

Título: [Algunas precisiones sobre la noción de apoyo a las personas con discapacidad. Comentario acerca del informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad \(A/HRC/34/58\)](#)

Autor: [Muñiz, Carlos](#)

Publicado en: [DFyP 2019 \(febrero\), 01/02/2019, 145](#)

Cita Online: [AR/DOC/1343/2018](#)

Sumario: I. Introducción.— II. Primera parte. Análisis del informe de la relatora especial.— III. Segunda parte. Los apoyos en el Código Civil y Comercial. Análisis a la luz del informe.— IV. Colofón.

## I. Introducción

¿Existe alguien que nunca haya necesitado ayuda? Al momento mismo de nuestro nacimiento somos seres vulnerables que dependemos de otro para sobrevivir. Desde ese instante, en adelante, la existencia del hombre en sociedad y particularmente en una sociedad moderna, trae aparejada una serie complejísima de interacciones con otros individuos, que van desde lo más íntimo hasta lo más público, desde lo intrínsecamente espiritual hasta lo más crudamente patrimonial. Estas interacciones se dan en el ámbito de la familia, del ejercicio profesional o laboral, en los mercados y en la participación política.

En este contexto tomamos decisiones: la vida se nos presenta en esa inmensa complejidad en la cual nuestras decisiones nos afectan, pero afectan también a otros. Y queremos hacer "lo correcto", para nosotros, para los que queremos. Somos responsables de las opciones que tomamos en plena conciencia de que tendremos que asumir sus consecuencias. Y justamente por esa responsabilidad, la libertad de poder decidir tiene un valor intrínseco. No obstante, raramente tomemos una decisión muy relevante para nuestra vida sin consultarlo con otro. Ese otro será alguien en quien confiemos. Confiaremos por cercanía o por afecto (como confiamos en nuestros familiares o amigos, que sabemos que quieren lo mejor para nosotros), o porque la persona a quien recurrimos tiene un mayor grado de competencia en el tema sobre el cual tenemos que decidir que nosotros (como confiamos en un médico para decidir cómo tratarnos de una enfermedad), o eventualmente a un par más capacitado que nosotros en algún tema específico. No importa estrictamente en este punto las causas profundas de nuestra confianza, pero sí que, para tomar decisiones importantes, normalmente recurriremos a ayuda. Entonces, es legítimo preguntarse ¿cuál es la particularidad de los apoyos para la toma de decisiones para las personas con discapacidad? ¿no recurrimos todos a apoyos en un sentido amplio del término?

El objetivo de este trabajo [\(1\)](#) es entonces tratar de brindar precisiones sobre el concepto de "apoyo" a las personas con discapacidad que resulta de la CDPD. Para ello surge como oportunidad el reciente informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, presentado ante Consejo de Derechos Humanos de la ONU en el 34º período de sesiones (27 de febrero a 24/03/2017) [\(2\)](#). Se intentará una lectura de dicho documento a los fines de tomar todos aquellos elementos que contribuyen a establecer una definición de apoyo y sus distintas formas concretas de realización. En una segunda parte se intentará un análisis crítico del Código Civil y Comercial argentino, a fin de plantear distintas claves para su interpretación a la luz del citado informe.

## II. Primera parte. Análisis del informe de la relatora especial

### II.1. Noción de apoyo

Es claro que la idea de apoyo que es recibida en nuestro ordenamiento interno en la reforma del Código Civil y Comercial tiene su origen en la necesidad de adaptar la normativa interna en la materia a las disposiciones de la CDPD. No obstante, como resulta del informe de la relatora, la Convención no otorga una definición de apoyo, aunque utiliza el término en varias disposiciones. Ello se suma a la complejidad interpretativa que plantea este tipo de documentos, dado que son el resultado de acuerdos políticos entre distintas naciones con diversas tradiciones jurídicas, y con sutiles divergencias entre las traducciones a las lenguas oficiales [\(3\)](#). En este sentido, el aporte del documento de la relatora oficial otorga ciertas certezas sobre las cuales puede avanzarse en la reflexión sobre el grado de resolución de las obligaciones que resultan de la convención en su transposición al Derecho interno.

En primer lugar, se entiende el "apoyo" como un término amplio que permite englobar toda una serie de distintos mecanismos de intervención de la autoridad pública, las organizaciones de la sociedad civil y la familia para el abordaje de la problemática planteada.

El apoyo es "es el acto de prestar ayuda o asistencia a una persona que la requiere para realizar las actividades cotidianas y participar en la sociedad". Todos los seres humanos vivimos en comunidad y necesitamos de ayuda, consejo y asistencia para desempeñarnos en nuestra vida. Si nos cuesta comprometernos con el estudio buscamos un tutor o un par más capacitado, contratamos un entrenador para que nos ayude a ponernos en forma física, pedimos la opinión de familiares y amigos para tomar decisiones trascendentes de

nuestra vida, consultamos a colegas por alguna duda profesional, y así podríamos enumerar el altísimo pero indefinido número de ayudas que todos recibimos constantemente de otras personas y que son importantísimos, cuando no imprescindibles nuestra vida.

El primer recorte de la realidad que a partir de la convención podemos establecer es entre los apoyos "generales" y específicamente los apoyos a las personas con discapacidad. Mientras que los primeros apoyos quedarán generalmente encuadrados dentro del ejercicio de derechos subjetivos y el desarrollo de cualquier persona de actividades lícitas, irrelevantes para el ordenamiento jurídico o bien reservadas a su ámbito de intimidad, los segundos cobran una relevancia particular como derecho humano de las personas con discapacidad, y se requiere un análisis que contemple su especificidad a fin de lograr su efectiva vigencia.

Como señala el informe, genéricamente "el apoyo es una obligación de derechos humanos que se desprende de varios derechos, como el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a protección social, el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y el derecho a la educación" y se deriva de los principios básicos de los derechos humanos.

En este sentido, se señala entonces que la obligación de los Estados de brindar apoyo a las personas con discapacidad no tiene su origen en la CDPD, sino que resulta anterior a ella y cita como ejemplo el art. 15 de la Carta Social Europea (revisada) y el art. 18 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). Asimismo, entiende la relatora que este derecho se deriva de principios básicos de los derechos humanos "como la dignidad, la universalidad, la autonomía individual, la igualdad y la no discriminación, la participación y la inclusión". Aunque estos derechos tienen carácter universal y deben reconocerse por igual a todas las personas, en particular, las personas con discapacidad "deben gozar de todos los derechos humanos y todas las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con las demás".

## II.2. Apoyo a la persona con discapacidad

En consecuencia, el apoyo a las personas con discapacidad es un tipo específico comprendido en la noción general cuya regulación particular es necesaria con miras a la efectiva vigencia de los derechos humanos de las personas con discapacidad. En particular, "comprende 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; 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. Las personas con discapacidad pueden precisar también apoyo para acceder a servicios generales como los de salud, educación y justicia, y utilizar esos servicios".

Este tipo de tratamiento específico de la cuestión es necesario en razón de la existencia de barreras sociales y ambientales para las personas con discapacidad y necesidades individuales que varían también en función de factores personales, como el grado de deficiencia, la edad, la condición socioeconómica y el origen étnico. El primer ámbito donde se brinda apoyo es la familia. No obstante, ante situaciones graves de vulnerabilidad una ausencia de dispositivos públicos o de redes de contención (públicas y privadas), puede potencialmente afectar las posibilidades reales de una vida autónoma de las personas con discapacidad o afectar gravemente la vida familiar. En este sentido, señala la relatora que "[l]a falta de sistemas de apoyo adecuados incrementa el riesgo de segregación e institucionalización. Cuando las familias no reciben el apoyo necesario, existe una gran presión para que internen al familiar con discapacidad en una institución".

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se ocupa específicamente de este tipo de apoyo, y plantea un amplio marco y variedad de clases y servicios de apoyo destinados a las personas con discapacidad. El modelo que plantea toma como base la noción de igualdad en el Derecho, contemplando la diversidad de la experiencia humana. En este contexto, el apoyo tendrá como objetivo "la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás". Desde el punto de vista del ejercicio de la autonomía, la Convención plantea las decisiones sobre el ejercicio de estos derechos como un derecho subjetivo en sí mismo, lo que se traduce en que ellas deben estar involucradas en "todas las decisiones que las afectan, incluidas las relativas al apoyo y a la asistencia".

Estos apoyos deben proporcionarse a las personas con discapacidad en distintos aspectos de la vida, y deben "respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y que el tipo y la intensidad del apoyo prestado variarán notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de personas con discapacidad". En este contexto de respeto de la diversidad de situaciones que se presentan en la realidad, debe asegurarse al mismo tiempo que el acceso a los apoyos se haga sin discriminación alguna, debiendo

garantizarse el acceso y los ajustes razonables que se requieran en los términos de la CDPD.

### II.3. Diferencias del apoyo con otras figuras

Es claro que, en el marco del modelo planteado por la Convención, con foco en promover la igualdad en el riesgo y dignidad de las personas con discapacidad, los apoyos juegan un rol central dado que en la mayoría de las ocasiones se presentan como adecuados para ubicar a la persona en paridad de oportunidades y posibilidades sin menoscabar su autonomía. Sin perjuicio de ello, los apoyos por un lado son una modalidad específica de abordaje de la problemática, aunque no la única posible. Asimismo, proveer los apoyos no son la única obligación que surge de la convención.

Podemos señalar que la idea de "apoyo" se distingue de la de "atención". Conceptualmente "atención" es una noción polisémica, aunque la terminología ha sido objeto de crítica por su asociación a la idea de la persona con discapacidad como alguien que debe ser atendido o cuidado, significación que se opone a la filosofía de vida independiente que subyace a la noción de apoyo. En este sentido, la relatora plantea que desde el enfoque de la convención se invita a "abandonar los enfoques asistencialista y médico y replantearse su política y práctica de la atención desde una perspectiva de derechos humanos", por considerarlo paternalista y en consecuencia potencialmente vulneratorio del ámbito de autonomía de la persona con discapacidad. Por otro lado, la noción de apoyo parte de un enfoque distinto desde la atención. Este último concepto se enfoca en la idea de asistencia a un grupo vulnerable globalmente considerado. En cambio, el apoyo lleva ínsita la idea de una personalización a las realidades sociales y de la experiencia individual del sujeto que lo recibe.

Por otra parte, aunque puedan encontrarse relaciones, el apoyo se distingue del derecho a la accesibilidad. Dice la relatora en su informe que "[l]a obligación de los Estados de garantizar el acceso de las personas con discapacidad a apoyo no debe confundirse con la obligación de asegurar la accesibilidad. La accesibilidad es la obligación relacionada con el entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones —un requisito de las sociedades libres de barreras e inclusivas—, mientras que el apoyo es una obligación vinculada a la persona". En este sentido, por un lado, podemos reforzar la idea de la personalización como una característica distintiva de la institución del apoyo frente a otras figuras que procuran brindar un contexto general de protección jurídica ante una particular situación de vulnerabilidad. En otro orden, cabe también señalar que la accesibilidad no encuentra un límite en el espacio físico material, sino que se puede proyectar a otras dimensiones, tal como la de la información y comunicaciones (tanto desde un punto de vista físico como en su carácter inmaterial), o proyectarse también al acceso a ciertos servicios tal como expresamente lo prevé la CDPD, como por ejemplo el acceso a la justicia, a la salud y a la educación, que no pueden ser entendidos simplemente como un deber de garantizar la accesibilidad física, sino también en sus proyecciones existenciales.

Finalmente, también tenemos que señalar que la idea de apoyo no puede confundirse con la de ajustes razonables. El derecho a los ajustes razonables es un complemento necesario de los apoyos, pero no se identifica con ellos. Los ajustes razonables son generados por la responsabilidad de todos los sujetos obligados por la normativa a realizar "todas las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida a fin de que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos". Los ajustes razonables pueden realizarse, entre otras alternativas posibles, a partir de medidas de apoyo. Pero estos solo proceden con el límite de que no resulten desproporcionados o excesivos para el sujeto obligado. En cambio, el criterio de la desproporción en las cargas no es aplicable a la obligación de brindar apoyos en la medida que impliquen un derecho humano reconocido por la Convención.

### II.4. Elementos esenciales del apoyo a las personas con discapacidad como derecho humano

En su informe, la relatora especial identifica cuatro elementos esenciales vinculados a la prestación de apoyos a las personas con discapacidad: 1) disponibilidad, 2) accesibilidad, 3) aceptabilidad y 4) elección y control.

La disponibilidad implica la provisión de una suficiente variedad y cantidad suficiente de medidas de apoyo para las personas con discapacidad. En este sentido, se considera necesario que en los sistemas jurídicos internos de los estados prevean a partir de un régimen único o de diversos instrumentos políticos, a partir de una acción coordinada de la mayor diversidad en la oferta de programas de apoyo.

La accesibilidad a los apoyos como elemento esencial del contenido de este derecho genera la carga en el sujeto obligado de disponer las condiciones para su prestación a todas las personas con discapacidad sin distinción. Este elemento conlleva la prioridad en el acceso a las personas más desfavorecidas. La accesibilidad comprende su aspecto físico, incluyendo a las personas que viven en instituciones, aunque no puede reducirse a él. Comprende también la accesibilidad financiera, es decir, que las personas con discapacidad puedan contar con recursos suficientes para proveerse de las prestaciones. Ello no puede quedar reducido a las personas que

son beneficiarias de la Seguridad Social.

Como elemento, la aceptabilidad tiene como consecuencia la necesidad de asegurar que los apoyos brindados se proporcionen a título voluntario y consecuentemente no afecten la dignidad de las personas con discapacidad. Puede verse incumplido este requisito ante la ausencia de consideración de cuestiones sociales, económicas y culturales. La aceptabilidad tiene entonces que ver con el respeto a la diversidad, de modo que los apoyos dispuestos permitan un respeto de las particularidades de esta naturaleza de cada persona con discapacidad. En este sentido, señala la relatora que la prestación de apoyos basados en la comunidad es particularmente eficaz para salvar dificultades propias de esta dimensión. Por otro lado, la aceptabilidad en cuanto implica necesariamente un respeto a la dignidad, conlleva la necesidad de brindar servicios de buena calidad y de proveer formación y asistencia a las familias, de forma tal que puedan asimilar la carga que implica sin afectar significativamente la vida familiar.

Por último, la elección y control en los apoyos no implica otra cosa que la posibilidad de la persona con discapacidad de elegirlos y controlarlos de forma directa, sin que sus decisiones puedan ser dejadas de lado por profesionales o familiares. Este elemento tiene proyecciones muy concretas en materia de toma de decisiones, entre ellas la posibilidad de planificación y dirección del apoyo, decidir quién y cómo lo presta y la prestación por servicios específicos para personas con discapacidad o dirigidos al público en general. La privación de capacidad jurídica para la toma de decisiones es el aspecto más crítico para la efectiva vigencia de este elemento. Como complemento del reconocimiento de la aptitud para la toma de decisiones, mediante apoyos si fuera necesario, puede pensarse en la financiación individual como una estrategia adecuada para asegurar la facultad de elección y control de la persona con discapacidad de las prestaciones que recibe, sin que ello signifique un menoscabo de la obligación de la autoridad pública de financiar la prestación adecuada de apoyos. En este sentido, cobra particular relevancia el régimen que se establezca para la toma de decisiones dado que "la tutela y otros regímenes de sustitución en la adopción de decisiones hace más difícil el acceso de las personas con discapacidad a los servicios de apoyo. Estas prácticas no solo las privan de la posibilidad de elegir el apoyo, sino que contribuyen también a perpetuar su aislamiento, los tratamientos forzados y la institucionalización". En estos términos, es necesario asegurar que la persona con discapacidad conserve en la medida de lo posible la potestad de seleccionar y contratar directamente las prestaciones y servicios de apoyo libre de condiciones. Así, no debería en principio condicionarse el acceso al apoyo a la aceptación de determinadas condiciones residenciales, de internación o tratamientos médicos.

#### II.5. Tipología de los apoyos para las personas con discapacidad

Como se destacara oportunamente, el concepto de apoyos debe englobar una variada gama de posibles prestaciones y servicios a la persona con discapacidad. En este contexto, a lo largo del documento, la relatora identifica una serie de tipos de apoyo que se intenta sistematizar a continuación.

##### II.5.a. Apoyo para la toma de decisiones

El gran cambio que plantea la Convención en relación con la capacidad jurídica es reconocer que el poder ejercer por sí mismo los derechos es en sí mismo un derecho de las personas con discapacidad. De esta manera se integra una nueva dimensión de la capacidad jurídica, entendida no solo como atributo sino como derecho de la persona humana.

Las personas con discapacidad pueden requerir para la toma de decisiones contar con apoyos y es obligación de los Estados proporcionarlos conforme lo dispuesto en el art. 12 CDPD. Para la relatora "la aplicación de sistemas de apoyo para la adopción de decisiones debe acompañarse de la abolición de todos los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones".

La resolución en términos jurídicos de la provisión de este tipo de apoyos resulta inmediata y en muchos casos es condición necesaria (aunque no suficiente por sí misma) para asegurar la vigencia real de los derechos reconocidos por la CDPD a las personas con discapacidad.

##### II.5.b. Apoyo para la comunicación

Frente a barreras que limitan la posibilidad de comprender y expresarse, las personas con discapacidad pueden requerir apoyos para la comunicación. Ellos van a consistir en cualquier prestación de tipo personal (p. ej. intérpretes) o en el acceso a un medio mecánico o tecnológico (dispositivos electrónicos, aros magnéticos, software que facilite el proceso comunicativo). Las necesidades de comunicación no se agotan en la disponibilidad de información en diversos formatos y pueden requerir acciones complementarias de apoyo. Así, se deberá "proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo [art. 4º, párr. 1 h)]".

### II.5.c. Apoyos para la movilidad

Son aquellos requeridos por las personas con movilidad reducida. Pueden consistir en asistencia humana o personal, o bien dispositivos mecánicos y tecnologías de apoyo tendientes a permitir la movilidad personal con el mayor grado de independencia posible.

### II.5.d. Apoyos de asistencia personal

Son aquellos que se requieren para la satisfacción de necesidades fundamentales de la vida diaria y que permiten el acceso en forma autónoma a la vida en comunidad. Dentro de esta categoría de apoyos van a entenderse comprendidos todos los servicios y prestaciones que faciliten la realización por parte de la persona con discapacidad de actividades de su vida cotidiana. Menciona la relatora como ejemplo de ellas "levantarse, bañarse, vestirse, prepararse para trabajar, salir, cocinar, limpiar y hacer las compras". Estas podrán tener distinto grado de intensidad y modalidades de prestación en función de las necesidades de la persona con discapacidad.

### II.5.e. Apoyos para la vida independiente en la comunidad

Estos apoyos son aquellos que se brindan para promover la inserción de la persona con discapacidad en la vida de la comunidad, con la finalidad de prevenir situaciones de institucionalización, aislamiento o segregación. Admiten una gran variedad de servicios, principalmente enfocados a resolver situaciones de transición. Quedan comprendidos en esta noción todos aquellos dispositivos que se brinden desde el sector público o privado para asegurar la posibilidad de la persona con discapacidad de elegir dónde, cómo y con quien desea vivir. Sobre todo, tiene por objetivo evitar la internación psiquiátrica con motivos sociales. Los estados deben proveer en una medida adecuada estos dispositivos, que pueden consistir en centros de día, casas de medio camino, residencias comunitarias, u otros servicios similares de asistencia domiciliaria o residencial.

### II.5.f. Apoyos para el acceso a servicios generales

La CDPD en varias de sus disposiciones establece una serie de derechos que para su concreción requieren ser plasmados en medidas de apoyo. En este contexto debemos evaluar las distintas medidas de apoyo particulares que se requieren para la realización de los arts. 13 (acceso a la justicia), 24 (educación), 27 (trabajo y empleo), 28 (nivel de vida adecuado y protección social) y 30 (participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte).

## III. Segunda parte. Los apoyos en el Código Civil y Comercial. Análisis a la luz del informe

### III.1. Concepto del art. 43

El Código Civil y Comercial otorga en su art. 43 un concepto de "apoyo", en el contexto en el párrafo 2º (Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad) de la Sección 3º (Restricciones a la capacidad) del Capítulo 2 (Capacidad), en el título referido a la persona humana previsto en el contexto del libro primero, que aborda la parte general. Dicha norma establece:

"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.

Las medidas de apoyo 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".

Para entender el significado de esta norma, no es posible prescindir de su ubicación metodológica. El hecho de que se trate la cuestión específicamente en el párrafo destinado al ejercicio de la capacidad hace razonablemente pensar que los apoyos a los que se refiere son aquellos destinados a permitir el ejercicio de la capacidad jurídica. Es decir que, aceptado que "apoyo" es un término amplio que engloba una variedad de servicios y prestaciones, y que en términos jurídicos aquellos que consideramos relevantes son aquellos apoyos para las personas con discapacidad, el Código Civil en su art. 43 agrega un nivel mayor de recorte semántico de la noción que no puede ser entendida en este contexto sino como "apoyo" para la toma de decisiones.

Esta conclusión se refuerza dado que el propio texto citado, define el apoyo como medida tendiente a facilitar "la toma de decisiones". En particular, no hay duda tampoco que la referencia a decisiones relativas a la administración de bienes y la celebración de actos jurídicos refiere a la capacidad de ejercicio en los términos clásicos del concepto y en línea con el art. 23 del propio Cód. Civ. y Com. Resta determinar con qué alcance y límites los apoyos que se establezcan en este contexto podrán suplir las necesidades de la persona para "dirigir su persona".

Es claro que en línea con lo planteado por el art. 12 de la CDPD, las medidas de apoyo para la toma de decisiones de los que se ocupa el Cód. Civ. y Com., están concebidos con la idea de promoción de la autonomía,

que se opone por definición a cualquier modelo que plantee la sustitución de voluntad de la persona con discapacidad.

El alineamiento con los criterios de la CDPD puede observarse claramente también en el mismo artículo en cuanto se refiere a la modalidad designación, en cuanto se establece como salvaguardias necesarias previas a la designación de una persona para que le preste apoyo que se efectúe un control para evitar eventuales conflictos de intereses o influencia indebida.

Vale la pena detenerse en este punto para efectuar una primera reflexión: el "apoyo" es una noción amplia que contempla una enorme variedad de prestaciones y servicios posibles para la persona con discapacidad para la concreción de los derechos que le reconoce la CDPD y otros tratados de derechos humanos. En concreto, el art. 43 se refiere a una forma específica, que es la de el "apoyo para la toma de decisiones". A su vez, si bien dentro de la noción de apoyo para la toma de decisiones se entiende comprendida "cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial", en la mayoría de las disposiciones del Cód. Civ. y Com. se aborda el tema entendiendo que el apoyo es una persona que cumple esa función y que es designada a tal efecto. Esto puede observarse particularmente en cuanto se hace referencia en el propio art. 43 párr. 3° en cuanto aborda la cuestión sobre la "designación de una o más personas" para que presten apoyo.

Sobre esto podemos entonces plantear que para la interpretación de las distintas disposiciones del Código referidas a los apoyos, habrá que realizar un esfuerzo hermenéutico a los fines de distinguir si la disposición concreta se refiere en general a los apoyos para las personas con discapacidad, si específicamente se ocupa de los apoyos para la toma de decisiones, si los apoyos a los que se refiere son susceptibles de ser establecidos en forma judicial o extrajudicial, y si implican o no una prestación personal que requiera una designación judicial.

### III.2. Apoyos judiciales y extrajudiciales

El art. 43, Cód. Civ. y Com. establece específicamente que los apoyos pueden consistir en medidas "de carácter judicial o extrajudicial". Más allá de esta referencia, es difícil encontrar en el Código una noción que nos permita entender en qué casos los apoyos pueden ser extrajudiciales. En cualquier caso, podemos afirmar, que no podrían ser extrajudiciales los apoyos que conforme el propio texto del artículo requieren la intervención de un juez para su designación. Así, son necesariamente judiciales las designaciones de apoyo para la toma de decisiones que se toman en el contexto de un proceso de determinación de capacidad (ver también el art. 32, 2do. párrafo). En estos casos, el juez deberá específicamente establecer un control a fin de evitar la presencia de conflictos de intereses e influencia indebida.

No podemos dejar de señalar que genéricamente todas las salvaguardias que establece el art. 12.4 de la CDPD deben ser garantizadas en el contexto de la normativa y el proceso de determinación de capacidad (respeto de la voluntad y preferencias de las personas; ausencia de conflicto de intereses e influencia indebida; que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona; plazo más corto posible y revisión periódica).

Ahora, luego de establecer que la noción de apoyo para la persona con discapacidad no está reducida simplemente al apoyo para la toma de decisiones (4), es posible concebir un ámbito posible para los apoyos extrajudiciales, que por exclusión comprenderán todas las variantes posibles de apoyos mencionadas en la primera parte de este trabajo, excluyendo a aquellas que conforme el propio Código o específicamente por otra ley o disposición complementaria requieran para su trámite la aprobación de un juez. Es en este ámbito entonces que podremos encuadrar por ejemplo la contratación de servicios o prestaciones personales con el fin de satisfacer necesidades para la comunicación, movilidad, asistencia personal, inserción en la vida comunitaria y acceso a servicios generales (5).

En los términos de la convención, estos apoyos extrajudiciales resultan una obligación de los Estados que evidentemente para el caso argentino no se pueden entender necesariamente concretadas solo a partir de la adaptación de la normativa civil en materia de determinación de capacidad. No obstante, en cuanto se refiere al Código es posible plantear que resultaría deseable una regulación más clara del concepto y su ámbito de aplicación.

### III.3. Los apoyos para la toma de decisiones. Ámbito de aplicación

En el contexto descripto precedentemente, el Cód. Civ. y Com. en cuanto se refiere genéricamente a los "apoyos" suele ocuparse la mayoría de las veces a los "apoyos para la toma de decisiones". A su vez, en particular suele a su vez pensarlos en una de sus formas específicas: el apoyo prestado por una o más personas específicamente designadas por un juez a tal efecto.

Conforme lo establece el art. 32, este tipo específico de apoyo deberá brindarse en el caso de cualquier 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". Se excluye de la posibilidad de la designación de apoyos en casos extremos y con carácter de excepción en aquellos casos que "la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz". En este último supuesto, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.

La designación judicial de personas para que presten apoyo para la toma de decisiones debe complementarse con la especificación de los ajustes razonables que resulten proporcionales y necesarios en función de las circunstancias de la persona [\(6\)](#).

Conforme lo establece el Código, la función del apoyo es promover la autonomía y favorecer que las decisiones respeten las preferencias de la persona. Se observa nuevamente el énfasis en diferenciar la función del apoyo de cualquier forma de toma de decisiones que implique una sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad.

Asimismo, el juez se encuentra facultado durante el proceso a disponer la designación de apoyos para la toma de decisiones como medida cautelar (art. 34).

En todos estos casos en los que se resuelve la designación de apoyos, transponiendo en el ordenamiento interno las disposiciones del art. 12.4 CDPD, estos deben ser proporcionados a la situación particular de la persona. En este sentido, el art. 38 establece en primer término que la sentencia debe determinar las funciones y actos que se limitan a la persona "procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible" y que debe asimismo "señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación", esto último vinculado a la actuación de los apoyos.

Es necesario detenernos en este punto para efectuar algunas consideraciones en cuanto a ciertas cuestiones terminológicas y particularidades en la redacción de este articulado. En primer término, en los términos de la CDPD puede considerarse objetable la referencia a "restricciones a la capacidad" y a las "personas con capacidad restringida" tal como luego en forma concordante se hace referencia en el resto del Cód. Civ. y Com. a los sujetos afectados por estas medidas judiciales. Si bien no parece ser este el espíritu de los redactores del Código, como lo señala la relatora especial: "La denegación o la restricción de la capacidad jurídica, violación generalizada de los derechos humanos en el mundo, afecta directamente a la posibilidad de que las personas con discapacidad elijan y controlen el apoyo que reciben y contribuye a imponer servicios que atentan contra su dignidad y sus derechos". Por este motivo, parece poco feliz el uso generalizado en la redacción de la "capacidad restringida" que puede ser asociada a modelos que impliquen la privación a la persona con discapacidad de tomar sus propias decisiones. En línea con el espíritu de la CDPD debería haberse optado por una redacción que hiciera énfasis en la conservación de la capacidad y en el ejercicio de la autonomía por parte de las personas con discapacidad. En otro orden, genera confusión el uso reiterado y sin especificación de la noción de "apoyo" para referirse específicamente al cargo desempeñado por decisión judicial para el acompañamiento en la toma de decisiones de una persona con discapacidad. Esto porque conduce en una lectura rápida a la reducción de una figura amplia y central del sistema de la CDPD a solo una de sus facetas concretas, consistente en un cargo en el que un juez designa a una persona para que cumpla una función.

Finalmente, la interpretación de los alcances posibles de las facultades del juez civil en esta materia es objeto de algunos interrogantes. Es claro que los apoyos que se designen en un proceso de determinación de capacidad podrán cumplir funciones de asistencia en materia de disposición y administración de bienes y de la celebración de actos jurídicos en general. No obstante, la extensión posible de la noción de apoyo establecida en el art. 43 obliga a pensar sobre qué posibles medidas de apoyos judiciales son posibles para "la toma de decisiones para dirigir su persona".

Podemos plantear algunas interpretaciones posibles:

1. Interpretación amplia: El art. 43 comprende la posibilidad de medidas de apoyo judiciales para la toma de decisiones sobre la realización de cualquier actividad humana lícita, independientemente de su relevancia jurídica. Esto incluiría desde ya la realización de actos jurídicos, pero también los simples actos lícitos y en general de cualquier acción humana no prohibida por el ordenamiento jurídico. De esta forma, en el marco del proceso de determinación de capacidad, el juez estaría facultado para disponer apoyos para cualquier tipo de actividad de la persona con discapacidad, incluidos los que en función del informe de la relatora especial se han denominado apoyos para la asistencia personal.

2. Interpretación restringida: El art. 43, en cuanto se refiere a la "toma de decisiones para dirigir su persona" se refiere al ejercicio de la capacidad jurídica en general, la cual implica una primera delimitación al ámbito del

ejercicio de los derechos, incluyendo la realización de simples actos lícitos y actos jurídicos, en cuanto ellos tengan como consecuencia indirecta o fin inmediato la creación, modificación, transferencia o extinción de derechos (7).

En una primera aproximación, es posible sostener que la interpretación adecuada es la segunda por las siguientes razones: 1. no puede pretenderse que el juez civil tenga ni el poder ni la responsabilidad de resolver integralmente el problema general de la situación de las personas con discapacidad. El abordaje de la problemática debe ser integral y hay responsabilidades del poder administrador que no pueden ni deben ser delegadas. Corresponde al juez ocuparse de los aspectos que hacen primordialmente al ejercicio de la capacidad jurídica, mientras que otros aspectos que hacen al cumplimiento de las obligaciones del Estado que resultan de la CDPD que deben ser resueltos mediante prestaciones y servicios por parte de la Administración del Estado. 2. La organización de los servicios y prestaciones personales a cargo de la Administración del Estado permite en primer término una asignación más eficiente de los recursos en función de las prioridades y necesidades, teniendo en cuenta los recursos económicos disponibles. El juez que solo tiene para su resolución un caso concreto, no puede contemplar el impacto sistémico de sus decisiones en cuanto exceden el ejercicio de la capacidad. 3. Un reconocimiento excesivo de facultades al juez civil en la materia puede conducir a un esquema invasivo de la privacidad y de características paternalistas, algo que precisamente va en contra del espíritu de la CDPD (8).

No obstante, con carácter excepcional, es concebible plantear que se ejerzan algunas facultades en la materia, a pedido de la persona interesada, cuando se observe que en razón de una mora del poder administrador se ponga en riesgo la vigencia de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

#### III.4. Funciones de los apoyos

El régimen de restricciones a la capacidad del Cód. Civ. y Com. no puede ser interpretado sin integrar al análisis las normas de los arts. 101 y ss. que se encuentran en el Capítulo 10 del Libro Primero y que trata en primer lugar de la representación y asistencia.

La redacción de estos artículos fortalece el argumento de que el Cód. Civ. y Com. no se propone regular integralmente la noción de apoyo tal como es concebida en los términos de la CDPD, sino que se concentra en un tipo específico consistente en la prestación personal de apoyos para la toma de decisiones de las personas con discapacidad, dejando en concreto desreguladas otras posibles proyecciones del concepto.

Conforme los arts. 101 y 102, el o los apoyos designados podrán cumplir básicamente dos funciones (sin que ello obste otras, que no se mencionan específicamente): la de representación y la de asistencia. De conformidad con la idea que tradicionalmente se tiene de estos conceptos en el derecho civil argentino, la representación y la asistencia son los remedios típicos previstos en el ordenamiento para salvar las situaciones en las cuales una persona se ve privada de ejercer por sí misma sus derechos. La necesaria interpretación de las normas y conceptos del Cód. Civ. y Com. a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos, y concretamente en este caso a partir de la CDPD y el cambio de enfoque que ella promueve, obliga a una revisión de los alcances de estos conceptos a los fines de asegurar la efectiva vigencia de los derechos de las personas con discapacidad. No obstante, no es posible ignorar su propia carga semántica.

Entonces, digamos que el apoyo obrará como representante cuando sea designado a tal efecto por el juez para un conjunto determinado de actos lícitos, pudiendo obrar en nombre de la persona con discapacidad y obligarlo personalmente con sus decisiones. En cambio, obrará como asistente, cuando no pueda por sí efectuar una declaración que implique la formación del consentimiento para un acto, sino que en cambio su actuación será conjunta con la voluntad de la persona con discapacidad, dando lugar a una actividad compleja de formación de la voluntad para el acto en la que concurren la voluntad del asistente y el titular del derecho (9).

En este contexto, podemos afirmar que la actuación del "apoyo" como asistente en la toma de decisiones no genera a priori conflictos con los términos de la CDPD, dado que la necesaria actuación de la persona con discapacidad en su carácter de titular de los derechos a los fines de la toma de la decisión permite asegurar que no mediará una sustitución de voluntad. En cambio, la idea de la actuación de un "apoyo" con un rol de representante, sí puede ser considerada problemática desde el mismo punto de vista. En este sentido, no podemos olvidar que se entiende que la CDPD impide cualquier mecanismo que implique la sustitución de voluntad de la persona con discapacidad.

En consecuencia, corresponde plantearse si toda forma de representación implica una sustitución de voluntad. Es posible argumentar que esto no es así. Si bien es cierto que el modo en el que tradicionalmente se ha entendido la representación como "remedio" de la restricción a la capacidad, al ejercerse prescindiendo absolutamente y en forma independiente de la voluntad y los deseos de la persona afectada por la medida implica casi por definición una sustitución de voluntad, podemos sostener sin embargo que ello no debe ser

necesariamente así. Aceptemos que es posible una representación que no implique sustitución de voluntad, siempre que quien actúe como representante obre en respeto a la voluntad efectiva, presumida o eventualmente reconstruida del sujeto a quien representa [\(10\)](#).

Para que ello se concrete tendríamos que preguntarnos si bajo alguna circunstancia es admisible y justificable la designación de un apoyo que actúe como representante y si ello encuentra lugar en cumplimiento de todas las exigencias y salvaguardias planteadas por la CDPD. Este test hipotético nos permite afirmar que un apoyo con funciones de representación sería posible siempre que:

1. Su designación sea proporcionada con la necesidad de apoyo de la persona con discapacidad: en este caso deberíamos estar frente a un caso en el cual el padecimiento del sujeto y las limitaciones para la manifestación de su voluntad resulten tales que solo mediante la representación pueda asegurarse el ejercicio de sus derechos. Para ello deberíamos estar en condiciones de afirmar que, en el caso concreto, la negación de la representación puede implicar una negación por vía de hecho del derecho mismo, al verse imposibilitado fácticamente su ejercicio.

2. No medie influencia indebida ni conflicto de intereses: estos aspectos se verían satisfechos en el Cód. Civ. y Com. en función de lo dispuesto por el art. 43.

3. La medida esté sujeta a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial independiente e imparcial: este aspecto podría verse salvado en el Cód. Civ. y Com. por lo dispuesto en su art. 40.

4. La medida implique el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona: esta cuestión es aquella en la que la solución del Cód. Civ. y Com. se vuelve menos clara. No podemos plantear dudas con respecto al compromiso del legislador argentino en adaptar la normativa a las disposiciones de la CDPD. No obstante, debe señalarse que no queda claro del texto legal que existan salvaguardias tendientes a asegurar que el ejercicio de la representación por parte del apoyo cuando fuera designado con tal carácter sea necesariamente respetuoso de la voluntad de la persona con discapacidad. No cabe duda de que toda interpretación del Cód. Civ. y Com. debe ser hecha a la luz de la CDPD, en virtud de lo dispuesto por el art. 1° del propio Código y que solo de esta forma puede entenderse que procede la designación de un apoyo con funciones de representación. En este sentido, creemos que, ante el silencio de la norma, el juez se encontrará facultado a disponer todas las medidas tendientes a asegurar la salvaguardia y el respeto de la voluntad de la persona.

Finalmente, tenemos que observar que, a la luz de las recomendaciones de la relatora especial, es posible plantear dudas sobre el cumplimiento del requisito de elección y control de los apoyos, en el supuesto del apoyo para la toma de decisiones tal como se encuentra legislado en el Cód. Civ. y Com. Tanto para el caso que se designe un apoyo para cumplir funciones de representación o asistencia, se encuentran algunas limitaciones a la elección que deben ser observadas con cautela. La redacción parece establecer una serie de obstáculos a la libre elección.

Así, el art. 139 establece que solo el sujeto capaz puede designar mediante una directiva anticipada a quien ha de ejercer su curatela. Esta redacción plantea dos interrogantes. El primero es si la posibilidad de directivas anticipadas a este fin exige la plena capacidad del autor del acto, excluyendo a las personas con capacidad restringida de esta posibilidad. La segunda cuestión es si pueden solo designar curadores por directivas anticipadas o bien pueden también designar apoyos. Como se ha señalado en otra contribución, el carácter vinculante de estas directivas anticipadas se ve fuertemente mermado cuando vemos que se exige la aprobación judicial de la designación, la cual requiere de los controles del art. 43, lo cual otorga al juez un amplio margen de apreciación.

Luego, el art. 139 establece también que los padres pueden nombrar curadores y apoyos de sus hijos "incapaces o con capacidad restringida", sin que se observe que exista ningún tipo de resguardo de la voluntad de las personas con discapacidad menores de edad en este caso.

Finalmente, el último párrafo establece que en ausencia de previsiones "el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica". Esta disposición debe ser leída en conjunto con lo dispuesto en el art. 43 en cuanto establece que "[e]l interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo". Ahora, qué sucede si el interesado no desea contar con ningún apoyo, y no propone a nadie para que cumpla esa función. Una primera lectura parece implicar que a pedido de una parte legitimada, el juez estaría facultado a designar a la persona un "apoyo" en contra su voluntad. En este contexto, surgen inmediatamente preocupaciones asociadas al cumplimiento riguroso de las pautas que resultan de la CDPD. Dentro de estos parámetros, no parecería tampoco estar excluida la posibilidad de designar como apoyo a una persona jurídica [\(11\)](#).

### III.5. La cuestión sobre el consentimiento para investigaciones en salud y actos médicos

El Cód. Civ. y Com. aborda expresamente la problemática del consentimiento para investigaciones en salud y actos médicos por parte de personas con discapacidad. En tal sentido, el art. 59 establece que "[n]inguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite". Asimismo, el mismo artículo dispone que "[s]i la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente".

En ambos casos, en cuanto se refiere al apoyo, el art. 59 está hablando de un tipo específico de apoyo para la toma de decisiones en materia de actos médicos. En el primer caso, no está especificado cómo se brindará el apoyo, con lo cual, de no mediar una restricción a la capacidad, podemos pensar que el apoyo puede ser en este contexto entendido en sentido amplio, contemplando cualquier medio judicial o extrajudicial, consistente en un medio técnico, un servicio o una prestación personal que facilite la toma de decisión, con respeto de las salvaguardias de la CDPD. El segundo supuesto, se refiere claramente al consentimiento para actos médicos, cuando por cualquier razón de hecho la persona se encontrara específicamente imposibilitada para prestarlo. En este caso, en primer término, se deberá estar a lo que haya dispuesto la persona a través de una directiva médica anticipada válida. En caso de que ello no fuera posible, la toma de la decisión queda en manos de las personas enumeradas en el Código. En cuanto hace a la mención particular de la palabra "apoyo" en este segundo caso, parece claramente referirse a la persona designada por el juez para actuar como apoyo para la toma de decisiones, y no a otra figura posible comprendida dentro del término.

### IV. Colofón

A modo de cierre, en la presente contribución hemos intentado hacer una lectura del sistema de apoyos concretado en el Cód. Civ. y Com. a la luz del informe de la Relatora Especial. Esto ha permitido en primer lugar esclarecer algunas cuestiones sobre la noción. En particular, la idea más significativa está relacionada con la diversidad de alternativas posibles de su concreción y sus distintas tipologías. En este sentido, compartimos la idea de que los apoyos para las personas con discapacidad son una figura autónoma que pertenece a nuestro derecho positivo y que excede los límites estrictos del proceso de determinación de capacidad. En este sentido, la provisión de apoyos en sentido genérico no es un deber limitado a los jueces civiles (que, por otra parte, en muchos casos no son la instancia más adecuada o conveniente), sino que por el contrario debe involucrar a todos los poderes del Estado. En el proceso de determinación de capacidad, el juez deberá proveer uno o varios apoyos destinados a facilitar la toma de decisiones. Limitar la cuestión al ejercicio de la capacidad jurídica y a la toma de decisiones, implica someter a los jueces a una carga injusta, que solo pueden cumplir de manera muy limitada. La existencia de estos dispositivos en la legislación no debe hacer que se pierda la mirada integral que es necesaria en esta materia. Por último, dejamos planteados algunos interrogantes con respecto al cumplimiento de algunos elementos esenciales del apoyo con respecto a los apoyos para la toma de decisiones en el Cód. Civ. y Com., que esperamos sean retomados en otras contribuciones.

(1) Esta contribución toma como referencia los aspectos esenciales presentados en el Seminario "La capacidad jurídica en el Código Civil y Comercial: el modelo de apoyos", realizado el 24 de agosto de 2017 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (organizado por el Proyecto DECyT 1617).

(2) Disponible en [http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/34/58](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/34/58) (consultado el 08/06/2018).

(3) "Accompagnement" (fr) "apoyo" (es) "support" (en).

(4) GIAVARINO, Magdalena B. - BALMACEDA, Mónica P., "La consideración del sistema de 'apoyos' como recurso autónomo", en DFyP 2017 (diciembre), 15/12/2017, p. 152.

(5) Podría contemplar también lo que se denomina "apoyo informal" en BALUK, Xenia, "Discapacidad, incapacidad y capacidad jurídica. El sistema de apoyos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a la luz del ordenamiento jurídico argentino", en RDF 2014-I, 01/02/2014, p. 160.

(6) TOBÍAS, José W., "Comentario al art. 43 Cód. Civ. y Com.", en ALTERINI, Jorge H., Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015.

(7) Esta limitación, no implica restringirse a la esfera de actos patrimoniales. Los apoyos para la toma de decisiones pueden también servir para actuar en el ejercicio de derechos de naturaleza extrapatrimonial. Ver, por

ejemplo: RADCLIFFE, María Silvina, "Responsabilidad parental y salud mental. Una interpretación del art. 702, inc. c. Importancia de los apoyos", en DFyP 2017 (octubre), 17/10/2017, p. 23. Asimismo, para un panorama general del estado de las cuestiones vinculadas a los problemas normativos para la toma de decisiones mediante un modelo de apoyos ver JORGE, Carina S., "Algunas consideraciones prácticas para la elaboración de un programa de apoyos en beneficio de la persona con padecimiento mental", en RCCyC 2015 (noviembre), 17/11/2015, p. 75.

(8) Sobre este punto ver LAFFERRIERE, Jorge N., "La personalización de los apoyos para el ejercicio de la capacidad", en SJA 12/04/2017.

(9) LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil, Parte General", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, t. I, 18ª ed., actualizada por Patricio Raffo Benegas.

(10) MONTEAGUDO, María del Rosario, "Criterios para la designación y actuación de los apoyos con funciones de representación", en DFyP 2018 (marzo), 12/03/2018, p. 156.

(11) FARINA, Marina L., "¿Puede una persona jurídica encarnar la figura del Apoyo en el derecho argentino?", en DFyP 2017 (julio), 12/07/2017, p. 236.