

LOS APOYOS EXTRAJUDICIALES PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO*

MARTÍN MÖLLER ROMBOLÁ**

Resumen: La incorporación con rango constitucional de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en nuestra normativa y, posteriormente, la sanción de Código Civil y Comercial han dotado a nuestro sistema jurídico de la figura del apoyo. Ante este contexto, el presente trabajo tiene como finalidad explorar la posibilidad de implementar sistemas de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica de manera extrajudicial, sin que esta tenga que ser restringida; es decir, de manera independiente a los procesos de determinación de la capacidad, como medio para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

Palabras clave: convención sobre los derechos de las personas con discapacidad – capacidad jurídica – sistemas de apoyos para el ejercicio de la capacidad – salvaguardias – disposiciones en previsión de la propia incapacidad

Abstract: The incorporation into our country, with constitutional status, of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and, subsequently, the enactment of the Civil and Commercial Code have endowed our legal system with the figure of the support. Given this context, this paper aims to explore the possibility of implementing support systems for the exercise of legal capacity in an extrajudicial manner, without having to restrict it; that is to say, with no attachment to the processes of determination of the legal capacity, as a means to guarantee the full exercise of the rights of persons with disabilities.

Keywords: convention on the rights of people with disabilities – legal capacity – support systems for the exercise of legal capacity – safeguards – advanced directives

* Recepción del original: 05/03/2018. Aceptación: 19/04/2018.

** Estudiante de Abogacía (UBA).

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de un proyecto de investigación sobre la aplicación del modelo de apoyos, nos proponemos en este trabajo indagar sobre los llamados “apoyos extrajudiciales” (*cf.* art. 43 Código Civil y Comercial de la Nación –en adelante CCCN–). Para ello, es necesario hacer al menos una breve referencia a qué queremos decir cuando hablamos de apoyos. En un sentido muy amplio, apoyo “es el acto de prestar ayuda o asistencia a una persona que la requiere para realizar las actividades cotidianas y participar en la sociedad”,¹ por lo cual resulta evidente que es algo que todos los seres humanos prestamos y a lo cual recurrimos constantemente en nuestra vida en sociedad. Sin embargo, en el caso de las personas con discapacidad, los apoyos necesarios para lograr una vida con pleno ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones no suelen encontrarse disponibles en el entramado social, radicando allí la necesidad de intervención del ordenamiento jurídico.

La palabra “apoyos” surge expresamente de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por ley 26.378, con jerarquía constitucional por ley 27.044), que la utiliza al menos 19 veces (Preámbulo, arts. 4, 9, 12, 16, 19, 20, 23, 24, 26, 29), aunque con variados significados. El citado informe de la relatora² ofrece un gran panorama de apoyos bajo la Convención, que abarca una amplia gama de intervenciones de carácter oficial y oficioso, como la asistencia humana o animal y los intermediarios, las ayudas para la movilidad, los dispositivos técnicos y las tecnologías de apoyo. También incluye la asistencia personal; el apoyo para la adopción de decisiones y el ejercicio de la capacidad jurídica; el apoyo para la comunicación, como los intérpretes de lengua de señas y los medios alternativos y aumentativos de comunicación; el apoyo para la movilidad, como las tecnologías de apoyo o los animales de asistencia; los servicios para vivir con arreglo a un sistema de vida específico que garanticen la vivienda y la ayuda doméstica, y los servicios comunitarios.

1. INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, en 34° período de sesiones en el Consejo de Derechos Humanos, ONU. A/HRC/34/58.

2. INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, en 34° período de sesiones en el Consejo de Derechos Humanos, ONU, A/HRC/34/58, p. 20.

Dentro de este amplio espectro, en el presente trabajo nos focalizaremos en los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, respecto de los cuales la relatora señala:

“Algunas personas con discapacidad pueden desear apoyo para tomar decisiones y, de ese modo, ejercer su capacidad jurídica. Los Estados deben reemplazar los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por regímenes de apoyo para la adopción de decisiones que respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, como los convenios de apoyo, los grupos de apoyo entre iguales, el apoyo para la autogestión y las instrucciones previas, entre otros”. Justamente, los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica los encontramos en el inciso 3 del artículo 12 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad que establece: “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”.

En esta línea, en un sentido más acotado, nuestro Código Civil y Comercial (CCCN) en su art. 43 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’”.

En efecto, el CCCN establece el modelo de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, en principio, para aquellos casos en que la persona pueda requerirlos a raíz de una alteración mental permanente o prolongada o de una adicción, siempre que el ejercicio de su plena capacidad pueda resultar en daños a su persona o sus bienes. De esta manera, se receptan en buena medida los mandatos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

Esto se enmarca dentro del llamado modelo social de la discapacidad, el cual se basa en considerar que las causas que dan origen a la discapacidad son preponderantemente sociales. De tal manera, se parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción que resulta de la interacción entre una deficiencia y barreras sociales que impiden la plena inclusión. Así, se entiende 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 –incluyendo las que tengan una discapacidad– sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Se busca, entonces, eliminar las barreras impuestas por la sociedad que no

permiten su plena inclusión, de modo que las personas con discapacidad puedan ser aceptadas tal cual son.³

En este sentido, la principal nota distintiva es que el bien jurídico a tutelar es la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona, en contraposición con el modelo tutelar-sustitutivo que regía en el Código de Vélez Sarsfield, en el que se buscaba la protección de la persona sobre la base de estándares “objetivos”, impuestos desde fuera sin tomar en consideración ni la voluntad de la persona ni las características particulares de cada caso. Es decir que la finalidad de este sistema es otorgarle a cada individuo las herramientas y apoyos necesarios para que pueda ejercer sus derechos por sí mismo, de acuerdo con sus propios parámetros.⁴

Habiendo delineado brevemente los contornos de la figura del apoyo, queremos hacer foco en una variante particular de este, el apoyo extrajudicial al que refiere el art. 43 CCCN, sobre el cual el propio código, en una omisión legislativa que creemos que debería ser superada, nada dice más allá de esa sucinta referencia a que el apoyo puede ser toda medida de carácter judicial o extrajudicial. Por ello seguidamente intentaremos desarrollar una serie de consideraciones sobre el concepto mismo del apoyo extrajudicial y su posible implementación.

II. EL APOYO EXTRAJUDICIAL: ESBOZO DE UNA DEFINICIÓN

Al referirnos a los apoyos extrajudiciales entramos en uno de los terrenos más novedosos e inexplorados del Código en materia de capacidad, por lo que resulta necesario hacer algunas consideraciones, partiendo del texto legal e interpretando, a partir de su teleología, algunas cuestiones dentro del espectro de situaciones que este no regula.

Como primera consideración, entendemos que la idea de apoyo extrajudicial refiere a aquel apoyo designado mediante un acuerdo entre la persona necesitada de este y la propia persona o institución que va a officiar

3. OLMO, J. P., “Capacidad jurídica, discapacidad y curatela: ¿crónica de una responsabilidad internacional anunciada?”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año 4, N° 6, Buenos Aires, La Ley, julio 2012.

4. KRAUT, A. J. y PALACIOS, A., “Comentario al art. 43 CCC”, en LORENZETTI, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2014, t. 1, pp. 246-252.

como tal, con la finalidad de brindarle ayuda o representación para la toma de decisiones. Esta noción responde a la necesidad de darle entidad jurídica a situaciones ya existentes en la realidad sin que haga falta recurrir a un proceso de determinación de la capacidad, el cual muchas veces no es imprescindible aun siendo conveniente la designación del apoyo. Como se ve, este concepto requiere un gran número de precisiones y ajustes, que procuraremos desarrollar a continuación.

Como su nombre lo indica, los apoyos extrajudiciales de los que habla el artículo 43 CCCN tendrían que poder ser implementados sin necesidad de un proceso judicial de determinación de la capacidad. Ahora bien, la redacción del artículo 43 parece acotar mucho la dimensión “extrajudicial”, pues no se refiere a cómo se instrumentan. No obstante, estos apoyos parecen, en cierta medida, incluidos en el último párrafo del art. 43 que dispone:

“El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. 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”.

En este sentido, podemos imaginar que la obligación de requerir intervención judicial obedece a la voluntad de cumplir con las salvaguardias que dispone el art. 12 CDPD. A su vez, nos parece que ello podría ser excesivo y que podrían darse casos en que se designen apoyos en forma extrajudicial sin necesidad de intervención judicial. Volveremos luego sobre este punto.

Un segundo elemento importante de la definición es la finalidad de los apoyos. Dice el artículo 43 CCCN que ellos apuntan a “la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general”. Ahora bien, esta enunciación plantea algunas cuestiones que resulta necesario profundizar. Por un lado, el supuesto más sencillo es el referido a la “celebración” de actos jurídicos. Es un caso muy claro y que se inserta con facilidad en la noción civilista de capacidad. Lo mismo sucede con la idea de “administrar” bienes, que siempre presupone la celebración de distintos actos jurídicos. Más indeterminado y difuso es el alcance que pueda tener lo referido a las decisiones “para dirigir su persona”. Aquí los fallos judiciales sobre capacidad suelen incluir aspectos vinculados con derechos personalísimos y otros actos de contenido extrapatrimonial. Es

un espectro amplio y difícil de determinar para la regulación precisa de obligaciones jurídicas en un convenio o acuerdo que signifique apoyos. Hay aspectos que son más claros, como los referidos a la “codecisión” en temas médicos y otros claramente excluibles, como el testamento, matrimonio u otros actos personalísimos. En cambio, existen otras facetas más difíciles de regular, como pueden ser los apoyos que apuntan a acompañar tratamientos terapéuticos, ayudar con la medicación, acompañar en general para las acciones de la vida cotidiana. En este punto entra en juego la variedad de apoyos a la que hicimos referencia al inicio de la nota.

Señalábamos que el CCCN, más allá de definir el concepto de apoyo, nada dice sobre cómo podría implementarse este extrajudicialmente, a pesar de que contempla específicamente la posibilidad de que el interesado proponga personas de su confianza. No obstante esto, de un primer análisis del último párrafo del art. 43 CCCN que citáramos anteriormente, pareciera surgir que este no da lugar a un apoyo designado por fuera de los estrados judiciales, toda vez que resultaría necesaria la designación judicial de cualquier medida de apoyo relacionada con el ejercicio de la capacidad. Tal como adelantáramos, entendemos que tal previsión responde a que el juez estaría actuando como salvaguardia, si utilizamos la terminología de la Convención, en tanto debe garantizar que mediante esa designación no se desvirtúe la finalidad del sistema y se pueda generar un daño hacia la persona tutelada, ya sea por existir un conflicto de intereses o una posibilidad de influenciarla negativamente. Una interpretación excesivamente rigurosa en este sentido podría dar lugar a soluciones disvaliosas, por lo que consideramos que hay supuestos en los cuales podría darse la designación de apoyos sin necesidad de intervención judicial, como trataremos más adelante.

Vale aclarar que el artículo 12 de la CDPD, referido a la capacidad jurídica, nombra tanto a apoyos como salvaguardias, pero estas últimas no son reguladas expresamente como tales en el Código, lo cual no debe ser óbice para su presencia en las normas existentes (de hecho, ya hemos mencionado que en el artículo 43 el juez actúa como salvaguardia) o que las mismas normas de la CDPD sean operativas, dado que se encuentran explícitamente desarrolladas en un texto de jerarquía constitucional. Con respecto a la significación que debe dársele a este término, se ha entendido⁵

5. SANJUAN, A., *El modelo social de la discapacidad*, consultado en [<http://www.uniondemagistrados.com.ar/site/image/stories/union/documentos/saludmental.pdf>] el 20/1/2018.

que refiere a todas aquellas medidas que tengan por objeto evitar el ejercicio abusivo y la acción negligente por parte del apoyo para la toma de decisiones. Estas salvaguardias deben tener por finalidad que las medidas de apoyo designadas respeten los derechos, la voluntad y la preferencia de la persona con discapacidad, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida y que estas sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona. De esta manera, y tal como está configurado nuestro sistema jurídico, entendemos que quienes deben actuar como salvaguardias son tanto los magistrados como el Ministerio Público.

Surge, entonces, la necesidad de conciliar, por un lado, la necesidad de reconocerle a la persona su autonomía para que pueda designar los apoyos que considere necesarios sin necesidad de recurrir a un juez, con todo lo que esto conlleva en términos de pérdida de tiempo, trámites engorrosos y limitaciones a su libertad para decidir lo que es mejor para sí mismo y, por el otro, la función de salvaguardia frente a posibles vulneraciones de derechos que cumple el juez en tanto garante último de la protección de la persona. Estos dos extremos, como se verá, no tienen por qué ser opuestos.

Otra cuestión que cabe plantear refiere al hecho de que el CCCN regula la designación de apoyos dentro de la sección tercera del capítulo II, correspondiente a las restricciones a la capacidad. Ahora bien, en sentido estricto la posibilidad de designar los apoyos que sean necesarios es un derecho que asiste a toda persona y no tiene por qué estar vinculado a los procesos de determinación de la capacidad; máxime si se considera que, de asumirse esto, el concepto mismo de apoyo extrajudicial o las propias palabras de la relatora sobre los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica que citamos al iniciar este trabajo no serían más que letra muerta. En cualquier caso, se pueden idear diversos sistemas de control, judiciales o no, de los acuerdos de apoyo celebrados por los particulares, contando para ello con la asistencia interdisciplinaria a que hace referencia el CCCN, sin la necesidad de vincular de manera inescindible al apoyo con las restricciones a la capacidad de ejercicio. Sobre ello nos referimos seguidamente.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Resultaría paradójico que las instituciones que recepta nuestro ordenamiento jurídico para asistir a las personas que necesitan un acompañamiento en su capacidad de ejercicio no puedan ser utilizadas por una persona

que podría beneficiarse de ellas, aunque no haya recibido una sentencia de restricción a la capacidad. Consideramos que la persona con discapacidad que requiera el apoyo o asistencia que preconiza la CDPD, como medio para el ejercicio de su capacidad jurídica, no debería verse previamente restringida o privada de ella.

En esta línea, un concepto troncal que surge de la CDPD es que las personas con discapacidad deben estar jurídicamente protegidas, lo cual no debe confundirse con que deban estar judicialmente incapacitadas. De allí se desprende, como marca con claridad Silvia Fernández, que “la ley debe graduar el apoyo, no la capacidad”.⁶

Por ello, es necesario preguntarse, como bien señala Giavarino,⁷ qué sucede si un sujeto con plena capacidad jurídica, por ejemplo, tiene comportamientos erráticos en la atención de su salud o cuidado personal que lo colocan en riesgo sanitario o si es una persona con deficiencias educacionales o limitaciones sensoriales que está en inferioridad de condiciones para negociar ciertos actos patrimoniales. En tales supuestos, podría plantearse la posibilidad de designar apoyos, aunque puedan ser con un alcance limitado y para un simple acto jurídico claramente identificado o con un alcance más amplio, para lo cual el concepto de apoyo extrajudicial podría ser una solución acorde. Cabe destacar que el hecho de que en lo patrimonial se prevea la institución de la “lesión” (art. 332 CCCN) para revisar actos jurídicos celebrados en desigualdad de condiciones por situaciones deficitarias del sujeto lesionado, no resulta suficiente para asegurar la no vulneración de derechos, sumado a que es una solución posterior a que se produzca el daño, pudiendo, en cambio, arbitrarse medidas que permitan *ex ante* que la persona ejerza sus derechos en un pie de igualdad.

Esto nos pone frente a la necesidad de repensar la letra del Código Civil y Comercial en cuanto al alcance que debe dársele al apoyo para el

6. FERNÁNDEZ, S., “Mecanismos de asistencia al ejercicio de la capacidad civil de niños y adolescentes privados de responsabilidad parental y adultos con disfunción mental. Revisión de la regulación civil argentina en materia de tutela y curatela”, en *Derecho de Familia: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 52, Abeledo Perrot, 2011, p. 229.

7. GIAVARINO, M., “La recepción del sistema de apoyos en el nuevo Código Civil y Comercial”, en ABREUT DE BEGHER, L. E. et al., *Estudios de Derecho Privado: comentarios al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016, pp. 124-128.

ejercicio de la capacidad jurídica, interpretando el texto legal en su conjunto y a la luz de la CDPD.

A tal efecto, vale reparar en la redacción dada al art. 103 referido a la competencia del Ministerio Público, en tanto establece que su actuación procede "...respecto de personas [...] incapaces y con capacidad restringida y, de aquéllas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos...". En este artículo, el CCCN distingue tres supuestos distintos:

- a. Como primera medida, nombra a la persona incapacitada, que conforme al art. 32 procederá cuando esta 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.
- b. Como segundo supuesto se menciona a la persona con capacidad restringida, en cuyo caso, corresponderá la designación judicial de los apoyos que resulten necesarios, conforme los arts. 32, 34, 38 y concordantes.
- c. En tercer lugar, menciona, como un supuesto independiente a los dos mencionados anteriormente, a las personas cuyo ejercicio de la capacidad requiera de un sistema de apoyos, dando a entender, de esta manera, que hay supuestos en los cuales se pueden designar apoyos por fuera de los procesos de determinación de la capacidad.

A su vez, también se menciona a la designación de apoyos para el instituto de la inhabilitación, reservado para casos de prodigalidad, tal como dispone el art. 48.

Coincidimos con la mencionada autora⁸ cuando señala que, de lo expuesto, se desprende que el CCCN, en su art. 43, regula los "sistemas de apoyo para el ejercicio de la capacidad" como una institución autónoma y con una finalidad propia, lo cual permitiría deducir que resulta aplicable a todo tipo de situación donde esté comprometido el ejercicio de la capacidad jurídica plena.

De esta manera, se trataría de una institución independiente de los supuestos que menciona el art. 32 CCCN para la procedencia de una

8. GIAVARINO, M., ob. cit., p. 128.

limitación a la capacidad de ejercicio, a saber: “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”.

Hecha esta aclaración, entendemos que, por la naturaleza de la figura en análisis, el universo de casos a los cuales podría ser aplicable va a ser algo limitado. Esto así, en tanto para poder realizar un acuerdo de apoyo es de toda lógica que se exija como requisito indispensable comprender los alcances del acto que se está celebrando, por lo que en todos aquellos casos en que haya una alteración mental severa, que impida verdaderamente interactuar con su entorno y comunicar su voluntad de manera clara, no podría ser suplida la intervención judicial.

Siempre es dable remarcar que los apoyos constituyen ajustes “a medida”, en virtud del reconocimiento de la diversidad propia de la discapacidad, por lo que la toma de decisiones con apoyo adopta numerosas modalidades, debiendo diseñarse a partir de las circunstancias y necesidades concretas de la persona.⁹ Más allá de esto, existen ciertos supuestos en los cuales *prima facie* podrían ser de mucha utilidad los apoyos extrajudiciales, tales como el caso de las personas con discapacidades no mentales que requieran de ayuda para superar barreras comunicacionales o de otro tipo para la expresión de la voluntad. Estos apoyos ayudarían a la toma de decisiones, aunque no habría subyacente una situación de restricción a la capacidad. La figura podría otorgar a la persona la posibilidad de contar con las herramientas necesarias para promover el ejercicio de sus derechos en un pie de igualdad, pudiendo designar los apoyos necesarios con los límites y consideraciones que se juzguen pertinentes.

Asimismo, sería aplicable al caso de personas con discapacidades mentales leves, para las cuales muchas veces la iniciación de un proceso de determinación de la capacidad no resulta verdaderamente necesaria, pudiendo designarse como apoyo a un familiar o institución para que cumpla una función de acompañamiento en todo lo necesario o incluso requiriendo el asentimiento del apoyo para actos de disposición. De igual manera, podría ser una buena herramienta en casos de adicciones, en los cuales la

9. FERNÁNDEZ, S., “Comentario al artículo 43”, en HERRERA, M., CAMELO, G. D. y PICASSO, S. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, Infojus, 2015, t. I, p. 152.

persona elija designar, por ejemplo, a una institución para que sea su apoyo y lo asista en la toma de decisiones durante su recuperación.

Estos conceptos van en consonancia con la clasificación de los apoyos propuesta por diversos autores, entre ellos Carina Jorge,¹⁰ quien divide a los apoyos en “forzosos”, por un lado, que serían aquellos que solo podrían ser impuestos en virtud de una resolución judicial en supuestos en los que se pueda tener en consideración restricciones a la capacidad de ejercicio, y “voluntarios”, por el otro, que derivan de la voluntad de la propia persona, en cuyo caso estaríamos hablando de lo que denominamos apoyos extrajudiciales.

En este sentido, encontramos que el apoyo extrajudicial podría configurar una posibilidad análoga a la reconocida en España para los supuestos de incapacitación por vía de lo que se denomina poderes preventivos o el mandato de autoprotección, aspectos que también serán objeto de análisis, pero no limitada a las instituciones que requieran la previa restricción de la capacidad en el sentido antes mencionado y siempre reconociendo el derecho de la persona afectada a intervenir en su diseño, establecimiento y contenido.¹¹

De lo expuesto se desprende que los apoyos extrajudiciales serían aplicables en aquellos casos en que sean necesarios para cuidar de la persona o de sus bienes debido a la disminución de las facultades físicas o psíquicas. Se parte, así, de una concepción de la protección de la persona que no se vincula, necesariamente, a los casos de falta de capacidad de ejercicio, sino que incluye instrumentos que, basándose en el libre desarrollo de la personalidad, sirven para proteger a las personas en situaciones como la vejez, la enfermedad psíquica o la discapacidad. No obstante esto, aún en aquellos casos en que haya una limitación a la capacidad de ejercicio dictada en sede judicial, con la consiguiente designación de apoyos, entendemos que

10. JORGE, C. S., *En búsqueda de una realidad propia para el sistema de apoyos para la persona con discapacidad mental en la República Argentina*, MJ-DOC-11233-AR.

11. Al respecto, resulta muy interesante el análisis que se hace de las posibilidades de un apoyo voluntario en el derecho español partiendo de la CDPD en CABELLO DE ALBA JURADO, F., “Alternativas al procedimiento de incapacitación”, en JORNADAS AEQUITAS DEL CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, *La discapacidad como hecho y su incidencia en el ámbito jurídico: distintos regímenes jurídicos y alternativas en el marco de la convención*, Madrid, 25 y 26 de abril de 2013, consultado en [<http://aequitas.notariado.org/liferay/web/aequitas/documentacion/trabajos-y-ponencias>] el 25/1/2018.

podría considerarse la designación extrajudicial de otros, siempre que no se superponga con las funciones de aquellos nombrados por la sentencia y se cumplan las limitaciones indicadas por esta.

IV. FORMA DE IMPLEMENTACIÓN Y PUBLICIDAD

Otro gran asunto a dilucidar es cómo se podría instrumentar el acuerdo de apoyo, considerando la necesidad de no tener que recurrir a sede judicial, pero al mismo tiempo resguardando los derechos de la persona interesada y de terceros. A tal efecto, pueden considerarse distintas variantes que difieren en el grado de reconocimiento de la voluntad en este campo, cuestiones que, mientras no exista una regulación legal específica, deberán ser resueltas por la jurisprudencia.

Una primera variante a considerar sería reconocer, casi con un carácter absoluto, la voluntad de la persona afectada, permitiendo la designación de apoyos mediante un instrumento privado, el cual sería plenamente operativo y estaría subordinado enteramente a lo que las partes pacten, dándoles el alcance que estas consideren necesario. Si bien una interpretación en este sentido propicia el reconocimiento de la voluntad de la persona, no se puede soslayar que su aplicación plantea una serie de problemas que parecen infranqueables.

Está claro que deberían potenciarse cauces adecuados para que la autonomía de la voluntad de estas personas, en la medida de sus posibilidades, tenga su reflejo en la constitución y funcionamiento de las medidas de apoyos que necesiten, pero en pos de la rapidez y el respeto de la autonomía no se los puede dejar librados a posibles violaciones de sus derechos; máxime si se considera que se trata de sectores que se encuentran entre los más vulnerables de la población. Además, el instrumento privado tendría que tener fecha cierta en los términos del art. 317 CCCN para poder ser oponible a terceros. En tal sentido, la inscripción del instrumento privado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas podría operar como un hecho constitutivo de fecha cierta.

En este punto hay que recordar que el artículo 12 de la CDPD impone que es deber de los estados asegurarse de que se 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. Vale concluir, entonces, que debe encontrarse un equilibrio entre protección y autonomía, por lo que un acuerdo de apoyos celebrado mediante instrumento privado, sin ningún tipo de salvaguardia iría en contra de la finalidad misma de la Convención y del Código.

Una segunda variante, que, entendemos, supera muchos de los inconvenientes señalados anteriormente, sería celebrar todo acuerdo de apoyos mediante instrumento público, siendo este un requisito formal necesario para la validez del acto, con la finalidad de otorgar un mayor grado de seguridad sobre cuál es la voluntad de la persona y la inexistencia de influencias indebidas.

Tal como se señalara, la figura del apoyo transita por andariveles separados al proceso de determinación de la capacidad, pero esto no obsta a que se tengan que disponer las correspondientes salvaguardias. En este sentido, se puede argumentar que sería propicia la intervención notarial en la celebración del acuerdo, siendo este mediante instrumento público, al efecto de dotar de seguridad a los negocios jurídicos en que intervengan dichas personas y los que con ellas contraten, por lo que la intervención de una autoridad pública que vele en el tráfico extrajudicial por la valoración adecuada de su capacidad, de la inexistencia de vicios en la formación de su voluntad y de la adecuación a la legalidad de estos, funciones normalmente adjudicadas a los escribanos,¹² aparecería como indispensable.

En contra de esta idea, se podría alegar que la exigencia de la instrumentación mediante instrumento público sería un requisito posiblemente violatorio del principio de igualdad y no discriminación, ya que podría impedir la constitución de las medidas de apoyo necesarias a aquellas personas que no puedan afrontar los gastos que se derivarían de dicho acto. Si bien este es un argumento atendible, ya hemos señalado que no sería posible, a la luz de la CDPD, la constitución de medidas de apoyo extrajudiciales sin contar con las debidas salvaguardias. Una alternativa que también podría ser evaluada al efecto de salvar este obstáculo es la creación de otro tipo de estructuras que sirvan para garantizar y controlar el cumplimiento de estas salvaguardias, como podría ser la creación de una autoridad

12. ETCHEGARAY, N., *El juicio de capacidad de los comparecientes como acto propio del notario. Declaración del mundo interior*, consultado en [<http://www.revista-notariado.org.ar/2016/11/el-notario-y-el-juicio-de-capacidad-del-requiere-frente-al-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/>] el 25/1/2018.

pública que centralice la constitución de medidas de apoyo voluntarias, vigilando el cumplimiento de los extremos mencionados.

A su vez, en el caso de que la persona que celebra un acuerdo, designando en él a una o más personas para que actúen como sus apoyos para la toma de decisiones, sea pasible de ver limitada su capacidad de ejercicio, estas disposiciones dictadas por los afectados deberían ser vinculantes para el juez y, por consiguiente, para que este se desvíe de la voluntad expresada por el afectado imponiendo otros apoyos, deberían justificarse de manera explícita las razones que llevan a considerar que esa designación podría vulnerar los derechos del afectado y de ninguna manera podría imponerse un apoyo distinto al que la persona requiere si esta tiene la posibilidad de comunicar su intención y no manifiesta su conformidad.

La tercera variante posible sería requerir la homologación judicial de todo acuerdo de apoyos, como requisito para su validez. Tal interpretación encontraría sustento en el hecho de que el art. 43 CCCN dispone que es deber de los jueces procurar la protección de la persona respecto a conflictos de intereses o influencias indebidas, por lo que, haciendo una interpretación literal del citado artículo, parecería insoslayable la intervención judicial, actuando como salvaguardia.

Sin embargo, como ya hemos señalado, entendemos que una interpretación demasiado estricta en este sentido podría dar lugar a soluciones disvaliosas, desvirtuando el sentido del Código y de la CDPD, exigiendo ritualismos que podrían significar una restricción excesiva a la libertad; máxime si se considera que el nuevo paradigma que instaura la CDPD implica un reconocimiento a la autonomía de la persona con discapacidad para que ejerza sus derechos como un igual en la sociedad. Asimismo, difícilmente podría hablarse de un apoyo extrajudicial si se exige en todos los casos la intervención judicial para su designación.

En todos los supuestos, se trata de soluciones novedosas que tendrán que ser sopesadas por los operadores del derecho y que, hasta tanto no exista una regulación legal específica, quedarán en manos de los jueces.

Otra cuestión de relevancia que hace a la protección tanto de la persona como de terceros que celebren negocios jurídicos con ella, es la publicidad registral. En ese sentido el art. 39 CCCN dispone que la sentencia que determine la restricción de la capacidad debe ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y se debe dejar constancia al margen del acta de nacimiento. Esta inscripción, como se notará, no hace referencia a la designación del apoyo (sea judicial o extrajudicialmente),

sino que lo que se busca publicitar es la restricción de la capacidad. Por ello, entendemos que, además, deberían ser registrados los acuerdos de apoyos, especificando la modalidad bajo la cual fueron constituidos (por ejemplo, si se requiere asentimiento del apoyo para actos de disposición), a efectos de otorgar publicidad hacia terceros de aquellas situaciones que podrían afectarlos al momento de celebrar negocios jurídicos con la persona.

Por otro lado, como bien señala Jorge,¹³ sería propicio analizar como alternativa a lo mencionado anteriormente, la posibilidad de crear un registro a nivel nacional en el cual se dejen plasmados los distintos apoyos que se dicten a favor de la persona. Centralizar la inscripción de los apoyos favorecería la realidad de estos, pues es muy amplia la gama de posibilidades que pueden representar los apoyos, volviendo siempre al concepto de que el apoyo es un “traje a medida”, por lo que puede encontrarse que se requiera asentimiento de este para actos de disposición, que tenga funciones de representación conforme al art. 101 inc. “c”, entre muchísimas otras modalidades, además de que este registro permitiría que el apoyo designado extrajudicialmente pueda tener la publicidad que corresponde.

Nuevamente, resulta de utilidad traer el ejemplo de España, donde, a partir de la ley 1/2009, surge la obligación de inscribir en el Registro Civil Central los distintos hechos, situaciones y resoluciones judiciales o actuaciones notariales que puedan afectar a la persona con discapacidad.

V. LAS DISPOSICIONES EN PREVISIÓN DE LA PROPIA INCAPACIDAD COMO UN APOYO EXTRAJUDICIAL

Hasta el momento, nos hemos referido principalmente a las posibilidades que le asisten a una persona de determinar, en los supuestos en que esto sea posible, quién va a actuar como su apoyo por existir en ese momento una situación que obsta al pleno ejercicio de sus derechos de manera autónoma.

A su vez, existe otra variante que comparte la misma finalidad y que está mucho más desarrollada por la doctrina y la legislación comparada; a saber, las disposiciones en previsión de la propia incapacidad, también llamadas mandato de autoprotección. Este instituto refiere a la posibilidad de disponer medidas atinentes tanto a lo personal como patrimonial (en lo que

13. JORGE, C. S., ob. cit.

a nosotros nos interesa, designación de curador o apoyos) para el supuesto futuro y eventual de que sobrevenga una incapacidad.

En definitiva, desde un punto de vista teórico, no sería más que disponer que determinadas personas o instituciones actúen como apoyos extrajudiciales o voluntarios, con la salvedad de que su validez está sujeta a la condición suspensiva de que ocurra un hecho incapacitante, por el cual la persona no tenga el discernimiento necesario para expresar su voluntad.

Al respecto, en la Observación General Nro. 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, específicamente dedicada al art. 12 de la CDPD, se señala:

“Para muchas personas con discapacidad, la posibilidad de planificar anticipadamente es una forma importante de apoyo por la que pueden expresar su voluntad y sus preferencias, que deben respetarse si llegan a encontrarse en la imposibilidad de comunicar sus deseos a los demás. Todas las personas con discapacidad tienen el derecho de planificar anticipadamente, y se les debe dar la oportunidad de hacerlo en condiciones de igualdad con las demás. Los Estados partes pueden ofrecer diversas formas de mecanismos de planificación anticipada para tener en cuenta las distintas preferencias, pero todas las opciones deben estar exentas de discriminación. Debe prestarse apoyo a la persona que así lo desee para llevar a cabo un proceso de planificación anticipada. El momento en que una directiva dada por anticipado entra en vigor (y deja de tener efecto) debe ser decidido por la persona e indicado en el texto de la directiva; no debe basarse en una evaluación de que la persona carece de capacidad mental”.

Como se ve, en esta observación el Comité refuerza la idea de promover la autonomía de la persona para que pueda designar todas las medidas concernientes a su futuro, incluyendo quiénes van a ser sus apoyos. Este concepto va en la misma línea de lo expresado hasta aquí sobre la posibilidad de designar los apoyos necesarios de manera extrajudicial, solo que en este caso con ciertas características particulares en cuanto a que la designación es previa a la situación en que estos resultan necesarios.

En nuestro Código encontramos que el art. 139 dispone que “[l]a persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela”. En verdad, como bien señalan Lafferriere y Muñiz, aunque el artículo citado refiere a directivas anticipadas “su alcance aparece limitado a la cuestión del discernimiento de quién ejerce la ‘curatela’. Incluso, a pesar de que se habla de ‘designar’ al curador, se trata de una ‘propuesta’ que en todos los casos debe ser ‘aprobada judicialmente’

y pasar por el procedimiento previsto en los artículos 31 y siguientes del CCC”.¹⁴ En igual sentido, no gozan de la operatividad de las directivas médicas anticipadas, a las cuales refiere el art. 60, dado que estas no requieren de homologación judicial.

Otro aspecto dudoso, dada la incompleta redacción de este artículo que solo refiere a la curatela, es si estas “directivas anticipadas” serían aplicables a los apoyos. Por nuestra parte, siguiendo nuevamente a los autores citados,¹⁵ entendemos que se impone la respuesta positiva a la pregunta, basándonos en el art. 43 CCCN en cuanto dispone que “[e]l interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo” y por aplicación directa de la CDPD.

Cabe aclarar que todas las consideraciones vertidas previamente sobre los apoyos extrajudiciales son aplicables a este supuesto. Por ello es que se podrían emitir directivas anticipadas para supuestos ajenos a los procesos de determinación de la capacidad.

En este punto, vale hacer referencia una vez más al ejemplo español, donde las directivas anticipadas en previsión de la propia incapacidad son plenamente operativas y vinculantes para el juez, salvo que de ello pueda surgir un daño a la persona.

Se ha postulado en ese país que estas directivas anticipadas podrían instrumentarse por medio de un contrato de mandato, a través de los denominados poderes preventivos.¹⁶

En nuestro ordenamiento jurídico nos encontramos con que el CCCN en su art. 1329 dispone que el mandato se extingue por la incapacidad del mandante, lo cual nos pone ante una disyuntiva sobre si se podría instrumentar las disposiciones en previsión de la propia incapacidad mediante este contrato. En principio, consideramos ineludible que la pérdida de discernimiento del mandante produce la extinción del mandato, más allá de

14. LAFFERRIERE, J. N. y MUÑIZ, C., ¿Contempla el nuevo Código Civil y Comercial un “mandato de autoprotección” en materia de capacidad?, en V JORNADAS NACIONALES SOBRE DISCAPACIDAD Y DERECHOS, Buenos Aires, 1 y 2 de junio de 2017.

15. LAFFERRIERE, J. N. y MUÑIZ, C., ob. cit.

16. RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *Organización de la propia discapacidad. Poderes y mandatos preventivos*, en XLV JORNADAS DE LA FUNDACIÓN AEQUITAS, San Cristóbal de La Laguna, 11 de noviembre de 2011, consultado en [<http://aequitas.notariado.org/liferay/web/aequitas/documentacion/trabajos-y-ponencias>] el 26/1/2018.

las diversas interpretaciones que se han hecho de este artículo,¹⁷ por ser un requisito inherente y esencial del instituto, lo cual no implica que no existan, de *lege lata*, herramientas al efecto de disponer medidas para una futura falta de capacidad.

A tal efecto, resulta necesario distinguir mandato y poder, que al decir de Negri Pisano:¹⁸

“Son dos figuras que pueden coexistir, pero ello será una cosa accidental, no necesaria. Pueden celebrarse mandatos que no faculten para representar [...] y hay poderes independientes de la existencia de un mandato. De donde se deduce que mandato y poder no son el lado interno y el lado externo de una misma relación jurídica, sino dos relaciones jurídicas diversas entre sí, que únicamente coinciden de hecho en muchos casos. Constituye por tanto una necesidad jurídica hallar la separación rigurosa entre estos dos conceptos. Se trata de dos negocios jurídicos completamente distintos, basados en supuestos diferentes y de contenido y efectos diversos”.

Concluye este autor que “[e]l poder es el instrumento para cumplir la finalidad perseguida por la relación de gestión, pero no forma parte de esta ni puede confundírsele con ella. La relación básica origina el derecho del apoderado para actuar y generalmente su obligación de hacerlo. Pero su facultad de actuar proviene del poder”.

En consecuencia, coincidimos con Brandi Taiana,¹⁹ quien señala que, en cuanto al requisito de la capacidad exigible para celebrar actos jurídicos en cada momento, deberá estarse a los requisitos propios del negocio subyacente y no es requisito esencial de la representación la capacidad del representado al momento de su ejercicio.

Al respecto, resulta necesario recurrir a la regulación del CCCN en cuanto a la representación voluntaria, que, en lo que a nosotros nos interesa, estipula:

17. Para un análisis con mayor profundidad de la temática, ver LAFFERRIERE, J. N. y MUÑIZ, C., *Directivas anticipadas en materia de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial unificado*, consultado en [<http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/10/Doc-trina2112.pdf>] el 27/1/2018.

18. NEGRI PISANO, L. E., *La representación voluntaria. El poder y el mandato*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985, p. 133.

19. BRANDI TAIANA, M., *El poder al servicio del derecho de autoprotección*, consultado en [<http://www.revista-notariado.org.ar/2016/04/el-poder-al-servicio-del-derecho-de-autoproteccion/>] el 27/1/2018.

“Artículo 362. Caracteres. La representación voluntaria comprende solo los actos que el representado puede otorgar por sí mismo...”. Conforme venimos sosteniendo en este trabajo, toda persona puede designar quién va a ser su apoyo o curador y dictar otras medidas de autoprotección.

“Artículo 364. Capacidad. En la representación voluntaria el representado debe tener capacidad para otorgar el acto al momento del apoderamiento, para el representante es suficiente el discernimiento”.

“Artículo 380. Extinción. El poder se extingue [...] h) por la pérdida de la capacidad exigida en el representante o en el representado”.

Surge de lo expresado por los autores citados y de las previsiones de nuestro Código que el contrato de mandato no es el instituto idóneo para servir a las disposiciones en previsión de la propia incapacidad, por cuanto, como contrato, se extingue por la discapacidad sobreviniente del mandante. Asimismo, vale aclarar que las causales de extinción del poder y del contrato de mandato son diferentes, toda vez que el poder, como herramienta independiente del contrato de mandato y que puede tener origen en un acto o negocio subyacente diferente, no se extingue por la incapacidad sobreviniente del poderdante, sino por la falta de esta al momento de su otorgamiento.

Por ello, seguimos nuevamente a la autora citada²⁰ en cuanto dice:

“El poder como instituto abstracto independiente del contrato de mandato es una herramienta eficaz que puede otorgarse con causa en un acto de autoprotección. En este caso, la extinción del poder se regirá por las reglas de su causa subyacente y, por tanto, nacerá a la vida jurídica ante la existencia de la discapacidad. De esta manera, evitamos forzar la letra expresa de nuestras normas vigentes y conculcar principios esenciales del contrato de mandato con el fin de coadyuvar a la autogestión de una eventual futura discapacidad. [...] Lo anterior no obsta que puedan otorgarse poderes que tengan como negocio subyacente un contrato de mandato y, además, un acto de autoprotección, razón por la cual, a pesar de la extinción del mandato por la discapacidad sobrevenida, el poder seguirá vigente con motivo del acto de autoprotección que también le subyace. Ello nos permitirá, en la práctica, contar con un medio legítimo indubitable de actuación frente a terceros que, a la par que protege a la persona con discapacidad, protege la seguridad jurídica del tráfico negocial”.

20. BRANDI TAIANA, M., ob. cit.

Una cuestión que surge es si puede considerarse al “apoyo” extrajudicial como un contrato de mandato o un poder y cuáles serían las diferencias entre ellos.

En principio, el apoyo extrajudicial aparece como una figura más amplia y con contornos menos definidos que tanto el mandato como el poder, pero que eventualmente pueden subsumirse y actuar estos como supuestos de apoyos voluntarios.

Como hemos visto, la figura del apoyo admite una multiplicidad de variantes adaptadas siempre a la naturaleza de la persona y que, por su naturaleza, refiere a un papel más de asistencia que de representación, sin perjuicio de que puedan adoptar esta variante conforme al art. 101 inc. “c”. De allí se desprende que, cuando el mandato o el poder sean herramientas de las cuales se vale la persona necesitada de soportes para el desarrollo de su capacidad de ejercicio y se cumplen las salvaguardias a las que repetidamente hemos hecho referencia, ambas figuras podrán configurar supuestos de apoyos extrajudiciales, aunque de más está decir que estos no se agotan allí.

A su vez, es dable destacar que lo que hemos expuesto en relación a las disposiciones en previsión de la propia incapacidad puede ser perfectamente extrapolado hacia los acuerdos de apoyo que celebre una persona que en ese momento requiere asistencia para el pleno ejercicio de su capacidad jurídica, sin limitar esta figura a disposiciones de autoprotección que tendrán efecto en el futuro.

En todos los supuestos, es necesario recordar que, conforme surge de las salvaguardias que establece el art. 12 CDPD y la observación del Comité que hemos citado anteriormente, va a ser la propia persona quien determine el alcance y la duración de la medida de apoyo y podrá modificarla o dejarla sin efecto siempre que no se encuentre privada de su discernimiento y, por consiguiente, pueda comprender el alcance de sus decisiones.

Por último, vale mencionar un ejemplo de la doctrina española²¹ sobre cómo se podrían implementar en la práctica las instituciones que hemos desarrollado. Pensemos en una persona que encarga a otro su futuro o presente cuidado, le suministra los poderes necesarios que incluyen los actos jurídicos que lo autoriza a realizar. Es en este momento, los poderes que le otorga, cuando además puede establecer cautelas o controles superpuestos al propio mandato. Por ejemplo, en un mandato a un hijo (que es el que

21. RUEDA Díaz de RABAGO, ob. cit.

se va a encargar de la atención y, eventualmente, puede ser retribuido por ello) puede establecer que para actos de enajenación de inmuebles sea preciso el asentimiento de varios de ellos.

VI. ¿QUIÉNES PUEDEN SER APOYOS?

Otro aspecto que también resulta necesario plantear es quiénes pueden officiar de apoyos. Está claro que las personas humanas pueden serlo, lo cual es el escenario más común, habida cuenta de que normalmente la designación de apoyos no es más que darle exigibilidad jurídica a una situación de la realidad, en la cual suelen ser los familiares u otras personas cercanas quienes actúan como tales.

La cuestión resulta más dudosa en cuanto a las personas jurídicas. En principio, el CCCN nada dice respecto a si pueden o no ser apoyos, en otra omisión que hubiese sido propicio salvar, regulando explícitamente esta posibilidad; máxime si se considera lo novedoso de las figuras en cuestión. Ahora bien, pese a no estar expresamente regulado, tampoco está prohibido que lo sean, por lo que se puede interpretar que nada obstaría a que se introduzca la figura del apoyo, tanto el designado judicialmente como el extrajudicial, en cabeza de personas jurídicas, sean estas privadas o mixtas, siempre que tengan una finalidad tuitiva hacia las personas con discapacidad y se cumplan con las correspondientes salvaguardias.

Un sistema que bien nos podría servir a título de ejemplo es el español, en el cual la función de apoyos la cumplen las fundaciones tutelares. Estas son personas jurídicas que cuentan con un área de gestión y dirección, un área social y otra jurídica adaptada a cada persona.²²

Cabe recordar que una de las características fundamentales del sistema de apoyos es ser un “traje a medida” de cada persona, para, de esa manera, poder aportar soluciones específicas para promover la autonomía y asegurar el más completo goce de los derechos. En este sentido, los sistemas operados por personas jurídicas con un alto grado de especialización, división de tareas y profesionales de distintas áreas parecieran ser una

22. RODRÍGUEZ FANELLI, L. y JORGE, C. S., “Las personas jurídicas como curador y/o apoyo especializados de la persona con padecimiento mental”, en BUERES, A. J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, t. IA, pp. 354-361.

solución acorde a la teleología del sistema, ya que pueden brindar soluciones completas y que, en definitiva, sirvan para asegurar tanto la protección de la persona como para la promoción de su autonomía.

En nuestro país, como señalamos, entendemos que no habría impedimentos a que se designe a personas jurídicas como apoyos, como complemento a los familiares o allegados, cuando se requiera un grado de especialización mayor al que estos pueden brindar o cuando directamente estos no se encuentren presentes. Un buen ejemplo de personas jurídicas que podrían ocupar este lugar son los centros de día, que cumplen una importante labor en la inclusión, recuperación y promoción de la autonomía de las personas con discapacidades mentales.

VII. CONCLUSIONES

Hemos visto que estamos recorriendo un camino hacia el reconocimiento de la persona con discapacidad como sujeto de derecho, que interactúa como un igual en la sociedad. En este marco, creemos que todavía podemos mejorar más las instituciones que recepta nuestro ordenamiento jurídico para asistir a las personas que necesitan un acompañamiento en su capacidad de ejercicio, especialmente para que una persona a la cual no se le haya restringido esta capacidad pueda beneficiarse de la función tuitiva que están llamadas a desempeñar esas instituciones. Difícilmente pueda hablarse de autonomía si no se le da un valor jurídico a la voluntad de las personas con discapacidad para decidir lo que es mejor para sí mismas.

Por ello es que reviste una importancia tal la figura del apoyo extrajudicial, que tiende a hacer efectivo ese ejercicio autónomo de los derechos de la persona y que es una herramienta que, consideramos, se encuentra disponible hoy en día, tanto en la CDPD como en nuestro Código Civil y Comercial, sin necesidad de hacer consideraciones *de lege ferenda*, por lo que resta que los operadores del derecho empiecen a vislumbrar las ventajas que podría proporcionar.

Sin perjuicio de esto, el CCCN, más allá de nombrar su existencia, no regula de manera extensiva cómo se podría implementar. En consecuencia, y considerando lo novedoso de la figura, sería propicio que se dicte una ley que llene algunos de los vacíos que ha dejado el Código y que nos acerque aún más a cumplir los mandatos de la Convención.

Es innegable que se trata de posturas y soluciones novedosas, que costará asumir con normalidad por todos los profesionales y operadores jurídicos implicados en esta materia y de las propias personas con discapacidad y sus familias, pero empezar a utilizar las herramientas que nos brinda nuestro ordenamiento jurídico puede suponer un avance importante para superar los escollos que se plantean en la situación jurídica de estas personas.

Asimismo, hay que destacar que los inconvenientes que plantea todo proceso de restricción a la capacidad no son solo un gravamen para las personas afectadas, sino para la sociedad en su conjunto, y que arbitrar soluciones distintas supondría, sin menoscabo de la seguridad jurídica, una ventaja para el propio sistema judicial, procesal y para las propias familias, que se ven abocadas en la actualidad a un procedimiento costoso para todos, incómodo, y que, pese a los innegables avances que se han dado en los últimos años, puede llegar a estigmatizar a las personas afectadas.

En este sentido, siendo la protección de los derechos de las personas con discapacidad el eje sobre el cual debe girar cualquier regulación que se haga al respecto, debe tenerse en cuenta que esta protección no puede suponer una imposición de una voluntad ajena, sino que debe reconocerse el derecho de la persona con discapacidad de elegir para su vida los caminos que entienda más convenientes. Para ello, debe tomarse como principio rector a la dignidad del riesgo, que implica que "no debe privarse a la persona con discapacidad de su posibilidad de elegir y actuar [...] es decir, el derecho a transitar y vivir en el mundo, con todos sus peligros y la posibilidad de equivocarse".²³

Si bien el CCCN ha reconocido buena parte de estos principios, resulta necesario que se siga avanzando en el desarrollo de legislación que verdaderamente le dé a la figura del apoyo la entidad que merece, independizándola de los procesos de determinación de la capacidad y volviéndolos una herramienta accesible a todos aquellos que lo necesiten. Para ello sería propicio que se avance en operativizar la posibilidad de designar apoyos extrajudicialmente, reconociendo de este modo verdaderamente la autonomía e igualdad de las personas con discapacidad, con los ajustes razonables que el legislador decida imponer.

23. KRAUT, A. J. y DIANA, N., *Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria*, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 1.

BIBLIOGRAFÍA

- BRANDI TAIANA, Maritel, *El poder al servicio del derecho de autoprotección*, consultado en [<http://www.revista-notariado.org.ar/2016/04/el-poder-al-servicio-del-derecho-de-autoproteccion/>] el 27/1/2018.
- CABELLO DE ALBA JURADO, Federico, “Alternativas al procedimiento de incapacitación”, en JORNADAS AEQUITAS DEL CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, *La discapacidad como hecho y su incidencia en el ámbito jurídico: distintos regímenes jurídicos y alternativas en el marco de la convención*, Madrid, 25 y 26 de abril de 2013, consultado en [<http://aequitas.notariado.org/liferay/web/aequitas/documentacion/trabajos-y-ponencias>] el 25/1/2018.
- ETCHEGARAY, Natalio, *El juicio de capacidad de los comparecientes como acto propio del notario. Declaración del mundo interior*, consultado en [<http://www.revista-notariado.org.ar/2016/11/el-notario-y-el-juicio-de-capacidad-del-requirente-frente-al-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/>] el 25/1/2018.
- FERNÁNDEZ, Silvia, “Comentario al artículo 43”, en HERRERA, Marisa, CARAMELO, Gustavo D. y PICASSO, Sebastián (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, Infojus, 2015, t. I, pp. 151-154.
- , “Mecanismos de asistencia al ejercicio de la capacidad civil de niños y adolescentes privados de responsabilidad parental y adultos con disfunción mental. Revisión de la regulación civil argentina en materia de tutela y curatela”, en *Derecho de Familia: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 52, Abeledo Perrot, 2011, pp. 211-241.
- GIAVARINO, Magdalena, “La recepción del sistema de apoyos en el nuevo Código Civil y Comercial”, en ABREUT DE BEGHER, Liliana E. *et al.*, *Estudios de Derecho Privado: comentarios al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016, pp. 116-130.
- INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, en 34° período de sesiones en el Consejo de Derechos Humanos, ONU. A/HRC/34/58.
- JORGE, Carina S., *En búsqueda de una realidad propia para el sistema de apoyos para la persona con discapacidad mental en la República Argentina*, MJ-DOC-11233-AR.

- KRAUT, Alfredo J. y DIANA, Nicolás, *Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria*, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 1.
- y PALACIOS, Agustina, “Comentario al art. 43 CCC”, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2014, t. I, pp. 246-252.
- LAFFERRIERE, Jorge N. y MUÑIZ, Carlos, *Directivas anticipadas en materia de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial unificado*, consultado en [<http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/10/Doctrina2112.pdf>] el 27/1/2018.
- , ¿Contempla el nuevo Código Civil y Comercial un “mandato de autoprotección” en materia de capacidad?, en V JORNADAS NACIONALES SOBRE DISCAPACIDAD Y DERECHOS, Buenos Aires, 1 y 2 de junio de 2017.
- NEGRI PISANO, Luis E., *La representación voluntaria. El poder y el mandato*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985.
- OLMO, Juan P., “Capacidad jurídica, discapacidad y curatela: ¿crónica de una responsabilidad internacional anunciada?”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año 4, N° 6, julio de 2012.
- RODRÍGUEZ FANELLI, Lucía y JORGE, Carina S., “Las personas jurídicas como curador y/o apoyo especializados de la persona con padecimiento mental”, en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, t. IA, pp. 354-361.
- RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, Manuel M., *Organización de la propia discapacidad. Poderes y mandatos preventivos*, en XLV JORNADAS DE LA FUNDACIÓN AEQUITAS, San Cristóbal de La Laguna, 11 de noviembre de 2011, consultado en [<http://aequitas.notariado.org/liferay/web/aequitas/documentacion/trabajos-y-ponencias>] el 26/1/2018.