

Aportes, desde la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en torno al régimen de Capacidad de las personas. Una perspectiva de Derechos Humanos.

Entendemos que el régimen de “Capacidad restringida e incapacidad” (Parte General – Título I – Capítulo II – Sección 3ra. y artículos concordantes) propuesto en el proyecto de reforma actualmente en debate resulta avasallador de derechos fundamentales, aunque es superador del régimen vigente y de aquél elaborado en la primera versión del proyecto. Avallamiento que se profundiza teniendo en especial consideración la aprobación y ratificación por la República Argentina de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), a través de la ley 26.378 de 2008 y su Protocolo Facultativo.

La CDPD sienta, en su artículo 12, la obligación de los Estados partes a “reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida” (inciso 2) a la vez que obliga a “adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica” (inciso 3).

Considerando que la legislación en general y la codificación en particular tienen una pretensión de organicidad y estabilidad en el tiempo, entendemos que resulta ésta una ocasión insoslayable para introducir el cambio de paradigma que exige la ratificación a la CDPD y su protocolo facultativo. No es esto una elección entre muchas, sino un deber asumido por nuestro Estado argentino.

Dicho deber reviste el carácter de verdadero compromiso jurídico asumido por el Estado Nacional frente a la comunidad internacional, lo que resulta totalmente incompatible con un régimen en el que se mantiene la posibilidad de declarar la incapacidad de una persona, a partir de la consideración de que ésta no tenga “aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes” (artículo 32). La figura del “curador” resulta en este régimen no un apoyo a la autonomía sino una verdadera sustitución de la voluntad de la persona, convirtiéndola en una muerta civil, titular sólo nominal de sus derechos, que verá impedido su ejercicio y totalmente silenciada su voluntad.

Resulta fundamental recordar que todo tratado internacional, incluyendo el analizado, posee jerarquía superior a las leyes a partir de la reforma constitucional de 1994 (artículo 75, inciso 22). Por lo tanto, entendemos que el proyecto de Código Civil, de aprobarse sin modificaciones, estaría viciado de inconstitucionalidad desde su origen, y en tal sentido podría ser atacado judicialmente. No obstante, sin perjuicio de esta posibilidad de control judicial de constitucionalidad, el Poder Legislativo tiene el deber de realizar el primer examen al respecto, pues debe evitarse siempre la sanción de actos ineficaces.

Este vicio de inconstitucional del proyecto, fue admitido –indirectamente- por el Estado Nacional al emitir el Primer Informe País (elaborado por la Presidencia de la Nación -por medio de la Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas-). Reconoció que el actual el marco legal no se adecua a los estándares internacionales de Derechos Humanos, en tanto no adscribe a un sistema de apoyo en la toma de decisiones sino que postula la sustitución de la voluntad mediante la subrogación de la misma por medio del representante legal. Por lo tanto, **siendo que el Proyecto de reforma mantiene este sistema sustitutivo de la voluntad, continúa siendo contrario a la CDPC.**

Al analizar dicho Informe el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Naciones Unidas), remitió al Estado Argentino una lista de cuestiones entre las que solicita *“explicar como el proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial tiene previsto garantizar la capacidad jurídica e igual reconocimiento ante la ley de las personas con discapacidad, más concretamente personas con discapacidad intelectual o psicosocial y sordociegas. Tengan a bien explicar qué medidas se han adoptado o se tiene previsto adoptar para sustituir el concepto de “adopción de decisiones sustitutiva” (tutela o curatela) por el de “adopción de decisiones asistida en el ejercicio de la capacidad jurídica”, de conformidad con el artículo 12 de la Convención, en dicho proyecto de ley.”*

La sola incorporación de sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad, seguido al los artículos en los cuales se mantienen el modelo sustitutivo de la voluntad -curatela- no es una respuesta válida a fin de garantizar la aplicación de la CDPC. **Mientras el proyecto de modificación mantenga la declaración de incapacidad de personas con discapacidad seguida de la designación de un curador que las represente en la toma de decisiones sustituyendo su voluntad, continuará siendo inconstitucional.**

Los legisladores están aún a tiempo de evitar un error histórico que traería consecuencias no sólo para la responsabilidad internacional del Estado sino también para la vida cotidiana de las personas concretas. Evitar este error significaría dar un gran paso hacia el reconocimiento de los derechos de uno de los colectivos más postergados de nuestra sociedad.

Por todo lo expuesto, el Proyecto de Extensión de Interés Social “Hacia la autonomía y la participación social de las personas con discapacidad” de la Universidad Nacional del Litoral, la Asociación Civil Tramas, el Movimiento SuperAcción y la Asociación Civil Mirame Bien y María Cecilia Ruhl –PCD a nombre propio- adhieren a la propuesta elaborada por el Observatorio de la Discapacidad de la Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas con Discapacidad (CONADIS), a continuación explicitada:

Capacidad

SECCIÓN 1ª

Principios generales

ARTÍCULO 22.- **Capacidad de derecho.** Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos.

ARTÍCULO 23.- **Capacidad de ejercicio.** Toda persona humana puede ejercer sus derechos, con apoyos y salvaguardias si fuera necesario, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código.

ARTÍCULO 24.- **Incapacidad de ejercicio.** Tienen incapacidad de ejercicio:

[...]

b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo; y

c) la persona que no da 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.

[...]

SECCIÓN 3ª

Sistemas de apoyos y salvaguardias en el ejercicio de la capacidad jurídica

Parágrafo 1º

Determinación del apoyo

ARTÍCULO 31.- **Derecho al apoyo.** Toda persona humana tiene derecho a solicitar al juez competente los apoyos que estime necesarios para el ejercicio de su capacidad jurídica. A los efectos de este Código se entiende por “apoyo” toda medida que facilite a la persona la comprensión de los actos y la toma de decisiones para el ejercicio de su capacidad jurídica. Puede consistir en asesoramiento integral, acompañamiento y/o cualquier tipo de colaboración que permita a la persona el ejercicio de su autonomía, y puede ser brindado, tanto por un individuo como por un grupo de personas.

ARTÍCULO 32.- **Designación de la persona o grupo de personas de apoyo para la toma de decisión.** El interesado podrá proponer al juez una persona o grupo de personas de apoyo para la toma de decisión. El juez deberá garantizar que la persona ejerza su derecho de elección de su sistema de apoyo para la toma de decisión. En los casos en que la persona no realice propuesta

alguna, el juez, con el asesoramiento de un equipo interdisciplinario, deberá brindarle opciones para que cuente con el apoyo necesario para ejercer su capacidad jurídica. Si la persona y el juez no lograran acordar sobre la designación de una persona de apoyo para la toma de decisión, el juez la designará de oficio persona idónea.

ARTÍCULO 33.- Legitimados. Están legitimados para solicitar apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica:

- a) el propio interesado;
- b) el cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado;
- c) los parientes y allegados;
- d) el Ministerio Público.

ARTÍCULO 34.- Intervención del interesado en el proceso. La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte, y tendrá derecho a que se le garantice la accesibilidad en todas las instancias del proceso. Interpuesta la solicitud ante el juez correspondiente a su domicilio real, si la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio. El juez debe garantizar la inmediatez con la persona durante todo el proceso y entrevistarse personalmente con ella antes de dictar sentencia.

ARTÍCULO 35.- Funciones y Rol no sustitutivo de la persona de apoyo para la toma de decisión. La persona de apoyo para la toma de decisión en ningún caso sustituirá la voluntad de la persona. Los apoyos tendrán la función de promover su autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión, y/o la manifestación de su voluntad para el ejercicio de sus derechos y la toma de decisiones de la manera más acorde a sus deseos e intereses. El asesoramiento integral importa informar a la persona al momento de la toma de decisión sobre la necesidad del acto, las alternativas al mismo, sus implicancias y las consecuencias. Deberá asegurarse el uso de medios accesibles de comunicación a fin de garantizar la correcta explicación de la situación en cuestión.

ARTÍCULO 36.- Medidas provisionales. Durante el proceso, el juez podrá designar provisionalmente una persona o grupo de personas de apoyo, fijando sus funciones y su obligación de rendir cuentas periódicamente al juzgado sobre su gestión. Esta designación debe ser revisada como máximo en un período de tres meses.

ARTÍCULO 37.- Sentencia de apoyo con salvaguardias. La sentencia de apoyo con salvaguardias para la toma de decisión tiene como objeto garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica, dar seguridad jurídica a los actos celebrados con personas sujetas al régimen de apoyos y evitar abusos por parte de las personas de apoyo para la toma de decisión. La sentencia de apoyo con salvaguardias deberá incluir: (a) la designación de la persona o grupo de personas de apoyo para la

toma de decisión, (b) los actos que la persona debe realizar con apoyo para que se reputen válidos, (c) los plazos para el informe periódico de la persona de apoyo para la toma de decisión al juzgado sobre su actividad y situación de la persona asesorada, (d) duración del apoyo y periodicidad de entrevistas personales del juez con el asesorado, y (e) salvaguardias.

ARTÍCULO 38.- Acuerdo de apoyo. Toda persona podrá celebrar con una o más personas acuerdo de apoyo para la toma de decisión. El mismo deberá cumplir los recaudos de la sentencia de apoyo a excepción de las salvaguardias, las cuales serán establecidas por el juez en el momento de ejecutar el acuerdo, previa vista al Ministerio Público. Dicho acuerdo se podrá suscribir en instrumento público o en instrumento privado con firma certificada.

Cualquiera de las partes firmantes del acuerdo y/o los legitimados del artículo 33 podrán solicitar la ejecución del acuerdo de apoyos, previa vista del interesado. El juez velará por que el acuerdo respete los requisitos del artículo 37 y establecerá el régimen de salvaguardias correspondiente, previo a su homologación.

ARTÍCULO 39.- Registración. A efecto de promover el ejercicio de la capacidad jurídica y la celebración de actos jurídicos con personas sujetas al régimen de apoyos, el Registro Nacional de las Personas llevará registro de la existencia de sentencias de apoyo con salvaguardias. Los juzgados intervinientes informarán la existencia de sentencia de apoyo con salvaguardias al Registro Nacional de las Personas en el término de treinta días. Los actos celebrados por personas bajo el régimen de apoyos se reputan válidos y oponibles a terceros desde la registración de la sentencia.

ARTÍCULO 40.- Definición de salvaguardias. A los efectos de este Código, se entenderá por salvaguardia toda medida que deberá tomar el juez en los términos del artículo 37, evite, en el marco específico del ejercicio de la capacidad jurídica, cualquier medida abusiva por parte de la persona de apoyo para la toma de decisión. El juez evaluará las salvaguardias aplicables en cada caso en estrecha consulta con la persona que requiere el apoyo, asegurando que se respeten sus derechos, voluntad y preferencias y que las medidas adoptadas sean proporcionales y adaptadas a sus circunstancias.

ARTÍCULO 41.- Monitor. El juez podrá designar uno o varios integrantes del Ministerio Público al efecto de monitorear la actividad de la persona de apoyo para la toma de decisión como una posible salvaguardia. Quien cumpla el rol de monitor informará al juez sus observaciones con la frecuencia que indique la sentencia de apoyos y tendrá facultades para requerir informes y revisar cuentas de la actividad de la persona de apoyo para la toma de decisión. El monitor informará en el menor plazo posible al juez la comisión de actos contrarios a la ley o a la sentencia de apoyos así como cualquier situación que estime relevante.

ARTÍCULO 42.- Procedimiento para la revisión o cese. La revisión o cese del apoyo debe decretarse judicialmente, a pedido de la persona interesada.

CAPÍTULO 10

Representación y asistencia. Tutela y curatela

SECCIÓN 1a

Representación y asistencia

ARTÍCULO 100.- **Regla general.** Las personas privadas del ejercicio de su capacidad jurídica ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí.

ARTÍCULO 101.- **Enumeración.** Son representantes:

[...]

b) de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o están privados de la responsabilidad paterna, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe;

c) de las personas que no dan ningún signo evidente de conciencia de sí o del ambiente y se encuentran imposibilitadas de interactuar con los demás o de reaccionar a estímulos adecuados, el curador que se les nombre, o que haya designado mediante decisión anticipada.

(...)

SECCIÓN 3ª

Curatela

ARTÍCULO 138.- **Normas aplicables.** La curatela se rige por las reglas de la tutela no modificadas en esta Sección.

ARTÍCULO 138 bis **Funciones.** La principal función del curador es resguardar los derechos y los bienes de la persona y promover su autonomía. Las rentas de los bienes de la persona deben ser destinadas a dicho fin. El curador solo podrá representar a la persona respecto de aquellos actos específicamente señalados en la sentencia.

ARTÍCULO 139.- **Designación.** La persona puede estipular en ejercicio de su autonomía personal, quién ha de ejercer su curatela para el caso de encontrarse en la situación mencionada en el inciso c) del art. 24 de este código.

Los padres pueden proponer curadores de sus hijos, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores.

Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente.

A falta de estas previsiones el juez puede nombrar a un familiar o persona de confianza, teniendo en cuenta su idoneidad.

ARTÍCULO 140.- Ejercicio de la responsabilidad parental.

El curador ejercerá la tutela de los hijos de la persona cuando, por las causales establecidas en el inc.c del art. 24 haya sido limitada en el ejercicio de la responsabilidad parental por sentencia judicial.

Sin embargo, el juez puede otorgar la guarda del hijo menor de edad a un tercero, designándolo tutor para que lo represente en las cuestiones patrimoniales.

ARTICULO 141. Cese de la curatela El cese de la curatela debe decretarse judicialmente, previo examen de un equipo interdisciplinario que se pronuncie sobre el cese de la situación prevista en el inc.c del art. 24.

Firmado:

Proyecto de Extensión de Interés Social “*Hacia la autonomía y la participación social de las personas con discapacidad*” de la Universidad Nacional del Litoral

Asociación Civil Tramas

Movimiento SuperAcción

Asociación Civil Mirame Bien

María Cecilia Ruhl –PCD a nombre propio-