

Comisión nº 1, Privado Parte General: “Nuevas reglas referidas al régimen capacidad de la persona humana”

LA CAPACIDAD JURÍDICA: DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Autor: Lafferriere, Jorge Nicolás¹

Resumen:

- 1. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (27044) en materia de capacidad jurídica resulta compatible con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26378) que cuenta con jerarquía constitucional por ley 27044.*
- 2. El mantenimiento de supuestos excepcionales de incapacidad resulta compatible con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en razón del mandato de protección que surge de ese instrumento internacional.*

1. Introducción

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD) aprobada por ley 26378 (B.O. 9/6/2008) y que desde diciembre de 2014 cuenta con jerarquía constitucional por ley 27044 (B.O. 22/12/2014) constituye una insoslayable pauta de interpretación² para el análisis del nuevo régimen de la capacidad jurídica establecido por el Código Civil y Comercial aprobado por ley 26994 (B.O. 8/10/2014). En tal sentido, esta ponencia se propone considerar si el nuevo régimen de capacidad resulta compatible con la CDPD. Para ello presentaremos sintéticamente los lineamientos de la CDPD para luego considerar los tipos de restricción a la capacidad incluidos en el nuevo CCyC y hacer un balance sobre la recepción de la Convención en la nueva legislación civil.

2. Lineamientos de la CDPD y del Comité ONU sobre capacidad

En el artículo 12 de la CDPD se establecen los criterios de la Convención en relación a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad:

Artículo 12

Igual reconocimiento como persona ante la ley

¹ Profesor Adjunto de Elementos de Derecho Civil (UBA), Director del proyecto DECYT 14148 (UBA). Profesor Titular Ordinario de Principios de Derecho Privado e Instituciones de Derecho Civil (UCA),

² Cf.: Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Horacio Girolodi y otro. Sentencia de 7 de abril de 1995, párr. 11; Caso Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad. Sentencia de 14 de junio de 2005, párr. 17; Caso Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Rec. De casación e inconstitucionalidad. Sentencia de 13 de julio de 2007, párr. 20.

- 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.*
- 2. 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.*
- 3. 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.*
- 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.*
- 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*

En este trabajo nos concentraremos en las disposiciones relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, es decir, los incisos 3, 4 y 5 de la CDPD. Al respecto, es insoslayable la consideración de la Observación General Nro. 1 del Comité de la Convención. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad creado por la CDPD ha señalado la importancia de las disposiciones del artículo 12 y ha considerado "imperativo ofrecer orientaciones adicionales en una observación general" (Observación Nro. 1, CRPD/C/GC/1, 19/05/2014³). Esta Observación se refiere principalmente al artículo 12 y pone énfasis en la abolición de los sistemas de sustitución de voluntad. Leemos en el párrafo 27 de la Observación General Nro. 1: "Los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones pueden revestir muchas formas diferentes, entre ellas la tutela plena, la interdicción judicial y la tutela parcial. Sin embargo, todos esos regímenes tienen ciertas características en común: pueden describirse como sistemas en los que: i) se despoja a la persona de la capacidad jurídica, aunque sea con respecto a una única decisión; ii) puede nombrar al sustituto que tomará las decisiones alguien que no sea la persona concernida y ese nombramiento puede hacerse en contra de su voluntad; y iii) toda decisión adoptada por el sustituto en

³ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación general N° 1 (2014) (CRPD/C/GC/1), n. 17.

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 propia voluntad y sus preferencias". Para el Comité "la obligación de los Estados partes de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos" (párrafo 28).

De la Observación General Nro. 1 surgen algunos lineamientos que deben cumplir los Estados partes para cumplir con lo relativo a los sistemas de apoyo. En efecto, en el párrafo 50 de la Observación se señala que los Estados deben disponer un sistema de apoyos que satisfaga "los criterios enunciados en el párrafo 29 supra, que se refiere a las obligaciones de los Estados partes de cumplir con lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 3, de la Convención". Así, el párrafo 29 de la Observación General nro. 1 es clave y señala:

"29. Un régimen de apoyo para la adopción de decisiones comprende diversas opciones de apoyo que dan primacía a la voluntad y las preferencias de la persona y respetan las normas de derechos humanos. El régimen debe proteger todos los derechos, incluidos los que se refieren a la autonomía (derecho a la capacidad jurídica, derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, derecho a elegir dónde vivir, etc.) y los relativos a la protección contra el abuso y el maltrato (derecho a la vida, derecho a la integridad física, etc.). Además, los sistemas de apoyo para la adopción de decisiones no deben regular en exceso la vida de las personas con discapacidad. Aunque esos regímenes pueden adoptar muchas formas, todos deben incluir determinadas disposiciones esenciales para asegurar el cumplimiento del artículo 12 de la Convención"

El párrafo 29 enumera luego esas "disposiciones esenciales", que se relacionan con aspectos como "la disponibilidad de los apoyos" (a), dar primacía a "la voluntad y preferencias de la persona" (b), no considerar un obstáculo el modo de comunicación de una persona (c), la necesidad de dar reconocimiento jurídico accesible a las personas encargadas del apoyo y mecanismos para controlar su actuación (d), garantizar que se puedan obtener los apoyos aunque la persona no tenga recursos (e), que la existencia de apoyos no se utilice como justificación para limitar otros derechos (f), el derecho a rechazar el apoyo, poner fin a la relación o cambiarla (g), establecer salvaguardias en los procesos relacionados con la capacidad jurídica (h) y que la prestación de apoyo no dependa de una "evaluación de la capacidad mental" sino de "indicadores nuevos y no discriminatorios" (i).

Podemos decir que existe en este punto un delicado equilibrio entre autonomía y protección y que se encuentra aquí la cuestión decisiva en materia de ejercicio de la capacidad⁴. El Comité enfatiza decididamente el principio de autonomía. Sin embargo, una lectura atenta de la CDPD permite advertir una necesidad de protección de las personas con discapacidad. En el artículo 12 de la CDPD los Estados se obligan a "que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen

⁴ Ver Kraut, Alfredo J. Diana, Nicolás, "Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria", LA LEY 08/06/2011, 1 • LA LEY 2011-C, 1039; Covi, Luis Daniel, "Capacidad de las personas con padecimientos mentales", LA LEY 25/10/2011, 1 • LA LEY 2011-F, 758 Cita Online: AR/DOC/3292/2011; Mayo, Jorge A., Tobías, José W., "La nueva ley 26.657 de salud mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil", LA LEY 14/02/2011, 14/02/2011, 1 - DFyP 2011 (marzo), 24/02/2011, 153.

salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos" (inc. 4), adoptando medidas para velar "por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria" (inc. 5). La necesidad de protección es consecuencia lógica de la inviolabilidad de la dignidad humana, que se expresa a través de la autonomía, pero también se expresa en la intrínseca inviolabilidad de cada ser humano por el solo hecho de ser tal, especialmente cuando se encuentra en situaciones extremas de vulnerabilidad y requiere una respuesta solidaria de protección y cuidado.

El Comité ONU reconoce esta tensión en el párrafo 29 de la Observación General Nro. 1 cuando señala que el régimen de apoyo "debe proteger todos los derechos, incluidos los que se refieren a la autonomía (derecho a la capacidad jurídica, derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, derecho a elegir dónde vivir, etc.) y los relativos a la protección contra el abuso y el maltrato (derecho a la vida, derecho a la integridad física, etc.)" (párrafo 29). Será esta tensión la que analizaremos en el presente trabajo para ver cómo es resuelta por el nuevo Código.

3. Síntesis de la regulación de la capacidad en el nuevo CCyC

Nuestro análisis se concentra en las disposiciones de la Sección 3ra. (Restricciones a la Capacidad) del Capítulo 2 (Capacidad) del Título I (Persona Humana) del Libro I (Parte General). Allí, se profundiza el camino iniciado con la LSM que introdujo el artículo 152 ter en el Código Civil y que diera lugar a una profunda transformación del régimen de capacidad. Nos proponemos evaluar si el nuevo Código logra plasmar las obligaciones asumidas por nuestro país en el artículo 12 de la CDPD, con particular referencia a los tipos de restricción de capacidad y los sistemas de apoyo y salvaguardas.

3.1. Los tipos de restricciones a la capacidad

De manera esquemática, podemos decir que en el CCyC se adoptan tres tipos de restricciones a la capacidad:

Personas con capacidad restringida: reguladas en el artículo 32 que dispone: "El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes".

Incapaces: se trata de un supuesto de excepción, previsto en el artículo 32 in fine y descrito de la siguiente forma: "cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador".

Inhabilitados: contempla el artículo 48 el supuesto de inhabilitación restringido a los casos de prodigalidad: "Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio".

3.2. Los sistemas de apoyo y salvaguarda

Identificadas las formas de restringir la capacidad del nuevo CCyC, podemos decir que la respuesta privilegiada por el nuevo Código será la de los apoyos:

- Según el artículo 43, "se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general".
- Los apoyos tendrán las funciones que delimite el juez (arts. 32 y 38),
- pueden ser propuestos por el interesado (art. 43), aunque su designación debe ser evaluada por el juez para "procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida" (art. 43),
- "tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos" (43),
- el interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo (43).
- La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas (43).

En los casos de personas incapaces, se designa un curador con funciones de representación (cfr. arts. 100 y 101 inc. c).

Por su parte, el art. 103 contempla la actuación del Ministerio Público, que puede ser judicial (complementaria o principal) o bien extrajudicial.

4. Balance inicial de la recepción de la CDPD en el nuevo CCyC

4.1. Incorporación de las directivas de la CDPD en el nuevo CCyC

A continuación, realizamos una sintética enunciación de los puntos centrales en los que el nuevo CCyC recepta la CDPD⁵:

- 1) Adaptación terminológica a la CDPD incorporando las expresiones "apoyos", "ajustes razonables", "accesibilidad", "autonomía", "recursos personales, familiares y sociales", entre otros.
- 2) Ratificación del criterio generado por la LSM de la capacidad como regla y las incapacidades como excepción establecida por sentencia que precise los actos y las funciones que se limitan (arts. 32, 37 y 38 CCyC).
- 3) Establecimiento de la regla general de un sistema de apoyos (arts. 32 y 43 CCyC).
- 4) Amplio reconocimiento del derecho de la persona implicada a participar del proceso y a ser escuchado (arts. 31, 33, 35, 36, 43 y concordantes CCyC).
- 5) Ratificación del criterio de revisión de sentencia incorporado por la LSM (art. 40 CCyC).
- 6) Ratificación y mejora del criterio de la intervención interdisciplinaria que ya surgía de la LSM (arts. 31, 37, 40).

⁵ Para un análisis más desarrollado ver Martínez Alcorta, Julio A. "El nuevo régimen de restricción al ejercicio de la capacidad jurídica", *El Derecho Familia*, 2014, 55/-9; Peyrano, Guillermo F., "La capacidad de hecho y la capacidad de ejercicio en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Personas que pueden ser sometidas a restricciones de su capacidad de ejercicio", *El Derecho*, [262] - (27/04/2015, nro 13.715).

7) Incorporación de los criterios que rigen la actuación de los apoyos, quienes "deben promover la autonomía" (art. 32 y 43 CCyC), "favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida" (art. 32 CCyC), y "facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos" (art. 43 CCyC).

8) Incorporación de los criterios sobre accesibilidad y ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de la persona implicada (art. 35 CCyC).

9) Regulación de los criterios de actuación del juez en el discernimiento de los apoyos, para "evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida" (art. 43 CCyC).

10) Ratificación de los criterios de la LSM sobre internaciones involuntarias, con independencia de la decisión sobre capacidad (arts. 31 y 41 CCyC).

11) Garantía de acceso gratuito a la asistencia letrada (art. 31 inc. e CCyC)

12) Recepción del instituto de las directivas anticipadas en materia de capacidad (arts. 43 y 139 CCyC), aunque con algunas limitaciones que hemos analizado ya en otro trabajo⁶

4.2. Cuestiones abiertas

Como hemos visto, a la luz de la Observación General nro. 1, el punto crítico es la cuestión de los sistemas de sustitución de voluntad. En el nuevo CCyC encontramos tres supuestos en los que aparecen sistemas de este tipo:

- **Incapaces:** como vimos, se denomina incapaces a las personas que indica el artículo 32 in fine. Para estos supuestos, la regla general del artículo 100 del CCyC dispone: "Las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí".
- **Personas con capacidad restringida con apoyo de representación:** el segundo caso se encuentra en el artículo 101, que enumera los "representantes" e incluye en el inciso c: "c) de las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados cuando, conforme a la sentencia, éstos tengan representación para determinados actos".
- **Curador provisorio como medida cautelar:** según el artículo 34, entre las medidas cautelares que puede adoptar el juez se encuentra el nombramiento de un "curador" con funciones de representación. Este caso debe entenderse vinculado con el supuesto del artículo 32 in fine.

Al respecto, formulando un balance de estos tres supuestos a la luz de todo el nuevo ordenamiento, y sin ingresar en el análisis de la temática referida al carácter vinculante o no de las recomendaciones de los organismos internacionales, que según nuestra Corte Suprema constituyen una "insoslayable pauta de interpretación", podemos decir que el nuevo CCyC no incumple con el artículo 12 de la CDPD pues:

⁶ Lafferriere, Jorge Nicolás, Muñiz, Carlos, "Directivas anticipadas en materia de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado", Revista de Derecho de Familia y las Personas, La Ley, 2015, en prensa.

- se abandonó la noción de "incapacidad absoluta"⁷ y, si bien se establece un sistema de representación, la sentencia debe personalizar las funciones y actos que se limitan aún en los casos de incapacidad;
- subsiste el derecho a participar en la toma de decisiones;
- la persona puede dejar indicadas directivas anticipadas en materia de capacidad y particularmente en materia de salud (arts. 60 y 139);
- la representación queda limitada a supuestos muy excepcionales precisados por el artículo 32;
- el representante no puede tomar decisiones que son inherentes a la persona, como testar, casarse, reconocer hijos, etc.
- la representación supone una mayor protección de los derechos del representado en los casos excepcionales indicados, pues el representante tiene un deber de tomar iniciativas y adoptar acciones en resguardo del patrimonio, como por ejemplo acciones para evitar la prescripción, cobro de créditos, etc.
- las normas citadas apuntan a la protección de la que habla la CDPD y procuran lograr ese balance entre protección y autonomía.

5. Reflexión final

La CDPD ha procurado superar algunos problemas vinculados con la falta de reconocimiento de la capacidad jurídica y de ejercicio de las personas con discapacidad. Este esfuerzo tiene un horizonte global y debe ser receptado por cada país que suscribe la Convención. Argentina ya poseía una rica tradición de protección y cuidado de las personas con discapacidad y luego de la CDPD inició un proceso de revisión de su legislación sobre capacidad en 2010 con la LSM y en 2014 el nuevo CCyC significa un nuevo paso en el proceso de recepción de la Convención. El nuevo Código procura en este punto realizar un balance entre autonomía y protección y superar barreras que impiden la plena integración y cuidado de las personas con discapacidad mental. Su entrada en vigencia y aplicación por los operadores jurídicos nos permitirá advertir si en la práctica se logra ese equilibrio y si se requieren ajustes razonables que tengan siempre en cuenta a las personas con discapacidad, su dignidad y sus necesidades de desarrollo y protección.

⁷ Quirno considera que esta figura ya estaba en los hechos derogada aún antes de la sanción de la LSM (Quirno, Diego, "El sistema de protección de los incapaces e inhabilitados frente a la Ley de Salud Mental", Revista Derecho de la Familia y las Personas, La Ley, Agosto 2014, Año VI, nro. 7, p. 156.