

**XXXI ENCUENTRO NACIONAL DEL NOTARIADO NOVEL
1° EDICIÓN VIRTUAL**

**TEMA I: DERECHOS DE LAS FAMILIAS Y DERECHOS HUMANOS, SU
RELACIÓN CON LA ACTIVIDAD NOTARIAL EN EL CCYC.**

DESIGNACIÓN DE APOYOS EN SEDE NOTARIAL

COORDINADORES:

Escribano Juan Andrés BRAVO

Escribana María Claudia GIANNICO VILLALOBOS

INTEGRANTES:

ADRIANA MAGALI BONELLO

CRISTINA WALQUIRIA FRANCO

Sumario:

1.- Ponencias. - **2.-** Introducción. - **3.-** Cuerpo Normativo. Régimen Jurídico Nacional e Internacional. Visibilización de las personas con capacidad restringida. - **3.a)** Constitución Nacional. - **3.b)** Ley de Salud Mental.- **3.c)** Código Civil y Comercial de la Nación.- **4)** Intervención del notario en el sistema de Apoyos. Posibilidad de su designación en sede notarial. **5)** Derecho Comparado. Perú. **6)** Medidas extrajudiciales. Posibilidad de designación en sede notarial. - **6.1)** Forma de implementación.- **6.2)** Publicidad.- **7)** Consideraciones Finales.- **8)** Bibliografía.

1.- PONENCIAS:

- La persona humana es el actor fundamental del sistema jurídico, siendo la principal receptora y razón de su existencia y en consonancia con la consagración normativa de los derechos humanos tanto a nivel supranacional como local se produjo la revalorización jurídica de bases morales reconocibles a todos los seres humanos.
- La reforma constitucional de 1994 incorporó en el bloque constitucional los tratados internacionales que enuncia en su art. 75 inc. 22 y previó el mismo rango para aquéllos que se aprobaran con posterioridad y regularán sobre derechos humanos (párrafo tercero, inc. 22).
- En el Año 2.010 se promulgó la ley 26.657, denominada también “Ley de salud mental”, la cual se enmarca en el nuevo concepto de salud mental al que se ha denominado “modelo social de la discapacidad”
- En el marco de esta nueva perspectiva comenzó a regir en Argentina en el año 2.015 el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, receptando varios de los nuevos paradigmas
- Se receptan los nuevos postulados y establecen que la capacidad es la regla y se presume, y al mismo tiempo deja de lado el binomio capacidad/incapacidad e incorpora el principio de limitación o restricción de la capacidad para ciertos y determinados actos; que serán válidos, si son acompañados con la firma del apoyo designado. Deja atrás el sistema sustitutivo en la toma de decisiones y se enrola en el modelo de acompañamiento a través de apoyos.
- En nuestra legislación argentina, es posible asignar apoyos en sede notarial como herramienta preventiva, permite al nombrador planificar su futuro para el supuesto de que ocurra alguna contingencia que le impida ejercer por sí solo su plena capacidad.
- El punto que debemos encontrar es establecer la combinación de distintos derechos de la persona. Por un lado reconocerle autonomía, libertad, respeto por sus decisiones y la posibilidad que ella misma sea quien determine quiénes sean los apoyos que considere necesarios sin necesidad de recurrir a un proceso judicial y por el otro, establecer garantías y salvaguardias en su propio favor a fin de evitar abusos y exponerlo a una mayor situación de vulnerabilidad.
- Entendemos que cuando el código refiere a los apoyos como medidas extrajudiciales, nos está permitiendo implementar designaciones en sede notarial, **a pedido del propio interesado**, que sea quien proponga la persona o la institución que le brinde el apoyo necesario y determine la extensión del mismo, siempre claro está cumplimentando con las salvaguardias adecuadas, siempre, que no tenga sentencia de capacidad restringida.
- Es viable la designación notarial de apoyos en los supuestos en los que la persona compareciente y otorgante tenga discernimiento suficiente.
- La forma de implementación de estas designaciones de apoyos extrajudiciales es la escritura pública, con posterior aprobación judicial.

- Proponemos la creación de un registro nacional de sistema de apoyos a fin de publicitar las designaciones y sentencias judiciales.
- El fundamento legal de nuestra propuesta lo encontramos en el mismo CCYCN, y en la C.D.P.C.D., y más allá del fundamento legal, entendemos que existe un fundamento ético, basado en los derechos fundamentales de la persona humana, que es el reconocimiento de su propia Autonomía, Respeto y Libertad, y un fundamento de derecho natural, que es la distinción entre capacidad jurídica y discernimiento.
- Siempre que la persona cuente con discernimiento suficiente podrá designar apoyos en sede notarial.

2. Introducción.

“Si no estás haciendo la vida de alguien mejor, estás perdiendo el tiempo. Tu vida mejora al hacer mejorar la vida de alguien más.” / Will Smith

Comenzamos a investigar y escribir este trabajo con el interrogante y el temor si lo que queríamos plasmar en estas pocas líneas podría ser una incumbencia para el notariado. Esta propuesta se desprende inevitablemente de los valores que sirvieron de guía para la elaboración de los temas de este encuentro ... *“Inmersos en una evolución histórica que nos invita a participar como agentes de cambio, entendemos que en estos tiempos debemos profundizar el análisis de la protección de las personas vulnerables...Dignidad. Libertad. Autodeterminación. Tolerancia y respeto. No sólo son palabras claves sino valores humanos que se esconden y ponen en juego tras el estudio y debate de cada uno de los subtemas aquí propuestos. Sin dudas esto vuelve la mirada de nuestra profesión hacia la función social del Notario. ...En este sentido, apelamos a la figura del Notario de tipo latino como herramienta que garantice el ejercicio de los Derechos Humanos (D.H.). Los temas, subtemas y las pautas de análisis desarrolladas han sido pensados para cumplir la función de disparadores que motiven y orienten posibles líneas de investigación. Destacamos que no se trata de consideraciones excluyentes ni taxativas, por lo que invitamos a los ponentes a lograr un estudio profundizado de ellos y obtener así, propuestas enriquecedoras y tendientes siempre a la construcción de un mundo mejor, a partir de la función social del notario.¹* El eje central es el tema de designación de apoyos en sede notarial y mediante nuestra intervención, lograr el resguardo y otorgar la posibilidad a ese grupo de personas vulnerables, que por distintos motivos quedan relegados o restringidos en el ejercicio de sus derechos. Aquellas personas con capacidad restringida, declarada o no, son sujetos extremadamente vulnerables, no por sus propias limitaciones, sino por las miradas y barreras sociales, que si bien se encuentran en plena evolución, no dejan de ser crueles. Queremos generar el necesario debate e intercambio de ideas sobre las nuevas normas vigentes, ya que firmemente sostenemos que ofrecerle esta oportunidad a la persona, aumenta su autonomía, lo revaloriza, le otorga mayor autoestima y capacidad de autodeterminación y a su vez en forma proporcional, enseña a la sociedad a respetar la decisión de aquellas personas que teniendo sus capacidades restringidas, tienen su discernimiento intacto. Y somos nosotros, los notarios quienes debemos ponernos al frente, con nuestra función social como garantes de los derechos fundamentales de las personas, teniendo como eje de nuestro accionar la persona humana y su dignidad, defendiendo siempre la dignidad, Libertad, Autodeterminación, Tolerancia y respeto de la misma, dejando atrás historias de discriminaciones y prejuicios.

¹ XXXI Encuentro Nacional del Notariado Novel. 1° Edición Virtual. Pautas Nacionales del Tema I Derechos de las Familias y Derechos Humanos, su relación con la actividad notarial en el CCyC.

3) Cuerpo Normativo. Régimen Jurídico Nacional e Internacional. Visibilización de las personas con capacidad restringida.

La persona humana es el actor fundamental del sistema jurídico, siendo la principal receptora y razón de su existencia y en consonancia con la consagración normativa de los derechos humanos tanto a nivel supranacional como local se produjo la revalorización jurídica de bases morales reconocibles a todos los seres humanos. Estas bases como la inviolabilidad, autonomía y dignidad de las personas, se vinculan al ejercicio pleno de la aptitud volitiva del sujeto y su autonomía privada a partir del reconocimiento de su capacidad para la dinamización de sus derechos civiles, económicos, sociales y culturales, siendo este punto lo que provoca el planteo en la doctrina moderna, jurisprudencia y legisladores, ya que su labor deberá ser la adaptación progresiva de medidas que permitan un efectivo afianzamiento del sistema para lograr resguardar tales derechos fundamentales en el individuo. Frente a este planteo nace la necesidad de proteger especialmente a ciertos grupos vulnerables a los cuales les resulta más dificultosa la tutela de sus derechos. Encontramos por un lado las personas que integran ese grupo vulnerable y su relación con el mundo que los rodea con la falta de aptitudes suficientes para el pleno goce de sus derechos y por el otro, una estructura normativa que busca facilitar la superación de tales minusvalías.

Dándole un enfoque interdisciplinario a este tema y tomando como punto de partida los grupos vulnerables dentro de la sociedad, la salud del ser humano ... “ *se ha convertido en un bien merecedor de tutela jurídica en sí misma, desde que traduce la aptitud del individuo para adaptarse al medio y autogestionarse, en función de sus circunstancias personales y su capacidad para interactuar con el entorno que lo rodea* 2...”

El concepto de salud y la ausencia de ella, ha evolucionado considerablemente en los últimos años a nivel mundial³, más aún y específicamente el concepto de salud mental y discapacidad,⁴ determinando innumerables modificaciones a nivel legislativo y estableciendo en la sociedad nuevos paradigmas.

3.a) Constitución Nacional

La reforma constitucional de 1.994 incorporó en el bloque constitucional los tratados internacionales que enuncia en su art. 75 inc. 22 y previó el mismo rango para aquéllos que se aprobaran con posterioridad y regularán sobre derechos humanos (párrafo tercero, inc. 22).

² Huber, M. - Kottnerus, J. A. - Green, L., “Cuál debería ser la definición de salud”, *British Medical Journal*, 25/7/2011-BMJ 2011 - Página 343.

³ La Organización Mundial de la Salud define la salud como: “«La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades»

⁴ ...Cabe señalar que por ley 27044 (B.O. 22/12/2014) se otorgó jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, a la mencionada Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Dichas normas marcan un cambio de paradigma respecto de la concepción de las personas con discapacidad, basado en la promoción y protección de su autonomía y la dignidad y plena integración en la sociedad. ...” Juzgado de 1ª Inst. y 4ª Nom. en lo Civ., Com. y de Flia. – Villa María. SENTENCIA NÚMERO: 37. Villa María, 12/05/2017.- “P., M. F. - DEMANDA DE LIMITACION A LA CAPACIDAD”

Entre los que priorizan la salud de la persona como bien jurídico tutelado, podemos enunciar:

- 1) Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, y
- 2) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (en adelante CDPD), incorporada a nuestro derecho interno por la ley 26.378 sobre cuyos lineamientos se sancionara la ley 26.657, cuyo Artículo 12 establece textualmente: *“ Igual reconocimiento como persona ante la ley 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al **apoyo** que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen **salvaguardias adecuadas** y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que **se apliquen en el plazo más corto posible** y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.”*

3.b) Ley de Salud Mental

En el Año 2.010 se promulgó la ley 26.657, denominada también “Ley de salud mental”, la cual se enmarca en el nuevo concepto de salud mental al que se ha denominado “modelo social de la discapacidad” y “tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más

beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “⁵

3.c) Código Civil y Comercial de la Nación.

En el marco de esta nueva perspectiva comenzó a regir en Argentina en el año 2015 el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, receptando varios de los nuevos paradigmas, considerando como relevantes en lo referido al tema de salud y su protección, dos de ellos:

- Constitucionalización del derecho privado.⁶
- Código basado en un paradigma no discriminatorio⁷

Establecen los artículos 1 y 2 del CCYC: *“ARTÍCULO 1°.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la **Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte.** A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho. ARTÍCULO 2°.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, **las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.**”*

La Ley Nacional de Salud Mental y el Código Civil y Comercial receptan los nuevos postulados y establecen que la capacidad es la regla y se presume, y al mismo tiempo dejan de lado el binomio capacidad/incapacidad. Incorporan el principio de limitación o restricción de la capacidad para ciertos y determinados actos; que serán válidos, si son acompañados con la firma del apoyo. Deja atrás el sistema sustitutivo en la toma de decisiones y se enrola en el modelo de acompañamiento a través de apoyos. Busca el acompañamiento de los apoyos designados a tal efecto; por lo que cada persona

⁵ Art. 1 Ley 25.657.-

⁶ “El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado...” Aspectos valorativos .-Fundamentos de Anteproyecto del Código civil y comercial de la nación.-.

⁷ “En la tradición histórica, el sujeto del derecho privado ha sido el hombre. Se ha cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza. En los textos proyectados aparecen la mujer, el niño, las personas con capacidades diferentes, el consumidor, las comunidades originarias, y muchos otros que no habían tenido una recepción sistemática hasta el momento.”Aspectos valorativos .-Fundamentos de Anteproyecto del Código civil y comercial de la nación.-

pueda ser protagonista de su propia vida, aunque requiera el apoyo o acompañamiento de otra persona, que en ningún caso la reemplaza o sustituye.

Así y en concordancia con la evolución legislativa y social, y a fin de adecuar el derecho positivo a la Convención internacional de los derechos del niño y a la convención internacional de las personas con discapacidad, se implementó el sistema de apoyos descripto, para garantizar la mayor autonomía posible a las personas con capacidad restringida, reservándose la figura de la representación para casos extremos en los cuales la persona “ *se encuentra en situación de absoluta falta de habilidad para dirigir su persona o administrar sus bienes (estado de coma permanente, padecimientos mentales profundos que impiden tomar decisión alguna, etc).*”⁸

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.

Si quisiéramos conceptualizar la palabra Apoyo en sentido amplio, podemos decir que se refiere a ... “Hacer que algo descansa sobre otra cosa”... “Protección, Auxilio o Favor”⁹. Considerándose cualquier intervención de carácter oficial y oficioso, como la asistencia humana, los intermediarios, las ayudas para la movilidad, los dispositivos técnicos y las tecnologías de apoyo. Así como también 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. Nuestro Código Civil y Comercial de la Nación recepta principalmente en dos artículos el vocablo apoyo que se interrelacionan entre sí, el artículo 32 y el artículo 43.

Artículo 32.- Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador...”

⁸ Fundamentos Anteproyecto Código Civil y Comercial.

⁹ Diccionario de la Real Academia Española. On line.

Este artículo significa un cambio decisivo en relación al régimen del Código Civil de Vélez Sársfield que sostenía como regla, frente a una situación de alteración mental, la incapacidad de hecho. Ciertamente, tal supuesto aparecía matizado por el instituto de la inhabilitación (art. 152 bis incorporado por la ley 17711) y por la obligación del juez de precisar los actos y funciones que se limitaban (art. 152 ter incorporado por la ley 26657). Pero la regla en la mayoría de los casos de alteración mental, era la declaración de incapacidad y la consecuente designación de un curador.¹⁰

Al igual que la modificación y cambio de paradigma de la legislación, lo fué también la jurisprudencia, que en las causas que se encontraban en trámite, iniciadas bajo el régimen legal del código civil, por aplicación del artículo 7, dictaminó conforme al nuevo ordenamiento.

Así la cámara nacional de apelaciones en lo civil en el caso “H., R. J.”⁵, del 17 de noviembre de 2015, la sala A decidió revocar la sentencia de incapacidad dictada bajo la vigencia del Código Civil y restringir la capacidad de la persona implicada, dado que en el nuevo ordenamiento la incapacidad es “un supuesto excepcionalísimo” y “residual”. Por lo tanto, “la persona que fue declarada incapaz con anterioridad a la entrada en vigencia, pero que, con el nuevo régimen debe ser calificado capaz con capacidad restringida, puede solicitar la revisión a que hace referencia el artículo 40 y la acción de cese contemplada en el artículo 47”. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala A: “H., R. J.s/ Determinación de la Capacidad”. Expte. Nro. 63.432/2002 – J. 86, del 17/11/2015)¹¹

En el actual código civil y comercial, el juez tiene la posibilidad de restringir la capacidad de ejercicio por motivos de salud a partir de los trece años y se mantienen los mismos requisitos que el régimen anterior - sentencia de juez competente, que la persona padezca alteración mental permanente o prolongada o alguna adicción y la posibilidad que se produzca algún daño en su persona y bienes. El juez puede designar el o los apoyos que considere necesarios y en caso de designar más de uno, debe determinar la función que llevarán adelante cada una de estas personas, considerando las circunstancias de cada caso.

En el mismo artículo se prevé la circunstancia para aquellas personas que el sistema de apoyo resulte ineficaz; ante ellos el juez declarará su incapacidad y designará un curador. La doctrina se enrola en una posición crítica frente a esta previsión normativa, ya que considera que se arraiga en una concepción discriminatoria y excluyente. Fundamenta la posición compartiendo lo expuesto en el estudio temático de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ... “ *toda ley que prevea que la existencia de una discapacidad es motivo directo o indirecto para declarar la incapacidad jurídica entra en conflicto con el reconocimiento de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad consagrado en el párrafo 2 artículo 12...*”¹².

¹⁰ Los tribunales civiles ante las incapacidades declaradas bajo el Código Civil anterior- Giuliana BUSO -PORTAL DE REVISTAS ACADÉMICAS Y CIENTÍFICAS

<https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/perspectivas/article/view/3468/3780>

¹¹ Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNL - Volumen 8 - Nº 2- Año 2018

¹² Asamblea General de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, 26/1/09, A/HRC/10/40

Artículo 43. Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad. Concepto. Funcion.

“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. 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...”

El sistema de apoyo receptado en el artículo 43, toma como antecedente normativo el inciso 3 del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, (*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*).

Según el comentario del Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (Directores: Marisa HERRERA. Gustavo CAMELO. Sebastián PICASSO Coordinadores Natalia De la TORRE. Fiorella VIGO.) Las medidas de apoyo se expanden a todas las áreas de desenvolvimiento de la persona con discapacidad. El apoyo es la herramienta; el fin es “la libertad de tomar las propias decisiones”, que excede el ámbito jurídico (art. 3° CDPD). El apoyo puede adoptar múltiples formas y actuar en diversos ámbitos: apoyos prestados por la familia —arts. 4°, 5° y 23 CDPD— y el apoyo asistencial en sus diversas áreas (personal, económico, social, de salud, educación, finalmente, jurídica). Los apoyos constituyen ajustes “a medida”. Por eso, la CDPD no enumera sus clases y formas; sí impide los sistemas representativos clásicos. Justamente, en virtud del reconocimiento de la diversidad propia a la discapacidad, la toma de decisiones con apoyo adopta numerosas modalidades, debiendo diseñarse a partir de las circunstancias y necesidades concretas de la persona (art. 32 CCyC). Puede ser singular o plural. Conformarse con familiares, operadores externos, trabajadores sociales, instituciones, o bien una o varias de estas opciones. Finalmente, según el grado de afectación de los derechos, las medidas de apoyo podrán tener diferente intensidad.

4) Intervención del notario en el sistema de Apoyos. Posibilidad de su designación en sede notarial.

La actividad del notario respecto del nombramiento de apoyo en sede notarial, se relaciona con la regulación de la vida privada del individuo y el respeto a su libertad. En nuestra legislación argentina, es posible asignar apoyos en sede notarial como herramienta preventiva, permite al nombrador planificar su futuro para el supuesto de

que ocurra alguna contingencia que le impida ejercer por sí solo su plena capacidad. Esta posibilidad es sumamente importante, especialmente en casos en los cuales existen diferencias con determinados familiares, o falta de afecto o de afinidad, y esto provoca al nombrador cierto temor e incertidumbre. Estos nombramientos tramitan en nuestro derecho como medidas de autoprotección y están determinadas en el artículo 60 del código civil y comercial de la nación el cual dice: *“Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento.”* Esta temática se encuentra ampliamente desarrollada por la doctrina y jurisprudencia argentina, y brinda la posibilidad de que una persona o institución actúe o actúen como curadores y si bien no menciona al apoyo específicamente, entendemos que no hay duda de que también se los pueda designar, para el supuesto en que ocurra una Discapacidad o capacidad restringida sobreviniente. Como notarios deberíamos recomendar a los interesados que, mediante el otorgamiento de un acto escriturario, la posibilidad de designar como primera medida apoyos y para el supuesto de ser necesario, curador.

Sin perjuicio de lo detallado, queremos resaltar que la facultad otorgada a la persona *“Plenamente Capaz”*, contradice los nuevos paradigmas, especialmente los establecidos en la CDPD, ya que como detallaremos más adelante, entendemos que basta con que la persona tenga discernimiento suficiente a fin de poder ser ella misma quien designe a su propio asistente, respetando así sus propias decisiones.-

También el artículo 139 prevee la posibilidad de designación de apoyos en sede notarial, el que dice en sus partes pertinentes: *“.... Los padres pueden nombrar curadores y apoyos de sus hijos incapaces o con capacidad restringida, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores...”*

Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente.

¿Ahora bien, además de la opción mencionada, la designación en sede notarial como designación preventiva y como acto de autoprotección y pensando en otros supuestos en los cuales la persona ya se encuentra con algunas dificultades o restricciones no declaradas judicialmente, pero tiene su discernimiento intacto tenemos incumbencia los notarios para autorizar actos de designación de apoyos según nuestra legislación?

5) Derecho Comparado. Perú.

En el derecho comparado, específicamente en Perú, el Decreto legislativo 1384, establece, entre otras cosas, que la designación de apoyos y salvaguardias para las personas con discapacidad podrá tramitarse tanto en la vía notarial como judicial. Esta designación en sede notarial permite la plena realización del derecho de autonomía y

libre desarrollo de la personalidad, el diseño del proyecto de vida de la persona, estableciendo al documento notarial como garante de ejecución.¹³

La persona mayor de edad que requiera asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica puede designar ante una notaría o gratuitamente ante un juez de paz letrado una o más personas de apoyo de su confianza¹⁴. Ahora bien, la designación de apoyo en sede notarial sólo puede realizarse cuando la persona no tiene vigente su inscripción de interdicción. Igualmente es preciso que el Juez declare la restitución de la capacidad jurídica.¹⁵

6) Medidas extrajudiciales. ¿Posibilidad de designación en sede notarial?

Retomando a nuestra legislación, ¿a qué referencia nuestro código cuando menciona el término medida extrajudicial? **Extrajudicial** significa “fuera de la vía judicial”. Por consiguiente, los apoyos como medidas extrajudiciales pretenden que haya una designación de los mismos sin pasar por un proceso judicial. Refiere Martín Möller Rombolá, a los apoyos extrajudiciales”...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 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.”...¹⁶

Si bien estas medidas están mencionadas en el código, el mismo no determina bajo qué procedimiento y con qué salvaguardas se puede llevar a cabo, a fin de cumplimentar con lo establecido en el artículo 12 C.D.P.D....” *Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen **salvaguardias adecuadas** y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y*

¹³ “Toma De Decisiones Con Apoyos Para Personas Con Discapacidad: Una Alternativa A La Interdicción, La Sustitución De La Voluntad Y La Limitación De Derechos”. Rosalía Mejía Rosasco rosamej@gmail.com. <https://www.spsd.org.pe/wp-content/uploads/2018/04/Alternativas-notariales-a-la-interdicci%C3%B3n-Dra.-Rosal%C3%ADa-Mej%C3%ADa.pdf>

¹⁴ Decreto Legislativo N° 1384 APOYOS Y SALVAGUARDIAS Artículo 659–C.- Determinación de los apoyos La persona que solicita los apoyos determina su forma, identidad, alcance, duración y cantidad de apoyos. Los apoyos pueden recaer en una o más personas naturales, instituciones públicas o personas jurídicas sin fines de lucro, ambas especializadas en la materia y debidamente registradas. Artículo 659–D.- Designación de los apoyos La persona mayor de edad que requiera de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede designarlo ante un notario o un juez competente

¹⁵ <https://scr.sunarp.gob.pe/repositorio/actividades-predictibilidad/dialogo-tribunal/2019/trujillo/materiales/mesa4/DTR%20Rosalia%20Mejia.pdf>

¹⁶ Los Apoyos Extrajudiciales Para El Ejercicio De La Capacidad En El Derecho Argentino. Recepción del original: 05/03/2018. Aceptación: 19/04/2018. Martín Möller Rombolá. Estudiante de Abogacía (UBA). <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/100/los-apoyos-extrajudiciales-para-el-ejercicio-de-la-capacidad-en-el-derecho-argentino.pdf>

*adaptadas a las circunstancias de la persona, que **se apliquen en el plazo más corto posible** y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”*

Creemos que el punto que debemos encontrar es establecer la combinación de distintos derechos de la persona, que a primera vista resultan contradictorios pero no lo son: Por un lado reconocerle autonomía, libertad, respeto por sus decisiones y la posibilidad que ella misma sea quien determine quiénes sean los apoyos que considere necesarios sin recurrir a un proceso judicial que puede conllevar depresión, angustia, tiempo, trámites engorrosos y generar traumas mayores a los que, de por sí ya le genera la sociedad misma y por el otro, establecer garantías y salvaguardias en su propio favor a fin de evitar abusos y exponerlo a una mayor situación de vulnerabilidad.

Tal como se cuestiona Giavarino..“qué pasa si el sujeto jurídicamente capaz, por ejemplo, tiene comportamientos erráticos en la atención de su salud cuidado personal que lo colocan en riesgo sanitario o si es una persona semianalfabeta o un deficiente sensorial que está en inferioridad de condiciones para negociar ciertos actos patrimoniales. No son merecedoras de alguna instancia autónoma que les satisfaga?”¹⁷

Creemos que cuando el código refiere a los apoyos como medidas extrajudiciales, nos está permitiendo implementar designaciones en sede notarial, **a pedido del propio interesado**, que sea quien proponga la persona o la institución que le brinde el apoyo necesario y determine la extensión del mismo, siempre claro está cumplimentando con las salvaguardias adecuadas a la situación, las que se cumplirían detallando en la escritura las garantías necesarias para su protección (rendición de cuentas, periodicidad en la revisión del sistema de apoyos, comparecencia de la persona que designa cuando así lo crea necesario a fin de modificar o reverter cualquier manda que con posterioridad a la designación le resulte lesiva) y cumplimentando las pautas dadas por la misma convención. Siempre, claro está, que la persona no cuente con un apoyo designado en sede judicial y que no tenga sentencia de incapacidad.

Podría ser muy beneficioso la designación notarial de apoyos en siguientes supuestos, en los cuales la persona cuenta con suficiente discernimiento, aún teniendo algunas barreras o dificultades, por ejemplo:

- 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

¹⁷ LA RECEPCIÓN DEL SISTEMA DE APOYOS EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL
Magdalena Beatriz Giavarino.

los apoyos necesarios con los límites y consideraciones que se juzguen pertinentes.

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

Todos estos supuestos se refieren a aquellas personas que tengan discernimiento suficiente al momento de la designación.

Además de lo mencionado, establece el artículo 100.- Regla general. Las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes *los derechos que no pueden ejercer por sí*. Esto implica que todos los actos que los incapaces puedan ejercer por sí, deben realizarlo ellos mismos, más aún en el caso de las personas que no tengan capacidad restringida mediante proceso judicial, pero si tienen alguna dificultad que les impida desarrollarse plenamente, podrán designar apoyos en sede notarial.

6.1) Forma de implementación:

La forma de implementación de estas designaciones de apoyos extrajudiciales en sede notarial no es otra que la **escritura pública**. En la misma el notario debe resaltar los siguientes puntos:

Comparecencia del nombrador y del apoyo a designar: la comparecencia, la manifestación del compareciente de las dificultades que posee ya sean a nivel físico, social o intelectual; y aclarar que no posee restricciones a la capacidad establecidas por sentencia judicial.

Certificado médico: el acompañamiento de un certificado médico que acredite la manifestación, el que será agregado en original en cabeza de la escritura.

Designación de la persona que ejercerá de apoyo, quien aceptará el cargo suscribiendo la escritura.

Salvaguardias o garantías: Detallar cuáles serían las salvaguardias y garantías. -

Aprobación judicial.

Entendemos que la designación de apoyo que haga el propio interesado deberá ser vinculante para el juez, a excepción de que éste, encuentre razones fundadas para modificar dicha designación o extensión.

6.2) Publicidad:

Una vez otorgada la Escritura por la cual se designa la persona que cumplirá la función de apoyo y todas las circunstancias y alcances enunciados, consideramos necesaria

su posterior inscripción en el Registro de estado civil y capacidad de las personas. Si bien su publicidad es a nivel provincial, proponemos la creación de un registro nacional de sistema de apoyos y de discapacidad a fin de publicitar las designaciones y sentencias, porque bien podría suceder que la persona con capacidad restringida tenga la posibilidad de ejercer distintos actos jurídicos en diferentes provincias.

Estamos convencidas que los nuevos paradigmas que establecen la C.D.P.D., del Código Civil Comercial y también de la Ley de Salud mental y concordantes es **eliminar la estigmatización social que existe**, para con las personas que padecen cualquier tipo de discapacidad y aggiornar y entender que el mundo en el que vivimos nos pertenece a todos por igual.

7.- Consideraciones finales.

“Privar a las personas de sus derechos humanos es poner en tela de juicio su propia humanidad.”

Nelson Mandela, activista sudafricano de los derechos civiles

El notario puede cumplir un rol primordial en el sistema de capacidad jurídica desarrollada por el CCYCN, descongestionando el ámbito tribunalicio pero más que nada cumplimentando con los nuevos paradigmas en materia de Capacidad, como son el respeto, la libertad y la autonomía personal.

Tenemos a nuestro alcance una herramienta fundamental que permite al sector más vulnerable de la sociedad, el ejercicio pleno de sus derechos, y convencidas que el sistema extrajudicial de apoyo en sede notarial es el trampolín necesario para llegar a ese fin tan buscado.

El camino y las directrices que lo guían están marcados, solo falta tomar la iniciativa y llevar a la práctica los postulados que consagran las normas locales e internacionales y que ese grupo de personas que antes eran relegadas o no eran principales en nuestras notarías, sean considerados como personas con aptitud de otorgar determinados actos referentes a sus propios derechos personalísimos.

Está en nosotros los notarios en izar esa bandera.

Bibliografía

- [#CapacitacionesOnline #CFNA #NotariadoFederalArgentino](#)- Nombramiento de Tutores, Apoyos y Curadores en Sede Notarial.-Esc. Alicia B. Rajmil
- LOS APOYOS EXTRAJUDICIALES PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO. Recepción del original: 05/03/2018. Aceptación: 19/04/2018. Martín Möller Rombolá. Estudiante de Abogacía (UBA).
<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/100/los-apoyos-extrajudiciales-para-el-ejercicio-de-la-capacidad-en-el-derecho-argentino.pdf>
- LA RECEPCIÓN DEL SISTEMA DE APOYOS EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Magdalena Beatriz Giavarino.
- <https://www.spsd.org.pe/wp-content/uploads/2018/04/Alternativas-notariales-a-la-interdicci%C3%B3n-Dra.-Rosal%C3%ADa-Mej%C3%ADa.pdf>
- XXXII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA “CAPACIDAD RESTRINGIDA, ANÁLISIS DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL E INCIDENCIA NOTARIAL” Tema 1. Persona humana. Capacidad Jurídica. Principios Generales. Capacidad de Ejercicio y de Derecho. Restricciones a la Capacidad Jurídica. Sistemas de Apoyo al Ejercicio de la Capacidad Jurídica. Sentencia- . Efectos. Registración. Menor de Edad y Adolescente. Tutela y Curatela. Coordinador Nacional: Néstor Lamber Autores: Escribana Claudia L. Busacca, Clara Patricia Czerniuck de Picciotto, María Ivana Pacheco y Liliana Palladino
- Sorgi Rosenthal Marina M. Capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el código civil y comercial
- MEJIA ROSASCO Rosalia - TOMA DE DECISIONES CON APOYOS PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD: UNA ALTERNATIVA A LA INTERDICCIÓN, LA SUSTITUCIÓN DE LA VOLUNTAD Y LA LIMITACIÓN DE DERECHOS”
- Esc. POSTERARO SANCHEZ Leandro N - RÉGIMEN DE CAPACIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

- Junyent de Dutari, Patricia M. - Salud mental, vulnerabilidad y autonomía . LA LEY 21/05/2019, 21/05/2019.
- Pagano, Luz M. - El rol de los curadores, los apoyos y otros profesionales de la salud en los procesos de restricción a la capacidad - Publicado en: Cita Online: AP/DOC/1033/2016