

**LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD. ENTRE LA NECESIDAD DE AJUSTE
NORMATIVO DEL DERECHO COMÚN ARGENTINO Y
EL PELIGRO DE LA BANALIZACIÓN DE SUS
FUNDAMENTOS**

**THE LEGAL CAPACITY OF PERSONS WITH
DISABILITIES. BETWEEN THE NEED FOR
REGULATORY ADJUSTMENT OF ARGENTINE LAW
AND THE DANGER OF TRIVIALIZATION OF ITS
FOUNDATIONS**

Adriana Silvia Pérez¹
Universidad Nacional de Entre Ríos
Universidad Católica de Santa Fe

Recibido: 04/02/2023 - Aceptado: 01/06/2023

Resumen: El derecho civil argentino ha atravesado un proceso de profundas modificaciones producto de las corrientes conocidas como constitucionalización y humanización del derecho privado. Unos de los temas en los que se hace notoria la influencia es el del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Así, este trabajo tiene por objetivo corroborar la incidencia de la CDPD sobre nuestro derecho común; partiendo de la conjetura de que la reorganización del sistema normativo vino acompañado de la banalización de sus fundamentos. A los fines del estudio se segmentan los periodos comprendidos entre la aprobación de la Convención y vigencia del Código Civil y el posterior a la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación. Para ello, en un primer momento se analizan comparativamente las legislaciones

¹ perezadrianasilvia@gmail.com

nacional e internacional. Seguidamente, el enfoque se dirige a algunos pronunciamientos judiciales correspondientes a idénticos períodos. Del estudio se concluye la fuerte incidencia de la norma internacional en el derecho común argentino, pero no en la dimensión planteada en el texto y su aplicación.

Palabras clave: Capacidad jurídica, Discapacidad, Constitucionalización, Humanización, Derecho común.

Abstract: The argentinian civil law have gone through a set of deep modifications product of the currents known as constitutionalization and humanization of the private law. One of the areas in which its influence is noticeable is the legal capacity of disabled persons. So, this work has as objective to corroborate the incidence of the CDPD over our common right; starting from the idea that the reorganization of the normative system came with the banalization of its fundamentals. For the purposes of the study the periods between the passing of the Convention and the time of effect of the Civil Code and its later entry into the National Civic and Commercial Code. Because of that a first glance comparative analysis of national and international legislation. Following, the focus is put on certain judicial pronouncements corresponding to the same periods. It can be concluded from the study that a strong incidence of the international law on the argentinian common right, but no in its intended dimension both in text and application.

Keywords: Legal capacity, Disability, Constitutionalization, Humanization, Common right.

I. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) incorpora una significativa modificación al régimen de la capacidad jurídica de las personas, con particular atención en las personas con discapacidad. La codificación -hoy ya no tan nueva- se ocupa de su desarrollo en los arts. 22 a 50.

Este instrumento normativo interno aprobado por la Ley 26994 del año 2014 entró a regir el 1° de agosto de 2015. Estas fechas son de importancia a los fines de visualizar el impacto de la norma en la jurisprudencia.

El Código se presenta como una regulación normativa superadora, con perspectiva de ajuste a los estándares internacionales de derechos humanos, estableciendo -de acuerdo con su título preliminar- a la Constitución Nacional y los Tratado de Derechos Humanos en que la republica sea parte como fuente y guía interpretativa. De modo tal que, sostiene Lorenzetti, lo diferencia del sistema anterior en la convalidación de una pluralidad de fuentes y la concreción de la constitucionalización del Derecho Privado (Lorenzetti, 2014, p.26).

Quienes actuamos como operadores jurídicos en cualquiera de sus roles, hemos sido testigos de los efectos de una legislación decimonónica puesta a resolver la situación jurídica de las personas con discapacidad mental, denominación comprensiva de aquellas cuyo origen se encuentra en la discapacidad intelectual y la psicosocial. De igual modo, presenciamos la recepción y plasmación de una forma diferente de entender el derecho a partir de la nueva codificación.

Sin dudas la adecuación normativa ha sido superadora, muy pocas voces se manifiestan abiertamente en disidencia⁽²⁾. No obstante, en su mayoría, las sentencias de “determinación” o “restricción” de la capacidad no responden a la expectativa generada.

Se constata fácilmente que la fuente convencional se encuentra presente en los fundamentos de las resoluciones dictadas a partir del 1° de agosto de 2015, en los *considerando* se describen con detalle los artículos de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y la invocación al Modelo Social de la Discapacidad; se recurre a las citas doctrinarias más destacadas llevando al lector gran satisfacción por el despliegue de una argumentación firmemente sostenida (art.3 CCCN). Pero luego, como si nos encontráramos frente a las incoherencias propias de los sueños, el *resuelvo* parece venido de otro proceso, de otro tiempo, desdibujando la capacidad jurídica reconocida en los párrafos anteriores.

Ante ello cabe preguntarse: ¿Fue necesaria la nueva regulación a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad contenida en el CCCN?; ¿el CCCN responde cabalmente a la CDPD y al Modelo Social de la Discapacidad? Esta adecuación normativa ¿fue suficiente para incorporar cambios sustanciales en las prácticas jurídicas o se trata de una referencia retórica que banaliza al Modelo Social y a los derechos llamados a proteger?

De tal modo, a partir de una pequeña muestra aleatoria de sentencias publicadas en diversos medios especializados, este

⁽²⁾ Pueden consultarse las conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. <https://jndcbahiablanca2015.com>.

trabajo se propone establecer la incidencia de la CDPD sobre el derecho argentino en lo relativo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, particularmente:

- a) Verificar necesidad de actualizar el código velezano de acuerdo con la corriente de constitucionalización-convencionalización del derecho privado en el período comprendido entre la aprobación de la CDPD (2008) y el 31/07/2015.
- b) Comprobar la tendencia a la declaración de inconstitucionalidad del período comprendido entre la aprobación de la CDPD (2008) y el 31/07/2015
- c) Identificar los aspectos problemáticos en la interpretación de los tribunales, causantes de revocación de los decisorios posteriores al 1° de agosto de 2015.
- d) Determinar la existencia de control de constitucionalidad convencionalidad en los decisorios posteriores al 1° de agosto de 2015.

Nuestra conjetura es que fue necesaria una profunda modificación que respondiera a una perspectiva de derechos sustentada en los principios constitucionales y pro-persona. Que ello requiere un cambio de paradigma no acabadamente plasmado en la nueva codificación, que afecta a su aplicación; pero en tanto que nuevo y responder a la corriente convencional no merece cuestionamiento.

Para responder estos interrogantes es necesario conocer el contenido y los principios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD); las conceptualizaciones de la capacidad jurídica y sus modelos de

atribución, en especial el que hace la CDPD y que responde al Modelo Social de la Discapacidad. De tal modo tener certeza de a que nos referimos y no caer en manifestaciones vacías de contenido.

II. El Modelo Social de la Discapacidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas Con Discapacidad

El primer interrogante es si el CCCN responde a la CDPD y al Modelo Social de la Discapacidad.

Resulta indispensable entonces dejar en claro en primer término qué es el Modelo Social de la Discapacidad y como pasó del movimiento social y la academia al ámbito normativo internacional.

El Modelo Social de la Discapacidad, tal la denominación acuñada por Mike Oliver (Ferrante, 2019) es un modelo explicativo de un fenómeno social, pero al mismo tiempo de lucha contra la opresión que sufren las personas con discapacidad, que tiene como objetivo la promoción de la participación y el activismo de las personas con discapacidad como forma de levantar las barreras que impiden o dificultan el ejercicio de sus derechos.

Este es el resultado del reclamo por los derechos civiles y políticos de los años 60 y 70 del siglo pasado, nacido en Estados Unidos luego tomó todo su vigor en Inglaterra de allí también que suele denominarse Modelo social anglosajón. El Modelo -en sus orígenes de claro corte materialista- tiene entre otras características la incorporación en su construcción de vocablos anglófonos de: “impairment” deficiencia y “disability” discapacidad; diferencia así a la deficiencia que es un concepto que refiere a lo biológico de la discapacidad que se vincula a lo

social. Según este modelo es la sociedad la que discapacita con normas o conductas opresoras que excluyen de la participación social y el ejercicio de derechos a la persona portadora de alguna deficiencia. El problema para el Modelo Social no es individual sino social, de modo que la solución a ese problema no consiste en rehabilitar a la persona sino de lograr que la sociedad cambie el juego y sus reglas para no excluir a nadie.

Siendo el activismo uno de sus postulados fundamentales, sus militantes avanzaron en diversos foros en procura del reconocimiento de sus derechos.

En ese derrotero se plasmaron diferentes instrumentos internacionales, en primer momento de *soft law* como el Programa de Acción Mundial para los Impedidos (1982); las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (1993); Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental (1991).

Los expertos y activistas Gerard Quinn y Theresia Degener en su informe (2002) pusieron de relieve la necesidad de avanzar en el reconocimiento de sus derechos mediante su visibilización y un instrumento legal vinculante.

Este objetivo recién se cumplió el 21 de mayo de 2006 con la aprobación en el seno de las Naciones Unidas de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

Tal como señala Ferrante (2019), el modelo social de la Convención se desprendió de sus componentes marxistas, al tiempo que recogió aspectos relevantes de interseccionalidad como sexo, raza, edad, etc. ignorados por sus precursores (Ferrante, 2020).

1. *El art. 12 de la CDPD*

La Convención no define a la discapacidad, pero sí deja sentado que es un concepto que evoluciona y que es el resultado de dos componentes que interactúan: personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (cf. Preámbulo inc. c). Si bien el texto reconoce la existencia de dos elementos constitutivos de la discapacidad, uno el sustrato biológico (el *impairment* del modelo social de los inicios) el análisis del contenido del articulado permite concluir que el énfasis está en los derechos y los medios para eliminar las barreras que impiden su ejercicio (*disability* del modelo social).

Pero lo que si define es persona con discapacidad:

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (art.1 últ. parte).

Nótese que al expresar que “incluyen” a las deficiencias que enumera, deja abierta la posibilidad de su modificación atento el carácter evolutivo del concepto discapacidad.

Lo disruptivo de la CDPD fue su art. 12. Según refiere Palacios (2008) su texto suscitó un ríspido debate, al punto de poner en riesgo la aprobación del instrumento.

Por lo tanto, es imprescindible conocer qué entiende la CDPD por capacidad jurídica y cuál es el modelo de atribución de la capacidad jurídica contenido en dicho instrumento internacional, de modo de posibilitar un análisis comparativo de

congruencia con el código velezano y la recodificación argentina.

El art. 12 titulado Igual reconocimiento como persona ante la ley, consta de cinco párrafos. Su prescripción aplica a todo tipo de discapacidad:

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. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las

personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán porque las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Así, en primer lugar, se reconoce la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, cuestión que no ofreció resistencia por parte de los representantes de los países.

A renglón seguido, se ratifica el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas. Los cuestionamientos encontraron la salida mediante la instrumentación de los apoyos (3er. parr.) y para evitar los abusos e influencias indebidas dado el reconocimiento de una posición desventajosa, la instrumentación de las salvaguardias (4to. parr.). Para culminar resaltando el derecho de acceder a derechos económicos, sucesorios y el manejo de sus propios asuntos, cuestiones de las que histórica y habitualmente se ven despojadas o desplazadas las personas con discapacidad.

La Convención entiende a la capacidad jurídica como universal vinculada a la dignidad inherente de la persona, es decir que debe reconocerse a toda persona más allá de su condición o situación. Porque al decir de Rafael de Asis Roig (2009) no se trata de una cuestión de talentos.

Las discrepancias surgidas al momento de tratar este tópico hicieron del mismo el objeto de la primera labor interpretativa del Comité creado por la Convención (Sagües, 2016). En 2014 el Comité CDPD, en uso de sus facultades como órgano instituido por el Tratado, elaboró la Observación General N°1 (con corrección del año 2018) en la que explícita y categóricamente expresa que la capacidad jurídica es una y no es posible desdoblarla, que está conformada por dos facetas la de titularidad de derechos y el ejercicio de estos, las que son coexistentes, de tal modo ninguna de ellas puede ser negada, limitada ni restringida (Obser. Gral. N°1, parr.14).

Al mismo tiempo identifica en los diferentes derechos internos tres criterios de afectación en el ejercicio de la capacidad jurídica, los que rechaza por violatorios a la CDPD y por lo tanto insta a los Estados a su reformulación. Estos son: criterio con enfoque en la condición (diagnostico), de resultado (decisiones con resultados considerados negativos) y el funcional o competencial (enfoque basado en la evaluación de la capacidad mental⁽³⁾) (parr 15).

En consecuencia, el art.12 viene a poner en crisis a las legislaciones internas de los países suscriptores, los que al ratificarla se obligan a adaptarse a ella. De tal modo, el Código velezano entraba en franca colisión con las directivas convencionales.

¿De qué se trata la confrontación? El hoy derogado Código Civil argentino, como la mayoría de las legislaciones, regulaba la capacidad jurídica, distinguiendo la capacidad de derecho (o

⁽³⁾ La Observación General n°1 aclara en el par.13 que la capacidad jurídica y la mental son conceptos distintos. La capacidad mental “se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales”.

de goce) con la que denominaba capacidad de hecho (o de obrar) (Lorenzetti, 2014, p.109). Así, disponía la incapacitación de las personas dementes o que a causa de enfermedad mental no tuvieran aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes (art.141 CC)⁽⁴⁾.

Estas legislaciones sostenían un modelo de atribución de capacidad discriminatorio a la luz de las consideraciones de la Observación General n°1 y la CDPD. De acuerdo con un diagnóstico (enfoque de condición) o de las decisiones entendidas como erróneas (enfoque de resultado) o bien por considerar que la forma de “funcionamiento” de su pensamiento (enfoque competencial o funcional) era incorrecto se negaba a la persona la capacidad y el ejercicio de actos jurídicos. A consecuencia de ello, se le designaba un curador quien, de acuerdo con modelo de sustitución para la toma de decisiones, tal como “un buen padre de familia” (cf. art. 475, 413 CCiv.) tomaría las decisiones que afectarían los derechos y la vida de la persona con discapacidad. Este curador obraría de acuerdo con el mejor interés objetivo.

El Código Civil argentino detentaba el paradigma paternalista en torno al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas en situación de vulnerabilidad.

Como ya se vio, la CDPD desprecia la sustitución en la toma de decisiones en cualquiera de sus variantes, sosteniendo el modelo promotor del ejercicio de la capacidad jurídica (Benavides López, 2013). La convención potencia el reconocimiento y ejercicio de la autonomía de la voluntad como objetivo primero, de tal modo no resulta compatible la

⁽⁴⁾ La terminología demente o enfermo mental corresponde a la denominación de la Ley 17711. El texto original se refería a dementes en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad.

existencia de un curador que vele por un interés objetivo. Para ello y a sabiendas de las dificultades que pueden significar la toma de decisiones, incorpora la herramienta de los apoyos.

El Comité CDPD dice: El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas. (parr.17). Aun en los casos difíciles donde no es posible determinar la voluntad y preferencia de la persona pese lo esfuerzos realizados, esta no debe ser sustituida por la determinación del “interés superior” sino supeditada a la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias” (parr.21).

A su vez, explica que apoyo

es un término amplio que engloba arreglos oficiales y officiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse.

Es fácil observar la incompatibilidad entre el código velezano y la Convención.

2. *Una cuestión de principios*

Si bien el art. 12 tiene una importancia capital habida cuenta que cambia la manera de comprensión de la capacidad jurídica y

con ella el posicionamiento del sujeto -persona con discapacidad- en las relaciones jurídicas, no es menos importante el contenido del art. 3 de la Convención.

Este hace referencia a los principios que sostienen al instrumento internacional, los que han de ser tenidos en cuenta en la remisión que realiza el nuevo ordenamiento interno.

El art.3 reza:

Los Principios de la presente Convención serán: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Los principios explicitados en el art.3, atraviesan el articulado de la CDPD, fiel reflejo de la interdependencia e interrelación propias de la naturaleza de los derechos humanos a los que sostiene; de la atenta lectura de la Convención podrá corroborarse la existencia de estos en diversos pasajes.

No obstante, se subraya su explícita recepción en textos específicos.

Así, el inc a) se refleja en el ya comentado art. 12, el que sostenido por el respeto de la dignidad inherente del ser humano refuerza la idea de autonomía personal como sujeto moral autónomo, libre de tomar sus propias decisiones.

El principio de no discriminación contenido en el inc. b) es definido en el art. 2 segundo párrafo; en tanto que en el art. 5 bajo el título de Igualdad y no discriminación, se establecen las obligaciones de los Estados Partes a fin de reconocer, garantizar la igualdad y no discriminación; al tiempo que habilita las medidas de discriminación positiva.

El inc c) que describe el principio de participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, tiene un desarrollo sustancial en el art. 19, comúnmente referenciado como el de “vida independiente”. Este reconoce el derecho a la elección del lugar de residencia, dónde, cómo y con quien vivir de las personas con discapacidad: Para ello, la obligación de los Estados de garantizar el acceso de diversos servicios de asistencia domiciliaria. La finalidad de este reconocimiento es posibilitar la inclusión en la comunidad y evitar el aislamiento y reclusión a la que se vieron históricamente sometidas las personas con discapacidad.

Los principios enunciados en los incs. d) y e) respeto por la diferencia y aceptación de la discapacidad como parte de la diversidad y condición humanas y de igualdad de oportunidades no tienen un “espejo” individual en el que mirarse, sino que se plasman a lo largo del reconocimiento de los derechos comunes y las obligaciones necesarias para garantizarlos. Ejemplo de ello, las relativas al derecho a la educación (art.24), al trabajo (art. 27), etc.

La accesibilidad (inc. f) cobra particular relevancia cuando se trata de personas con discapacidad, la que, amén que principio, es una verdadera herramienta para el ejercicio de derechos. Se trata de una condición previa para el ejercicio de derechos. Es de notar su relevancia a punto tal que se considera a la

accesibilidad como un derecho propio de las personas con discapacidad con matices que lo diferencian de la accesibilidad en modo genérico. Este principio es desarrollado en el art. 9⁽⁵⁾.

Los inc. g) y h) receptan la igualdad entre el hombre y la mujer y el reconocimiento de la capacidad progresivas de niños, niñas y adolescentes, en franca consonancia con los tratados internacionales de derechos de humanos como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y de Derechos del Niño (CDN) respectivamente. Su incorporación obedece al relevamiento de las situaciones de discriminación por razón de sexo y edad dan cuenta los términos del preámbulo de la CDPD (incs. p, q, r y s). La relevancia se ve reflejada en los textos de los arts. 6 bajo el título Mujeres con discapacidad y el 7 bajo el título Niños y niñas con discapacidad.

III. *La CDPD y el derecho argentino.*

1. *El camino normativo*

La reforma constitucional de 1994 puso atención en la protección de los derechos de grupos en especial situación de vulnerabilidad; entre ellos las personas con discapacidad. Así, el art. 75 inc. 23 expresa que corresponde al Congreso:

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto

⁽⁵⁾ Recomendamos la lectura de la Observación General n°2 del Comité CDPD, disponible en www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crpd.

de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...

Así, en los albores del siglo XXI Congreso Nacional el 21 de mayo de 2008 aprobó mediante la Ley 26378 la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo.

Los compromisos del Estado argentino al suscribir y aprobar la CDPD fueron el motor de profundos cambios normativos internos respecto de las personas afectadas en su salud mental. De tal modo, en diciembre de 2010 se sancionó la Ley n° 26657 conocida como Ley de Salud Mental (LSM).

La Ley 26657 también responde a normas de *soft law* a las que considera parte integrante de ella: Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (Resolución 46/119 del 17/12/1991); instrumentos regionales Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica de dentro de los Sistemas Locales de Salud (14/11/1990), los Principios de Brasilia Rectores para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas (9/11/1990) que “se consideran instrumentos de orientación para la planificación de políticas públicas” tal como lo señala en su art. 2, Esta ley especial introduce las primeras adaptaciones del derecho doméstico a lo normado sobre la capacidad jurídica en el código civil vigente por entonces.

Debe destacarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sustentó lo resuelto en “T.R.A s/internación” (fallo del 27/12/2005) y “R.M.J. s/Insania” (fallo del 19/02/2008) en los Principios de la ONU -entre otros instrumentos internacionales-

lo que constituye “un catálogo de derechos mínimos específicos para quienes padezcan trastornos psíquicos que deben ser respetados rigurosamente” (Bazán, 2013, p.121). De los antecedentes del máximo tribunal se desprende el lugar preeminente y plena operatividad de estos instrumentos más allá de tener o no condición vinculante.

Las modificaciones de la Ley 26657 al C. Civ. fueron: a) la incorporación del art. 152 ter según el cual:

las declaraciones judiciales de incapacidad e inhabilitación debían fundarse en un examen de facultativos conformados por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de tres (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible” y b) la del texto del art. 482: No podrá ser privado de su libertad personal el declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones, salvo en los casos de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, quien deberá ser debidamente evaluado por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial con posterior aprobación y control judicial. Las autoridades públicas deberán disponer el traslado a un establecimiento de salud para su evaluación a las personas que por padecer enfermedades mentales o adicciones se encuentren en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros. A pedido de las personas enumeradas en el art. 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la evaluación de un equipo interdisciplinario de salud para las personas que se encuentren afectadas de enfermedades mentales y

adiciones, que requieran asistencia en establecimiento adecuado aunque no justifiquen la declaración de incapacidad o inhabilidad.

El microsistema normativo creado a partir de la Ley 26657 y sus disposiciones modificatorias al Código velezano fue un parche que suscitó críticas por cuanto insuficientes (Olmo y Martínez Alcorta, 2011), al tiempo que el conflicto normativo que se trasladó a su aplicación concreta.

La situación normativa de entonces había perdido la armonización y seguridad propias de la rigidez de la codificación decimonónica. Como bien describe Lorenzetti (1995, p. 13) “No sólo hay una descodificación legislativa sino un problema de explosión con una enorme fuerza centrípeta, desintegradora, en el plano de la ley, de otras fuentes, de la doctrina, y del Derecho Privado en general”.

La falta de respuesta de los viejos textos a la complejidad de los nuevos tiempos no desembocó en la desaparición de la codificación, sino en una nueva concepción de ella, con una construcción atravesada por otros sistemas, donde se difuminan las fronteras entre lo público y lo privado, bajo la influencia de los derechos humanos (Mosset Iturraspe, 2011, pp.139-142).

La recepción en el ámbito legislativo interno de estos instrumentos globales e internacionales son consecuencia de la presión del derecho internacional de los derechos humanos (Sagües, 2016, p.390); la que se manifestó sostenidamente, primero en el texto constitucional y luego en el microsistema de la ley especial (LSM) y ahora en la recodificación de 2014.

De acuerdo con ello, el paradigma emancipatorio de la autonomía de la voluntad contenido en la CDPD, hasta entonces escasamente aplicado, cobró fuerza con la nueva codificación

civil y comercial unificada por dos vías: por un lado, a través de la jerarquización explícita de los tratados de derechos humanos como fuente normativa (art.1 CCCN) e interpretativa (art.2 CCCN) y por el otro, con la reestructuración total del tratamiento de la capacidad jurídica de la persona humana (arts. 22 a 50).

El Capítulo 2 en su sección 3° sobre Restricciones a la capacidad remite a la ley especial implícita o explícitamente (arts. 41 y 42). Promoviendo de tal forma el dialogo de fuentes, en una apuesta del legislador a un sistema flexible capaz de mutar y adaptarse a los cambios futuros.

Por otro lado, es de destacar que antes de entrar en vigor el CCCN, la CDPD adquirió jerarquía constitucional según Ley 27044 sancionada el 19 de diciembre de 2014; pasando a integrar el bloque constitucional federal de conformidad al art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional.

Así, a la ya operatividad de la CDPD fundada en la aplicación del art. 31 de la CN y del Tratado de Viena (Sagües, 2016; Villaverde, 2013), se suma su jerarquía de ley superior de la Nación complementaria de la Carta magna.

2. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el CCCN. Una mirada crítica.

Planteada la necesidad de armonización del Código Civil a los estándares internacionales, en 2014 se aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde 2015.

En la búsqueda de la respuesta a nuestro segundo interrogante -cuan acabadamente responde el CCCN a la CDPD y al Modelo Social- nos proponemos un análisis crítico de la recodificación a

la luz de la CDPD. A tal fin se enfatizan las consideraciones sobre aquellas disposiciones que a nuestro juicio pudieran generar algún conflicto con la ley superior.

Para una ubicación contextual, debe tenerse presente que el Código Civil y Comercial fue pionero, el primer Código que se reformuló persiguiendo la adaptación convencional. Fue sin dudas en aquel momento un gran desafío, con un resultado superador al código velezano y sus “remiendos”. Incorporó varios principios convencionales, la capacidad como regla, la implementación de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, etc (Fernández, 2020).

En su armonización con los derechos de las personas con discapacidad eliminó la incapacidad del sordomudo que no sabe darse a entender por escrito (art. 153 C. Civ.). Texto que no superaba el más mínimo test de convencionalidad. La categoría de sordomudo es inexistente, dado que las limitaciones del habla de las personas sordas son producto de la falta de audición y no del habla, por otro lado, la misma Convención reconoce la validez de los medios de comunicación alternativos, la no puede limitarse a la forma escrita (art.2 CDPD).

A los fines del análisis comparativo de las normas, en una suerte de control de convencionalidad, debe tenerse presente entonces, que según la interpretación del art. 12 contenida en la Observación General n°1 la capacidad jurídica es una, no admitiendo ser separada en la titularidad de derechos y el ejercicio de derechos: “...Por consiguiente para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de esta: esas dos facetas no pueden separarse....” (Ob. Gral. N°1 Parr.14).

Ahora bien, el nuevo Código mantiene la clásica división entre capacidad de derecho y capacidad de ejercicio, tal como surge de los títulos de los arts. 22 y 23. Se destaca el cambio nominativo con respecto al código derogado en cuanto habla de capacidad de ejercicio y no capacidad de hecho.

Más allá de la consideración de que las restricciones a la capacidad jurídica son limitadas a las excepciones expresamente previstas en el CCCN y a una sentencia judicial, las categorías de los arts. 22 y 23 no modifican sustancialmente a las del CCiv., al tiempo que no se adaptan a la interpretación autorizada del Comité CDPD.

Si bien en principio puede resultar esta observación trivial, debemos tener presente que el CCCN tuvo aspiraciones de ser congruente con el sistema normativo internacional, especialmente en lo atinente a los derechos humanos pero sin dejar de lado la cara significancia y particularidades de estos a nivel local (Souza Santos, 2002) producto de nuestra trágica historia más reciente. Bajo esa premisa, no parece el texto final del CCCN adecuado a la CDPD, fundamentalmente porque no logra desprenderse del modelo que pretende superar.

Tras lo dicho, podrá advertirse que en este trabajo nos referimos al *ejercicio de la capacidad jurídica* -tal como lo hace la Obs. Gral. n°1- y no a la *capacidad de ejercicio*.

El CCCN plasma la gradualidad en el ejercicio de la capacidad jurídica. Lo hace categorizando: capacidad restringida, incapacidad e inhabilitación.

La gradualidad no es nueva en derecho argentino.

Mediados del Siglo XX Ramon Carrillo (Martínez, 2017) manifestó su preocupación por aquellas “zonas grises” en las que se encontraban por ejemplo las personas afectadas por el

consumo de alcohol, advirtiendo la necesidad de regular diferencialmente la capacidad jurídica en estas situaciones.

La idea, luego de formar parte de proyectos legislativos, resultó incorporada por la reforma al Código Civil de 1968 mediante el Decreto Ley 17711, con el art. 152 bis:

Podrá inhabilitarse judicialmente: 1° A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuesto a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio. 2° A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio. 3° A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes. Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicaran en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación. Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos. Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Al margen de la gradualidad que posibilitaba el Código Civil para esos casos puntuales, la jurisprudencia tomó nota de que en cuestiones de ejercicio de la capacidad jurídica no todo es negro o blanco:

Quien puede lo más puede lo menos. Si el juez puede privar a una persona de dirigirse a sí misma y de administrar sus bienes, en forma total, también puede hacerlo parcialmente. Entre la capacidad total y la incapacidad total existen infinitos grados, matices y circunstancias. (CNCiv. Sala C, 1985).

Por su parte, el CCCN -como ya se dijo- significó un claro avance en la adecuación de la normativa interna a la internacional.

La nueva codificación -amén de la remisión a la fuente de mayor jerarquía- replica los principios de *soft law* receptados en la ley especial (ley de salud mental) (art.31) y partiendo de la premisa de la presunción de capacidad establece las restricciones en art. 32.

Así, el art. 32 titula: Persona con capacidad restringida y con incapacidad. De tal modo, el CCCN genera una nueva categoría: la de persona con capacidad restringida y sostiene la ya conocida de incapaz para los casos excepcionales donde la persona estuviera imposibilitada de interactuar con el entorno y expresar su voluntad aun con medios alternativos y que los apoyos o sistema de apoyos resultaren ineficaces.

De acuerdo con ello, el juez podrá restringir la capacidad para determinados actos las personas mayores de 13 años afectadas por una alteración mental permanente o adicción cuando estime que de su pleno ejercicio pudiera resultar un daño a su persona o a sus bienes.

Para así disponerlo, el juez deberá fundarse en un informe interdisciplinario y la situación será revisable periódicamente (no más de tres años). La revisión no constituye un nuevo proceso de declaración de capacidad, sino un mecanismo a modo de salvaguardia de conformidad a los términos convencionales.

Esta sentencia clasifica a la persona como persona con capacidad restringida al tiempo que declara la restricción de la capacidad jurídica y designa los apoyos necesarios siguiendo la directriz convencional de promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona; al mismo tiempo establece las salvaguardias respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida (art. 43). En caso de corresponder, dispondrá su incapacidad y la designación de curador (art.32 últ. párr).

Por su parte, el art. 43 CCCN conceptualiza, define la función y la forma de designación de los apoyos. A nuestro juicio el texto que mejor expresa el cambio sustancial contenido en el art. 12 de la CDPD.

No obstante, su ubicación dentro del Título 2, luego de la conceptualización de persona con capacidad restringida y la regulación del juicio declarativo ha dificultado su correcta visualización y valoración.

Así, pareciera que la designación de apoyos se condiciona a la existencia de un proceso de restricción o determinación de capacidad. Ni la Convención ni la Observación General N°1 insinúan la necesidad de un proceso de tal naturaleza: solo es necesario el establecimiento de apoyos para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica.

Por eso, consideramos que la categoría de persona con capacidad restringida es innecesaria y funciona como un lastre que dificulta la comprensión del cambio paradigmático que propone la Convención. El diseño de esta parte del CCCN no permite superar la dualidad de los códigos decimonónicos la que ahora se traslada del binomio capacidad-incapacidad al de capacidad-persona con capacidad restringida. Como bien expresa Murua (2020), el art. 32 es muestra de la “acumulación de paradigmas” de la nueva codificación.

En el mismo sentido Martínez Pujalte (2017) sostiene que es necesario romper con las viejas estructuras, desprenderse de aquellas conocidas, de modo que no haya sospecha de estar repitiendo viejos modelos.

Para cerrar la consideración del art. 32, el sostenimiento de la categoría residual de incapacidad está reservada para los casos de imposibilidad de comunicación de la voluntad por cualquier medio y donde los apoyos resultaren ineficaces. En su momento se ejemplificó con el caso “Ceratti”. Podrá verse claramente que no es una categoría congruente con la Convención, y así fue cuestionada por activistas, en estas situaciones según el paradigma de la autonomía de la voluntad la figura del apoyo adquiere la forma de “toma de decisiones facilitada”. Siguiendo a Martínez Pujalte (2017), la categoría subsistente en nuestro derecho supone el riesgo de “caer por la pendiente resbaladiza”, lo que de hecho ha sucedido, tal como da cuenta la existencia de sentencias que aplicaron la categoría de incapacidad a supuestos de dificultades de moderadas a severas, pero no compatibles con los elementos constitutivos de la categoría.

Así las cosas, la regulación del CCCN ha propiciado el cambio de etiquetas, ya no declaración de insania o incapacidad

sino de capacidad restringida, como dice Murua (2020). Claro está que el cambio de denominaciones por sí solo no cambia la sustancia; parafraseando a Almeida y Angelino (2010): *ya no eres incapaz, eres persona con capacidad restringida*, pero las marcas, los prejuicios, las limitaciones permanecen.

Sin dudas estas contradicciones internas de la nueva codificación pueden salvarse con la correcta interpretación de los operadores jurídicos y el dialogo de fuentes del título preliminar. Se reconoce el avance normativo que significó el CCCN, pero también que fue el resultado de discusiones y posiciones encontradas, lográndose el mejor texto posible. No obstante, ello no es óbice para apuntar las dificultades que presenta una norma que tiene el imperativo de modificar un proceso cargado de prejuicios y concepciones propios de otros tiempos.

Por otra parte, el nuevo diseño potencia la participación en el proceso y el efectivo ejercicio de la defensa de los derechos del afectado. Le otorga carácter de parte, con derecho a ser oído antes del dictado de cualquier resolución que le afecte; la inmediatez; el derecho a la asistencia letrada propia. Exhibe así, una notable armonización con los estándares de los arts. 13 y 14 de la CDPD, la que probablemente responda a la alta consideración local del derecho de defensa en juicio y a las garantías del debido proceso, así como la influencia del instrumento regional sobre derechos humanos la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estos caracteres no se observan con tal envergadura en las reformas más recientes como las de Perú y Colombia⁽⁶⁾, las que paradójicamente, son

⁽⁶⁾ Perú modificó su regulación interna mediante el Dcto. Legislativo n°1994 del 03/0/2018 modificador del Código Civil; Colombia modificación el tratamiento de la capacidad jurídica por Ley n°1996 del 26/08/2019.

consideradas como superadoras en cuanto a su adecuación a la CDPD.

IV. La puesta en práctica. Breve análisis jurisprudencial.

Luego de analizar los textos normativos respecto de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en todos sus niveles, nos direccionamos a hacer lo propio sobre la praxis de nuestros tribunales.

Para ello se recurrió al análisis de contenido comparativo de resoluciones dictadas con anterioridad y con posterioridad a la puesta en vigor del CCCN. La muestra se obtuvo en forma aleatoria de resoluciones publicadas en diversos medios especializados (gráficos y digitales). Sin dudas que los resultados no pueden generalizarse, habida cuenta de lo mínima de la muestra y que en general las sentencias que se publican son sólo aquellas que presentan una interpretación o aplicación novedosa del derecho, es decir, las destacadas. No obstante, nos permitirá acercarnos al objetivo: establecer la incidencia de la CDPD sobre el derecho argentino -en este caso en su aplicación, tal como hicimos sobre el texto normativo- en lo relativo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y responder al tercer interrogante, es decir, sobre la suficiencia del CCCN para viabilizar modificar las prácticas jurídicas.

1. Las resoluciones dictadas entre 2008 y 31 de julio de 2015

La ya referenciada tesis de maestría de la Dra. María Silvia Villaverde (2013) se llevó a cabo sobre una muestra que comprendió 62 sentencias publicadas en la Revista jurídica La

ley entre los años 2009 a 2012. De tal modo que tomamos parte de los datos obtenidos y sus conclusiones. Ese trabajo de investigación relevó que:

En 11 sentencias –17,74%– se invoca como fundamento normativo la CDPD-ONU; en 51 sentencias –82,26%– no se menciona el tratado, a pesar de que fue ratificado por Argentina en 2008 y de que las sentencias de la muestra corresponden a los años 2009, 2010, 2011 y 2012. De las 11 sentencias –17,74%– en las que se invoca como fundamento normativo la CDPD-ONU, solamente en 2 de ellas, lo que representa el 3,2% del total, se ha establecido el sistema de apoyo, configurándose una auténtica ruptura con el modelo médico. (p.153)

Al tiempo que concluyó que la aplicación de los principios y normativa convencional “se caracteriza por una recepción minoritaria y por la “resistencia” mayoritaria, que continúa aplicando la normativa del Código Civil.

Por otro lado, vemos necesario enfocarnos en el contenido de algunos pronunciamientos que constituyeron en su momento jurisprudencia destacada.

Tal el caso de la sentencia de autos “B. L. s/Inhabilitación” del Tribunal de Familia n°1 de Mar del Plata (Buenos Aires) dictada por la Dra. Ma. Graciela Iglesias (hoy Secretaria Ejecutiva del Órgano de Revisión Nacional creado por la Ley 26657) de fecha 6 de mayo de 2009; la de la causa “C.M.E. v. C. C. A. S/Insania” del Juzgado de Familia n°1 de Oberá (Misiones) dictada en fecha 23 de abril de 2012 y la dictada en autos “M.Y.M. s/Medida de apoyo” de fecha 1° de mayo de

2013 correspondiente a la Cámara de Familia de Mendoza (Mendoza).

En el análisis debe tenerse presente el contexto normativo y ubicación temporal de los mismos. En el primero, la CDPD llevaba apenas meses de ser ley de la Nación, en los dos restantes, los jueces contaron con la Ley 26657, los aportes doctrinarios y el Proyecto del Código Civil y Comercial como elementos sustanciales para fundar sus resoluciones.

En el fallo dictado en “B.L. s/Inhabilitación” se consideró especialmente “resolver en cuanto a la ley aplicable” sosteniendo que “Dentro de la construcción de la pirámide legal argentina, las convenciones internacionales ratificadas son ley suprema de la Nación (art. 31 CN)”. Con referencia explícita a la CDPD puntualmente al art. 12. Que la tutela efectiva del sujeto afectado “debe encontrar un andamiaje estructurado a partir de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en la toma de decisiones...”. Sostuvo la magistrada que correspondía aplicar el control de constitucionalidad por cuanto el “derecho interno no puede contradecir los derechos reconocidos en una convención internacional”. Para luego de citar abundante normativa que hace a la globalización del derecho y al sistema internacional (soft y hard law) y resoluciones de tribunales internacionales, resolvió la inconstitucionalidad del art. 152 bis del Código Civil y dispuso un sistema de apoyo para la toma de decisiones del concernido y la revisión periódica de lo dispuesto.

En autos “C.M.E. v. C. C. A. S/Insania” el juez entendió aplicable al art.141 C. Civ. y la designación de curadora definitiva “a fin de resguardar sus intereses” pero encontró conflicto con normas de rango constitucional en la aplicación

del art. 152 ter en cuanto a su segundo párrafo el que interpretó como “caducidad” de la sentencia cuando dice “no podrán extenderse por más de tres (3) años...”. Reconoció la aplicación de los tratados internacionales “dado que desde 1994 forman parte del texto de la Carta Magna” y de

las normas supra nacionales que forman parte de nuestra legislación por aplicación del art. 75, inc.22. de la Carta Magna, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por Ley 25280 y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad....

Entendió que la norma (art. 152 ter) tenía una “redacción oscura”, así en lugar de su armonización resolvió su inconstitucionalidad porque consideró que la caducidad ponía en situación de indefensión y de negación del acceso a la justicia a la persona con discapacidad, la que al cabo de tres años se encontraría sin la contención del “curador” y de la protección jurídica consecuencia de la declaración de incapacidad respecto de los actos jurídicos. Al mismo tiempo en sus consideraciones se destaca una conceptualización parcial de “discapacidad” según la CDPD, de la que solo transcribió el sustento biológico omitiendo toda referencia a las barreras. Lo loable, es la disposición de medidas de acción positivas conforme el art. 75 inc. 23 CN. tendiente a la promoción de la autonomía e inclusión de la interesada.

Los dos fallos anteriores corresponden a primera instancia, en cambio el tercero resulta de la revisión de la disposición del inferior que estableció como medida de apoyo la designación de representantes para la interesada Y.M.M., con facultades para

adoptar medidas relativas a la administración de los bienes sin poder hacerlo respecto de los de disposición sin autorización judicial previa. La intervención de la Sala corresponde a la revisión dispuesta por imperativo legal.

Del análisis de los autos -según manifestó la Alzada- el a quo se apartó de lo peticionado, es decir la declaración de incapacidad por aplicación del art. 141 C. Civ., pero sin rechazar la demanda dispuso medidas de protección invocando la CDPD. La Cámara resolvió revocar parcialmente la sentencia, disponiendo la incapacidad absoluta en los términos del art. 141, 152 ter y cc. del Código Civil, introduciendo la salvedad de que la curadora definitiva deberá desarrollar sus funciones tratando de “receptar en la medida de lo posible la opinión y preferencias de su representada, siempre que con ello no ponga en riesgo su integridad psicofísica y/o sus bienes”.

Para así disponer consideró:

carentes de sentido las expresiones utilizadas por la magistrada de grado, cuando manda a que su familia tenga en cuenta la opinión y preferencias de..., con las que, si bien cumple formalmente con las directivas del mentado art 12 de la CDPD, sabe que en la práctica resultan inviables.

Que si bien se cuida de utilizar:

términos como ‘incapaz’, ‘insana’ o ‘interdicta’..., comprensibles por las nuevas tendencias en la materia, las medidas que adopta en protección de la persona y el patrimonio de la discapacitada, producen los mismos efectos jurídicos y prácticos de la interdicción en cuanto a la curatela.

Expresó la Alzada que no comparte la interpretación que se hace de la CDPD en la materia de capacidad jurídica del Código Civil y leyes conexas. Que la LSM no derogó el art. 141 ni los efectos sobre los actos jurídicos, la nulidad de los actos llevados a cabo por los incapaces absolutos de hecho (art.54) ni la representación de los incapaces a todos los actos de la vida civil no exceptuados por el Código. Tampoco vio diferencia en el texto del por entonces Proyecto de unificación, con la aclaración de que la sentencia puede dejar a salvo aquellos actos que el concernido puede llevar a cabo válidamente. A tal punto no vio diferencia, que manifestó, no entender por qué los integrantes de la Comisión reformadora concedores de la CDPD no suprimieron la incapacidad.

En su entendimiento, la declaración de incapacidad de ejercicio funciona como una salvaguarda; así como el límite temporal de sus efectos y los controles de la revisión y responden ideológicamente a la CDPD.

De tal modo se concluye de los fallos considerados, previos a la vigencia del CCCN, el amplio reconocimiento de los tratados de derechos humanos -en particular la CDPD- y de la Constitución como fuente indubitable y plenamente operativa a la que debe ajustarse el derecho interno. En tiempos de convencionalización y constitucionalización del derecho común, se hizo indispensable la armonización en textos normativos domésticos, de manera de reordenar el caos. Esa necesidad se manifestó en la creciente utilización y no siempre justificada de la declaración de inconstitucionalidad, configurando una suerte de permanente “estado de sospecha de inconstitucionalidad”. En este estadio legislativo, el control de constitucionalidad convencionalidad se ubicó fundamentalmente en torno a los

conceptos de capacidad jurídica y su ejercicio y las funciones del curador contra las del apoyo contenidos en la CPDP y el Código Civil, utilizando el criterio de aplicación jerárquica de las normas con una hermenéutica afincada en el principio pro-persona (Henderson, 2004), más allá de sus resultados. También se destaca la necesidad de incorporación de los elementos constitutivos del paradigma sostenido por la Convención a fin de no caer en una mera sustitución terminológica.

2. Las resoluciones dictadas con posterioridad al 1° de agosto de 2015.

Con relación a este período se analizan dos resoluciones de tribunales superiores de provincia, sentencias de casación en procesos de determinación de la capacidad jurídica sometidos a control del superior por imperativo legal: los casos “V., B. Z. s. Proceso sobre capacidad” del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro del 10/12/2018 y “G. V. N. s. Restricciones a la capacidad” del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos de fecha 18/05/2020.

El proceso tramitado ante los tribunales de Río Negro llegó a instancias del máximo tribunal en virtud de recurso de casación interpuesto contra la resolución de la Cámara en lo Civil y Comercial de la Primera Circunscripción. La citada Cámara en la elevación para el mecanismo de control de la sentencia de primera instancia y fundándose en los informes técnicos consideró que había actos que el interesado podía desarrollar por sí con apoyo y otros en los que correspondía la designación de un curador para aquellos para los cuales se lo considera incapaz. Se resolvió creando un sistema doble: capacidad restringida para

algunos actos, incapacidad para otros, en contradicción con la normativa del CCCN.

Así, resumió el Superior Tribunal que:

El voto rector de la consulta, se explaya con citas doctrinarias relativas a la naturaleza de los apoyos previstos en el art. 43 del CCyC, todas ellas de incuestionable conocimiento jurídico y de claridad meridiana a la hora de comprender el nuevo paradigma fonal

a partir de ello:

interpreta que si el sujeto “no tiene aptitud para dirigir su persona y administrar sus bienes, mal puede recurrirse únicamente a la figura de apoyo”. Concluyendo que para tales actos necesita de alguien que lo sustituya y represente, agregando que en su convicción “no existen soluciones predeterminadas y que resulta necesario pensar en todas las alternativas posibles en camino a concretar la finalidad del legislador”.

De ello surge que la Cámara se adjudicó una función *creadora*, complementaria a lo dispuesto en el CCCN.

Dijo el Superior Tribunal que “corresponderá referenciarse en la fuente de fuentes, esto es; la Constitución”. Señala que la “Constitución ha dejado de ser un catálogo preambular o un programa político, para pasar a ser norma operativa y el CCyC en sus arts. 1 y 2 claramente establece”.

Por lo que “el ‘bloque de constitucionalidad federal’, como antes expresé, es la fuente de fuentes del CCyC”. Cita un precedente del mismo Tribunal y manifiesta que:

el Código establece las garantías necesarias que acompañan la plasmación de un criterio interdisciplinario de valoración de la capacidad jurídica. En ello ha ejercido influencia la CDPD y el modelo social de discapacidad, desde donde la definición de capacidad jurídica no se concentra exclusivamente en los atributos o limitaciones individuales de la persona, sino más bien en las barreras sociales, económicas y legales que la persona enfrenta a la hora de querer formular o ejecutar decisiones personales, y en el apoyo y los ajustes que requieren ser dados para facilitar la toma de decisiones.

Estimó el Superior que con el reconocimiento de la igualdad en materia de capacidad jurídica se cumple con los principios convencionales contenidos en el art.3 de la CDPD: “que no es otro que el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas”.

La determinación de la capacidad jurídica deberá adaptarse a lo normado por “arts. 32 y 38 del Código Civil y Comercial y al paradigma de derechos consagrados por la CDPD”. Advirtió el tribunal en la “necesidad de internalizar el paradigma”, lo que significa el reconocimiento de que ello no se ha logrado.

Luego, concluyó que:

no puede entenderse que una misma persona, considerada capaz de ejercicio (tanto así que posee capacidad para estar en el proceso -art. 36 CCyC-), a la que se limita dicha capacidad solo para algunos actos, sea considerada a la misma vez incapaz. Pues ello **desinterpreta la CDPD (art. 12), la Observación n°1 del Comité sobre Derechos de las Personas con**

Discapacidad, la Ley 26.657 (ley específica) y la normativa fondal (art. 32)”. (el resaltado nos pertenece).

Finalmente, el Superior Tribunal revocó el fallo de la Alzada, en cuanto modifica lo resuelto por el inferior.

Por su parte, el proceso seleccionado tramitado ante la justicia entrerriana, "G. V. N. S/ Restricciones a la capacidad" también llega al Superior Tribunal en casación por recurso de inaplicabilidad de la ley, respecto de la resolución dictada por la Sala Primera Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú. La Cámara (por mayoría, el voto en minoría sostuvo que la decisión del inferior debía confirmarse) revocó el fallo del inferior y sostuvo que la situación “en el caso era de aplicación el supuesto de excepción contenido en el último párrafo del art. 32 del CCC”.

Sostiene el Superior que:

la coloca ante una visión descalificadora de la discapacidad teniendo en cuenta el modelo actual social y legal amparado por normas supranacionales (art. 12 de la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad, Ley de Salud Mental y art. 32 del CCC” y que el “nuevo modelo social implica que no se debe privar a la persona de su autonomía personal y la posibilidad de actuar por sí misma, pues el punto de partida es la plena capacidad (art. 12 CDPD y arts. 23, 31 inc. a y 43 del CCC”).

Aclaró que:

El nuevo modelo social de la discapacidad dejó en el pasado la vieja concepción médica velezana ideada en base a un arquetipo sustitutivo de la voluntad; hoy, se

impone dar vigencia a un sistema de apoyos en la adopción de decisiones.

De la reseña de las constancias de autos surge que la interesada se comunica con el entorno; que, entre otras tareas, desarrolla actividades recreativas, asiste a talleres, mira televisión, realiza compras menores bajo expresas indicaciones, etc. Por ello lo resuelto por la Cámara resulta arbitrario y desajustado al derecho citado, tanto el de fuente convencional-constitucional como la ley especial Ley 26657 y el CCCN. Por ello el Superior revocó el resolutorio de Cámara confirmando el del inferior.

El análisis de estos fallos debe desdoblarse en: primero, la interpretación de las normas que hacen las Cámaras y luego, la de los Superiores.

En ambos casos en casación, las Cámaras revocaron los decisorios de los tribunales inferiores haciendo una interpretación que da cuenta de la dificultad de desprenderse del modelo de sustitución en la toma de decisiones; pero que -paradójicamente- a su entender era creativo y respondía a los principios que la CDPD ha dado al derecho interno: refieren a su particular y propia construcción del criterio protectorio de la persona humana. Queda al descubierto que las Cámaras no tienen en claro que el objetivo de la CDPD es la promoción y resguardo de la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad y que a ella se refiere la ley doméstica cuando expresa que las restricciones “se imponen siempre en beneficio de la persona”.

Por otro lado, se evidencia -tal como lo destacó el Superior Tribunal de Río Negro- que es necesario internalizar el paradigma, ello es así porque ambas Cámaras han soslayado el

peso de la invocación a la protección, asistencia y promoción de la autonomía sostenida en el articulado del Capítulo 2 del CCCN.

La aplicación que del derecho hizo la sentencia de la Cámara de Gualeguaychú corresponde a la materialización del riesgo de la “pendiente resbaladiza” que propicia el art. 32, de acuerdo con lo expuesto más arriba.

En cuanto a las consideraciones que efectuaron los Tribunales Superiores es de destacar el reconocimiento de la *operatividad del bloque constitucional* al que reconocen el carácter de “*fuentes de fuentes*” del CCCN.

Tal afirmación es indudablemente acertada, pero opera de manera tal que da por hecho que el CCCN es el fiel reflejo del bloque constitucional, así dijo el Superior rionegrino “la determinación de capacidad debe adaptarse a los arts. 32 a 38 CCC y paradigma de la CDPD”. Vale decir, los arts. 32 a 38 responden al paradigma de la Convención.

Ambas resoluciones hicieron referencia a la Convención y también la Modelo Social, al que llamativamente el Superior entrerriano calificó de “*novísimo*”. Según se describió someramente, el movimiento que corresponde al “modelo social” data de los años 70’ de modo que no parece aplicable tal calificativo. La expresión puede obedecer a lo nuevo de la incorporación del modelo como orientador del derecho común argentino o bien a la trivialización de su utilización en los discursos, tal como lo pone de manifiesto Carolina Ferrante (2019), a la que el discurso jurídico no es ajeno.

A partir de la sanción del CCCN las sentencias se alinean tras la idea de congruencia de este a las normas convencionales. Ya no hay sospecha de inconstitucionalidad en la ley doméstica, la

mirada se dirige a confirmar que las decisiones se ajusten al CCCN y ello es suficiente garantía del cumplimiento del control de constitucionalidad-convencionalidad.

V. *Conclusión*

La conceptualización de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad a partir del entendimiento concordante con la CDPD y la labor interpretativa autorizada emanada del Comité mediante la Observación General n°1, nos permite una mirada crítica a la recepción en el derecho común, sea la ley especial n° 26657 del año 2010 como de la más reciente recodificación de 2014.

A partir de ello, sostener que no está todo dicho en un tema tan controvertido como el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, por lo que afirmar sin más que al aplicar el actual derecho interno es respetar las normas superiores puede dar lugar a un razonamiento falaz.

De hecho, la consideración de una pequeñísima muestra jurisprudencial nos permitió corroborar, por un lado, la necesidad de receptor en el derecho interno los nuevos vientos provenientes de la humanización. Momentos aquellos donde todo el derecho común, especialmente los relativos a la persona humana, era sospechoso de inconstitucionalidad, desembocó en una andanada de declaraciones de inconstitucionalidad no siempre razonable y justificada.

Contrariamente, a partir de la sanción y aplicación del CCCN con su propuesta armonizadora, el derecho doméstico se hizo acreedor de una presunción de constitucionalidad y convencionalidad hasta el momento no cuestionada

jurisprudencialmente; no obstante, algunas observaciones doctrinarias.

De tal manera, las referencias a la fuente convencional sugieren su presencia como parte de un discurso de fuerte impacto como es el de los derechos humanos y no como un verdadero ejercicio de control de convencionalidad. Los fallos puestos en consideración en definitiva evalúan las resoluciones a la luz de lo normado por el CCCN, y sostienen acriticamente que de tal manera se respeta el nuevo paradigma convencional.

No cabe ninguna duda de los avances que han significado, tanto la Ley 26657 como el CCCN. Al mismo tiempo, encontramos que los disimiles y a veces poco afortunados resultados de su puesta en práctica obedece -como lo advirtieron alguno de los fallos citados- a la falta de internalización del paradigma y la utilización de un discurso en forma mecánica y a la estructura de la nueva codificación que ha dificultado despegarse del viejo sistema del código velezano.

De allí, que la incidencia de la CDPD en el derecho argentino ha sido notable pero no tanto como parece emerger de los discursos.

Nuestra codificación fue pionera y ello también tiene sus costos. Como dijo el poeta caminante no hay camino, se hace camino al andar. Siendo muy difícil una modificación estructural, es deseable y esperable que el tiempo traiga una puesta en práctica con un dialogo de fuentes. Esperamos que este ensayo promueva una lectura crítica de las normas, dejando de lado el conformismo de considerar armonizado el sistema normativo por el simple hecho de la aplicación del CCCN.

Bibliografía

- Almeida, Ma. E. y Angelino, Ma. A. (2010). Nuevas retóricas para prácticas viejas. Repensando la idea de diversidad y su uso en la comprensión y abordaje de la discapacidad, *Rev. Política y Sociedad*, Vol. 47 Núm. 1, 27-44.
- Asís Roig de, R. (2009). Sobre la capacidad, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, Proyecto HURI-AGE, *Papeles en el tiempo de los derechos* n°4. [https://researchgate.net/publicación/43327654_Sobre la_capacidad](https://researchgate.net/publicación/43327654_Sobre_la_capacidad).
- Bazán, V. (2003). *Derecho a la salud y justicia constitucional*, Ed. Astrea.
- Benavides López, A. (2013). *Modelos de la capacidad jurídica: Una reflexión necesaria a la luz del art. 12 de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad*. Universidad Carlos III, Madrid. <https://hdl.handle.net/10016/18264>
- Cámara de Familia de Mendoza, (13/05/2013), “M. Y. M. s/Medida de apoyo”, publicado en MJ-JU-M.78851-AR| MJJ78851 | MJJ78851.
- Cámara Nac. Civil, Sala C (12/08/1985). V.J.L. ED.116-127.
- Comité CDPD, Observación General n°2 (2014). Disponible en www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crpd.
- Fernández, S. (2020) “Salud Mental y Capacidad. La Capacidad jurídica de las personas con discapacidad a la luz de los derechos humanos”. En Kraut, Alfredo - *Derecho y Salud Mental. Una mirada interdisciplinaria*, T. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, 459-515.

- Ferrante, C. (2019) “En memoria de Mike Oliver. Un legado sociológico vivo para los estudios críticos latinoamericanos en discapacidad”, *Rev. Sapiens Research*, Vol. 9(2) 80-90.
<https://www.srg.com.co/bcsr/index.php/bcsr>
- Ferrante, C. (2020). “La discapacidad como estigma: una mirada social deshumanizante. Una lectura de su incorporación temprana en los Disability Studies y su vigencia actual para América Latina, *Revista Pasajes*, núm. 10, 1-26.
- Henderson, H. (2004). Los tratados de derechos humanos en el orden interno: La importancia del principio pro homine, *Rev. IIDH*, vol. 39, 71-99.
- Juzgado de Familia.n°1, Oberá (02/04/2012). C.M.E. v. C.C.A. s/Insania”, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia n°2013-IV, Ed. Abeledo Perrot, 200-211.
- Lorenzetti, R. (director) (2014). *Código Civil y Comercial Comentado*, Ed. Rubinzal Culzoni.
- Lorenzetti, R. (1995). *Las normas fundamentales del derecho privado*, Ed. Rubinzal Culzoni.
- Martinez Pujalte, A. L. (2017). Capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones. Enseñanzas de las recientes reformas legislativas en Argentina e Irlanda. *Rev. Derechos y libertades*, Número 37, Época II, 167-192.
<http://DOI: 10.14679/1051>
- Martínez, M. J. (2017). Procesos de determinación de la capacidad jurídica. Trastornos psicóticos y competencia para votar. *Rev. De la Facultad de Ciencias Médicas*; 75(1), .52-61. DOI:10.31053/1853-0605.v75. n1.16494

- Mosset Iturraspe, J. (2011). *Derecho civil constitucional*, Ed. Rubinzal Culzoni.
- Murúa, F. (2020). *El derecho a decidir: Apoyos, medidas anticipadas y salvaguardas*. Disponible en www.cels.org.ar
- Olmo, J. P. y Martínez Alcorta J. A. (2011). “Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Medidas de apoyo y salvaguardia. Propuestas para su implementación en el régimen jurídico argentino. *Rev. Derecho de Familia*, Ed. Abeledo Perrot, 35-50.
- ONU (2006). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Disponible en www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crpd.
- Palacios, A. (2008) *Modelo Social de la Discapacidad, orígenes, caracterización y su plasmación en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad*. Colección Cermi.es n°36 (1° edic.). Ediciones Cinca, Madrid.
- Quinn G. y Degener, T. (2002). *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*. Naciones Unidas Nueva York y Ginebra 2002. HR/PUB/02/1. ISBN 92-1-354074-4.
- Sagües N. (2016). *La Constitución bajo tensión*, Colección Constitución y Derechos. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>

Sousa Santos, B. de (2002). Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos. *Rev. El otro derecho*, N°28, ILSA Bogota, Colombia, 59-83.

Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos (18/05/2020). “G.V.N.s/Restricciones a la capacidad”, publicado en www.rubinzalonline.com.ar, cita: RC J 5641/20.

Superior Tribunal de Justicia de Rio Negro (10/12/2018). “V., B.Z. s/Proceso sobre capacidad”, publicado en www.rubinzalonline.com.ar, cita: RC J 5641/19.

Tribunal de Flia.n°1 Mar del Plata (06/05/2009). “B.,L. s/Inhabilitación”, *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia* n°2010-1, Ed. Abeledo Perrot, 90-98.

Villaverde, Ma. S. (2013). *Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, Mental e Intelectual. Sobre el poder de decir y decidir*, (Tesis de Maestría sobre Metodología de la Investigación, Universidad de Lanús. Disponible en www.villaverde.com.ar