
- FAMÁ, María Victoria; HERRERA, Marisa y PAGANO, Luz María. *Salud mental en el derecho de familia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- FUSTEL de COULANGES, Numa Denis. *La ciudad antigua*. 2da. ed., Buenos Aires, Ed. Emecé, 1951.
- GHERSI, Carlos Alberto. *Derecho Civil – Parte General*. 2da. ed., Ed. Atrea, Buenos Aires, 1999.
- GHIRARDI, Juan Carlos. *Inhabilitación judicial*, 2ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1991.
- KRAUT, Alfredo Jorge. *Pacientes Mentales y Derecho Privado: Tutela Jurídica*. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.
- KRAUT, Alfredo Jorge. *Salud Mental: Tutela Jurídica*. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.
- LEIVA FERNANDEZ, Luis F. P. *Los sordomudos también hablan (Aunque el legislador no escuche)*. LL1983-D, 1044.
- LEVAGGI, Abelardo. *El régimen civil del menor en la historia del Derecho Argentino*. Apartado de la Revista del instituto de Historia del Derecho N° 23, Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1972.

- LEVAGGI, Abelardo. *Manual de Historia del Derecho Argentino (Castellano-Indiano/Nacional)*. 2da. edición actualizada, Tomo II – Judicial, Civil, Penal, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996.
- OLMO, Juan Pablo, “A propósito del reciente incremento en la nómina de Curadores Públicos”, publicado en *Diario La Ley, Suplemento Actualidad*, 13/10/2009.
- OTS CAPDEQUÍ, José María. *Manual de Historia del Derecho Español en las Indias y del Derecho propiamente indiano*. Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1943.
- PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2008.
- PAVÓN Cirilo. *La familia en el derecho civil argentino*, Librería y casa editora de Jesús Méndez, Buenos Aires, 1938
- PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Ed. Albatros, Buenos Aires, 1961.
- PONSSA de la VEGA de MIGUENS, Nina. *Derecho de Familia en el Derecho Romano*. 3era. edición, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1970.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Derecho Civil – Parte General*, 3era. reimposición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Derecho Romano*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Quebrar la bipolaridad. Dictamen favorable al nuevo régimen de incapacidad por razones patológicas*, LL 2005-F, 1528.
- TOBÍAS, José W. *Capacidad jurídica y capacidad de obrar*, LL 2007-C, 681.
- TOBÍAS, José W. *El nuevo instituto de “L’amministrazione di sostengo” y las reformas a los institutos de la interdicción y la inhabilitación en el Código Civil Italiano*. LL 2005-A, 1200.
- TOBÍAS, José W. *Enfermedad mental y derecho privado*, LL 1997-F, 1391.
- TOBÍAS, José W. *La inhabilitación en el derecho civil*. 2da. edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992.

- ZORRAQUIN BECU, Ricardo. *Historia del Derecho Argentino*. Primera Edición, Segunda Reimpresión, Tomo I y II, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1978 y 1979 respectivamente.