

informe

Principios de interpretación del modelo de capacidad jurídica y del sistema de apoyos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

ENERO 2018

Autor: Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI) y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Contó con la colaboración de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) y por el Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos "Alicia Moreau" Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata (CIDDH). Agradecemos los valiosos aportes de María Graciela Iglesias, secretaria ejecutiva del Órgano de Revisión de la Ley Nacional de Salud Mental.

Principios de interpretación del modelo de capacidad jurídica y del sistema de apoyos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

INTRODUCCIÓN

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) introdujo el régimen de apoyos en la sección correspondiente a la capacidad civil de las personas, con el objetivo de armonizar 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. Se modificó así el “sistema de sustitución de la voluntad”, también llamado “de representación o curatela”, para dar lugar al modelo de “apoyo en la toma de decisiones”, ambos regímenes diametralmente opuestos entre sí.

Los desafíos que debe atravesar la labor judicial bajo el nuevo marco legal nos lleva a elaborar este documento de principios de interpretación armónica entre los diversos institutos del CCyCN y la CDPD, de la misma forma en la que nos propusimos brindar una explicación operativa que coadyuve a los operadores/as jurídicos/as a aplicar dichos principios en casos concretos.

PRINCIPIOS

1) La función del apoyo no es sustituir la voluntad de la persona titular del derecho a la capacidad jurídica.

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

2) La única circunstancia en que una persona designada como apoyo puede actuar en representación de la voluntad de quien es titular del derecho es que medie representación voluntaria (título IV, capítulo 8, sección 2, CCyCN), por ejemplo, un acto expreso de mandato (art. 1320, CCyCN).

Con la finalidad de respetar la naturaleza jurídica no sustitutiva de los apoyos, este principio sintetiza la interpretación convencional del art. 101, inc. c) del CCyCN. La disposición aquí interpretada resulta aplicable únicamente a los casos en que la

persona haya prestado su consentimiento para que un/a tercero/a realice dicha función de representación, bajo los preceptos de la Sección 2 del Capítulo 8, correspondiente al Título IV del CCyCN, y siempre en relación con un acto específico.

Aquella voluntad podría materializarse a través de un contrato de mandato para actuar en nombre propio, en los términos del art. 1320 del mismo cuerpo legal. De esta forma, será la decisión de la persona la que le otorga a otra la potestad de actuar en su nombre, conforme los principios propios de la teoría de la representación, pero respetando lo estipulado por la CDPD en cuanto a que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida” (art. 12 inc. 2).

Para que la manifestación de la voluntad de otorgar representación pueda garantizarse en casos de personas que se encuentran en el marco de un proceso judicial en el que se discute la capacidad jurídica, es necesario que se asegure la accesibilidad a esta alternativa dentro del mismo procedimiento.

3) El sistema de apoyos no puede imponerse contra la voluntad de la persona titular del derecho. El/la juez/a solamente podrá disponer apoyos sin mediar el expreso consentimiento de la persona en modo excepcional y siempre que concurren los siguientes requisitos: (a) en caso de ser absolutamente imprescindible porque se comprobó que del ejercicio de la plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes (art. 32, CCYCN), y (b) si fueron absolutamente infructuosos todos los intentos judiciales para que la persona titular del derecho proponga o acepte un sistema de apoyos a lo largo de un plazo razonable.

Para comprobar la concurrencia de tales requisitos, el/la juez/a deberá decidir en respeto al principio de congruencia procesal y de acuerdo a la teoría de la sana crítica. Sus principios hermenéuticos rectores deben ser la presunción de capacidad, el respeto de la autonomía y el beneficio de la persona titular del derecho a la capacidad jurídica.

En estos casos el juzgado podrá designar un esquema provisorio destinado a que se arribe a dicho acuerdo y deberá tener en cuenta en todo momento los deseos y las preferencias de la persona titular del derecho.

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

Es por ello que el art. 43 del CCyCN establece que la persona interesada puede proponer al juez/a “la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo”.

Solo si se logra comprobar la concurrencia de los dos requisitos mencionados en el principio, el sistema de apoyos podrá ser designado judicialmente. Incluso en estos casos deberán tenerse en cuenta los deseos y las preferencias de la persona. De lo contrario, el sistema impuesto será sustitutivo de la voluntad en los términos de la mencionada Observación General N° 1 1.

Aun en los casos en los que el sistema de apoyo sea determinado judicialmente, deberán extremarse los recaudos a fin de que la persona designe a otras de su confianza para cumplir con ese rol.

Si dicha voluntad no es expresada en forma unívoca, se debe promover activamente su expresión. Para ello, las distintas agencias judiciales involucradas en el proceso están obligadas a adoptar medidas de accesibilidad y ajustes razonables de acuerdo al principio N° 12 del presente documento. El incumplimiento de esas obligaciones nunca podrá justificar la imposición de apoyos involuntarios (Art. 9 de la CDPD y Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia).

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

4) Sentencias: los apoyos deben ser designados en relación con actos jurídicos formales, específicamente determinados en la sentencia y con el alcance allí dispuesto.

La designación de apoyos es incompatible con la declaración de incapacidad (curatela). Toda resolución que aplique ambos sistemas conjuntamente genera una privación de capacidad jurídica inconstitucional.

La sentencia también debe establecer las condiciones de validez de los actos jurídicos que deben realizarse con apoyos, el plazo de duración de la medida y las salvaguardias destinadas a evitar los conflictos de interés o influencia indebida del apoyo sobre la persona.

Tal como ocurría en el antiguo sistema de representación/curatela, se continúa observando que los/as jueces/zas al momento de dictar sentencia se pronuncian sobre

1 “23. Los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones pueden ser de muchas formas diferentes, entre ellas la tutela plena, la interdicción judicial y la tutela parcial. Sin embargo, todos esos regímenes tienen determinadas características comunes: pueden describirse como sistemas en los que: i) se despoja a la persona de la capacidad jurídica, aunque solo sea con respecto a una única decisión; ii) puede nombrar al sustituto que tomará las decisiones alguien que no es la persona concernida y ese nombramiento puede hacerse en contra de su voluntad; y iii) toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el “interés superior” objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su voluntad y preferencias propias”. Fuente: Documento ONU CRPD/C/11/4.

cuestiones que no han sido sometidas a su jurisdicción, lo que implica un avance jurisdiccional excesivo sobre la vida de las personas.

La sentencia debe determinar con claridad el acto para el cual se requiere el apoyo y establecer la relación entre las cuestiones traídas al proceso, la prueba recolectada y los fundamentos de la decisión adoptada, teniendo como fuente interpretativa los artículos 1 y 2 del CCyCN.

Debe evitarse cualquier resolutorio que implique paternalismo, enunciado en ocasiones bajo el rótulo de “interés superior del incapaz”, que obedece al antiguo paradigma y no supera los test de constitucionalidad ni de convencionalidad. Por el contrario, lo que se persigue es el beneficio de la persona titular del derecho a la capacidad jurídica. También se debe evitar que las sentencias señalen a la persona el modo en cómo deben vivir y qué deben hacer o dejar de hacer con sus vidas.

Si bien el CCyCN indica que se debe tratar de evitar “un daño a la persona o a sus bienes”, esto no implica que el Estado pueda tener una injerencia ilegítima en la vida de la persona o en su plan de vida en contra del art. 19 de la Constitución Nacional y el art. 22 de la CDPD.

Sin perjuicio de la revisión trianual impuesta por el Código, la sentencia debe especificar el plazo de duración de la medida de apoyo, ya que no puede entenderse que la misma carezca de límite temporal. También debe determinar las salvaguardias destinadas a evitar los conflictos de intereses y/o la posible influencia indebida del apoyo sobre la persona.

Asimismo, debe constar en la sentencia las condiciones de validez de los actos jurídicos que se realizarán con apoyos, con el propósito de garantizar que no exista restricción alguna en relación con los demás actos que pueda realizar la persona.

La sentencia de apoyos será el instrumento que fije las condiciones legales y de validez del ejercicio de actos jurídicos por parte de la persona, para lo cual debe consignar al menos las siguientes cuestiones:

- a) los actos jurídicos que se encuentran alcanzados por la sentencia (todos los actos que no estén expresamente indicados en la resolución podrán ser realizados por la persona sin apoyos),
- b) la individualización de la o las personas que actuarán como apoyos,
- c) las condiciones de validez de cada categoría de actos (ejemplo: para actos de disposición se puede requerir que la persona de apoyo manifieste haber consultado con la/s persona/s la naturaleza y consecuencias de dichos actos);
- d) la modalidad de la actuación de las personas de apoyo (ejemplos: como intérprete; como asesor; asistente, etc.).

En los casos en que excepcionalmente se imponga un sistema de apoyos, la sentencia también debe contener los fundamentos que justifiquen la medida y

considerar –también fundadamente– las argumentaciones esgrimidas por la persona titular del derecho a la capacidad jurídica que se opone a tal designación.

5) La inscripción de la sentencia en el registro civil y capacidad de las personas no es suficiente para otorgar validez y eficacia a los actos jurídicos cuya celebración requiera un sistema de apoyos.

La nulidad de los actos celebrados con posterioridad a la sentencia deben recaer solo sobre el acto para el cual la sentencia haya establecido el ejercicio de la capacidad jurídica con apoyos y, para su declaración, se aplicarán las reglas generales del art. 388 del CCyCN.

Para declarar la nulidad de un acto celebrado con anterioridad a la inscripción de la sentencia, la enfermedad ostensible no es un requisito constitucionalmente válido para nulificarlo de por sí.

La sola anotación marginal de la sentencia que designa un sistema de apoyos en el acta de nacimiento (prevista en el art. 39 del CCyCN) no es suficiente para otorgar validez y eficacia a los actos jurídicos cuya celebración requiera la intervención de un sistema de apoyos. Para otorgarla, el/a juez/a puede, mediante la aplicación de ajustes razonables, disponer la inscripción registral de ese acto en el registro que corresponda (por ejemplo: registros de automotor, de propiedad o de comercio). Tal como lo prevé el art. 38 del CCyCN y como fue señalado en el principio 4, el/la juez/a debe señalar la condición de validez de los actos específicos sujetos a restricción.

Sin perjuicio de la inscripción, la nulidad de los actos jurídicos cuya realización requiera un sistema de apoyos debe regirse por las reglas generales establecidas en el art. 388 del CCyCN para la nulidad de los actos.

Por otra parte, así como la designación del sistema de apoyos y la curatela deben ceñirse a actos determinados, la nulidad y la responsabilidad civil de los actos deben seguir esa misma regla. La nulidad debe recaer solo sobre el acto para el cual la sentencia haya establecido el ejercicio de la capacidad jurídica con apoyos, en la modalidad y con el alcance que allí se establezca.

Para declarar la nulidad de un acto celebrado con anterioridad a la inscripción de la sentencia, los supuestos previstos en los incisos a) y b) del art. 45 de CCyCN (enfermedad mental ostensible a la época de celebración del acto y contratante de mala fe), deberán aplicarse armónicamente con los principios de la autonomía de la voluntad, la celebración del acto con apoyo, con la teoría general de la responsabilidad civil, el abuso de derecho y con las previsiones del art. 332 del CCyCN. La enfermedad ostensible no es un requisito constitucionalmente válido para anular de por sí un acto jurídico.

6) El supuesto del art. 32 del CCyCN, último párrafo se aplica únicamente y en forma excepcional a casos asimilables al estado de coma. Aun en estos supuestos la sentencia también debe determinar los actos que requieren representación. Toda declaración de incapacidad "total" es una privación de capacidad jurídica inconstitucional y una violación al art. 24, inc. "c" del CCyCN. Las barreras de comunicación no pueden ser un obstáculo para la manifestación de la voluntad.

El último párrafo del art. 32 del CCyCN prevé la incapacidad excepcional y exclusivamente para aquella situación en que "la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, y el sistema de apoyos resulte ineficaz". Es decir, se trata de supuestos en los cuales la persona no muestra ningún signo evidente de conciencia de sí o del ambiente y se encuentra imposibilitada de interaccionar con los demás o de reaccionar a estímulos adecuados. Frente a esa situación el Código admite la declaración de incapacidad parcial y la designación de un/a curador/a. Es decir que se admite que la persona sea representada para el ejercicio de ciertos actos.

Por otro lado, el art 24 inc c) establece que son "incapaces" de ejercicio, la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión y, entre los principios generarles previstos en el art. 31, se incluye el carácter excepcional de la limitación de la capacidad (inc. b).

La existencia de barreras comunicacionales, por más intensas que parezcan no pueden hacer presumir la falta de interacción con el entorno. Los operadores del sistema judicial, incluyendo a los equipos interdisciplinarios deberán realizar su máximo esfuerzo para determinar las preferencias y voluntad de la persona en cuyo beneficio se promueve el sistema de apoyos. A tal fin deberá convocarse a peritos intérpretes en comunicación no verbal o profesionales afines, para posibilitar y facilitar la participación directa y efectiva de la persona conforme el repertorio comunicacional que esta utiliza habitualmente; en cumplimiento de las previsiones de los Artículos 2, 3 y 13 de la CDPD.

Cabe concluir que también en los supuestos previstos en el último párrafo del art. 32 la incapacidad debe ceñirse exclusivamente al o a los actos jurídicamente relevantes y cuya realización resulte absolutamente necesarias mientras la persona se encuentre en ese estado. A su vez, en el art. 34 –al referirse a medidas cautelares– el CCyCN prevé que el/a juez/a debe determinar qué actos requieren la representación de un/a curador/a.

A diferencia de lo previsto en el código derogado, la designación del/a curador/a no implica la representación de la persona de manera general, sino que lo será para actos debidamente determinados, cuyo alcance será especificado en la sentencia.

En otras palabras, la declaración de incapacidad total es una privación de la capacidad jurídica que viola el art. 24, inc. "c" del CCyCN y resulta inconstitucional por contravenir la CDPD.

En definitiva, para que proceda el supuesto excepcional de incapacitación, la persona legitimada deberá acreditar la lesión que podría provocar la omisión de ejercer el acto cuya representación se requiere y el/a juez/a deberá justificar la necesidad de declarar la incapacidad de la persona respecto de ese o esos actos. En este caso, el/la juez/a debe intensificar las salvaguardias.

7) En ningún caso la sentencia podrá restringir el ejercicio de la capacidad jurídica sobre:

- a) derechos personalísimos: vida, dignidad, salud (arts. 51 a 61 del CCYCN),
- b) derechos políticos: especialmente el derecho a votar (art. 29 de la CDPD),
- c) derecho al nombre (art. 62 del CCYCN),
- d) derecho a contraer matrimonio (art. 62 del ccycn),
- e) derecho a estar en juicio,
- f) responsabilidad parental.

La Observación General Nº 1 del Comité de la CDPD (párr. 29, inc. d) establece expresamente que la designación de un sistema de apoyos no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho al voto, el derecho a contraer matrimonio o a establecer una unión civil, fundar una familia, derechos reproductivos, responsabilidad parental, consentimiento informado, derecho a la libertad, etc.

8) El art. 43 del CCYCN, además de definir el sistema de apoyos, admite una acción autónoma y voluntaria en forma diferenciada de las previsiones del art. 32.

Esta acción autónoma prevista en el art. 43 es quizás la que mejor expresa el contenido del art. 12 de la CDPD. El CCyCN persigue modificar la lógica exclusivamente “protectoria” que, sostenida por el modelo anterior, implicó en la práctica una restricción arbitraria de derechos fundamentales. Para modificar ese régimen el nuevo Código ordena sistemas de apoyo para actos puntuales, en lugar del sistema de sustitución.

En virtud de ello, el CCyCN incluyó dentro de los/as legitimados/as para iniciar la acción a la propia persona que —eventualmente— podría requerir dichos apoyos. En este tipo de procesos, donde es la propia persona quien lo inicia, las reglas deben ser disimiles a los casos que son iniciados por “denuncias” de terceros.

La novedosa legitimación de la persona para iniciar actuaciones judiciales a su propio respecto se presenta como una oportunidad para generar en nuestro ordenamiento un proceso verdaderamente voluntario y respetuoso de lo prescripto por la CDPD, que a lo largo de todo su articulado promueve que se respete la voluntad, los deseos y los intereses de la persona.

Así, en estos casos deben maximizarse los esfuerzos de los/as jueces/zas a fin de que se efectivicen los ajustes de procedimiento (art. 13 de la CDPD) y se cumpla con la

pretensión de apoyos propuesta o requerida por la propia persona, con un diseño respetuoso de sus preferencias.

En este supuesto no podrán imponerse los apoyos, ni siquiera en la forma excepcional descrita en el principio 3, vinculado a las previsiones del art. 32. Siguiendo esta línea de ideas, en la acción autónoma no procede la evaluación interdisciplinaria a los fines de los artículos 32 y 37 último párrafo, porque es la propia persona quien lleva a conocimiento del tribunal una situación fáctica sobre la cual reconoce la necesidad de contar con un sistema de apoyos para actos determinados.

La sentencia que se dicte bajo esta modalidad debe ser, aquí más que nunca, a medida de las necesidades y de los intereses de quien se ha presentado ante la jurisdicción a solicitar apoyos formales, razón por la cual cobra especial relevancia el respeto por el principio de congruencia.

9) Cuando intervengan equipos interdisciplinarios a los fines de los arts. 32 y 37, último párrafo, deben cumplir las siguientes pautas:

- a) Ajusten su evaluación al objeto del proceso: la designación de apoyos,
- b) Adopten como principal guía en el proceso de evaluación la palabra y las opiniones de la persona,
- c) En ningún caso se basen en un diagnóstico para realizar su evaluación,
- d) Exploren los recursos personales, familiares, comunitarios y sociales existentes, disponibles, potenciales y requeridos por la persona.

además, debe garantizarse la accesibilidad comunicacional y los ajustes razonables también en el proceso de intervención del equipo interdisciplinario.

la valoración probatoria del informe interdisciplinario debe partir de la presunción de capacidad, respetar el deber de congruencia y desarrollarse de acuerdo a los principios de la sana crítica.

Las evaluaciones interdisciplinarias deben proveer elementos para el dictado de la sentencia. Es absolutamente violatorio al mandato convencional que los informes periciales se inscriban en el paradigma tradicional de “diagnóstico de la incapacidad”. La intervención de un equipo interdisciplinario no puede pensarse de forma aislada, sino en el marco de un proceso donde la accesibilidad comunicacional y los ajustes razonables estén garantizados, pues es en ese contexto donde el/a profesional de cada disciplina podrá aportar información relativa a la determinación de las necesidades de apoyo y el diseño de sistemas adecuados para abordarlas. Un proceso de evaluación ajustado al objetivo de determinación de apoyos debe respetar las siguientes características:

- a) El proceso de evaluación interdisciplinaria y su informe final deben circunscribirse al objeto procesal: la definición de apoyos para el pleno ejercicio de la capacidad jurídica. El dictamen interdisciplinario no debe expedirse sobre aspectos vagos, generales, subjetivos y/o íntimos de la vida de la persona en cuestión, que no hagan estrictamente a su ejercicio de la capacidad para actos específicos.

- b) En ningún caso un diagnóstico psiquiátrico preexistente o sobrevenido debe ser el fundamento del análisis o de las conclusiones de la evaluación. La apreciación clínica del funcionamiento psíquico, cuando corresponda, deberá siempre estar orientada a identificar aptitudes actuales y potenciales que ameriten apoyo específico y versar sobre el ejercicio pleno de la capacidad jurídica, no sobre aspectos generales de la vida personal del sujeto.
- c) Para cumplir con su objeto, la evaluación interdisciplinaria debe explorar a profundidad los recursos personales, familiares, comunitarios y sociales existentes, disponibles, potenciales y requeridos por la persona. Esto implica ampliar el ámbito de la evaluación desde la persona en cuestión, hacia el núcleo relacional y afectivo, tanto personal como institucional, que el equipo evaluador identifique como significativo, siempre que la persona lo consienta.
- d) El rol de la persona, su palabra, su opinión y su voluntad, tienen un valor protagónico en la evaluación que se hace de la situación. El/a profesional que evalúa debe reconocer y aprovecharla como una fuente de información válida y remitir, ponderar y cotejar siempre sus apreciaciones técnicas con los planteamientos que la persona hace.
- e) El producto de la evaluación interdisciplinaria, a diferencia de una estructura de diagnóstico médico, debe proveer un análisis psicosocial y socio-comunitario contextualizado de la situación y sugerir las medidas tanto judiciales como extrajudiciales que podrían resultar idóneas para facilitar la toma de decisiones con apoyos para el pleno ejercicio de la capacidad en ese caso concreto y sobre los actos jurídicos determinados en el proceso.

Cabe señalar también que el informe interdisciplinario, en tanto brinda sustento cualitativo que será tenido en cuenta al momento de dictar sentencia, debe cumplir las mismas reglas procesales que el resto de la prueba producida: a) debe ser valorado a partir de la presunción de capacidad; b) su valoración debe respetar el deber de congruencia (art. 34, inc. 4 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y sus equivalentes en la normativa procesal de cada jurisdicción) y c) debe ser evaluado de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

10) Los plazos deben ser razonables y debe considerarse la afectación jurídica que provoca en la persona titular de la capacidad jurídica el paso del tiempo, así como la priorización de sus necesidades.

Las situaciones de vida de las personas se ven indefectiblemente modificadas por el paso del tiempo y, por lo general, ello termina consolidando un estado de cosas o deteriorando irremediabilmente una situación. Esto afecta directamente las soluciones adoptadas en los procesos sobre capacidad, ya que el dinamismo propio de la vida altera las conclusiones a las que pudo llegarse en un momento determinado. Teniendo en cuenta que en procesos sobre capacidad se decide sobre la vida de las personas, debe prestarse particular atención al factor tiempo, mediante el fomento de la celeridad de las decisiones y de la revisión de todo lo actuado cada vez que, conforme lo establecido por el art. 40 del CCyCN: (a) la persona lo solicite; (b) se

cumpla el período trianual. Además, se procederá a realizar tal revisión cuando las circunstancias de vida de las personas así lo requieran.

Desde ya que es absolutamente inaceptable y gravoso que un proceso de este tipo se prolongue más allá de un plazo razonable, lo cual implica un retardo de justicia y una estigmatización y judicialización innecesaria de la vida de las personas (en muchos casos, personas con discapacidad intelectual o psicosocial).

El plazo máximo de tres años establecido por el CCyCN para la revisión de la sentencia se erige como parámetro objetivo: aun cuando el Código no establezca un tiempo determinado de duración del proceso no puede durar más de tres años desde su inicio hasta el dictado de una resolución.

11) Se debe respetar el carácter de parte de la persona titular de derecho a la capacidad jurídica y garantizar el debido proceso. Para lograrlo, las autoridades judiciales deben remover las desigualdades que impiden el ejercicio efectivo de ese rol y considerar que son sujetos de amparo procesal preferente.

El art. 31, inc. “e” y el 36 del CCyCN establecen que la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es “parte” y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa. También prescribe que se le debe nombrar un/a abogado/a a quien no cuente con asistencia letrada en el marco del proceso y que no hubiere designado a nadie.

Dichas previsiones resultan particularmente importantes y, aún hoy, se observa que en muchos casos no se cumplen. Por ello, la entrevista personal entre el/a juez/a y la persona debe promoverse en el primer despacho (art. 35 del CCyCN). Es imprescindible que se cumpla con el principio de inmediatez entre el/a magistrado/a actuante y la persona titular del derecho.

Las históricas desigualdades procesales a las que se ve sometida la persona cuya capacidad jurídica se discute, exige a las autoridades judiciales tener en cuenta que se trata de un sujeto de tutela procesal preferente y que ello implica la obligación judicial de remover dichas desigualdades para asegurar que la voz de la persona pueda ser oída y receptada adecuadamente. De lo contrario, se pone en riesgo el cumplimiento efectivo de la garantía del debido proceso.

12) Las autoridades judiciales deben adoptar medidas de accesibilidad y realizar los ajustes de procedimiento necesarios para garantizar una participación efectiva de la persona titular de la capacidad jurídica en el proceso, de acuerdo a los lineamientos señalados por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Observación General Nro. 2 (arts. 9 y 13, CDPD).

Se debe garantizar activamente y desde el primer momento procesal y a lo largo de todo el proceso la accesibilidad física y comunicacional (art. 9 CDPD y art. 31 inc. d del CCyCN). La persona debe recibir información clara y en lenguaje sencillo sobre sus derechos y los organismos a los cuales puede recurrir para buscar amparo. Del

mismo modo debe conocer cada circunstancia del proceso, sus consecuencias y alternativas de acción para la defensa de sus propios intereses.

También es imprescindible asegurar que la persona pueda llegar al tribunal, lo que implica: 1) una notificación oportuna y adecuada a las necesidades comunicacionales de la persona titular del derecho, 2) que la persona cuente con medios de transporte que le permitan el acceso físico.

Por otra parte, es importante que, al llegar a un ámbito judicial, la persona sea recibida en un espacio adecuado, donde se respete su privacidad y se favorezca la escucha real.

Es indispensable que el punto de partida de la persona en el proceso sea una entrevista preliminar donde pueda ser informada sobre el objetivo del proceso y sus características, y escuchada sobre sus necesidades materiales y temporales para atravesar el proceso. También allí debe ser informada sobre su derecho a contar con abogado/a defensor/a.

Está claro que para que las condiciones requeridas por la persona titular del derecho sean posibles, es necesario que se realicen activamente las modificaciones del proceso que permitan adecuarlo dinámicamente a cada situación (art. 13 CDPD).

Algunos aspectos que pueden ser objeto de ajustes razonables son: la modalidad y el encuadre de las audiencias y entrevistas, la prolongación de los lapsos procesales, la participación de personas que no son actores del proceso en el marco de la elección voluntaria de la persona causante, las condiciones de realización de la evaluación interdisciplinaria, los aspectos formales y burocráticos del proceso, entre otros.

La intervención de expertos/as, profesionales de diversas disciplinas o no, puede ser de utilidad para brindar información a los/as operadores del sistema de justicia para abarcar, con la mayor amplitud posible, el diseño e implementación de los ajustes razonables. Es deseable que los/as expertos/as que desempeñen dicha función se capaciten y asesoren con entidades estatales con competencia técnica específica en la materia, como el Programa Nacional de Acceso a la Justicia para Personas con Discapacidad (ADAJUS). En especial que se encuentren formados bajo los principios del modelo social de la discapacidad.

13) A fin de garantizar el cumplimiento de los principios enunciados resulta necesario que todos/as los/as involucrados/as en el proceso ejerzan su rol de acuerdo con los siguientes lineamientos:

a. La persona titular del derecho a la capacidad jurídica

Durante todo el proceso debe velarse por el estricto cumplimiento de los derechos del titular del derecho a la capacidad jurídica, actor clave en cada instancia. Lo que allí se discuta debe ser “siempre en [su] beneficio...” (Art. 31.b del CCyCN). El art. 36 es muy claro al establecer que “la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa”.

Se le debe garantizar al sujeto el ejercicio efectivo de todos sus derechos, particularmente los incluidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas

con Discapacidad, lo que solo podrá alcanzarse si se otorga genuina importancia a la expresión de su voluntad con carácter vinculante.

En todos los casos debe canalizarse cualquier pedido que realice la persona, sea a través de una presentación formal con patrocinio letrado, en forma pauperis, a través de la presentación espontánea en el juzgado, en una audiencia, etc. En caso de que exista algún indicio de que la persona involucrada desea expresarse, el juzgado debe proveer los medios para tomar en cuenta dicha expresión (por ejemplo, yendo a visitar a la persona a donde se encuentre).

De plantearse una cuestión que no fuera de competencia del juzgado o impropia del proceso en cuestión, deben darse herramientas sencillas que permitan canalizar dicha consulta. Muchas veces el juzgado es el único contacto con el Estado que tiene la persona, con lo cual se debe promover activamente el ejercicio de derechos (por ejemplo, en relación con otros derechos como la salud). Es decir, la intervención debe pasar de ser restrictiva o de “judicialización de la vida”, a ser una instancia de acceso a la justicia de impulso voluntario.

La entrevista personal entre la persona y el/a juez/a (art. 35 del CCyCN) debe respetarse en todos los casos.

b. El/a abogado/a de la persona titular del derecho a la capacidad jurídica

En todo momento debe facilitarse el acceso a la justicia a través de la derivación asistida a los servicios de patrocinio, el cual debe ser gratuito en caso de ser necesario. Se trata de un derecho de la persona (art. 36 del CCyCN).

El rol del/a abogado/a es de defensa técnica, por ende, debe respetar estrictamente la voluntad de su defendido/a, tal y como lo explicitan las reglas de ética profesional. En caso de existir dificultades en la comunicación con su cliente, debe recurrir a los organismos estatales u organizaciones que puedan colaborar y, en última instancia, puede plantear sus inquietudes en el marco del expediente.

La intervención del/a abogado/a cesa cuando el/la cliente/a así lo decide.

Provisión gratuita de asistencia letrada: en caso de que la persona titular del derecho no pueda acceder por sus propios medios a asistencia legal, el Estado se la debe garantizar. El Ministerio Público de la Defensa aparece como el organismo privilegiado para la provisión estatal gratuita de este servicio, sin desconocer que cada jurisdicción puede determinar el modo de garantizarlo.

c. La persona de apoyo

No se le aplica el régimen de tutela/curatela del CCyCN (Capítulo 10). Por ende, llamar “persona de apoyo” a alguien que actúa como curador/a es una grave violación de derechos y una confusión del rol que le compete.

En todo momento la persona de apoyo debe abstenerse de incurrir en cualquier tipo de conflicto de intereses que pudiera perturbar el desempeño de su tarea de asesoramiento y acompañamiento. En caso de duda, puede presentarse ante el juzgado a fin de poner a consideración del/a magistrado/a las circunstancias, para que decida si puede o no continuar en el ejercicio de su rol.

En caso de incumplimiento de las salvaguardias establecidas en la sentencia, el juzgado puede ordenar el cese de su rol.

En los casos en los que la persona no cuente con una red vincular y sea necesario designar a un funcionario/a público/a, éste deberá promover un vínculo de confianza e inmediatez.

Régimen de responsabilidad de las personas de apoyo: a diferencia del modelo anterior que se centraba en la formalización del acto jurídico, el modelo de apoyos no está centrado exclusivamente en ese ámbito, sino que además se proyecta sobre el proceso de la toma de decisiones. El principal bien que tutela el modelo de apoyos es la autonomía y el ejercicio de los derechos por parte de la persona, y no la seguridad jurídica.

Los apoyos solo son condición de validez de los actos jurídicos celebrados por la persona frente al régimen de responsabilidad de los actos jurídicos. Es decir, el apoyo no forma parte del acto jurídico que se celebra, no es responsable ni contractual ni extra contractualmente respecto de terceros por sus consecuencias y ello no depende ni de la modalidad ni intensidad de su actuación.

d. Otros/as legitimados/as para iniciar el proceso

El art. 33 del CCyCN otorga a las siguientes personas y entidades la potestad de llevar a consideración de un juzgado un requerimiento de apoyos de una tercera persona: el cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado, los parientes dentro del cuarto grado, si fueran por afinidad, dentro del segundo grado; el Ministerio Público. Asimismo, el art. 36 les confiere a las mismas personas la posibilidad de “aportar toda clase de pruebas para acreditar los hechos invocados”, aunque sin conferirle, excepto al Ministerio Público, el carácter de parte, que sí le es otorgado expresamente a la persona en cuyo interés se inicia el proceso. Por ende, estas personas no podrán intervenir en el expediente salvo en lo necesario a aportar dicha prueba o cuando fueran citadas por el juzgado a fin de que brinden su testimonio.

e. Ministerio Público

Nos referimos al rol que cumplen los/as defensores/as de “menores e incapaces”, también denominados/as “asesores/as tutelares” o “Ministerio Pupilar”, según la jurisdicción de que se trate: históricamente, la mayoría de las jurisdicciones previó dentro de la estructura orgánica del Ministerio Público un ámbito destinado a participar, en forma accesoria o principal, de los procesos en que se dirimían derechos de niños/as o personas cuya capacidad jurídica se veía restringida bajo la imposición de una curatela.

Con los cambios introducidos por el nuevo CCyCN en el régimen de capacidad jurídica, el rol de las defensorías de “menores e incapaces” también requiere una adaptación a los nuevos principios.

Antes de la sanción del CCyCN, el origen de su competencia partía de una restricción de la capacidad jurídica o, cuando menos, de un proceso en el cual el ejercicio de ese derecho se encontraba en discusión.

En el actual modelo, el Ministerio Público continúa siendo parte necesaria en los procesos (art. 103 CCyCN) aunque la génesis y los principios rectores de su intervención deben ser la presunción de la capacidad jurídica de las personas y la obligación de garantizar que a lo largo del proceso aquel derecho no sea vulnerado. Para cumplir esa manda legal, que en el ámbito del Poder Judicial de la Nación se desprende de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa nro. 27.149, además de ser uno de los legitimados para iniciar un proceso de determinación de capacidad jurídica (art. 33 CCyCN) y parte necesaria en los procesos, entre sus principales funciones debe:

- Asegurar que las personas cuenten con un/a abogado/a defensor/a (arts. 31, inc. “e” y art. 36 CCyCN).
- Garantizar que la persona en cuyo beneficio se inicie el proceso sea informada, participe activamente en todas las instancias procesales y que su voluntad sea respetada (art. 31 y 35 CCyCN).
- Verificar que las evaluaciones sean interdisciplinarias (cfr. arts. 31 y 37 CCyCN) y cumplan los recaudos referidos en el principio 9.
- Promover activamente la revisión de sentencias previas a la vigencia del CCyCN y solicitar la revisión de aquellas dictadas con posterioridad a su sanción, cuando hayan transcurrido al menos tres años desde la declaración judicial de restricción de capacidad o incapacidad.

En éste último supuesto también se debe requerir una nueva evaluación interdisciplinaria, con el fin de constatar la vigencia de la necesidad de la limitación en la capacidad jurídica de la persona, la procedencia de readecuar la declaración hacia una menor limitación de su autonomía o el levantamiento de la interdicción o rehabilitación de la capacidad.

- Promover la exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales en forma extrajudicial (conf. art. 103 CCyCN), mediante el mismo u otro proceso.

El Ministerio Público está particularmente llamado a cumplir con medidas de accesibilidad y a realizar ajustes razonables en el procedimiento, en la medida de su intervención. Para ello deben promover que en el marco del proceso se adopten medidas pertinentes para asegurar el acceso de la persona, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones. Estas medidas deben incluir la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso físico y comunicacional.

f. El/a “curador/a”²

En lo pertinente a esta temática, solo se designa cuando “la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz”. En otras palabras, en casos asimilables al estado de coma. Son circunstancias en las cuales nunca se podría contradecir la voluntad de la persona en cuestión porque la misma no puede ser conocida.

Se trata de una representación parcial, es decir, en relación con determinados actos en los cuales sea estrictamente necesario tomar determinaciones, tal como fuera desarrollado en el principio 6. En dichos casos se aplica el Capítulo 10 del CCyCN. Un sistema de apoyos no puede coexistir con el régimen de la curatela y, en consecuencia, una sentencia no puede determinar la aplicación de ambos sistemas al mismo tiempo.

El rol del/a curador/a bajo el nuevo régimen debe ceñirse estrictamente a aquellos actos para los cuales fue designado/a y debe rendir cuentas de su gestión. También, es su deber hacer saber a la jurisdicción cuando la persona bajo curatela ha mostrado signos de manifestación de voluntad para que se evalúe si persisten o se han modificado las condiciones por las cuales se dictó la restricción.

Por otra parte, deben impulsar medidas de accesibilidad y ajustes razonables del proceso, si eso coadyuva a la posibilidad de conocer deseos e intereses de la persona, aún en su estado. Para ello deberán promover que en el marco del proceso se adopten medidas pertinentes para asegurar el acceso de la persona a los sistemas y a las tecnologías de la información y las comunicaciones que favorezcan la manifestación de voluntad.

14) Las salvaguardias tienen como objetivo asegurar que las medidas de apoyo no restrinjan el derecho a la capacidad jurídica y tengan como efecto respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona.

Las salvaguardias deben orientarse a evitar abusos y garantizar que todo sistema de apoyos permita el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

Su objetivo es asegurar que la medida de apoyo respete la voluntad y preferencias de la persona, entendida como la manifestación de voluntad por ella exteriorizada o a través de un intérprete. También deberá garantizar que quienes obren como personas de apoyo no ejerzan una influencia indebida en las decisiones que tome la persona. Las salvaguardias deben garantizar también que el sistema de apoyo que se designe tenga en cuenta la situación en la que se encuentra la persona y se adecue a sus necesidades y circunstancias.

Además, aquellas deben ser establecidas de modo proporcional a los actos que involucre, por ejemplo: si se trata de actos de disposición de bienes serán más estrictas que cuando abarque actos de mera administración.

2 Se hace referencia al rol y no a los/as funcionarios/as que llevan ese nombre.

En esa misma lógica, la salvaguardia será más estricta (control más frecuente, más obligaciones en cabeza del apoyo) en los supuestos de: a) curatela, b) apoyos impuestos, c) supuestos en los que el apoyo asuma actos de representación con mandato de la persona, d) en aquellos casos en que la persona de apoyo, impuesto o elegido voluntariamente, se encuentre bajo un régimen de responsabilidad profesional o institucional sobre la persona titular de la capacidad jurídica (enfermeros, cuidadores, médicos; abogados, etc.), e) cuando la persona se encuentre institucionalizada.

15) Las normas procesales deben interpretarse a la luz de las normas de fondo.

Tal como ya fuera señalado, en los últimos años se incorporaron importantes instrumentos de derechos humanos a nuestro ordenamiento, entre ellos la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asimismo, se ha sancionado la Ley Nacional de Salud Mental y un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, cuerpos legales que se encuentran en mayor sintonía con los instrumentos internacionales de derechos humanos y con la Constitución Nacional.

Todo ello generó importantes cambios normativos de fondo, pero no sucedió lo mismo con las normas procesales. Ellas conservan, en mayor o menor medida, los antiguos preceptos aplicables a los procesos de “insania” e “inhabilitación”.

Esto implica, siguiendo el orden jerárquico de las leyes, que los/as jueces/zas deben interpretar las normas adjetivas de conformidad con lo dispuesto por las normas sustanciales y, en caso de que existan contradicciones entre ellas, debe priorizarse lo prescripto por las leyes de fondo por encima de las de forma. En dicho sentido, resulta esencial recordar que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene jerarquía constitucional.

16) Las medidas cautelares deben cumplir los recaudos de ese tipo de medidas y su dictado debe adecuarse a las circunstancias concretas de la persona.

Las medidas cautelares dictadas no deberán contrariar la voluntad de la persona interesada, con las excepciones previstas en el principio 3, así se respeta la presunción de capacidad establecida por la normativa aplicable. Sin embargo, cuando la urgencia del caso lo amerite, el/la magistrado/a podrá ordenar la constitución de un sistema de apoyo temporal. En cualquier momento del proceso la persona interesada podrá aportar prueba que acredite la innecesaridad del sistema de apoyo ordenado cautelarmente.

El dictado de las cautelares deberá cumplir con los recaudos exigidos para esas medidas y debe responder a situaciones concretas de cada caso. Deben evitarse las cautelares dictadas habitualmente al inicio de los procesos de determinación de capacidad jurídica (por ejemplo, la inhibición general de bienes o restricciones preventivas).

Es decir, se requiere una dedicación personalizada del/a juez/a en relación con la situación particular de la persona. Cuando fuera necesario dictar una medida cautelar

y no exista una previsión específica para asegurar el objeto de la cautelar, el/la juez/a podrá proceder al dictado de las cautelares innominadas conforme las necesidades del caso.