

# TRABAJO FINAL DE GRADO



**“Personas con Discapacidad: Acceso a la Justicia en el nuevo  
Código Civil y Comercial”**

**SUSANA BEATRIZ CERDA**

Abogacía

- 2016 -

“En un mundo perfecto, los derechos enumerados en la Declaración Universal de Derechos Humanos serían suficientes para proteger a todos. Pero en la práctica, a ciertos grupos, como las mujeres, los niños y los refugiados, les ha ido mucho peor que a otros y las convenciones internacionales tienen por objeto proteger y promover los derechos humanos de tales grupos.” ONU  
(Carignano, 2012, p. 3)

## **AGRADECIMIENTOS**

Quiero agradecer a todas las personas que me ayudaron a lograr mi sueño.

A mis padres Nicolás y Rafaela personas luchadoras, gracias por apoyarme en todo momento y por los valores que me han inculcado. Gracias pá por incentivar me a no dejar de estudiar. Gracias má por tus rezos y por ser un ejemplo de lucha.

A mi esposo Juan, gracias por acompañarme, por haberme ayudado en las buenas y en las malas, sobre todo por tu paciencia y amor incondicional, te amo y le agradezco a Dios por haberte puesto en mi vida.

A mi hermana y amiga Triny, que siempre estuvo a mi lado dándome fuerzas para seguir, aconsejándome y compartiendo mis alegrías y tristezas, por cuidarme cuando estaba enferma. Gracias por estar siempre, te amo.

A mis amigos y familiares Hernán, Elva, Vero, Claudio, Sofi, Mili, Flor y a Ceci por sus consejos, por estar cuando lo necesitaba y ayudarme a poder lograr mis objetivos.

A las chicas de Posgrado Maru, Beti, Pau y Erica por bancarme, por su compañerismo y por hacer tan amenas todas las mañanas.

A Rosita Castañares y Graciela Albrecht por contribuir a que este sueño se haga realidad.

A la Sra. Ana Melto, docente del Instituto Heller Keller, que tan amablemente colaboró en la traducción de este trabajo al sistema Braille y a todo el personal que trabaja en este Instituto.

A la Universidad Siglo 21, a sus docentes y a todo el personal de esta Universidad por darme la posibilidad de poder cumplir mi sueño.

Muchas gracias a Dios y a la Virgen.

## **RESUMEN**

En el presente trabajo se analizará la temática de la discapacidad, no desde la perspectiva médica, sino desde la óptica jurídica para determinar su concepto, alcance, caracteres y, fundamentalmente, la regulación acerca de esta temática, tanto en nuestro país como en el resto del mundo, en relación a la situación jurídica de la persona con discapacidad.

Asimismo, se avanzará en el estudio del acceso a la justicia como una de las garantías fundamentales (consagradas en la Carta Magna y en Instrumentos Internacionales) para todos los seres humanos y como dicha aplicación se torna más compleja en los casos de las personas con discapacidad.

Para ello, se revisará la normativa vigente en relación a la discapacidad, sus principios y sus derechos reconocidos y cómo el nuevo Código Civil y Comercial regula la materia desde un paradigma diferente: el “modelo social de la discapacidad”; que incluye nuevas figuras como es el caso de los apoyos que son instaurados por el artículo 43.

Finalmente se enfocará el estudio de cómo esta nueva normativa del derecho privado argentino se articula y armoniza, o no, con las regulaciones internacionales que rigen la cuestión y si dicha regulación resulta más beneficiosa o no para las personas con discapacidad.

**Palabras Clave: Discapacidad – Acceso a la Justicia – Sistema de Apoyos - Modelo Social de la Discapacidad - Autonomía y Representación**

## **ABSTRACT**

In the present work disability issues will be discussed, not from the medical perspective, but from a legal viewpoint, to determine its concept, scope, character and fundamentally, regulation on this subject, in our country and in the rest of the world, in relation in this the legal situation of the person with disability.

Also, be advance in the study of access to justice how one of the fundamentals rights (that have been enshrined in the Constitution and in international instruments) for all human beings, and how such applicability becomes more complex in the cases of people with disabilities.

For this, be review current legislation in relation to disability, the principles and rights that are recognized and how the new Civil and Commercial Code regulates the matter from a different paradigm: the "social model of disability"; what include new figures such as the case of supports that are introduced by Article 43.

Finally the study of how the new regulations of the Argentine private law or not articulated and harmonizes, with international regulations governing the issue and whether such regulation is more beneficial or not from for people with disabilities focuses.

**Key Words: Disability - Access to Justice - Support System - Social Model of Disability - Autonomy and Representation**

## ÍNDICE

<b>Introducción</b>	<b>Página 8</b>
---------------------	-----------------

### **Capítulo I: Nociones introductorias sobre discapacidad y acceso a la justicia**

	Página 11
1.1 Discapacidad consideraciones generales	Página 12
1.1.1 Concepto de discapacidad	Página 12
1.1.1.1 Concepto médico de discapacidad	Página 14
1.1.1.2 Concepto jurídico de discapacidad	Página 17
1.1.2 Caracteres acerca de la discapacidad	Página 20
1.1.3 Clasificación de la discapacidad	Página 23
1.1.4 Principios acerca de la discapacidad	Página 25
1.2 Acceso a la justicia	Página 29
1.2.1 Concepto del acceso a la justicia	Página 29
1.2.2 Caracteres del acceso a la justicia	Página 30
1.2.3 Alcance y regulación del acceso a la justicia	Página 31
1.3 Conclusiones parciales	Página 34

### **Capítulo II: Análisis normativo de la temática de discapacidad**

2.1 Marco normativo internacional acerca de la discapacidad	Página 37
2.1.1 Instrumentos internacionales acerca de la discapacidad	Página 38
2.1.2 Derechos consagrados sobre la discapacidad	Página 40
2.1.3 Obligaciones de los estados en relación a la materia	Página 44
2.2 Marco normativo nacional sobre discapacidad	Página 48
2.2.1 Regulación de la temática en la Constitución Nacional	Página 48
2.2.2 Reseña normativa nacional sobre discapacidad	Página 49
2.3 Conclusiones parciales acerca de la temática	Página 57

### **Capítulo III: Análisis de las nuevas disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación**

3.1 Normativa del nuevo Código Civil y Comercial en cuanto a la discapacidad	Página 59
	Página 60
3.1.1 Capacidad e incapacidad: definición	Página 62
3.1.2 Sistema de apoyos	Página 65

3.2	Aspectos a analizar del nuevo Código con el régimen internacional	Página 71
3.3	Jurisprudencia relevante sobre la temática	Página 73
3.4	Posiciones doctrinarias en relación al nuevo Código Civil y Comercial	Página 76
3.5	Conclusiones parciales sobre la temática de la discapacidad	Página 77
	<b>CONCLUSIÓN</b>	Página 78
	<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	Página 83

## INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se analizará la situación que se plantea en torno a la discapacidad desde la perspectiva jurídica. En primer lugar, cabe señalar que la discapacidad es, en sí misma, una temática compleja que debe ser abordada desde diferentes ópticas: legal, médica, social, educativa, etc.

Asimismo, en esta investigación se avanzará en el estudio de cómo la discapacidad ha sido regulada normativamente en nuestro país y en otros y, también, cómo los paradigmas se han modificado con el paso del tiempo y la evolución social, médica y cultural de los mismos.

Además en función de lo definido en los objetivos, el otro eje de trabajo será el acceso a la justicia, como una de las garantías reconocidas a nivel jurídico y jurisprudencial, no sólo en Argentina y que permite recurrir, siempre que fuera necesario, a la jurisdicción en búsqueda de una respuesta positiva cada vez que un derecho adquirido sea vulnerado por particulares y/o por el Estado.

La conexión de ambos temas se da en que, por un lado, el acceso a la justicia resulta más complejo para quienes presentan algún tipo de discapacidad y por el otro, de qué manera el Estado debe implementar medidas concretas que posibiliten superar esas barreras y generen nuevas maneras de equiparar las desigualdades del entorno. Si la igualdad muchas veces resulta compleja entre iguales, cuanto más compleja se torna en los casos en que la discapacidad se convierte en un obstáculo más para, en este caso, acceder a la justicia.

Es interesante tener presente que numerosos fallos avanzaron en el reconocimiento y defensa de los derechos de las personas con discapacidad. Esta calificación no es arbitraria, sino que las condiciones contextuales así se lo determinan. La citada aclaración es importante ya que, como se verá oportunamente, no sólo una limitación física genera una discapacidad, sino que la misma es una realidad compleja, la unión de varios factores que dan como resultado una situación desventajosa, en función de que el contexto no logra ser accesible a todos.

El cambio de paradigma a nivel mundial que se ha dado sobre el tema de la discapacidad resulta por demás relevante. Es justamente esta perspectiva la que ha dado lugar a la sanción de nuevas leyes, a la elaboración de instrumentos internacionales tales como la “Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad” y la “Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad”, o las Reglas de Brasilia que sin ser

derecho vinculante, resultan vitales como criterios de interpretación para los Estados, en cuanto a las prácticas sugeridas y recomendadas.

Tanto es así que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde Agosto de 2015, aborda la temática de la discapacidad con un enfoque renovado que, *a priori*, intenta armonizarse con las disposiciones de los instrumentos que se han citado *ut-supra* y que responden al nuevo “modelo social de la discapacidad” que se viene consolidando.

El objetivo que se ha definido para el presente trabajo es analizar si la normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en relación a la discapacidad, en general y, al acceso a la justicia de las personas con discapacidad, en particular; se armoniza con las disposiciones vigentes en la materia a nivel internacional en relación a esa temática. La pregunta de investigación que servirá de guía del presente trabajo podría definirse del siguiente modo: ¿resultan las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación acordes a la normativa internacional en relación al acceso a la justicia de personas con discapacidad?

El problema radica en el estudio y análisis de la nueva normativa de derecho privado interno (Código Civil y Comercial vigente desde Agosto de 2015) en comparación con las disposiciones internacionales tanto las de carácter obligatorio como aquellas que son meras recomendaciones (por ejemplo las Reglas de Brasilia) y adicionalmente un estudio de la evolución en relación al Código Civil anterior y los paradigmas de discapacidad que pueden identificarse.

En cuanto a los aspectos metodológicos, el tipo de estudio será descriptivo, que al decir de Yuni y Urbano es aquél que “apunta a hacer una descripción del fenómeno bajo estudio, mediante la caracterización de sus rasgos generales [...] ya que su finalidad es describir la naturaleza del fenómeno a través de sus atributos”. (Yuni & Urbano, 2003, p. 47).

En cuanto a la estrategia metodológica, se utilizará el método cualitativo, “la investigación cualitativa es multimetódica, naturalista e interpretativa. Es decir, que las investigadoras e investigadores cualitativos indagan en situaciones naturales intentando dar sentido o interpretar los fenómenos en los términos del significado que las personas les otorgan”. (Yuni & Urbano, 2003, p. 47). Para ello, se analizará legislación, jurisprudencia, doctrina y publicaciones pertinentes.

La hipótesis de trabajo se centra en la premisa de que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación presenta un mayor grado de armonía con las disposiciones

internacionales en materia de acceso a la justicia de personas con discapacidad, que el que se encontraba consagrado en el antiguo Código Civil, dado que el nuevo régimen permite apropiarse del “modelo social de discapacidad” que implica un paradigma superador de los preexistentes en la materia.

Cabe señalar que se recurrirá a diferentes fuentes, primarias, secundarias y terciarias para poder dar acabado cumplimiento a los objetivos fijados.

Para ello, se analizará la legislación nacional e internacional vigente y los antecedentes, la jurisprudencia sobre la temática y las perspectivas doctrinarias que han abordado ambas temáticas (tanto la discapacidad como el acceso a la justicia) de manera autónoma e integrada; abarcando así todas las fuentes tradicionales del derecho que de manera más o menos directa influyen en la configuración jurídica de la cuestión que nos convoca.

Para lograr los objetivos planteados se avanzará en una estructura de tres capítulos en el presente trabajo, organizados en base al desarrollo lógico de la temática.

En el primero de ellos, se abordarán las dos temáticas que constituyen ejes de investigación, por un lado la discapacidad y, por otro, el acceso a la justicia; y se presentarán sus aspectos esenciales.

En el segundo capítulo se presentará un análisis de la normativa que rige en materia de discapacidad, revisando no sólo las disposiciones que en el derecho comparado han abordado la temática, sino también las disposiciones que en el ordenamiento argentino regulan la discapacidad.

Finalmente, en el tercer y último capítulo se planteará el análisis de las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial y de qué manera los institutos que crea y el paradigma de discapacidad en que se enrola, armoniza en mayor o menor medida con las disposiciones que a nivel internacional refieren a la discapacidad.

A modo de conclusión, es fundamental tener presente que la investigación circunscribe el análisis al acceso a la justicia para las personas con discapacidad y no a todos los derechos, garantías y principios, dado que excedería claramente los objetivos definidos.

Es por ello que, pese a los lineamientos y análisis generales, se enfocará el presente trabajo, fundamentalmente, en el estudio del acceso a la justicia de las personas con discapacidad y su regulación en el nuevo Código Civil y Comercial de Nación desde la comparación con los estándares jurídicos que se han elaborado a nivel internacional en esa temática.

**Capítulo I:**  
**Nociones introductorias sobre discapacidad y acceso a la  
justicia**

---

## **Capítulo I: Nociones introductorias sobre discapacidad y acceso a la justicia**

En este primer capítulo se analizarán las nociones introductorias que permitirán luego, profundizar en la temática y en los objetivos definidos para el presente trabajo.

Se considera fundamental avanzar en los dos ejes centrales de esta investigación, por un lado, la discapacidad y, por el otro, el acceso a la justicia. Estos dos ejes se articulan de manera interdependiente en la realidad y también en el presente trabajo y en esta temática.

### **1.1 Discapacidad consideraciones generales**

La primera temática que se analizará es la discapacidad, para ello se abordará el concepto, los caracteres, la clasificación y los principios que la rigen, para avanzar en los primeros aspectos esenciales que permitan comprender una situación que es multicausal, interdisciplinaria y que tiene influencia en muchos aspectos de la vida individual, familiar y social.

Es importante tener presente que no es posible reducir a unas pocas líneas el análisis integral de la discapacidad, que claramente es una realidad amplia, compleja y que involucra varias ramas de la ciencia y abordajes desde ópticas diversas; sino que solamente se hará hincapié en los objetivos que han sido definidos para el presente trabajo.

También es importante desde el comienzo dejar señalado que se considerará el paradigma que entiende a la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, no como una limitante personal que cada uno debe resolver a nivel individual. Además, se estudiará la evolución y los modelos observados en el tiempo.

#### **1.1.1 Concepto de discapacidad**

En primer lugar, se analizará el concepto, dado que para poder abordar una temática lo más importante es saber qué está incluido y qué queda por fuera de esa limitación. Esa delimitación da la posibilidad de conocer con mayor grado de precisión qué tipo de enfoque es el que se ha seleccionado y el marco general que ello conlleva.

En tal sentido lo entienden Munilla y Navarro Lahitte Santamaría cuando afirman que: “Como una realidad que se retroalimenta, los términos y modos utilizados inducen el contenido del pensamiento y socializan a los integrantes de esa comunidad en los conceptos y valores que a su vez expresan. Sugieren juicios y prejuicios.” Y

agregan para completar el concepto y asociarlo a la temática: “Por ello, cuando se intenta aplicar el concepto de enfermedad o discapacidad, hay que tener mucho cuidado en la forma en que se expresan las ideas.” (Munilla & Navarro Lahitte Santamaría, 2013, p. 2) Y concluyen:

Decir que alguien tiene una enfermedad o una discapacidad es mantener la neutralidad, ya que son posibles distintos matices de interpretación en relación con su potencial. Sin embargo, las afirmaciones formuladas en el sentido de lo que alguien es, en vez de que alguien tiene o padece, suelen ser más categóricas y negativas.” (Munilla & Navarro Lahitte Santamaría, 2013, p. 2)

Esto implica que no es lo mismo decir que una persona tiene o padece o presenta una discapacidad que decir que es discapacitada, porque las consecuencias de esa distinción no sólo son sólo lingüísticas, sino que impactan de manera directa en la concepción jurídica.

También en el fallo D., J., la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata dispuso en relación a la importancia de la utilización de los términos apropiados que si bien es cierto que “el lenguaje es arbitrario en cuanto a sus reglas y sus estructuras, no se reduce a una mera función instrumental”. Y agregó que: “En él se expresa un sistema de valores que subyace en las palabras; el lenguaje no es neutro; por el contrario, tiene una faz simbólica que puede legitimar ciertas realidades o condenarlas a la no existencia...”<sup>1</sup> En este sentido, es que la precisión terminológica, más aun en el derecho cobra una importancia porque pueden ubicar a una persona en una posición de capacidad o de incapacidad, de autonomía o dependencia, de libertad o no.

Para avanzar sobre la definición, la pregunta en este caso es ¿qué es la discapacidad? No son pocas las elaboraciones que se generaron al respecto, desde las diferentes disciplinas e incluso, dentro de la ciencia jurídica hay una amplia gama de aspectos que quedaron incluidos o excluidos de las sucesivas definiciones. Esto responde, también, a la situación contextual y a los paradigmas predominantes en cada contexto de momento y lugar.

Valdes Díaz plantea que “desde el punto de vista semántico es claro que capacidad y discapacidad aparecen como antónimos irreconciliables, como opuestos que indican extremos distintos: el tener o no tener capacidad, esto es, aptitud para la realización de determinados actos.” (Valdés Díaz, 2006, p. 4)

---

<sup>1</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata – Sala III – 22/12/2015 – D., J. s/Insania y Curatela

No se considera del mismo modo a la discapacidad en el siglo XXI que en el siglo anterior, en ciertos países o en otros, por lo que los conceptos se encuentran en permanente re-elaboración. Al analizar la evolución Valdés Díaz expresa que “la concepción que se ha tenido sobre los discapacitados históricamente no ha sido congruente con su estado real. Por lo común se han rechazado sus ‘deficiencias’ y como resultado de ello no han integrado plenamente la sociedad.” (Valdés Díaz, 2006, p. 5) Esto significa no marcar que son personas con una discapacidad en cierto sentido, sino definir las desde la discapacidad (ej: ciego, sordo, etc.), lo que limita claramente sus posibilidades.

Como se verá, definir es un proceso y un resultado, lleva toda la impronta de esos rasgos contextuales que le dan forma. De manera que se puedan analizar diferentes conceptos según el momento, lugar, disciplina y postura.

Se analizarán, en los siguientes apartados y de manera diferenciada, los conceptos médicos por un lado y los jurídicos por otro, dado que las ópticas de abordaje son diferentes y lo que puede médicamente ser discapacidad puede no serlo jurídicamente, porque no son equivalentes los términos y eso puede generar situaciones de conflicto a resolver.

#### **1.1.1.1 Concepto médico de discapacidad**

Antes de avanzar en la definición médica de la discapacidad, es importante señalar qué se entiende por salud en general y por salud mental, tal como lo plantea la Organización Mundial de la Salud.

Se afirma que salud es “el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de infecciones o enfermedades ligeras, fuertes o graves” y luego agregado en 1992 “y en armonía con el medio ambiente”. (Munilla & Navarro Lahitte Santamaría, 2013, p. 1)

En relación a la salud mental la Organización Mundial de la Salud sostiene que salud mental es un “estado de bienestar en el cual el individuo es consciente de sus propias capacidades, puede afrontar las tensiones normales de la vida, puede trabajar de forma productiva y fructífera y es capaz de hacer una contribución a su comunidad” (Munilla & Navarro Lahitte Santamaría, 2013, p. 1)

A partir de estas definiciones se avanza hacia el concepto de discapacidad que según Faliero:

Se resumen un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones... la discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio. (Faliero, 2013, p.4)

Mientras que la Organización Mundial de la Salud sostiene que discapacidad “implica toda restricción o ausencia (debido a una deficiencia) de la capacidad para realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano” (Valdés Díaz, 2006, p. 5) Y una síntesis que permitirá avanzar en la distinción entre perspectivas es la que sostiene que “en términos médicos la capacidad es aptitud, la discapacidad ineptitud.” (Valdés Díaz, 2006, p. 5)

Otra aproximación que resulta importante es la de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que en su artículo primero sostiene: “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.” (Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2008, Artículo 1)

Esta definición resulta valiosa en tanto posiciona a muchas personas (por no generalizar) al borde de la discapacidad, en tanto en mayor o menor medida la gran mayoría de la gente encuentra barreras para participar en la sociedad en igualdad de condiciones. Por eso es fundamental no perder de vista que la definición habla de deficiencias a largo plazo, no algo ocasional. Pero aun cuando fuera algo temporario, puede ser una discapacidad que afecte a la persona en el ejercicio de sus derechos.

Vazzano comparte la definición que brinda la Organización Mundial de la Salud cuando arguye que discapacidad: “es toda pérdida o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considere normal para un ser humano.” (Vazzano, 2015, p. 2). Y luego la distingue del concepto de deficiencia que es “toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica (mental), fisiológica (sensorial) o anatómica (motora)” (Vazzano, 2015, p. 2) Si bien son conceptos médico diferentes, veremos que desde lo jurídico la deficiencia no presenta mayor relevancia, a los fines del presente trabajo.

Seda sostiene, citando a las disposiciones de las Reglas de Brasilia que se entiende por discapacidad a “la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno social.” (Seda, 2015, p. 2) Esta definición, como es posible observar, pone un énfasis especial en el entorno, que resulta fundamental para el análisis que se propone desarrollar en el presente trabajo.

En el libro elaborado por Carignano y otros se plantea que la discapacidad no sólo es una cuestión médica, sino que “como construcción social, se halla en la encrucijada de tres elementos que se interdefinen: en primer lugar, la particularidad biológica o de conducta de un sujeto, en segundo lugar, la organización económica y política, y por último, el elemento cultural normativo.” (Carignano, Rosales & Palacios, 2012, p. 9) Esto resulta también relevante, en tanto permite analizar las múltiples dimensiones y de qué manera lo que en un determinado contexto es considerado discapacidad no lo es en otro, incluso en el mismo lugar en función de la evolución social que se pueda dar. Luego sintetizan, en una explicación que no deja lugar a dudas que:

El diagnóstico médico inicial no define a la discapacidad, sino que ésta evoluciona según muchas variables y también que no todas las personas con discapacidad son iguales, sino que aun en la misma situación de deficiencia, sus circunstancias se definen en la individualidad de cada caso y por las variables que transversalizan la vida de cada persona. (Carignano, Rosales & Palacio, 2012, p. 10)

También se enrola en esta definición combinada, no estrictamente médica, Valdez Díaz afirmando que:

La discapacidad puede provenir de diferentes causas, no importa su etiología, y abarca cualquier dificultad física, psíquica, sensorial o todas o varias de ellas combinadas, que hacen a la persona naturalmente incapaz para la realización de alguna actividad, de varias de ellos o de casi todas las que son comunes al resto de sus congéneres. (Valdés Díaz, 2006, p. 5)

Es así que en función de lo expuesto se desprende a todas luces que la cuestión biológica / médica resulta imprescindible en la configuración de la discapacidad. Sin embargo, dicha determinación es condición necesaria, pero no suficiente. Así lo sostiene Valdés Díaz cuando afirma que “tal discapacidad natural, por supuesto, no afecta la capacidad jurídica *per se*, porque no niega la condición de persona del individuo

afectado, que tiene personalidad y puede ser sujeto de derechos y obligaciones desde su nacimiento y hasta su muerte” (Valdés Díaz, 2006, p. 5)

Esta aclaración es vital para comprender la relevancia de la definición, por un lado, y de qué manera la construcción social y jurídica de una determinada situación puede posicionar de manera totalmente diferente a dos personas que médicamente padezcan la misma deficiencia o patología.

Esto es así, porque las precisiones jurídicas serán las que finalmente determinen si nos encontramos en un supuesto de discapacidad y cómo dicha situación requiere de un tratamiento normativo diferente. Este es el enfoque que verdaderamente interesa: la óptica jurídica de una realidad cuyo sustento es médico, pero que excede ampliamente la órbita de la salud, para posicionarse de manera compleja en la órbita del derecho.

### **1.1.1.2 Concepto jurídico de discapacidad**

Se avanzará en este apartado en el análisis de la definición, desde la óptica jurídica; tanto en las disposiciones de la normativa del derecho positivo, como desde la doctrina y la jurisprudencia.

Antes de hablar de discapacidad, conviene precisar qué es la capacidad desde el punto de vista jurídico, tal como se planteó qué es la salud previo a hablar de restricciones y deficiencias.

Al definirla, también se la caracteriza y, en tal sentido, se sostiene que “la noción de capacidad jurídica contempla dos elementos esenciales: la capacidad de ser titular de derechos y la capacidad de obrar y ejercerlos, que comprende la posibilidad de acudir a la justicia en caso de afectación de esos derechos.” (Capria, Diaz Fornis & otros, 2012, p. 5).

En un sentido es tener los derechos (titularidad) y en el otro, poder ejercerlos (ejercicio). Se pueden identificar aquí los dos conceptos esenciales ejes del presente trabajo. Por un lado, las personas que presentan alguna discapacidad y, por el otro, el acceso a la justicia.

Buteler Cáceres, afirma que “capacidad es la aptitud para adquirir derechos y la posibilidad de administrar y por disponer por sí” (Buteler Cáceres, 2005, p. 68)

Silvia Eugenia Fernandez afirma que, en términos generales la capacidad “es la aptitud de la personas para ser titular de derechos, adquirir obligaciones y ejercerlos por sí misma. Es tradicionalmente definida como un “atributo” de la persona (tales como el nombre, domicilio, estado, etc.)” (Fernández, 2015, p.1)

También en el informe elaborado por el Ministerio de Salud se afirma que la capacidad “es uno de los atributos esenciales de la persona”. Y agrega que son estos atributos “las cualidades o propiedades del ser jurídico, por medio de las cuales el sujeto-persona puede individualizarse y formar parte de la relación de derecho” (Capria, Díaz Fornis & otros, 2012, p. 5)

Esta es la definición tradicional que imbuía el Código de Vélez Sársfield y que evolucionó y no se considera vigente en el nuevo Código Civil y Comercial vigente desde Agosto de 2015.

Es más, la misma autora señala que ya no es posible hablar de la “capacidad-atributo”, sino que hoy “capacidad jurídica implica mencionar un concreto y auténtico derecho humano” (Fernández, 2015, p.1) Diferencia que no sólo es terminológica, sino que implica verdaderamente un salto cualitativo en relación a la posición jurídica entre un atributo y un derecho humano que goza de otro nivel mucho más amplio de protección.

En el mismo sentido, se expresa Caridad del Carmen Valdés Díaz, cuando afirma que “la capacidad jurídica es también cualidad esencial de la persona que corresponde a todo ser humano y que debe reconocerse a todos por igual como manifestación inmediata de la personalidad.” (Valdez Díaz, 2006, p. 3)

También Kraut se refiere en relación a este nuevo paradigma y afirma que “el derecho de las personas con discapacidad a tomar decisiones sobre su vida y mantener su capacidad jurídica es una cuestión de derechos humanos.” (Kraut, 2014, p. 1)

La importancia de la temática radica en que “cuando se pone en juego la capacidad de una persona se está disponiendo sobre derechos tan sustanciales a la condición de persona como la dignidad, autonomía y libertad” y agrega que “de allí que la reglamentación que haga un código civil sobre esta materia significa pautar - y eventualmente restringir - un derecho humano reconocido.” (Fernández, 2015, p. 1) Este planteo es relevante en tanto afirma que regularlo en un código de fondo es limitar un derecho humano que ya goza de reconocimiento constitucional y también a nivel internacional.

Antes de avanzar en el concepto de discapacidad desde el punto de vista jurídico, cabe señalar que en derecho lo más común es hablar como opuestos, pese a algunos matices de capacidad, por un lado y de incapacidad, por el otro. Por lo que la discapacidad es un concepto más de origen médico que se incorpora al régimen jurídico y se posiciona en un lugar intermedio entre la capacidad y la incapacidad jurídica.

Al revisar los diferentes tipos de incapacidad, se ven los supuestos que tanto el Código Civil anterior, como el Código Civil y Comercial vigente han elaborado. Por otro lado, hay que dejar señalado que, pese a los sistemas de cada Código y las mayores restricciones que presentaba el código anterior, en ambos se afirma como principio que la regla es la Capacidad y que todo ser humano goza de ella (al menos de la de derecho), salvo situaciones especiales, que se analizarán oportunamente.

Poniendo el foco en la discapacidad, se señalan las precisiones que sobre los grupos vulnerables brindan las Reglas de Brasilia, al definirlos como: “aquellas personas que por razón de su edad, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. (Pinacchio, 2015, p. 2)

Al brindar una definición jurídica, Faliero cita la Ley N° 22.431 en el artículo 2, cuando determina que “se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral” (Faliero, 2013, p. 4) Se destaca en esta definición, la importancia en cuanto a las posibilidades del entorno.

En el desafío de vincular y distinguir los términos jurídicos de capacidad, incapacidad y discapacidad y, cómo garantizar el acceso a la justicia, citando a Varela Autran, Valdés Díaz afirma que:

La discapacidad en consecuencia, lo único que ha de requerir es la adecuación del ejercicio de los derechos fundamentales a las concretas condiciones minusvalidantes o incapacitantes, pero en manera alguna supone acortamiento o limitación de tales derechos en lo más mínimo, respecto de las personas que lo sufren. (Valdés Díaz, 2006, p. 7)

Por su parte, la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, en el fallo D., J. citando el fallo Artavia Murillo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostuvo que: “La discapacidad resulta de la interacción entre las limitaciones funcionales de una persona y las barreras existentes en el entorno que impiden el ejercicio pleno de sus derechos y libertades.”<sup>2</sup> También aquí

---

<sup>2</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata – Sala III – 22/12/2015 – D., J. s/Insania y Curatela

se hace mención a la interacción con el entorno que, se reitera, es un aspecto esencial para la configuración de una situación de discapacidad.

Como es posible apreciar en función de lo expuesto, la definición jurídica, se vincula de manera mucho más directa a las variables sociales, culturales y normativas del contexto que a las condiciones biológicas o diagnósticos médicos que puedan tener lugar en un caso concreto. La cuestión de salud es una condición necesaria (como base y sustento físico) pero no suficiente para que se considere que existe una discapacidad en el sentido jurídico del término.

Así lo han determinado los doctrinarios, los jueces, las leyes de nuestro país y los instrumentos internacionales que se han referido a la temática y han brindado precisiones que permitieron contar con más elementos para aclarar el panorama en relación a una temática tan sensible que afecta directamente la vida de las personas.

### **1.1.2 Caracteres acerca de la discapacidad**

Para poder avanzar en el análisis de la discapacidad y los aspectos que resultan definitorios, se detallarán a continuación los caracteres distintivos que han sido elaborados por la doctrina, la jurisprudencia e, incluso por el derecho positivo para brindar más precisiones en relación a la temática.

En primer lugar se considera el planteo que efectúa Fernández en relación a uno de los caracteres distintivos de la capacidad civil como una cuestión de orden público, es decir:

Aquellas que exceden el mero interés personal de las partes y en las que se ve comprometido un interés superior, del Estado, en la determinación y protección de la capacidad de sus habitantes, por lo cual no son aceptables pactos privados que signifiquen desconocer o retraer la capacidad que es reconocida por la ley. (Fernández, 2015, p. 2)

No son pocos los instrumentos ni los autores que abordaron la temática como una cuestión de derechos humanos. Tal es así que en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se proclama la reafirmación de “la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación.” (Organización de Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2008, Preámbulo)

Faliero, con claridad y contundencia, sostiene que “La discapacidad, al igual que la salud, es un estado de tipo dinámico y evolutivo.” (Faliero, 2013, p. 4) Luego menciona que así lo reconoce la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas, en el Preámbulo inciso E cuando dispone:

“...la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las 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”, y en su Art. 1 “...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.” (Faliero, 2013, p. 4)

Faliero se refiere a este aspecto contextual y afirma que: “La discapacidad es “...parte de la diversidad y la condición humanas” (...) Es la consecuencia de una relación entre la persona y su entorno, lo cual genera una situación particular de desventaja y vulnerabilidad. (Faliero, 2013, p. 4) Resulta relevante esta caracterización, en tanto retoma la importancia del contexto para la tipificación como discapacidad, tal como se lo había señalado previamente en el apartado anterior.

Retomando el modelo que ya se ha expuesto con anterioridad y que los autores denominan “Modelo de la Encrucijada” donde se combina lo biológico, lo económico – político y lo cultural – normativo, es posible afirmar que “es una construcción teórica compleja en la que los tres elementos que menciona dicho modelo se determinan unos a otros y no pueden analizarse por separado sino en su interrelación.” (Carignano, Rosales & Palacios, 2012, p. 9)

Además, es importante tener presente la evolución que la temática ha tenido y que se refleja en diferentes paradigmas. En el Protocolo elaborado por Programa Eurosocial para la Cohesión Social en América Latina lo plantean en términos muy claros y precisos al afirmar que:

Históricamente, la discapacidad era considerada un trastorno personal que residía en el individuo. Dado que “ser discapacitado” se consideraba una carencia del individuo, se veía en ello la causa natural que impedía a algunas personas asistir a una escuela normal, obtener un empleo o participar en la vida social. Cuando la discapacidad se percibe de esa manera, las respuestas de la sociedad se limitan a uno de los dos caminos siguientes: “reparar” a la persona mediante la medicina o la rehabilitación (enfoque médico), o proporcionarle cuidados por medio de programas de beneficencia o de asistencia social (enfoque de beneficencia). Según este antiguo modelo, la vida de las personas con discapacidad se entrega a profesionales que controlan decisiones tan fundamentales para ellas como la escuela a la que asistirán, el tipo de

apoyo que recibirán y el lugar donde vivirán. (Programa Eurosocial para la Cohesión Social en América Latina, 2013, p. 17)

Es importante tener presente que este paradigma se encuentra aun presente no sólo en el imaginario cultural, sino también en muchos de los textos normativos, de fondo y sobre todo los de forma, tanto en el ámbito público como en el privado (Ej. En derecho administrativo, en las gestiones ante las obras sociales, etc.) en que establecen procedimientos en que la capacidad de la persona que padece algún tipo de discapacidad se ve absolutamente desplazada, con las peligrosas consecuencias que ello significa.

Luego, analizan en el Protocolo el nuevo paradigma conocido como “modelo social de la discapacidad” y afirman que actualmente “se considera que la discapacidad es la consecuencia de la interacción del individuo con un entorno que no da cabida a las diferencias y límites del individuo o impide su participación en la sociedad” (Programa Eurosocial para la Cohesión Social en América Latina, 2013, p. 18)

Este enfoque resulta claramente más adecuado a lo que se ha expuesto sobre los conceptos nuevos en relación a la relevancia del entorno, porque ante un mismo diagnóstico médico pueden darse dos casos en que una persona sea o no considerada discapacitada en función del contexto en que se encuentre.

Esta evolución en los términos implica posicionarse en la discapacidad como una cuestión fundamental y de derechos humanos, así lo afirman en el Protocolo al disponer que “se impone la necesidad de realizar un importante esfuerzo para alejarnos de los estereotipos, los prejuicios y las actitudes excluyentes hacia las personas con discapacidad.” (Programa Eurosocial para la Cohesión Social en América Latina, 2013, p. 21) Por eso la inclusión debiera convertirse en una política de Estado que desde el paradigma que ve a las personas con necesidades diferentes, cuyos derechos no pueden ser cercenados, se avanza hacia la superación de barreras y la verdadera capacidad de ejercicio para todos.

También en el texto de Carignano, Palacios y Rosales abordan la caracterización de este modelo social de la discapacidad, que permite avanzar en los caracteres de la figura de la discapacidad hoy y afirman que:

Este modelo reconoce a las personas con discapacidad como personas jurídicas pero, a diferencia de los Códigos Civiles derivados del Código napoleónico, garantiza la capacidad amplia y plena de ejercicio de los derechos en todos los casos, con apoyos y salvaguardias cuando sea necesario. Se trata de un modelo indudablemente distinto del de representación o subrogación, ejemplificado principalmente por la institución de la

curatela o interdicción, ejercido por el curador. (Carignano, Rosales & Palacios, 2012, p. 9)

Claro está que si se mira en el paradigma histórico, los caracteres descriptos serían diferentes, directamente vinculados a esa manera de concebir la discapacidad, mucho más asociado a la deficiencia que el abordaje que se propone y que lo hace desde la óptica de los derechos humanos. Esta postura permite avanzar sobre los caracteres de la discapacidad como un aspecto más que debe ser respetado como todos los derechos de las personas, garantizando su cumplimiento, sin discriminación ni tratos desiguales. Y fundamentalmente, sin cercenar el abanico de derechos y libertades de las personas, garantizando la ayuda cuando fuere necesaria, pero sin limitar el resto de las posibilidades.

Es importante tener presente como rasgo central el carácter evolutivo de la discapacidad. Esto se vincula con la esencia que admite constantes transformaciones y que permite adaptarse a los nuevos contextos. En conclusión la discapacidad depende de un cúmulo de factores biológicos y contextuales que se van combinando de diferente manera en momentos y lugares disímiles.

### **1.1.3 Clasificación de la discapacidad**

Las clasificaciones resultan de utilidad en función de los objetivos que se definan, es por ello que se analizarán someramente las diferentes categorías creadas no sólo a nivel médico, sino también a nivel jurídico en relación a la temática de la discapacidad.

Vazzano plantea una taxonomía relevante que es la elaborada por la Organización Mundial de la Salud y que clasifica la discapacidad en las siguientes categorías:

- a) discapacidad mental: es aquella que sufre toda persona que tiene una disminución en sus facultades mentales o intelectuales;
- b) discapacidad sensorial: aquella por la cual la persona se encuentra con una privación o disminución de algunos de sus sentidos (vista, oído, habla, etc.), haciendo que, a pesar de tener una total autonomía de su cuerpo, se torne dificultosa su relación con el exterior por la dependencia que en algunos casos puede crearse;
- c) discapacidad motora: la dificultad motriz con que se mueve el paciente le impide, por distintos factores, manejar su cuerpo con total autonomía, ejemplos son el caso del cuadripléjico, del parapléjico, etc.;
- d) discapacidad visceral: se encuadra en tal categoría a aquellas personas que debido a alguna deficiencia en su aparato físico, están imposibilitadas de desarrollar sus actividades con total normalidad, es el caso del cardíaco o del diabético, que pese a

tener la mayoría de las veces su total capacidad intelectual, sensorial o motora, su problema les impide desarrollar su vida con total plenitud. (Vazzano, 2015, p. 2)

Este cuadro clasificatorio, tal como se había enunciado anteriormente incluye a muchas personas que de manera cotidiana no serían consideradas como “discapacitadas”, sobre todo en la última categoría teniendo en cuenta que muchas personas padecen afecciones cardíacas o diabetes, en Argentina y en el mundo. De manera que, en función del contexto y cómo las barreras afectan más o menos el desarrollo normal de las actividades, mucha gente podría ser considerada discapacitada.

Por otro lado, reforzando los argumentos esgrimidos en primer término en este apartado, es valiosa la reflexión que en el Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad consagra al sostener que: “las lógicas clasificatorias tendieron a dividir a la población con discapacidad, considerando el tipo de función afectada (visión, audición, habla, movilidad, discernimiento) y catalogando a la población a partir de la deficiencia absoluta de dicha función.” Y brindan como ejemplos de esta situación “La discapacidad visual se sintetizó como ceguera, la discapacidad auditiva como sordera, etc.” (Programa Eurosocial para la Cohesión Social en América Latina, 2013, p. 38)

También se planteó previamente esta situación, que evidencia de qué manera la discapacidad se convirtió en el rasgo definitorio dejando de lado que son personas que padecen una cierta deficiencia, pero que de manea alguna puede considerarse que ese aspecto define de manera integral a una persona.

Y concluyen para evitar cualquier planteo reduccionista que deje lugar para las dudas:

La subsunción de la complejidad de la discapacidad en modelos clasificatorios simples, propio de las perspectivas normalizadoras que parcelan la sociedad e instauran prácticas que dividen y excluyen, clausuró la posibilidad de advertir la “falta de normalidad” de la mayoría de la población, “la gama infinita de matices contenidos entre los dos polos del ver-no ver, oír-no oír, etc. (Programa Eurosocial para la Cohesión Social en América Latina, 2013, p. 38)

Aquí se señala nuevamente lo que se ha expuesto en relación a que entrando en detalles, muchas de las personas podrían ser consideradas discapacitadas, teniendo en cuenta las deficiencias y particularidades que imposibilitan o dificultan a cada uno de manera diferente la realización de determinadas acciones.

En función de ello, se señala que lo relevante no son las clasificaciones en sí mismas, sino meramente como base para que sea posible abordar la realidad con un

mayor grado de precisión. Se entiende que para ello sirven las categorías y sólo en relación a esos objetivos se retomaran en las próximas páginas las clasificaciones planteadas.

En materia de capacidad jurídica, se puede distinguir la capacidad de derecho de la capacidad de hecho.

Capacidad de derecho, según Buteler Cáceres, citando a Freitas, es “el grado de aptitud de cada clase de personas, para adquirir derechos o para ejercer por sí o por otras personas, los actos que no le son prohibidos.” (Buteler Cáceres, 2005, p. 68) Según Valdés Díaz “es la aptitud para la titularidad de los deberes y derechos, para gozar de ellos, poseerlos. Se relaciona estrechamente con la personalidad.” (Valdes Diaz, 2006, p. 3)

La capacidad de hecho es definida por Buteler Cáceres siguiendo a Freitas, como “la aptitud o grado de aptitud de las personas de existencia visible para ejercer por sí, actos de la vida civil” (Buteler Cáceres, 2005, p. 69)

También se la denomina capacidad de obrar o de ejercicio, como lo establecen las nuevas disposiciones. Valdés Díaz sostiene que es la “aptitud o idoneidad para la realización eficaz de actos jurídicos, o sea, la posibilidad que tiene una persona de ejercitar por sí misma, sin la intervención de terceros, los derechos que posee y le han sido reconocidos por el ordenamiento jurídico.” (Valdés Díaz, 2006, p. 3)

Se analizarán en el próximo capítulo los aspectos normativos que se vinculan con las temáticas abordadas y se retomará no sólo esta clasificación de los tipos de capacidad e incapacidad jurídica sino también el esquema del nuevo Código Civil y Comercial que plantea nuevas alternativas, en miras de dar respuesta para las situaciones de discapacidad y otras que requieren de abordajes complejos.

#### **1.1.4 Principios acerca de la discapacidad**

A continuación se considerarán aquellos principios que resultan fundamentales en el nuevo paradigma del modelo social de la discapacidad y que permiten completar la caracterización de esta situación y darle una protección jurídica más amplia.

Estos principios, si bien en la mayoría de los casos no son derecho positivo (en tanto no son obligatorios), sí son fuentes del derecho porque infunden criterios de interpretación y de aplicación para el efectivo cumplimiento de las disposiciones normadas en la legislación, tanto nacional como internacional. Esta cuestión es relevante porque cuando la situación llega a la justicia, los criterios que permitan

interpretar la norma cobrarán relevancia, de manera que pese a no ser derecho vinculante, la evolución de la figura y su alcance y caracterización pueden servir como base para interpretar en la vida cotidiana y en los estrados judiciales.

Es bueno señalar la reseña que sobre los principios efectúa la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad que consagra en su artículo 3 un compendio de disposiciones, a saber:

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y 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. (Organización de Naciones Unidas, Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad, 2008, Artículo 3)

Pero no sólo la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad se ha referido a los principios. Las Reglas de Brasilia, como instrumento internacional, aunque no vinculante como derecho positivo, hicieron mención también a estas disposiciones de la Convención y las articularon con los derechos consagrados, que se analizarán oportunamente.

Por su parte, Faliero afirma con el mismo criterio que la Convención y el paradigma social de la discapacidad que se viene sosteniendo en este trabajo (conforme la evolución que la temática ha tenido), que las personas con discapacidad “son sujetos de tutela preferente, y merecen más que reiterados pronunciamientos que interpretan ceremonialmente una y otra vez los mismos sabios principios que podrían ser reflejados en políticas Estatales de transcendencia práctica en la esfera de actividad pública y privada.” (Faliero, 2013, p. 2)

Kraut sostiene en un análisis que retoma las disposiciones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que:

Reconoce los principios de legalidad, inclusión, no discriminación y ciudadanía de estos padecientes mentales con la mira puesta en un acceso efectivo a sus derechos fundamentales, en especial el derecho a la igualdad y no discriminación, a la dignidad, la vida, la salud, la libertad personal, la identidad, la imagen, la intimidad y los derechos sexuales y reproductivos, así como a la personalidad y la capacidad jurídica “en igualdad de condiciones con los demás y sin discriminación por

motivos de discapacidad, lo que incluye no solamente la capacidad de tener derechos, sino de obrar. (Kraut, 2014, p. 1)

Se puede apreciar aquí un reconocimiento amplio a los derechos que deben ser garantizados a la persona que padece algún tipo de discapacidad. Esto es también consecuencia del abordaje de la capacidad como un verdadero derecho humano y no meramente como un atributo de la personalidad.

Además, Faliero agrega en un aspecto que se retomará luego al analizar el acceso a la justicia que:

La judicialización de la salud es un proceso revictimizante que vulnera a los vulnerados, extrayéndolos cada vez más lejos del sistema y ocasionándoles nuevos daños materiales, espirituales y a sus derechos personalísimos, lo cual no debiera permitirse y no resulta subsanado tan sólo con el cumplimiento de la cobertura debida. (Faliero, 2013, p. 2)

Pinacchio efectúa un análisis integral de las normas y plantea aquellas facultades que han sido reconocidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos entre las que señala: “el reconocimiento a la personalidad jurídica; prohibición de la esclavitud y todo tipo de servidumbre; libertad personal; protección a la intimidad y honra; libertad de conciencia y religión; derecho a emitir libremente el pensamiento y la opinión; a la libertad de asociación.” (Pinacchio, 2015, p. 2)

Si bien estos son derechos enumerados (por lo que parece redundante señalarlos), el planteo sobre el hecho de que estén reconocidos a todas las personas es trascendental y de allí se deriva uno de los principios rectores en materia de discapacidad, como es la igualdad.

Al respecto sostiene con claridad y ámbitos de intervención concretos: “Hoy, el principio de igualdad se traduce en igualdad de oportunidades, de igualdad de trato y no discriminación, en el pluralismo y la vida democrática y en el acceso a justicia.” (Pinacchio, 2015, p.2) Por lo que se exige un ejercicio real de los derechos, no su mera enunciación.

Vazzano puntualiza: “El Principio Supremo de justicia exige que cada uno disponga de una esfera de libertad tan amplia que le sea posible desarrollar su personalidad; personalizarse.” (Vazzano, 2015, p. 9) Y luego, no se refiere directamente a principios sino que habla de “medios para la realización del régimen de justicia y enumera los siguientes: a) protección del discapacitado contra los demás; b) protección

del discapacitado contra lo demás; c) protección del discapacitado contra sí mismo.” (Vazzano, 2015, p. 9)

Por otro lado, Donato, Ariccia Vincent y Herrera se enfocan en un ámbito particular para analizar los principios como es la Protección de los Enfermos Mentales y afirman citando el documento del 17 de Noviembre de 1991 de la Organización de Naciones Unidas conocido como los “Principios de Salud Mental” que es considerado como el estándar más completo a nivel internacional sobre la protección de los derechos de las personas con padecimientos mentales y los reseña del siguiente modo:

Deben recibir la mejor atención disponible en materia de salud mental” (Principio 20.2), principio 1, acápite 6 y 7 (audiencia equitativa con presencia de representante personal ante el tribunal independiente; asegurar la protección de los intereses de persona con padecimiento mental); Principio 7 (derecho a ser tratado en la comunidad en la que vive); Principio 18 (garantías procesales) y en especial el acápite 5) que prevé el derecho a asistir personalmente a la audiencia y a participar y ser oídos en ella. (Donato, Ariccia Vincent & Herrera, 2011, p. 10)

En el Protocolo elaborado por el Programa Eurosocial para la Cohesión Social en América Latina y varias dependencias del Estado señalan los principios y los fundamentos relacionados con el modelo social de la Discapacidad y afirman que:

Ver la discapacidad desde una perspectiva de derechos humanos implica una evolución en el pensamiento y la acción de los Estados y de todos los sectores de la sociedad, en virtud de la cual las personas con discapacidad dejen de ser consideradas receptores de servicios de beneficencia u objetos de las decisiones de otros, y pasen a ser titulares de derechos. (Programa Eurosocial para la Cohesión Social en América Latina, 2013, p. 18)

También la Sala III de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Mar del Plata, en el fallo D., J ha planteado el tema de los principios de la discapacidad, directamente asociado al nuevo paradigma y han sostenido:

El respeto del modelo social implica que no debe privarse a la persona de su posibilidad de elegir y actuar. La aplicación del sistema creado a partir de la Convención de la ONU para personas con Discapacidad debe guiarse por el principio de la "dignidad del riesgo", es decir, el derecho a transitar y vivir en el mundo, con todos sus peligros y la posibilidad de equivocarse...<sup>3</sup>

Este enfoque que se ha abordado del modelo social de la discapacidad lleva consigo una batería de principios que lo infunden y que desde el nuevo paradigma permiten abordar la temática con el respeto por derechos y garantías que se han visto vulnerados ininidad de veces en los casos de las personas con discapacidad.

---

<sup>3</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata – Sala III – 22/12/2015 – D., J. s/Insania y Curatela

## **1.2 Acceso a la justicia**

En esta segunda parte del capítulo y luego de haber presentado los aspectos distintivos de la discapacidad, se analizará el otro eje temático que se ha definido en el presente trabajo y que se corresponde con el acceso a la justicia.

En este apartado, se estudiará este derecho de manera más genérica e introductoria, para acercarse a esta noción y alcanzar a dimensionar a qué se alude cuando se menciona al “acceso a la justicia” y se harán algunas referencias, también, a la vinculación directa de este tema con los casos de personas con discapacidad.

### **1.2.1 Concepto del acceso a la justicia**

En el Protocolo elaborado por el Programa Eurosocial para la Cohesión Social en América Latina y varias dependencias públicas sostiene que “la noción de acceso a la justicia se relaciona la posibilidad de los individuos, en igualdad de condiciones, de reclamar y hacer valer sus derechos y eliminar cualquier situación de desigualdad, discriminación, violencia, maltrato o abuso que estén sufriendo.” (Programa Eurosocial para la Cohesión Social en América Latina, 2013, p. 14)

Seda afirma que “el acceso a la justicia es la condición necesaria para que muchas personas con discapacidad puedan hacer efectivos sus derechos sustantivos” (Seda, 2015, p. 6) Como se puede ver Seda lo vincula de manera directa con los casos de personas con discapacidad, pero eso no quita que es un derecho humano reconocido a todas las personas.

También lo señalan así en el Protocolo cuando establecen que “el acceso a la justicia es un derecho en sí mismo y, a su vez, un medio que permite a las personas restablecer el ejercicio de aquellos derechos que les hubiesen sido desconocidos o quebrantados” (Programa Eurosocial para la Cohesión Social en América Latina, 2013, p. 14) Esta definición es fundamental porque permite dimensionar el verdadero alcance de este derecho, como medio para garantizar el cumplimiento de otros derechos.

En tal sentido, resulta fundamental y un presupuesto porque de no tener acceso a la justicia, difícilmente puedan reconocerles los demás derechos.

Pinacchio evidencia en su definición el origen del acceso a la justicia, y sostiene que “es una garantía que se suma al resto de los principios rectores de la materia conforme la interpretación que se desprende de las Reglas de Brasilia y de otros Tratados Internacionales” (Pinacchio, 2015, p. 5) La consideración como garantía

resulta relevante, en el sentido en que se comprende su utilidad práctica no en sí misma, sino a fines de que otros derechos puedan ser ejercidos.

En el documento elaborado por Carignano, Rosales y Palacios, entre otros señalan que “el acceso a la justicia es para nosotros la remoción de todos aquellos obstáculos que de cualquier modo impiden el goce efectivo y material de los derechos consagrados constitucionalmente.” (Carignano, Rosales & Palacios, 2012, p. 39) Esta definición concreta, sintetiza, a nuestro entender la generalidad de las posiciones actualmente vigente, en la materia y permite clarificar la finalidad primordial de este derecho.

### **1.2.2 Caracteres del acceso a la justicia**

En el Protocolo para Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad afirman que “en tanto derecho humano fundamental e inalienable, representa para las personas la puerta de entrada a las diferentes alternativas que el Estado debe proveer o facilitar para la resolución de sus controversias.” (Programa Eurosocial para la Cohesión Social en América Latina, 2013, p. 14)

Esto deja en claro que es un derecho humano fundamental, lo que implica las otras características que allí mismo se enumeran y dejan en evidencia su carácter esencial y la necesidad de ser respetado, para todas las personas sin distinciones *a priori*.

En relación a ello, sostienen en el libro “Discapacidad, Justicia y Estado” que: “El acceso a la justicia es un derecho humano fundamental, cuyo contenido esencial engloba el acceso efectivo de las personas “a los sistemas, procedimientos, información y lugares utilizados por la administración de justicia.” (Carignano, Rosales & Palacio, 2012, p. 41)

En el Protocolo afirman que “este derecho es un núcleo en la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, como también, en la vigencia de una democracia plenamente inclusiva.” (Programa Eurosocial para la Cohesión Social en América Latina, 2013, p. 11)

De manera que se puede sostener que todos los caracteres propios de los derechos humanos fundamentales se aplican en este caso y rigen, también para el derecho de acceso a la justicia, especialmente en el caso de las personas con discapacidad y que requieren, de algunos ajustes para que el principio de igualdad se haga efectivo.

### **1.2.3 Alcance y regulación del acceso a la justicia**

En cuanto al alcance, y también al fundamento la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sostuvo en su artículo 4, al señalar las obligaciones de los Estados Partes que los mismos “se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad.” (Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2008, Artículo 4).

Este aspecto será retomado, en tanto precisar las obligaciones por parte de los Estados, resulta de vital importancia para comprender que no es posible mantenerse ajenos a la temática.

También Seda hace un análisis al respecto y afirma que “los derechos sociales devienen, para los gobiernos, en enunciaciones que no suelen llegar a la práctica, salvo porque se acuda al sistema judicial.” Es por ello que el acceso a la justicia es esencial, porque en no pocos casos, es la única alternativa con que cuentan los ciudadanos, más aun las personas con discapacidad, para garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales.

En el Protocolo elaborado por el Programa Eurosocietal para la Cohesión Social en América Latina al analizar cómo está integrado este derecho, es decir sus alcances, plantean que: “los contenidos del derecho al acceso a la justicia fueron desarrollándose a lo largo de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, sin que se hubiera determinado aun la totalidad de las obligaciones emergentes de aquél.” (Programa Eurosocietal para la Cohesión Social en América Latina, 2013, p. 14) Y agregan que:

Pueden mencionarse como componentes del derecho al acceso a la justicia el derecho a la tutela judicial efectiva (juicio justo o debido proceso) —incluido el derecho a ser oído—; el derecho a un recurso efectivo; el derecho a la igualdad ante los tribunales; la igualdad de medios procesales; el derecho a la asistencia letrada; sumado al derecho de ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial (Programa Eurosocietal para la Cohesión Social en América Latina, 2013, p. 14)

Otra manera de analizar el alcance es referirse a los ámbitos o las barreras que este derecho a la justicia debe remover y entre ellas, el Protocolo señala:

La remoción de barreras socio-culturales, entendidas como la suma de las barreras actitudinales (prejuicios y discriminación existentes en la sociedad y en las instituciones); las barreras lingüísticas y la falta de ‘toma de conciencia’ de las personas que operan en el sistema judicial, entre otras, que se interponen ante las personas con

discapacidad en su interacción con el sistema y dificultan su acceso igualitario a la justicia. (Programa Eurosocietal para la Cohesión Social en América Latina, 2013, p. 13)

Además, plantean tres dimensiones diferentes (legal, físico y comunicacional) en las que se debiera garantizar el derecho de acceso a la justicia, estos tres ámbitos resultan esenciales para poder dar cumplimiento de manera integral; a saber:

En la dimensión legal, los Estados Partes deben garantizar a las personas con discapacidad acceso permanente y efectivo a los procesos judiciales por derecho propio, tanto como participantes directos como indirectos. En el plano físico, los Estados Partes deben asegurarse de que todos los edificios y las sedes judiciales sean accesibles para las personas con discapacidad. Por último, en el plano comunicacional, los Estados Partes deben garantizar que toda la información relevante que se brinde a las personas con discapacidad, sea oral o escrita, esté disponible en formatos comunicacionales alternativos, tales como la lengua de señas, Braille, o en un formato fácil de leer y comprender. (Programa Eurosocietal para la Cohesión Social en América Latina, 2013, p. 15)

En el blog de la Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad se sostiene que en Argentina estas personas:

Encuentran muy limitada la posibilidad de acceder a la justicia dado: i) la imposibilidad económica de acceder gratuitamente a asesoría legal; ii) el desconocimiento de derechos; iii) la falta de conocimiento de las necesidades individuales por parte de los jueces y; iv) la incomprensión de los derechos sociales como derechos exigibles. (Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2005, p. 1)

Cabe señalar que en el año 2011 se creó en Argentina “ADAJUS”, que es el Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia, justamente para revertir la situación y poder dar cumplimiento a la normativa internacional y que tiene una multiplicidad de funciones entre ellas:

- Orientación, asistencia técnica, derivación, y elaboración de guías y protocolos de intervención.
- Capacitación a los actores del Poder Judicial, Colegios Profesionales y funcionarios de la Administración Pública, como así
- también al sector privado que lo solicite.
- Conocer e intervenir en la situación de las PCD en situación de encierro.
- Adecuar la intervención de los cuerpos periciales en los procesos judiciales o preliminares que involucren a las PCD.
- Asistencia técnica para adecuaciones y reformas legislativas.
- Promover la cooperación interinstitucional.
- Impulsar la cooperación y el intercambio de experiencias con instituciones y organismos internacionales. (ADAJUS, 2011, p. 1)

En función de lo expuesto queda evidenciado que hablar del alcance no es una cuestión menor, de hecho las acciones concretas que los gobiernos puedan implementar y los juzgados disponer se vinculan de manera directa con esta cuestión, porque los límites y las posibilidades como contracara serán fuertemente definidos en función de los casos particulares y su retroalimentación con el entorno y las definiciones que se tomen.

Asimismo, cabe señalar que es un derecho y una garantía (porque permite que se cumplan otros derechos) de considerable amplitud, en tanto no limitan el poder de acción a meras enunciaciones, sino a una multiplicidad de factores.

En cuanto a la regulación al analizar las disposiciones del artículo 13 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad se plantea que el mismo: “exige a los Estados el deber de asegurar el “efectivo” acceso a la justicia para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás, “incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad” (Programa Eurosocial para la Cohesión Social en América Latina, 2013, p. 15)

Por otro lado, cabe señalar en cuanto a la regulación que tal como lo señala Pinacchio “el art. 114 de la Constitución Nacional que refiere a la “(...) eficaz prestación del servicio de justicia”, se debe interpretar junto con las Reglas de Brasilia (2008).” (Pinacchio, 2015, p. 2)

Es claro también, vinculando el alcance y la regulación el planteo que en el Protocolo elaboran cuando afirman:

Con arreglo al principio de accesibilidad y sus disposiciones de implementación, la obligación comprende la remoción de las barreras como el diseño de políticas y medidas para perfeccionar la administración de justicia, no solo formal sino material, a nivel nacional, adoptando tanto cambios legislativos como prácticas adecuadas a la CDPD, lo que comprende “tribunales cuya infraestructura, distribución de sus espacios, mobiliarios, instalaciones y señalizaciones estén acordes a la exigencia actual, de igual modo que la información, las comunicaciones, la tecnología y también el transporte a través del cual se llega a los recintos judiciales y policiales”; aplicable también a “la asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a los Juzgados y Cortes. (Programa Eurosocial para la Cohesión Social en América Latina, 2013, p. 16)

Finalmente, cabe destacar que la regulación más completa y clara sobre el derecho de acceso a la justicia es la del artículo 13 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, más allá de que luego, la doctrina, la jurisprudencia e

incluso algunas otras acciones prácticas avanzaron en dar cumplimiento en mayor o menor medida a estas precisiones.

### **1.3 Conclusiones parciales**

En este primer capítulo se avanzó en los aspectos introductorios de las dos temáticas que se han definido como ejes del presente trabajo de investigación, por un lado la discapacidad y por otro, su acceso a la justicia.

Más allá de los aspectos que se han señalado, es importante tener presente cómo se articulan entre sí. Por un lado, la discapacidad es el eje central que determina cuál es el marco general de análisis y, dentro de ello, en los próximos capítulos se verá el acceso a la justicia para las personas con discapacidad.

Es así que, la vinculación es muy estrecha y permite comprender de mejor manera la complejidad del fenómeno de la discapacidad y sus consecuencias desde el punto de vista jurídico, que es el abordaje que se plantea en el presente trabajo.

A modo de conclusión de este primer capítulo, se deja expresado la importancia de la conceptualización y caracterización adecuada de la temática y la influencia de los paradigmas, especialmente en un tema tan sensible como la discapacidad, que afecta de manera directa derechos fundamentales de las personas.

En función de ello, se considera que el abordaje, debe ser desde la perspectiva de una cuestión de derechos humanos y del modelo social de la discapacidad que son las bases sobre las que este trabajo asienta sus fundamentos.

Esto implica una evolución en relación a otros paradigmas, que se irá analizando paulatinamente y que permitirán detectar los problemas ya superados y los que aun quedan pendientes y serán materia de lucha por quienes defienden los derechos de las personas con discapacidad y de todos como sociedad.

Considerar a la capacidad como un derecho humano es un verdadero salto cualitativo, en función de lo que ello implica porque no es sólo un atributo de la persona, sino una condición que requiere de la máxima protección por parte de los particulares y también del Estado.

Por otro lado, la concepción y caracterización de la capacidad y, fundamentalmente de la discapacidad no es sólo no normativa, sino cultural. Que ello incluye replantearse que son personas que padecen una determinada discapacidad y no “discapacitados”, que la discapacidad no sea lo que los defina, sino sólo un aspecto de una persona, que tiene derecho a gozar de todos sus derechos como los demás.

Es fundamental revisar cómo el Estado debe garantizar la posibilidad de que los derechos sean ejercidos, que la igualdad no sea una mera enunciación sino una realidad y que las barreras que las discapacidades presenten, sean removidas por el accionar de los particulares y/o del Estado.

Finalmente, considerar el valor del derecho de acceso al a justicia es clave, porque, tal como se ha expresado en reiteradas oportunidades no sólo es quizás la última oportunidad para que se haga justicia, sino que es un derecho – garantía que permite el cumplimiento y ejercicio de otros derechos. Por eso no es posible reducir su aplicación, sino que garantizar el acceso a la justicia de todas las personas, incluso aquellas con discapacidad es fundamental para que el Estado pueda preciarse de ser democrático y respetuoso de los derechos humanos en toda la extensión del término.

**Capítulo II:**  
**Análisis normativo sobre la temática de la discapacidad**

---

## **Capítulo II: Análisis normativo de la temática de discapacidad**

Luego de haber abordado las nociones introductorias en relación a los dos ejes centrales del presente trabajo: la discapacidad y el acceso a la justicia, se avanzará en este segundo capítulo, en el análisis normativo de la temática de discapacidad, tanto en nuestro país como a nivel internacional.

Para ello, se considerarán no sólo cuáles son los textos normativos que abordan la temática de la discapacidad y, eventualmente, la del derecho de acceso a la justicia, sino también de qué manera lo hacen y cómo la evolución social, médica y cultural se refleja en la regulación jurídica.

Esto permitirá recuperar algunos de los aspectos que se señalaron en el capítulo previo, vinculados a los diferentes paradigmas que la temática experimenta y que comprometen a toda la sociedad, y a quienes lo ejercen desde el rol de operadores jurídicos, a un abordaje integral que dé respuestas concretas a las necesidades que la realidad demanda en esta época.

### **2.1 Marco normativo internacional acerca de la discapacidad**

En este primer eje se citarán las principales disposiciones, a nivel internacional, que se dictaron en materia de discapacidad. Estas influyen, de manera más o menos directa, en nuestro país y en las obligaciones de los particulares y de los Estados (tanto nacional, como provincial, como municipal / comunal)

Esta normativa que se hace propia, mediante los procesos de incorporación a nuestro ordenamiento positivo es tan relevante como la que se crea en territorio nacional.

De manera que se revisarán en este apartado las disposiciones consagradas a nivel internacional que (vinculantes o no en nuestro ordenamiento) han regulado la temática de la discapacidad. No es derecho comparado en tanto cómo otros países regulan la materia, sino disposiciones internacionales, que se aplican en los países que las incorporan a sus ordenamientos y que, en algunos casos, sirven no como fuente directa vinculante (ej: Reglas de Brasilia), sino como fuentes de consulta a nivel doctrinario y jurisprudencial y como criterios orientadores del rumbo que en el mundo toma la temática.

Además, como se analizará oportunamente, de algunas de estas disposiciones se derivan obligaciones para los Estados, de manera que su incumplimiento puede acarrear sanciones.

Por ejemplo, para Argentina haber suscripto algunos de estos instrumentos implica haber asumido una responsabilidad y un fuerte compromiso para con la causa del modelo social de la discapacidad y su cumplimiento en la realidad, no en meras enunciaciones.

### **2.1.1 Instrumentos internacionales acerca de la discapacidad**

No son pocos los instrumentos internacionales que han abordado la temática de la discapacidad de manera directa o indirecta y que, incluso, algunos fueron incorporados por el ordenamiento jurídico interno, convirtiéndose en derecho vigente para todos los ciudadanos argentinos.

Se citará el análisis que efectúa Pinacchio como reseña, sin transcribir los textos completos de los instrumentos internacionales, porque eso excede claramente los objetivos definidos para el presente trabajo. Por el contrario, sólo se apuntarán aquellos aspectos esenciales que se vinculan con la temática de la discapacidad y del acceso a la Justicia para las Personas con Discapacidad.

Pinacchio sostiene que la base de todo el sistema es, hoy por hoy, la igualdad y enumera las regulaciones que así lo consagran:

- a) La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 6, dispone que todo individuo tiene reconocido el derecho a su personalidad.
- b) El art. 12 establece que todos tenemos derecho a que no se entrometan terceros en nuestra vida privada.
- c) El art. 18, todos tenemos libertad de pensamiento, conciencia y opinión

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su Resolución N° 34/180, establece principios semejantes de igualdad y no discriminación.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos se estableció una serie de facultades reconocidas a todas las personas: el reconocimiento a la personalidad jurídica; prohibición de la esclavitud y todo tipo de servidumbre; libertad personal; protección a la intimidad y honra; libertad de conciencia y religión; derecho a emitir libremente el pensamiento y la opinión; a la libertad de asociación.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965) que establece en uno de sus considerandos que la

igualdad como derecho de todos los hombres. Es decir, el principio de no discriminación es un instrumento que lleva a la práctica el valor de la igualdad de todos los hombres:

En la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 (art. 7) aparece por primera vez la palabra “discriminación” vinculada “a la igualdad ante la ley”, cuando se afirma que todos “sin distinción” tienen derecho “a igualdad protección contra la discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación (...)”. (Pinacchio, 2015, p. 1)

Independientemente de las consideraciones particulares de cada uno de los ordenamientos la igualdad es el centro de atención, porque es justamente el derecho a proteger y garantizar, sobre todo en los casos de discapacidad donde la realidad presenta una desigualdad adicional (ocasionada por la discapacidad) y será tarea del Estado buscar las maneras de que dichas barreras no afecten el ejercicio de los derechos.

Por otro lado, Vazzano también efectúa una reseña de documentos internacionales de relevancia en general para la temática de la discapacidad y plantea:

Las fuentes formales del Derecho de la Discapacidad están dadas por la propia Constitución Nacional, (...) que con la reforma mencionada se incorporaron al art. 75 inc. 22 de nuestra ley fundamental once Tratados Internacionales de Derechos Humanos, entre ellos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales, la Convención de los Derechos del Niño, etc., que hoy poseen la misma jerarquía que la Constitución Nacional y superioridad respecto de las leyes internas. (...)

A su vez, el resto de los tratados e instrumentos internacionales no incorporados al art. 75 inc. 22, tienen supremacía sobre las leyes internas, conforme nuestra postura monista. Cabe destacar aquí a la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, de la Asamblea General OEA, adoptada en Guatemala el 6 de julio de 1999, e incorporada a nuestro derecho interno por ley 25.280 del año 2000; y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 13 de diciembre de 2006, e incorporada a nuestro derecho interno por ley 26.378 del año 2008. La primera es una Convención regional, la segunda será una Convención Internacional. La Interamericana apunta exclusivamente a evitar la discriminación, la Convención Internacional es amplia e integral y desarrolla una amplia gama de situaciones de las personas con discapacidad. Su propósito es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. (Vazzano, 2015, p. 6)

Por otro lado están las Reglas de Brasilia que constituyen un documento de suma relevancia en la temática específica de acceso a la justicia de personas con discapacidad. Sin embargo, no es posible equiparlo a los otros instrumentos, ni a las Convenciones,

porque no constituyen derecho ni son vinculantes en Argentina. Carignano, Rosales y Palacio brindan los fundamentos en relación a este documento, al explicar que:

Las Reglas de Brasilia fueron adoptadas en el seno de la XIV Cumbre Iberoamericana realizada en esa ciudad entre los días 4 al 6 de marzo de 2008. Son un conjunto de estándares mínimos que sirven de orientación a las y los operadores de los sistemas de justicia a fin de garantizar y facilitar el acceso a personas que comúnmente sufren limitaciones y/o vulneraciones de su derecho de acceso a la justicia. Si bien son un instrumento de *softlaw*, es decir, que no tienen carácter vinculante, son una guía de actuación muy importante para quienes integran el sistema de justicia. (Carignano, Rosales & Palacio, 2012, p. 59)

Claramente el análisis integral de toda la normativa internacional vinculada, de manera directa o indirecta, excede los objetivos que se definieron para el presente trabajo, pero son fundamentales y específicos tres documentos: las dos Convenciones sobre Discapacidad, la Interamericana y la de Naciones Unidas, porque ambas son derecho vigente y vinculante para las partes y obligatorios para el Estado Argentino. Y, por otro lado, las Reglas de Brasilia, que pese a no ser derecho vigente en el sentido estricto del término, constituyen una fuente de suma relevancia y de especificidad técnica en la temática del presente trabajo, ya que no sólo refieren a la discapacidad en sentido genérico, sino específicamente al derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad.

### **2.1.2 Derechos consagrados sobre la discapacidad**

Más allá de que se expusieron las normativas internacionales sobre la temática, seguidamente se revisarán cuáles son los derechos que en este modelo social de la discapacidad se plantearon y que resultan de relevancia porque evidencian con claridad cuáles son los alcances, implicancias e incluso, en su contracara, las responsabilidades del Estado en función de ello.

En primer lugar se consideran las expresiones que la Corte Suprema efectuó en el fallo Monteserin que sostiene que “el derecho a la vida que, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Constitución Nacional, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los restantes reconocidos expresamente requiere necesariamente de él.”<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. – 16/10/2001 – Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional. Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas – Servicios Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad

También destacan el derecho a la preservación de la salud, no sólo el derecho a la vida. Esto es interesante porque, para comenzar, hay que hacerlo desde el principio, desde el derecho a la vida, a la salud y de posicionar al hombre en el eje del análisis.

El planteo que al respecto efectúan Donato, Ariccia Vincent y Herrera resulta relevante, en tanto reseñan las prerrogativas más destacadas:

Este marco normativo tanto nacional como supranacional, permite fijar un catálogo de derechos mínimos específicos para quienes padezcan trastornos psíquicos que deben ser respetados rigurosamente. Entre ellos cabe mencionar a los siguientes:

a) derecho a ser informado sobre su diagnóstico y sobre el tratamiento más adecuado y menos riesgoso,

b) derecho a un examen médico practicado con arreglo a un procedimiento autorizado por el derecho nacional,

c) derecho a negarse a recibir un determinado tratamiento o formatos terapéuticos,

d) derecho a recibir los medios adecuados tendientes a la cura o mejoría donde las negligencias o retardos en la prestación de un tratamiento pueden restar justificación a la internación, y volverla ilegítima,

e) derecho a la continuidad del tratamiento,

f) derecho a la terapia farmacológica adecuada, del que se deriva que la medicación no debe ser suministrada al paciente como castigo o para conveniencia de terceros, sino para atender las necesidades de aquél y con estrictos fines terapéuticos,

g) derecho a un registro preciso del proceso terapéutico y acceso a éste,

h) derecho a la confidencialidad del tratamiento, incluso después del alta o la externación,

i) derecho a la reinserción comunitaria como un eje de la instancia terapéutica,

j) derecho al tratamiento menos represivo y limitativo posible

k) derecho a no ser discriminado por su condición. (Donato, Ariccia Vincent & Herrera, 2011, p. 10)

En el fallo Campodónico ya deja la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentadas las bases de derechos fundamentales que están vinculados cuando sostiene: “Los derechos a la vida y a la preservación de la salud reconocidos por los arts. 14, 14 bis, 18, 19 y 33 de la Ley Fundamental y los tratados internacionales de jerarquía constitucional, conllevan deberes correlativos que el Estado debe asumir en la organización del servicio sanitario.”<sup>5</sup>

Y para profundizar sobre la cuestión de origen agrega: “el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional”. Y completa la fundamentación sosteniendo que “el hombre es

---

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. – 24/10/2000 - Campodónico de Beviacqua, Ana Carina C/ Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho

eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”<sup>6</sup>

Y agregan citando uno de los reconocimientos expresos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 12 que está consagrado:

El derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los estados partes de procurar su satisfacción. Entre las medidas que deben ser adoptadas a fin de garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad.<sup>7</sup>

Se evidencia el porqué se comenzó este trabajo haciendo referencia al concepto de salud, que permite entender aquello a lo que se pretende arribar y lo que se debe procurar garantizar no sólo por los particulares, sino, principalmente por el Estado.

También hace referencia a estos temas, Faliero, quien menciona dos derechos fundamentales: el derecho a la salud, por un lado y el derecho al acceso a la educación, por otro. En cuanto al primero sostiene que “no se agota simplemente en el derecho de estar sano o de no padecer afecciones, sino que abarca una multiplicidad de factores de la más variada gama, todos los cuales generan el medio en el cual pueda desarrollarse una vida estimada como saludable.” (Faliero, 2013, p. 1)

Claramente este derecho es fundamental, así lo afirma al sostener que “El derecho personalísimo a la salud encuentra su fuerza convalidante en el derecho a la vida, y le permite al individuo la maximización de sus potencialidades físicas y espirituales, individuales y sociales, en el desarrollo de su proyecto de vida.” (Faliero, 2013, p. 5)

Y luego al referirse al acceso a la educación, afirma que es “determinante subyacente de la salud, es uno de esos factores que le permiten al individuo desarrollarse como tal. Debido a que el ser humano debe ser considerado bajo el cristal de una concepción integral, la salud debe ser entendida como inclusiva del acceso a la educación.” (Faliero, 2013, p. 1)

---

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. – 24/10/2000 - Campodónico de Beviacqua, Ana Carina C/ Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. – 24/10/2000 - Campodónico de Beviacqua, Ana Carina C/ Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho

Este aspecto no es menor, porque garantizar el acceso a la educación, también es una manera indirecta de que la persona conozca sus derechos y pueda exigir su cumplimiento, de manera que es un derecho que permite hacer valer sus otros derechos.

Marano efectúa una enumeración de los derechos personalísimos para personas con discapacidad y destaca como tales los siguientes:

- Inviolabilidad de la persona humana
- Protección de la dignidad personal
- Derecho a la imagen
- Prohibición de toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia
- Investigación médica en seres humanos
- Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud
- Directivas médicas anticipadas
- Disposiciones sobre exequias. (Marano, 2015, p. 3)

Además, el Protocolo elaborado por Programa Eurosocial para la Cohesión Social en América Latina y varias dependencias públicas enumera los derechos, especialmente vinculados al acceso a la Justicia, y afirma que “las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que el resto de las personas, sin embargo, hay una serie de derechos que resulta necesario enfatizar en relación con su actuación frente al sistema de justicia” (Programa Eurosocial para la Cohesión Social en América Latina, 2013, p. 30) y los enumera:

- A ser tratados con igualdad
- A acceder a la justicia en igualdad de condiciones
- A conocer y entender el procedimiento por el que van a pasar y recibir la información pertinente
- A poder comunicarse y expresarse en todas las instancias del proceso
- A recibir los apoyos que puedan necesitar (Programa Eurosocial para la Cohesión Social en América Latina, 2013, p. 30)

El planteo de Vazzano es interesante porque no aísla los derechos, sino que los interrelaciona y afirma que las barreras y/o impedimentos se interponen para el ejercicio de las actividades de la vida diaria, “lo que vulnera su derecho a la libertad, derecho a la libre circulación, derecho a la igualdad, etc.” (Vazzano, 2015, p. 3)

Y completa el análisis integral al sostener que “se observan relaciones de coadyuvancia cuando los valores salud, igualdad, libertad, cooperación, solidaridad, educación, amor, etc. contribuyen a la realización del valor justicia” (Vazzano, 2015, p. 8) Este aspecto también reviste importancia porque permite comprender que la persona goza de un abanico de derechos y que su ejercicio no es independiente ni operan como

compartimentos estancos sino que, por el contrario, este menú de prerrogativas se interrelacionan en la teoría y en la práctica y debe garantizarse su ejercicio de manera integral.

Además, esto pone en evidencia cómo el acceso a la justicia es a la vez un derecho y una garantía para el ejercicio de los otros derechos. De allí la importancia de garantizar el pleno goce de aquellos para todas las personas y que la discapacidad no sea una limitación, menos aun para acceder a la justicia que es, en ocasiones, la última oportunidad para que los derechos no sean vulnerados.

Luego de haber analizado los diferentes “catálogos” que tanto la normativa como la jurisprudencia y la doctrina elaboraron, es pertinente señalar que, en realidad, lo que corresponde es reconocerles a las personas con discapacidad los mismos derechos que al resto de las personas y aportar, esos derechos, garantías y apoyos adicionales que sean necesarios para garantizar su cumplimiento.

Por eso no es necesario crear más o mejores derechos, sino asegurarse de que los mismos les sean reconocidos y garantizados. Claro que la implementación de esta premisa es más compleja en la realidad que en su enunciación, de ahí la necesidad de avanzar sobre estrategias concretas que permitan la verdadera igualdad en el ejercicio de los derechos humanos a todas las personas.

### **2.1.3 Obligaciones de los estados en relación a la materia**

Como se citó, los instrumentos internacionales y disposiciones nacionales generan obligaciones para los Estados que implican responsabilidades y consecuencias acerca de este asunto, cuyo incumplimiento puede derivar en sanciones, de manera que no es sin costo adherir a determinadas disposiciones.

De allí que en este apartado se analizarán qué obligaciones se han derivado para la Argentina de la normativa y que implican para los ciudadanos otro reconocimiento de los derechos y, en alguno casos, del modo en que los mismos pueden ser ejercidos.

En primer lugar, se comparten seguidamente las reflexiones que Faliero señala, entre las obligaciones de los Estados, lo que consagra la ley N° 22.431 que:

Dice en su art. 4: “El Estado, a través de sus organismos, prestará a las personas con discapacidad no incluidas dentro del sistema de las obras sociales, en la medida que aquellas o las personas de quienes dependan no puedan afrontarlas, los siguientes servicios:

- a) Rehabilitación integral, entendida como el desarrollo de las capacidades de la persona discapacitada.
- b) Formación laboral o profesional.
- c) Préstamos y subsidios destinados a facilitar su actividad laboral o intelectual.

- d) Regímenes diferenciales de seguridad social.
- e) Escolarización en establecimientos comunes con los apoyos necesarios previstos gratuitamente, o en establecimientos especiales cuando en razón del grado de discapacidad no puedan cursar la escuela común.
- f) Orientación o promoción individual, familiar y social. (Faliero, 2013, p.6)

Haciendo referencia a las disposiciones a nivel internacional, Olmo y Prach sostienen que:

El artículo 12 de la Convención establece el igual reconocimiento como persona ante la ley de quienes se encuentran en una situación de discapacidad, especificando en su punto 3 que: “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.” (Olmo & Prach, 2015, p 1)

Y luego completan el análisis de dicho artículo y de las implicancias de los compromisos que asumen los Estados y afirman que:

El punto 4 del mismo artículo señala: “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” (Olmo & Prach, 2015, p. 2)

En el fallo Campodónico, la Corte Suprema analiza también las obligaciones y afirma que: “los estados partes se han obligado "hasta el máximo de los recursos" de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho tratado (art. 2, inc. 1).”<sup>8</sup>

Y luego agrega el máximo tribunal en relación a la "cláusula federal" prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que la misma “Impone al gobierno nacional el cumplimiento de todas las obligaciones relacionadas con las materias sobre

---

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. – 24/10/2000 - Campodónico de Beviacqua, Ana Carina C/ Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho

las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial, y el deber de tomar "de inmediato" las medidas pertinentes"<sup>9</sup>

También se comparte el análisis que, al respecto, efectúan Carignano, Rosales y Palacios y que sistematizan de manera clarificadora, al sostener que el art. 4 determina las obligaciones de los Estados entre las que se destacan:

- La Convención exige a los Estados: “Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad”, y como contrapartida de esta obligación, la Convención determina que el Estado debe “Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella”. Esto significa que la discapacidad deberá ser un tema transversal de todas las áreas de gobierno y del Estado, obligación que exigirá la determinación de un presupuesto específico. La Convención exige escuchar y hacer participar a las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.

- La Convención también incorpora la obligación del Estado parte de “Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discriminen por motivos de discapacidad” (inc. e), convirtiéndolo en garante de ello.

- La Convención impone obligaciones a los Estados, principalmente en el ámbito de las nuevas tecnologías (TICs). Así deberán emprender o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal; emprender o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones; y entre otros, proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad.

- La Convención incorpora una cláusula muy poco usual respecto a la capacitación de quienes trabajen con personas con discapacidad. El inciso i) del art. 4 mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan figurar en la legislación de un Estado Parte o en el derecho internacional en vigor en dicho Estado”. Esto es muy importante tenerlo en cuenta, porque Argentina tiene una importante legislación, que en algún caso podría superar lo determinado por la Convención y en este caso, la regla es que se debe respetar la normativa que facilite en mayor medida el ejercicio de un derecho. (23) Una medida útil en este sentido sería una política de Estado que, a diferencia de lo que sucede hasta ahora, obligue a su cumplimiento (Ej.: el cupo laboral, las coberturas de salud privada, los accesos a la educación, etc.).

- Se exige a los Estados partes la realización de medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para que la sociedad tome conciencia de la situación de la discapacidad: a) Sensibilizar a la sociedad en el tema (a través de campañas efectivas de sensibilización pública tratando de obtener actitudes receptivas, percepciones positivas y mayor conciencia social y el reconocimiento de capacidades y habilidades de las personas con discapacidad); b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas

---

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. – 24/10/2000 - Campodónico de Beviacqua, Ana Carina C/ Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho

respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida (alentando a los medios de comunicación para ello) y c) Promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad. (Carignano, Rosales & Palacios, 2012, p. 18)

Alderete, por su parte, plantea una conclusión sintética pero sencilla en relación a la obligación que plantea la Convención para con los Estados y en defensa de las personas con discapacidad, al sostener que:

Existe de modo manifiesto una obligación positiva por parte de los estados partes de la CDPD a fin de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan gozar de todos y cada uno de sus derechos en igualdad de oportunidades que las personas sin discapacidad y ello implica remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan tal ejercicio. (Alderete, 2015, p. 1)

Este planteo es fundamental porque evidencia de qué manera el Estado tendrá que realizar acciones positivas (remover los obstáculos) para equilibrar las desigualdades que la discapacidad genere.

Además, para complementar y sistematizar el aporte, plantea Alderete, esquemáticamente que las obligaciones pueden reducirse a:

- a. Participación plena e inclusión en la vida social
- b. Toma de conciencia
- c. Modificar costumbres y prácticas existentes
- d. Proporcionar información
- e. Promover la formación de los profesionales y del personal que trabaja con personas con discapacidad. (Alderete, 2015, p. 5)

En conclusión las obligaciones que pesan sobre el Estado, autoimpuestas a nivel local y también las que pesan a nivel internacional en función de la ratificación de los instrumentos internacionales correspondientes, son múltiples y de amplio alcance.

Una afirmación para celebrar dado que, normalmente las leyes proclaman derechos y garantías de suma relevancia, pero no le imponen a los Estados obligaciones directas y concretas y sanciones ante su incumplimiento, por lo que las buenas intenciones sólo quedan en eso, y terminan siendo meras expresiones de deseo que no tienen operatividad y significan para los ciudadanos tener “en teoría” muchos derechos pero poder “en la práctica” ejercer muy pocos.

Más allá de la extensa enumeración de los derechos, la clave es comprender que el Estado, debe implementar las medidas que sean necesarias para garantizar la igualdad en los casos de personas con discapacidad.

## **2.2 Marco normativo nacional sobre discapacidad**

En este segundo eje del capítulo se abordará la normativa que a nivel nacional se dictó en relación a la temática de la discapacidad o que, de manera indirecta, tiene influencia en las personas con discapacidad, sus derechos y garantías y las acciones concretas para garantizar el cumplimiento de los mismos.

Es importante tener presente que este análisis se complementa con las consideraciones expresadas previamente, en tanto para los ciudadanos y para el Estado son obligatorias las disposiciones internas y también las internacionales, de modo que no es posible considerar de manera autónoma las disposiciones del ordenamiento interno, sino que deben interpretarse en su conjunto.

En función de ello, todos los derechos y deberes deben ser analizados de manera integral y revisar los aspectos en los que hay armonía entre las diferentes normativas y aquellos en que las disposiciones son contradictorias o plantean soluciones diversas a idénticas situaciones.

### **2.2.1 Regulación de la temática en la Constitución Nacional**

Nuestra Carta Magna regula la temática de la discapacidad en sus disposiciones propias y, también, en las que incorporó al Bloque de Constitucionalidad que corresponden a instrumentos internacionales.

En el artículo 75, al analizar las atribuciones del Congreso, la Constitución Nacional dispone en la primera parte del inciso 23 que debe:

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 y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. (Constitución Nacional, Artículo 75 inciso 23)

Al analizar estas disposiciones específicas de nuestra Constitución Nacional, como norma fundamental, Vazzano plantea que:

En virtud de esta norma, los constituyentes otorgaron prioridad a la situación de vulnerabilidad de los discapacitados. La Constitución de 1853-1860 no contenía norma alguna que hubiere captado un reparto de protección específica a los sujetos con discapacidad ni los mencionaba como beneficiarios de tutela particular. (Vazzano, 2015, p. 6)

Por otro lado, el artículo 16 que consagra a nivel general el principio de igualdad, que también resulta un precepto de suma relevancia porque es en base a esa

igualdad que se deben tomar medidas concretas para compensar las inequidades biológicas, sociales, contextuales, etc. De manera que el artículo 16 de nuestra Carta Magna es también un artículo de relevancia para la temática de la discapacidad.

Además, y en función de lo dispuesto por el Artículo 75 inciso 22, al enunciar otra de las atribuciones del Congreso, se incorporaron instrumentos internacionales, y que son, actualmente, derecho vigente en nuestro país con jerarquía constitucional.

Art. 75 Corresponde al Congreso

Inc. 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. (Constitución de la Nación Argentina, Artículo 75, inciso 22)

Por todo lo expuesto se destaca que la mayor relevancia en cuanto a las regulaciones constitucionales corresponden al artículo 75 inciso 23, el artículo 16 y también el artículo 75 inciso 22, que incorpora once instrumentos internacionales de derechos humanos a nuestro bloque de constitucionalidad.

Estas disposiciones permiten brindar ciertos criterios interpretativos y algunos derechos expresamente consagrados cuya operatividad no está en discusión, por lo que los ciudadanos pueden exigir su cumplimiento de manera inmediata y efectiva.

### **2.2.2 Reseña normativa nacional sobre discapacidad**

En este apartado se revisarán cuáles son las leyes nacionales que nuestro país ha dictado y que se refieren a la temática de la discapacidad, de manera más o menos directa y que se vinculan con las disposiciones constitucionales e internacionales sobre el tema.

La reseña que efectúa Vazzano resulta clarificadora en tanto sostiene que a nivel interno:

“La República Argentina, cuenta desde el año 1981 con normativa de protección específica a los discapacitados. La Ley 22.431 de 1981 de “Sistema de Protección Integral de la Personas Discapacitadas”; la ley 24.147 de 1992 del “Régimen de los Talleres Protegidos de Producción para los Trabajadores Discapacitados; la Ley 24.716 de 1996, de “Licencia para Trabajadoras Madres de Hijos con Síndrome de Down”; la ley 24.091 de 1997, de “Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad”; la ley 25.504 de 2001, modificatoria de la ley 22.431, de “Sistema de Protección Integral de los Discapacitados”; la ley 25.635 de 2002, modificatoria de la ley 22.431, sobre “Gratuidad en Transportes de Colectivos”, entre otras. (Vazzano, 2015, p. 6)

En el mismo sentido, Donato, Arricia Vincent y Herrera sostienen que:

En nuestro país, corresponde destacar que diferentes normas reconocen y protegen los derechos de las personas con discapacidad (vgr: Cód. Civ.; Ley N° 22.914 Internación y Egreso de Establecimientos de Salud Mental, Leyes N° 22.431, 24.901 y 23.592; art. 36, inc. 5°, Constitución de la Provincia de Buenos Aires art. 15 (tutela judicial efectiva y continua); art. 36 inc. 5° (derecho de la persona discapacitada a la protección integral del Estado); inc. 8° (derecho a la salud) ; art. 65, Constitución de la Provincia de Catamarca; art. 27, Constitución de la Provincia de Córdoba; art. 72, Constitución de la Provincia de Formosa; art. 48, Constitución de la Provincia de Jujuy; art. 42, Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Ley N° 448, Ciudad Autónoma de Buenos Aires). (Donato, Arricia Vincent & Herrera, 2011, p. 10)

En función de todo lo analizado sobre la temática, se confecciona una breve enumeración cronológica que refieren a las leyes sobre la temática de la discapacidad en Argentina:

- **Ley 19.279 – (1979) Ley de Automotores para Lisiados:** la misma denominación “lisiados” fue reemplazada en 1992 por el término “persona/s con discapacidad”. La finalidad era poder acceder a vehículos con ciertas características para ejercer una profesión, o realizar estudios u otras actividades y/o desarrollen una normal vida de relación. Como se puede apreciar, más allá de la imprecisión terminológica, el fin último de integración social de la persona con discapacidad, es digno de mención. Las formas quizás no hayan sido las mejores, porque el patrón es predominantemente asistencialista, pero en tanto permita la integración de las personas con discapacidad merece su reconocimiento como tal.

- **Ley 22.431 – (1981) Ley de Sistema de Protección Integral de los Discapacitados:** fue luego modificada por la ley 24.308. En el artículo 2 plantea qué se entiende por persona discapacitada y afirma que es “toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.”

Otro aspecto de relevancia fue la incorporación en el artículo 3 del Certificado Único de Discapacidad, que expedía (hoy modificado) el Ministerio de Salud de la Nación y su relevancia radica en que no sólo debía determinar la existencia de la discapacidad, su naturaleza y grado, las posibilidades de rehabilitación; sino también qué tipo de actividad laboral o profesional puede desempeñar. Atribución esta última que no se considera apropiada para ser determinada por el Ministerio de Salud, en tanto es un aspecto muy complejo y ajeno a la cuestión netamente médica como para ser dispuesto por esta autoridad.

También resultan valiosos los aportes en relación a las prestaciones de servicios de asistencia, la salud y asistencia social, trabajo, educación y previsión social. En cuanto al tema específico del trabajo establece en el artículo 8 un cupo mínimo del cuatro por ciento (4%) de la totalidad de su personal. En relación al aspecto previsional regula específicamente la pensión por invalidez. También corresponde hacer mención a los artículos 20 a 22 que regulan la accesibilidad al medio físico, abordando los diferentes tipos de barreras que pueden presentarse (arquitectónicos, del transporte, etc.). Finalmente, el artículo 23 contempla una deducción impositiva para los empleadores que contraten personas con discapacidad.

Si bien se han modificado algunas disposiciones, en general el sistema ha constituido un gran aporte a la temática, hoy por hoy hay muchos planteos y cuestionamientos para efectuar, pero como primer paso para regular la temática cabe reconocer el mérito de hacerse cargo de una realidad que requiere de una actitud real del Estado.

- **Ley 23.661 – (1989) Sistema Nacional del Seguro de Salud:** si bien esta ley no es específica, en el artículo 28 regula la situación para las personas discapacitadas, por eso cabe mencionarla.

- **Ley 24.308 – (1993) Ley que reglamenta las concesiones de pequeños comercios y modifica a la Ley 22.431:** esta ley modifica la ley 22.431 y que permite regular y promover los comercios para personas con discapacidad, de manera de darle reales oportunidades, lo que se considera un acierto que permite equiparar las diferencias.

- **Ley 24.901 - (1997) Ley de Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad:** esta ley reguló no sólo las obras sociales, sino también las prestaciones que deben garantizarse. Al conceptualizar a las personas con discapacidad remite a la definición brindada por el artículo 2° de la ley 22.431 que se ha transcripto oportunamente. Un aspecto llamativo es que clasifica los diferentes tipos de prestaciones, entre las que se enumeran prestaciones vinculadas a lo educativo, excediendo lo estrictamente médico.

- **Decreto 1193/98 – (1998) Reglamentación de la Ley 24.901-** este decreto del año 1998 reglamentó la ley 24.901, no en todos sus artículos pero de manera general avanza sobre la reglamentación de la ley; incluyendo un anexo donde se reguló el funcionamiento del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad.

- **Ley 25.280 – (2000) Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, suscripta en Guatemala:** mediante esta ley se aprobó la Convención que fuera dada en Guatemala en el año 1999, en sus catorce artículos, convirtiendo en derecho vigente las disposiciones allí acordadas.

- **Ley 25.504 - (2001) Ley del Certificado Único de Discapacidad:** mediante esta ley se modificó el sistema que fuera instituido por ley 22.431, agregando en el artículo segundo la obligación de reglamentación por parte del Poder Ejecutivo nacional.

- **Ley 26.378 – (2008) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la**

**Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006:** se aprueba la convención y los dos anexos, convirtiéndose de ese modo en derecho vigente desde 2008 en Argentina, brindando mayores derechos y garantías a los ciudadanos y responsabilidades al Estado.

- **Ley 26.657 – (2010) Salud Pública:** popularmente conocida como Ley de Salud Mental, reglamenta específicamente lo vinculado con esta temática, las internaciones, las adicciones como una de las enfermedades a regular por esta normativa. Además, considera parte integrante de la ley los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, adoptado por la Asamblea General en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991. Y considera como instrumentos de orientación para la planificación de políticas públicas a: la 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 dentro de los Sistemas Locales de Salud, del 14 de noviembre de 1990, y los Principios de Brasilia Rectores; para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas, del 9 de noviembre de 1990.

Uno de los aspectos a destacar es que en el artículo 7 enumera los derechos que les deben ser reconocidos a las personas con padecimiento mental, a saber:

- a) Derecho a recibir atención sanitaria y social integral y humanizada, a partir del acceso gratuito, igualitario y equitativo a las prestaciones e insumos necesarios, con el objeto de asegurar la recuperación y preservación de su salud;
- b) Derecho a conocer y preservar su identidad, sus grupos de pertenencia, su genealogía y su historia;
- c) Derecho a recibir una atención basada en fundamentos científicos ajustados a principios éticos;
- d) Derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria;
- e) Derecho a ser acompañado antes, durante y luego del tratamiento por sus familiares, otros afectos o a quien la persona con padecimiento mental designe;
- f) Derecho a recibir o rechazar asistencia o auxilio espiritual o religioso;
- g) Derecho del asistido, su abogado, un familiar, o allegado que éste designe, a acceder a sus antecedentes familiares, fichas e historias clínicas;
- h) Derecho a que en el caso de internación involuntaria o voluntaria prolongada, las condiciones de la misma sean supervisadas periódicamente por el órgano de revisión;
- i) Derecho a no ser identificado ni discriminado por un padecimiento mental actual o pasado;

j) Derecho a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que lo asisten, y de todo lo inherente a su salud y tratamiento, según las normas del consentimiento informado, incluyendo las alternativas para su atención, que en el caso de no ser comprendidas por el paciente se comunicarán a los familiares, tutores o representantes legales;

k) Derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades;

l) Derecho a recibir un tratamiento personalizado en un ambiente apto con resguardo de su intimidad, siendo reconocido siempre como sujeto de derecho, con el pleno respeto de su vida privada y libertad de comunicación;

m) Derecho a no ser objeto de investigaciones clínicas ni tratamientos experimentales sin un consentimiento fehaciente;

n) Derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable;

o) Derecho a no ser sometido a trabajos forzados;

p) Derecho a recibir una justa compensación por su tarea en caso de participar de actividades encuadradas como laborterapia o trabajos comunitarios, que impliquen producción de objetos, obras o servicios que luego sean comercializados. (Ley 26657, 2010, Artículo 7)

Es importante tener presente que el abordaje de estas normativas es diferente, según el contexto social, cultural, médico y jurídico en el que fueron creadas, las cuestiones específicas que abordan y los intereses o derechos que se pretenden proteger. Ya en las denominaciones de las leyes se aprecian las diferencias terminológicas, que finalmente evidencian paradigmas diversos.

Entre los diversos aspectos de cada una de las normas citadas se nombran a continuación aquellos que se consideran de mayor relevancia por la doctrina y/o la jurisprudencia, además de lo que ya se ha señalado en cada caso.

La ley 23.661 instituyó el Sistema Nacional de Salud, con los alcances de un seguro social, según la Corte en autos Campodónico, ‘a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica’.<sup>10</sup>

Y luego agrega la Corte en el citado fallo Campodónico:

Con tal finalidad, dicho seguro ha sido organizado dentro del marco de una concepción ‘integradora’ del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden ‘su participación en la gestión directa de las acciones’

---

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. – 24/10/2000 - Campodónico de Beviacqua, Ana Carina C/ Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho

Su objetivo fundamental es "proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación..."<sup>11</sup>

Por otro lado, al analizar la ley 24.431 la Corte Suprema en el fallo Campodónico sostuvo que:

El niño se halla amparado por las disposiciones de la ley 24.431, de "protección integral de las personas discapacitadas" -a que adhirió la Provincia de Córdoba- y ello obliga también a asegurarle los tratamientos médicos en la medida en que no puedan afrontarlos las personas de quienes dependa o los entes de obra social a los que esté afiliado (conf. certificado de fs. 6; arts. 1, 3 y 4, ley 22.431 y ley provincial 7008), lo cual corrobora la sinrazón del acto de la autoridad pública que amenazó con grave riesgo sus derechos a la vida y la salud.<sup>12</sup>

Al referirse a la ley 24.901, que es en verdad un emblema de la regulación sobre la temática en nuestro país afirma la Corte Suprema que:

Se ha creado un sistema de prestaciones básicas "de atención integral a favor de las personas con discapacidad" y se ha dejado a cargo de las obras sociales comprendidas en la ley 23.660 la obligatoriedad de su cobertura (arts. 1 y 2).

Empero, frente al énfasis puesto en los tratados internacionales para preservar la vida de los niños, el Estado no puede desentenderse de sus deberes haciendo recaer el mayor peso en la realización del servicio de salud en entidades que, como en el caso, no han dado siempre adecuada tutela asistencial, conclusión que lleva en el sub examine a dar preferente atención a las necesidades derivadas de la minusvalía del menor y revaloriza la labor que debe desarrollar con tal finalidad la autoridad de aplicación.<sup>13</sup>

Por su parte, en el fallo Monteserin dispone la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la ley 24.901:

Instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, que contempla acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos (art. 1/) y dispone que las obras sociales tendrán a su cargo, con carácter obligatorio, la cobertura de tales prestaciones.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. – 24/10/2000 - Campodónico de Beviacqua, Ana Carina C/ Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. – 24/10/2000 - Campodónico de Beviacqua, Ana Carina C/ Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. – 24/10/2000 - Campodónico de Beviacqua, Ana Carina C/ Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho

<sup>14</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. – 16/10/2001 – Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional. Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas – Servicios Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad

Al referirse al decreto 1193/98 que reglamenta la ley 24.901, la Corte Suprema en el fallo Monteserin precisó que el mismo:

determina que las personas con discapacidad que carecieran de cobertura social y, además, no contaran con recursos económicos suficientes y adecuados podrán obtener las prestaciones básicas a través de los organismos del Estado Nacional, provincial o municipal, y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda, que adhieran al sistema, así como que las autoridades competentes de las provincias, municipios o de la citada ciudad, podrán celebrar convenios de asistencia técnica, científica y financiera con la autoridad competente en el orden nacional, a fin de implementar y financiar las prestaciones básicas previstas en la norma legal (art. 4/, del anexo I).<sup>15</sup>

Santoro al referirse a la ley 26.657 sostiene que llega “después de décadas de debate mundial en búsqueda de una consideración más humana de las personas con padecimientos mentales, que colocó al país en la vanguardia de la región” (Santoro, 2012, p. 1)

También Yuba se refiere a esta ley y sostiene que “el cambio de paradigma se advierte a partir del dictado de la Ley de Salud Mental (Ley 26.657), de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Ley 26.378)” (Yuba, 2014, p. 4)

Por último y, pese a no ser normativa de jerarquía nacional, es importante tener presente que la Constitución de la Provincia de Córdoba aborda de manera directa la temática de la discapacidad, en su artículo 27 que sostiene:

Los discapacitados tienen derecho a obtener la protección integral del Estado que abarque la prevención, asistencia, rehabilitación, educación, capacitación, inserción en la vida social, y a la promoción de políticas tendientes a la toma de conciencia de la sociedad respecto de los deberes de la solidaridad. (Constitución de la Provincia de Córdoba, Artículo 27)

En conclusión, las normativas nacionales acerca de la discapacidad presentan una importante evolución que abarca lo social, cultural y económico.

Además, evidencia cuál era la situación del derecho previo a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial que entró en vigencia en Agosto de 2015; facilitando así la posibilidad de comparar dos regulaciones diferentes.

---

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. – 16/10/2001 – Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional. Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas – Servicios Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad

### 2.3 Conclusiones parciales acerca de la temática

Se han expuesto en este capítulo, los aspectos más importantes de la normativa que regula la cuestión de la discapacidad tanto en nuestro país como a nivel de disposiciones internacionales.

Esto ha permitido apreciar cómo ha evolucionado la temática de la discapacidad no sólo a nivel jurídico, sino también a nivel social y cultural que terminaron derivando en el reajuste de las leyes para adecuarse a los nuevos paradigmas; no sólo modificando nombres sino verdaderos enfoques culturales. Se considera fundamental tener presente de qué manera la temática ha sido regulada en estos últimos tiempos y el perfil notoriamente superador de las propuestas más recientes.

Además, no es una cuestión menor que haya legislación de tal magnitud y calidad en el mundo y, también en nuestro país, porque eso significa que la Argentina se encuentra “a tono” con las políticas y tendencias que están vigentes a nivel internacional, no sólo por la ratificación de las Convenciones, sino por la adecuación de la normativa interna y la consolidación del nuevo paradigma de modelo social de la discapacidad, que se pretende transversalizar no sólo desde lo jurídico, sino también desde lo social y cultural.

Asimismo, cabe destacar dos aspectos que resultan más que importantes. Por un lado, los derechos consagrados, poder enumerar con precisión cuáles son las prerrogativas de que gozan las personas con discapacidad (además de las generales que gozan todos los ciudadanos) es por demás valioso, para no dejar margen de duda, en relación a cuál debe ser la situación a garantizar.

Por otro lado, también es importante saber cuáles son las obligaciones de los Estados, que han asumido a partir de las regulaciones internacionales que han suscripto. Esto cobra relevancia, porque son exactamente la contracara de los derechos de los ciudadanos y señalan qué es posible reclamar ante la Justicia, que es siempre la última instancia y el último bastión para garantizar el ejercicio de los derechos que han sido reconocidos a los ciudadanos.

Para no perderse en el catálogo de derechos de los ciudadanos y de obligaciones del Estado, es posible sintetizarlo en el derecho a la igualdad, poder garantizar la efectiva igualdad real de oportunidades es la mayor obligación del Estado en relación a las personas con discapacidad, de esa manera sus otros derechos tendrán la posibilidad de ser respetados.

El primer paso para hacer valer los derechos propios y respetar los de los demás es conocerlos. De allí la importancia de esta reseña que se compartió. Además se destaca que, tanto a nivel mundial, como a nivel local se ha avanzado hacia paradigmas de mayor protección y reconocimiento para las personas con discapacidad, buscando que la igualdad se concrete no sólo en la letra muerta de la ley, sino en las acciones reales que se promueven desde el Estado.

**Capítulo III:**  
**Análisis de las nuevas disposiciones del Código Civil y**  
**Comercial de la Nación**

---

### **Capítulo III: Análisis de las nuevas disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación**

En este tercer y último capítulo se analizará la temática definida para este trabajo en tanto permitirá revisar cómo ha sido abordada la situación de las personas con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial, puntualmente en cuanto al sistema de apoyos y de qué manera eso garantiza o no el acceso a la justicia.

#### **3.1 Normativa del nuevo Código Civil y Comercial en cuanto a la discapacidad**

El nuevo Código Civil y Comercial, que entró en vigencia en Agosto de 2015 incorporó significativos cambios en lo que respecta al régimen de capacidades e incapacidades y al paradigma en relación a las personas con discapacidad.

Tal como lo señala Fernández, el Código “recepta el llamado proceso de constitucionalización o humanización del derecho privado, derivado del desarrollo creciente de la doctrina internacional de los derechos humanos, entre cuyos principios esenciales destaca el de no discriminación y respeto de la persona y su diversidad.” (Fernandez, 2015, p.1)

Esto no es una cuestión menor, porque implica que las cuestiones de derechos humanos, generalmente reservadas a documentos internacionales o la Constitución Nacional son reconocidos y abordados en el Código de Derecho Privado. Más allá de las discusiones que esto genera, y que se compartirán oportunamente, cabe marcar este hecho, que es una realidad objetiva, independientemente de las consideraciones que puedan hacerse.

Por su parte, Yuba afirma, que la sanción del nuevo Código no es el inicio de un proceso, sino más bien, parte de una evolución que se venía desarrollando y sostiene que:

Respecto de las personas con discapacidad, el cambio de paradigma (también en un sentido protectorio, de igualdad y no discriminación) se advierte a partir del dictado de la Ley de Salud Mental (Ley 26.657); de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Ley 26.378). (Yuba, 2014, p. 4)

También Munilla y Navarro Lahitte Santamaria afirmaban al analizar el proyecto de reforma del Código Civil que en las nuevas disposiciones propuestas “se abandona la actual (en aquel momento) terminología del Código que alude a ‘insania’, ‘interdicción’, ‘demente’ y recepta la impronta de un nuevo abordaje que incluye

erradicar conceptos que pudieran ser entendidos como despectivos” (Munilla y Navarro Lahitte Santamaria, 2013, p. 1)

Este cambio lingüístico implica un salto cualitativo que va mucho más allá de las palabras, porque no sólo significa llamarlo de otra manera, sino que en el complejo proceso de significación esto implica reconocerle otros derechos y posicionar a quien padece una discapacidad como persona, con todos los derechos humanos que le corresponden como tal.

Sonia Santoro también celebra las nuevas disposiciones y destaca de qué manera reflejan un proceso de algunos años al afirmar que “recoge el nuevo paradigma de derechos humanos en materia de salud mental, que Argentina adoptó hace ya más de un año con la Ley 26.657. Ya no se habla de ‘idiotas’ o ‘dementes’, sino de personas con capacidades o incapacidades” (Santoro, 2012, p.1) Este proceso no es sólo lingüístico, es una verdadera concepción diferente de la persona.

Además, Cotignola afirma que “la vedette del nuevo Código es la autonomía, por ende procederá la judicialización como última ratio” (Cotignola, 2015, p.2)

Esto también significa un cambio de paradigma completo, en tanto no considera a la persona discapacitada como alguien que requiere de la subrogación en todas sus facultades, sino que es autónoma y plenamente capaz, salvo en los aspectos que específicamente se determinen de esa manera. De modo que pese a que siempre la capacidad ha sido la regla (también en el antiguo Código de Vélez y sus reformas), la concepción es totalmente diferente, aquí la persona discapacitada, es plenamente capaz, aun siendo declarada como tal, porque la declaración será en cada caso diferente, de manera que los alcances serán particulares.

La Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata sostuvo que la mejor expresión de dicha autonomía se deriva de que “el Código Civil y Comercial de la Nación establece como regla que toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos” y agrega que “esta capacidad debe presumirse y garantizarse en toda circunstancia y a todas las personas, con independencia de cualquier característica personal e incluso de cualquier diagnóstico médico”<sup>16</sup>

Yuba continúa el análisis y para no dejar lugar a dudas en cuanto al cambio de paradigma que se analizará más minuciosamente en los próximos apartados, sostiene que:

---

<sup>16</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata – Sala III – “D., J. s/Insania y Curatela – 22-12-2015

Del ‘modelo de sustitución en la toma de decisiones’ se da paso al ‘modelo social de la discapacidad’ siendo receptado por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuyo objetivo es el de asegurar el pleno goce y disfrute de los derechos de las personas con discapacidad, promoviendo el respeto de su dignidad, del derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (art. 12 CDPD). De esta manera, el CCC incorpora cambios vitales en el reconocimiento y defensa de los derechos humanos. (Yuba, 2014, p. 4)

La Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata dispuso en una síntesis que clarifica el panorama del nuevo Código Civil y Comercial que el artículo 31:

Establece que la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales: a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial; b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona; c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario; d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión; e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios; f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.<sup>17</sup>

La enumeración de las reglas anteriores constituye una reseña detallista de cómo el cambio de paradigma se evidencia en posiciones concretas que determina el nuevo Código y deja atrás un modelo que cercenaba abiertamente las posibilidades de la persona discapacitada, vulnerando de manera directa y sistemática sus derechos.

En síntesis, es importante señalar que el cambio de paradigma se visibiliza a través de las diferentes disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial que pretenden, no sólo armonizar el régimen con la normativa internacional sino garantizar, de manera efectiva, un abordaje desde los derechos humanos de las personas con discapacidad, comprendiendo que es necesario avanzar hacia un modelo que los incluya como personas, más allá de las circunstancias especiales o las limitaciones de una deficiencia o discapacidad puntual; que no debe ser el centro, sino siempre resguardar el rol de la persona y sus derechos.

### **3.1.1 Capacidad e incapacidad: definición**

Antes de avanzar sobre el sistema de apoyos, que es una de las incorporaciones más significativas del nuevo Código en materia de discapacidad, se hará mención en

---

<sup>17</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata – Sala III – “D., J. s/Insania y Curatela – 22-12-2015

este apartado a cuáles son las opciones que el Código Civil y Comercial nos plantea como alternativas en materia de capacidad, cuál es el nuevo esquema de posibilidades de capacidad e incapacidad.

En primer lugar cabe recordar que en el régimen anterior, del Código Civil de Vélez con sus reformas, la sistematización era la siguiente:

- Capacidad: como regla general.
- Incapacidad Absoluta de Hecho: personas por nacer, menores impúberes, dementes y sordomudos que saben darse a entender por escrito. Conforme lo establecía el artículo 54 del antiguo Código Civil
- Incapacidad Relativa de Hecho: menor adulto, interdicto (art. 12 del Código Penal)
- Incapacidad relativa de Derecho: religioso profeso, comerciante fallido.

Como ya se mencionó anteriormente, este régimen fue dejado atrás, sobre todo desde sus fundamentos conceptuales, porque el nuevo paradigma busca priorizar la autonomía personal y que la capacidad no sea sólo la regla sino que en la práctica se conserve a la persona que presenta discapacidad un poder de actuación puntual para el caso.

En cuanto al nuevo régimen, Galvez plantea que la sistematización del Código Civil y Comercial vigente desde Agosto de 2015 establece las siguientes categorías:

- a. **Personas capaces:** se mantiene el principio vigente en el C.C. que refiere a que la capacidad de la personas es la regla y su limitación sólo puede ser dispuesta excepcionalmente. La excepcionalidad de la limitación se encuentra acentuada, sobre todo en la regulación de la situación jurídica de personas con enfermedades mentales, donde la presunción de capacidad se mantiene, aun en supuestos de internación.
- b. **Personas con capacidad restringida:** el nuevo Código contempla en su artículo 32 como supuestos de capacidad restringida, aquellos mencionados en los incisos 1 y 2 del artículo 152 bis del CC. De este modo, dispone que las personas mayores de trece (13) años que sufren de adicciones y de alteraciones mentales permanentes de gravedad suficiente como para poder dañarse a sí mismas o a sus bienes, puedan quedar sometidas a un régimen de capacidad restringida con la designación de un curador o un sistema de apoyos multidisciplinario. Ello es una sustancial diferencia con el régimen anterior, en el que estos casos quedaban emplazados en el régimen de inhabilitación e incluso en el de incapacidad.
- c. **Inhabilitados:** en los artículos 48 a 50 del nuevo Código, se reserva esta categoría para los pródigos y se reafirma el fundamento de la asistencia de un curador para actos de disposición, en protección del patrimonio familiar. Como en el caso anterior, se establece la designación de un apoyo, que deberá asistir al inhabilitado

para el otorgamiento de actos de disposición, y de aquellos que establezca la sentencia de inhabilitación.

- d. Incapaces de ejercicio:** se elimina la ya criticada distinción – por su escasa utilidad práctica y anacronismo - entre incapaces absolutos y relativos, disponiendo el artículo 24 que son incapaces de ejercicio: a) las personas por nacer; b) la persona que no cuente con la edad y grado de madurez suficiente, c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión. (Galvez, 2015, p. 1)

Este nuevo régimen, tal como se ha señalado, busca ampliar el margen de actuación, la capacidad y la autonomía de todas las personas; limitando a pocos supuestos expresamente consagrados y con alcance definido las restricciones. Esto significa un verdadero cambio de paradigma, no es simplemente desplazar un poco los límites.

Como se puede apreciar, el régimen se ve modificado desde sus raíces. Así lo afirma Whatelet que “a la capacidad plena (Art. 23 CCCN) que se presume (Art. 31 CCCN) le puede suceder una limitación en alguna de sus vertientes y sólo respecto de los actos que involucre habrá de operar la restricción” (Whatelet, 2016, p. 2)

Y luego agrega para clarificar lo excepcional del supuesto de incapacidad de una persona, que debe ser declarada judicialmente como tal detalla los requisitos: “1) absoluta imposibilidad de interaccionar con el entorno; 2) imposibilidad de expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato; y 3) no resultar eficaz el sistema de apoyo.” Y para completar dicha situación extrema “conjuntamente con la declaración aludida el ha de designar un curador” (Whatelet, 2016, p. 2)

Cabe señalar que el régimen de la incapacidad, se encuentra consagrado en el artículo 24 del nuevo Código Civil y Comercial

También en el fallo del Juzgado Civil, Comercial y Laboral de Monte Caseros, en Corrientes, se determinó que con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial “se mantiene la posibilidad de curatela, solo en casos extremos en los que no exista ninguna posibilidad de establecer apoyos, y debe ponderarse restrictivamente so pena de incurrir en un avasallamiento de los derechos de la persona.”<sup>18</sup> Esto es una verdadera innovación en relación al sistema anterior, dado que la curatela presentaba características diferentes, un poder de actuación más amplio para el curador relegando al incapaz a una posición de total subrogación, dejando de lado su voluntad, libertad y posibilidad de decisión.

---

<sup>18</sup> Juzgado Civil, Comercial y Laboral de Monte Caseros, Corrientes - “S.O. s/insania” - 18/08/2015

Uno de los aspectos más importantes del nuevo régimen, es que establece categorías intermedias entre la capacidad plena y la incapacidad que requiera curatela, en esa zona intermedia es donde se da lugar a los sistemas de apoyo. Es esta figura a mitad de camino uno de los aspectos más importantes que instaura el Código Civil y Comercial, dado que la realidad demuestra que hay una infinidad de matices entre los extremos y en todos estos casos no son números o hipótesis abstractas de elaboración teórica, sino personas cuyos derechos como tal deben ser respetados, en igualdad de condiciones que a los demás.

Para afrontar este desafío no menor es que el sistema de apoyos, propio del nuevo paradigma que responde al modelo social de la discapacidad, ha sido incorporado al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

### **3.1.2 Sistema de apoyos**

Ya se ha expresado que el nuevo Código Civil y Comercial adoptó un paradigma de derechos humanos en la materia de la discapacidad, que abandona la tradicional posición meramente asistencialista y avanza hacia el modelo social de la discapacidad, que es un enfoque de derechos humanos que no pone el énfasis en la discapacidad o deficiencia, sino que busca garantizar la igualdad de oportunidades, respetando la autonomía.

En consonancia con este nuevo paradigma, una de las incorporaciones más notorias es la figura del sistema de apoyos, que ya existía a nivel internacional, pero que era totalmente ajena al ordenamiento jurídico argentino.

La consagración expresa está en el artículo 43 del Código Civil y Comercial vigente desde Agosto de 2015, y establece que:

**Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad - ARTICULO 43.-** Concepto. Función. Designación. 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. (Artículo 43, Código Civil y Comercial de la Nación)

Una vez transcripto el artículo, se compartirán seguidamente las reflexiones que, en función de ello se han efectuado a nivel doctrinario y que permiten vislumbrar con mayor claridad de qué manera la incorporación de esta figura influye de manera directa en la asimilación del nuevo paradigma del “modelo social de la discapacidad”.

Así lo evidencia la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata cuando afirma que “en el supuesto de restricción a la capacidad, ya no procede la tradicional figura sustitutiva del curador, sino la designación de persona/s de apoyo.”<sup>19</sup> Retomando la idea de cuál era el sistema anterior, del Código de Vélez y sus modificatorias, Medina y Rivera afirman que el sistema de apoyos “para la toma de decisiones por parte de las personas con discapacidad fue pensado para reemplazar al anterior modelo basado en la sustitución de la voluntad de la persona.” (Rivera & Medina, 2014, p. 151)

Y, además, al explicar la lógica de funcionamiento del nuevo modelo afirman que es “respetuoso de la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad” y agrega que “la variable de ajuste no es la capacidad jurídica de las personas, sino la extensión e intensidad de los apoyos que deban designarse para el ejercicio de los derechos.” (Rivera & Medina, 2014, p. 151)

Alderete plantea que el artículo 43 “regula así, una nueva forma de complementar el ejercicio de la capacidad en las personas con capacidad restringida, receptando de tal modo los principios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” (Alderete, 2015, p. 3) Esta lógica de complementación es una excelente descripción que permite diferenciar un modelo de otro, en tanto no se busca reemplazar a la persona con discapacidad, sino poder completar aquello que no pueda realizar por sí misma la persona con discapacidad. Este nuevo enfoque no pone el énfasis en la discapacidad, sino en la autonomía y las estrategias para brindar colaboración sólo en lo necesario (sistema de apoyos).

La Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata dispuso con claridad que “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”<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata – Sala III – “D., J. s/Insania y Curatela – 22-12-2015

<sup>20</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata – Sala III – “D., J. s/Insania y Curatela – 22-12-2015

Esta doble naturaleza posible, en tanto judicial o extrajudicial también resulta relevante, porque no es excluyente que sea judicial, intentando facilitar las alternativas en pos del reconocimiento de las capacidades y la autonomía de las personas, en las condiciones de mayor igualdad posible.

Alderete realiza un aporte sumamente valioso en tanto resuelve al retomar la finalidad la discusión entre debates terminológicos cuando sostiene que:

El límite conceptual entre ‘apoyos’ y ‘ajustes razonables’ es casi confuso, no obstante, sea cual fuere su interpretación, lo que se propicia es dejar de pensar en la idea de representación, avanzar teniendo presente que los apoyos son necesarios en la vida de todas las personas, no solamente en las personas con discapacidad, asimismo, tener en claro también que apoyo no significa pérdida de autonomía, sino que esta última es la que debe prevalecer y ese es el fin de los apoyos, consolidar la autonomía, dignificar plenamente a las personas con discapacidad. (Alderete, 2015, p. 4)

Retoma el planteo que se ha manifestado previamente, en tanto se supera el paradigma que desplaza y reemplaza al incapaz y pasa a un sistema en que la persona es capaz, salvo para cuestiones puntuales en que contará con un auxilio de un tercero.

Yuba plantea que los sistemas de apoyo se incorporan al ejercicio de la capacidad “aplicándose el ‘modelo de asistencia en la toma de decisiones’, constituyendo los apoyos, herramientas para lograr la promoción y garantía de los derechos de las personas interesadas tendiente a su autonomía y pleno reconocimiento de sus derechos”. (Yuba, 2014, p. 4)

Reiterando que la curatela se tornó en el nuevo Código una opción excepcionalísima, en el Juzgado Civil, Comercial y Laboral de Monte Caseros afirman que “los apoyos deben ser siempre la primera alternativa al momento de solicitar medidas judiciales relativas a la capacidad jurídica de las personas”<sup>21</sup> Esto también muestra un sistema que admite matices y gradualidades ya no se concentra en extremos en que la persona incapaz se encontraba totalmente limitada en su accionar, sino que acepta con el sistema de apoyos una amplia gama de alternativas para la persona con discapacidad.

Además, otro de los aspectos fundamentales de la incorporación del sistema de apoyos es que no es idéntico para todas las personas, sino que requiere de adaptación a cada caso en particular. Si bien esto implica la necesidad de revisión de cada situación, permite dar respuestas que realmente sean justas y que busquen la verdadera igualdad de oportunidades para cada persona.

---

<sup>21</sup> Juzgado Civil, Comercial y Laboral de Monte Caseros – Corrientes – “S.O., s/ Insania” – 18/08/2015

No todas las personas que presenten el mismo diagnóstico médico, ni que vivan en la misma ciudad, ni que tengan la misma situación socio-económica y nivel de estudios, aun cuando coincidieran todos esos aspectos, tendrán la misma realidad. De manera que, las condiciones particulares del caso son determinantes en la solución “a medida” que se debe proporcionar a cada persona; no sólo garantizando el paradigma de derechos humanos, sino también el acceso a la justicia.

Así lo señala la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, cuando citando a Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Fernández afirma que:

Es un sistema que exige una construcción individual, particular, acorde a la condición personal / contextual del protagonista, una construcción artesanal en que deben ensamblar adecuadamente el régimen de restricciones establecido y las funciones encomendadas a las figuras de apoyo, siempre bajo la perspectiva del acompañamiento, el favorecimiento de la comunicación, la autonomía y no la sustitución de voluntad.<sup>22</sup>

También hacen referencia a esta necesidad de ajustarse al caso concreto Munilla y Navarro Lahitte Santamaría al afirmar que “se inscribe en la línea de las llamadas ‘sentencias a medida’, puesto que requieren un trabajo artesanal por parte de los jueces para delimitar los actos y funciones que pueda realizar la persona en cuyo interés se sigue el proceso” y concluye, reforzando que el nuevo Código se enrola en el modelo social de la discapacidad “a efectos de limitar lo menos posible la capacidad del denunciado” (Munilla & Navarro Lahitte Santamaría, 2013, p. 6)

Medina y Rivera también lo manifiestan en ese sentido al afirmar que “las medidas de protección están destinadas a proporcionar los apoyos necesarios para poner a la persona en un pie de igualdad con las demás.” (Medina & Rivera, 2014, p. 152)

Por su parte, Silvina Cotignola sostiene que “habrá que considerar la necesidad, proporcionalidad, flexibilidad, subsidiariedad, la no sustitución, excepcionalidad en la sustitución de la voluntad, ajustes razonable lo que conlleva la adecuación de los procesos.” (Cotignola, 2015, p. 2)

Whatelet plantea que “una de las reglas que rigen la restricción de la capacidad es la obligación del juez de priorizar las alternativas terapéuticas que menos restrinjan los derechos y libertades” y agrega que “la sentencia que declare la restricción de la

---

<sup>22</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata – Sala III – “D., J. s/Insania y Curatela – 22-12-2015

capacidad debe determinar el alcance y extensión de la limitación y especificar las funciones y actos que limita” (Whatelet, 2016, p. 3)

En este apartado se evidencia como cada vez el margen de incapacidad y limitación es menor, dando más campo de actuación a las posibilidades y la autonomía de la persona con discapacidad.

Por otro lado, en cuanto a la registración que establece el nuevo Código, Medina y Rivera sostienen que “cuando la actuación de los apoyos sea requisito para la validez de determinados actos a celebrarse (...) la sentencia que así lo establezca deberá ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas” (Medina & Rivera, 2014, p. 152)

Otra característica en la que se evidencia cómo la autonomía de la voluntad y el rol activo de este cambio de paradigma a favor de la persona con discapacidad es que el artículo 43 “contempla la posibilidad que la persona interesada pueda proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo”<sup>23</sup> Esto es fundamental, porque no se lo mantiene ajeno y silenciado, sino que se le permite una participación activa, respetando sus deseos y voluntad.

Un aspecto más, que es relevante y que lo señala Cotignola es que “tanto la sentencia de restricción parcial de la capacidad como la que declare la incapacidad de una persona, deberán ser revisadas por el juez en un plazo que no supere los 3 años con sustentos en nuevos exámenes interdisciplinarios.” (Cotignola, 2015, p. 2)

Este aspecto también resulta de utilidad práctica a fines de garantizar el respeto de la autonomía y los derechos de la persona con discapacidad. Sin embargo, puede en ciertos casos, generar una injustificada judicialización burocrática en casos que quizás no lo ameriten; por lo que en la reglamentación habrá que revisar modos que permitan la revisión sin implicar una revictimización para demostrar que continúa con la discapacidad física o mental.

A fines de resumir los aspectos más importante de este sistema de apoyos, en base a lo que establece el artículo 43 del Código Civil y Comercial y las interpretaciones que han efectuado los juristas se concluye que:

- Es una medida de carácter judicial o extrajudicial

---

<sup>23</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata – Sala III – “D., J. s/Insania y Curatela – 22-12-2015

- Su objetivo es facilitar a la persona que lo necesite la toma de decisiones (por ejemplo allanando las barreras de comunicación para que pueda expresarse)
- Protege la autonomía de la voluntad de la persona, no la sustitución de sus facultades. El objetivo no es la protección (entendida como sustitución), sino la promoción de los derechos.
- Puede el interesado proponer a personas de su confianza para que sean sus apoyos, y pueden ser una o varias personas.
- Las sentencias son ‘a medida’, porque deben ajustarse en cada caso en particular
- La variable de ajuste no es la capacidad jurídica de las personas sino la extensión e intensidad de los apoyos que deban designarse para el ejercicio de los derechos
- El alcance y objetivo de los apoyos es amplio, dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.
- La inscripción de la sentencia en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, será obligatoria cuando así sea determinado por el juez en la misma sentencia, para la validez de determinados actos en los que el apoyo sea requisito.
- Se requiere la revisión de la sentencia, en plazos no mayores a 3 años.

Tal como se ha podido observar, la incorporación del sistema de apoyo, constituye una instancia intermedia entre la capacidad plena y la incapacidad declarada judicialmente; por lo que se permite adecuarse con mayor grado de precisión a las necesidades de cada caso particular. Además, se permite respetar la autonomía y la voluntad de la persona y se deja reservado un margen muy amplio de capacidad, sólo previendo apoyos para algunas actividades concretas, únicamente.

Esta alternativa, que son los sistemas de apoyo, da cuenta de cómo el paradigma del ‘modelo social de la discapacidad’ busca priorizar la autonomía de la voluntad y el reconocimiento y ejercicio de todos los derechos de la persona discapacitada, porque es un enfoque de derechos humanos; que no pretende desplazarla; sino, por el contrario, darle real igualdad de oportunidades, sin cercenar sus derechos.

### 3.2 Aspectos a analizar del nuevo Código con el régimen internacional

En reiteradas oportunidades a través de este trabajo, se sostuvo que, a nivel internacional, se cuenta con diferentes instrumentos que regulan de manera detallada y minuciosa los derechos de las personas con discapacidad, por lo que se remite a su lectura.

Existen aspectos adicionales que completan este panorama. En 2011 Yuba planteaba que:

Los tratados internacionales y Convenciones aprobadas por Leyes N° 26.378 y N° 25.280, reconocen y garantizan el derecho de las personas con discapacidad a la protección de sus derechos, a la no discriminación, a la dignidad, a la igualdad ante la ley, igualdad de oportunidades, a erradicar toda forma de discriminación negativa en relación a ellos, a la integridad personal, a favorecer la inserción social y familiar, el respeto del hogar y la familia y el acceso a la justicia. (Yuba, 2011, p. 2)

En cuanto a la adecuación de la normativa internacional y el nuevo Código Civil y Comercial, el mismo autor afirma que la influencia de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad se trasluce en numerosos artículos del nuevo Código Civil y Comercial:

- Artículo 31: reglas generales en cuanto a la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica
- Artículo 32: sobre las personas con capacidad restringida y con incapacidad
- Artículos 33 al 42: sobre la declaración de incapacidad y de capacidad restringida
- Artículo 43: sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad, concepto, función
- Artículo 59: sobre el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en la salud
- Artículo 60: sobre las directivas médicas anticipadas, respecto de las personas plenamente capaces, poniendo su atención en la autonomía de las personas, respetando su dignidad
- Artículo 526 sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, que fue sede de la unión convivencial, será atribuida a quien tiene a su cargo a hijos menores, con capacidad restringida o con discapacidad
- Artículo 1195: sobre la nulidad de la cláusula que impide el ingreso o excluye del inmueble alquilado, a una persona incapaz o con capacidad restringida que se encuentre bajo la guarda, asistencia o representación del locatario o sublocatario, aunque éste no habite el inmueble
- Artículo 2641: sobre medidas urgentes de protección, conforme derecho interno para la protección de personas menores de edad, mayores incapaces o con capacidad restringida.
- También observamos la influencia de los paradigmas protectorios y no discriminatorios, en torno a la curatela. (Yuba, 2014, p. 4)

Ampliando dicha enumeración, Olmo y Prach señalan otro aspecto que también influye de manera directa y afirman que la Convención “establece dos nociones distintas, con diferentes alcances y funciones”, y las explica individualmente “apoyo considerado como la ayuda necesaria para que la persona con discapacidad pueda tomar decisiones relativas al ejercicio de su capacidad jurídica” y, por otro lado “la salvaguardia, como aquella medida que se encuentra obligado a tomar el Estado a fin de controlar, vigilar y garantizar el correcto desenvolvimiento del apoyo.” (Olmo & Prach, 2015, p. 2)

Las salvaguardas, son una medida diferente, pero que también responde al modelo social de la discapacidad que se encuentra como paradigma del nuevo Código Civil y Comercial.

Alderete, busca las coincidencias entre la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad y destaca la autonomía de la voluntad y el sistema de apoyos, ambos aspectos ya desarrollados. Además, cita la determinación que debe efectuar el juez en cuanto a la extensión y alcance de la restricción que resulta una disposición que armoniza con el régimen internacional.

En cuanto al tema específico del acceso a la justicia, Carignano y otros destacan el rol del artículo 13 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad en tanto se “reconoce el derecho de acceso a la justicia a personas con discapacidad a fin de asegurar que las mismas tengan acceso a este derecho en igualdad de condiciones que las demás personas.” Y agregan que “para ello requiere que los procedimientos judiciales sean ajustados razonablemente y que además sean adecuados a la edad de éstos.” (Carignano, Rosales & Palacios, 2012, p. 23)

Y finalmente, concluyen con el detalle de las condiciones que se exigen para posibilitar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad con igualdad de condiciones que a las demás: “Reconocimiento de los derechos del artículo 12; Ajustes razonables en los procedimientos judiciales; Adecuación de los procedimientos en razón de la edad; Facilitar la participación directa o indirecta en los procedimientos y Los apoyos (Carignano, Rosales & Palacios, 2012, p. 23)

Galvez lo resume en una expresión concreta y afirma que “al recepcionar el nuevo Código Civil las directivas dimanadas de los instrumentos internacionales vinculados a la capacidad y las reglas ya vigentes en los subsistemas de leyes complementarias al Código Civil, ha adoptado el paradigma de autonomía personal y capacidad progresiva.” (Galvez, 2015, p. 2)

Más allá de las coincidencias puntuales que fueron analizadas, en todas ellas se puede vislumbrar de qué manera ha impactado el modelo social de la discapacidad, de manera que se busca respetar el paradigma de derechos humanos. Esto significa no restringir genéricamente las posibilidades de actuación de las personas, sino respetar su autonomía y voluntad no sólo para elegir a quiénes sean los apoyos, sino también para poder actuar en una gama amplia de acciones, reservando sólo como medida excepcionalísima la curatela y las restricciones.

Como se ha podido observar en este apartado y previamente en el trabajo, la normativa internacional, es también para nuestro país derecho vigente (salvo en el caso de las Reglas de Brasilia, que no son vinculantes). Se considera derecho vigente, porque fue incorporada por medio de diversas leyes. Además, a través del artículo 75 inciso 22 incluido en la Reforma Constitucional del año 1994, se sancionaron con carácter constitucional y superior a las leyes de la Nación, once instrumentos internacionales de derechos humanos, de cuya protección gozamos todos los argentinos.

No sólo es derecho vigente, sino que ha influido de manera directa en la temática de la discapacidad y eso se evidencia en la doctrina, la jurisprudencia y desde la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, también en la normativa de fondo, aun resta por trabajar la cuestión de la normativa de forma que permita llevar a la práctica y que el acceso a la justicia sea un derecho que realmente se pueda ejercer.

### **3.3 Jurisprudencia relevante sobre la temática**

A través de estas páginas se citaron en diferentes apartados aquellos fallos que han significado un aporte valioso para la temática. He aquí una breve reseña de los que resultan fundamentales.

El fallo Monteserin del año 2001 es relevante, porque remarca la obligación del Estado en tanto “es el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales que amparan la vida y la salud de los niños y de asegurar la continuidad de los tratamientos que necesiten”<sup>24</sup>

Esto no es una cuestión menor, porque el Estado no puede desentenderse de sus obligaciones, sino que debe asumirlas y garantizar a los ciudadanos, principalmente a aquellos se encuentran más desprotegidos, el ejercicio pleno de todos sus derechos.

---

<sup>24</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. – 16/10/2001 – Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional. Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas – Servicios Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad

En el fallo Campodónico de Beviacqua la Corte Suprema de Justicia de la Nación había también destacado la obligación del Estado en garantizar el cumplimiento de los derechos que son reconocidos no sólo en el texto estricto de la Constitución, sino además en el que fue consagrado en los documentos internacionales y afirmó que “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo.”<sup>25</sup> Este enfoque de derechos humanos, excluye la posibilidad de argumentar que el texto literal de nuestra carta magna sólo refiere a ciertos derechos, porque como ciudadanos ya han sido reconocidos un catálogo de derechos y garantías que exceden el articulado de la Constitución y exigen de los jueces la responsabilidad de respetar y hacer los derechos sin vulnerar ni el ordenamiento interno ni el internacional.

Yuba destaca la labor de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en la sala G, que dispuso que “la designación del curador tiene por objeto proporcionar a la persona con discapacidad mental el apoyo que necesita en el ejercicio de su capacidad jurídica, a fin de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos” (Yuba, 2011, p.2) Y también señala lo resuelto por la Sala E, en tanto sostuvo que “el interés del incapaz es el que debe regir este tipo de decisiones”.

Este paradigma que se evidencia una vez más, pone el énfasis no en la discapacidad, en la carencia, sino en la persona que padece esa discapacidad. También pretende recordarle al Estado que la igualdad es un derecho que le corresponde a todos y cuando la situación (particularmente la discapacidad genera barreras) complejice las posibilidades de acceder a la igualdad, en esos casos con mayor razón será preciso avanzar hacia acciones concretas que equilibren la balanza y garanticen la igualdad real de oportunidades, no la mera proclamación de los derechos y garantías sin aplicación práctica.

Faliero en su comentario al fallo “M.S.,J.S. c/Medife Asociación Civil y otro” resaltando, una vez más las obligaciones del Estado sostuvo que “el derecho a la salud, que encuentra su sustento en el derecho a la vida, debe ser integral e inclusivo de todos sus factores determinantes, entre ellos, la educación.” (Faliero, 2013, p. 7)

Al analizar la jurisprudencia Seda en dos casos, destaca algunos aspectos importantes. En primer lugar destaca que “no se trata de un activismo en el ofrecimiento

---

<sup>25</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. – 24/10/2000 - Campodónico de Beviacqua, Ana Carina C/ Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho

o valoración de la prueba, sino en un criterio interpretativo ante una petición urgente” (Seda, 2015, p. 5) Luego citando otro caso afirma que “se justificaba el apartamiento del excesivo ritualismo, porque se hallaban comprometidos derechos constitucionales como la vida y la salud” (Seda, 2015, p. 5).

Al hablar de la vida y la salud no se hace referencia a derechos de poca relevancia, sino que por el contrario, son derechos fundamentales que deben ser respetados y protegidos contra las acciones del Estado y de los particulares que puedan afectarlos de manera directa o indirecta, parcial o total; más aun en los casos de personas con discapacidad.

Por otro lado, Olmo y Prach destacan cuatro fallos en los que las disposiciones sobre sistemas de apoyo han resultado esclarecedoras, en cuanto al rol que desempeñan. Tales fallos son: “S.,H.N s/Insania”<sup>26</sup>, “M.,G.E. s/Artículo 152 ter Código Civil”<sup>27</sup>, “S.,M. A. s/Artículo 152 ter Código Civil”<sup>28</sup> y “A.,J.C. s/ Artículo152 ter Código Civil”<sup>29</sup> y concluyen que:

Si bien los Tribunales han dado lugar a estos nuevos elementos de la capacidad jurídica en sus decisiones, creemos que queda un largo camino por recorrer para que, al fin, las disposiciones de la CDPD tengan plena eficacia a través de las sentencias y cumplan el cometido encomendado por dicho instrumental internacional. (Olmo & Prach, 2015, p. 5)

Finalmente, Seda al analizar uno de los casos, agrega en uno de los argumentos más valiosos, en función de los objetivos definidos para el presente trabajo que “el acceso a la justicia es la condición necesaria para que muchas personas con discapacidad puedan hacer efectivos sus derechos sustantivos.” (Seda, 2015, p. 6)

En función de todo lo expuesto, cabe señalar que el rol de la jurisprudencia viene siendo fundamental en la lucha por la igualdad para las personas con discapacidad. Sin embargo, no se puede dejar de lado que si no se garantiza ese primer derecho, que es el acceso a la justicia, la vulneración sistemática de derechos puede resultar realmente perjudicial y los daños, irreversibles.

---

<sup>26</sup> Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 92 – “S.,H.N. s/insania” – 26/05/2014

<sup>27</sup> Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 25 – “M.,G.E. S/Artículo 152 ter Código Civil” - 24/02/2015

<sup>28</sup> Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 25 – “S.,M.A. S/Artículo 152 ter Código Civil” - 28/11/2014

<sup>29</sup> Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 88 – “A.,J.C. S/Artículo 152 ter Código Civil” – 11/08/2014

Si no pueden acceder a los estrados judiciales no podrán ser respetados sus otros derechos, por lo que garantizar la igualdad en las posibilidades de acceso a la justicia en estos casos de personas con discapacidad, se torna vital.

### **3.4 Posiciones doctrinarias en relación al nuevo Código Civil y Comercial**

Si bien se mencionaron en diferentes apartados del presente trabajo las posiciones doctrinarias que los juristas tomaron en función de los temas bajo análisis, a continuación se expondrán algunos aspectos que resultan de interés en cuanto a cómo se manifestaron.

Cobas plantea al analizar la nueva normativa, celebra con contundencia que:

Dota al juzgador de una mayor flexibilidad en sus resoluciones, en búsqueda de una mejor protección de la persona afectada por estas contingencias, mejorando su calidad de vida, dado que la incapacidad o las restricciones a la capacidad, suponen en el transcurso del tiempo una carga muy pesada para la persona afectada por ellas, conspirando incluso contra su propia rehabilitación. (Cobas, 2014, p. 3)

Por su parte Yuba señala que “nos encontramos frente a un código enfocado en los problemas de la gente, con importantes cambios vinculados con: (...) nuevos enfoques e intervenciones en torno a las personas con discapacidad, enfermos mentales, personas con capacidad restringida.” (Yuba, 2014, p. 5)

Ya se han señalado estos cambios y las múltiples opciones que ello posibilita, y de qué manera el panorama no se encuentra completamente visualizado, porque cada caso en particular abrirá una gama de posibilidades.

En cuanto al cambio de paradigma que hemos señalado Yuba sostiene que “la influencia de los derechos humanos en el derecho privado, impone una reconsideración en las instituciones, dando paso a la igualdad y no discriminación como derechos fundantes de la dignidad humana.” (Yuba, 2014, p. 6)

La igualdad, se reitera, implica igualdad real de oportunidades, que en los casos de discapacidad también requerirá de acciones concretas para remover barreras adicionales.

En el mismo sentido, Whatelet afirma que “la nueva normativa puede aportar elementos interesantes en pos de la solución en la medida en que se hubiere promovido o promueva después un proceso de determinación de la capacidad.” (Whatelet, 2016, p. 3) Esto se vincula de manera directa con la resolución de cada caso en particular,

analizando las condiciones y habilitando un esquema de capacidad y restricciones ad hoc para esa persona.

Por su parte, Fernández también destaca el rol del nuevo Código y afirma que “un Código que parte de respetar los contenidos de los tratados internacionales de derechos humanos, asegura que al momento de efectuar el llamado ‘control de convencionalidad’, se evitarán de ahora en más las famosas declaraciones de inconstitucionalidad a las normas.” (Fernandez, 2015, p. 1)

Pero no todos son halagos a favor del nuevo régimen, Santoro al analizar, en el año 2012, el proyecto de Código unificado sostiene en una posición crítica que:

“El proyecto mantiene la figura de la incapacidad, y por momentos tiene dos problemas: 1) es confuso, mezcla el régimen de incapacidad con el del sistema de apoyos; y 2) le deja demasiado margen al juez para que opte, en lugar de establecer, en última instancia y si se decide mantener la figura de la incapacidad, para casos extremos esa figura”. De todos modos, el experto considera que el proyecto en ningún caso retrocede respecto de la Ley de Salud Mental. “Lo que está en cuestión es cuánto va a avanzar”. (Santoro, 2012, p. 5)

También Olmo y Prach afirman que “llamativamente el Código unificado no ha acogido en su texto las salvaguardias contempladas en la CDPC, al menos en forma expresa” (Olmo & Prach, 2015, p. 3). Y Cotignola define la receptividad del paradigma de recursos humanos en el nuevo código como “favorable aunque no integral”. (Cotignola, 2015, p. 1)

Otra limitación que se observa, y ya se ha señalado es de qué manera la revisión cada, al menos, tres años, implica una burocratización y revictimización para la persona con discapacidad.

A modo de conclusión, cabe señalar que, más allá de algunas observaciones puntuales, en general, la doctrina se manifiesta de manera positiva sobre el nuevo Código en relación a la temática específica de las personas con discapacidad, con avances importantes y para aplaudir en este proceso de incorporar verdaderamente un enfoque de derechos humanos; que se encuentra más alineada a lo que los documentos internacionales han manifestado al respecto.

### **3.5 Conclusiones Parciales sobre la temática de la discapacidad**

En este tercer y último capítulo es posible avanzar de manera más precisa para abordar la temática puntual definida como objetivo del presente trabajo.

Para ello, se considerarán no sólo las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial, sino también de qué manera esta regulación se adecua en mayor o menor medida, a la normativa internacional vigente en la materia, entre las que se destaca la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, que ha sido incorporada por la Argentina.

Además, se revisaron algunos aspectos notorios de la Jurisprudencia y las posiciones que la doctrina tomó en relación a la nueva regulación vigente desde Agosto de 2015; porque las posturas, si bien en general se manifiestan celebrando en materia de discapacidad como avances.

Entre los aspectos más valiosos que se desea exponer en esta conclusión y como un aporte personal, se entiende que la incorporación del paradigma de derechos humanos es fundamental, porque permite desde las bases modificar las perspectivas y el enfoque que posibilitan un tratamiento totalmente diferente al que se venía sosteniendo previamente, sobre todo antes de la nueva ley de Salud Mental.

Por otro lado, es importante mencionar que no es lo mismo garantizar cualquier derecho que el de acceso a la justicia en sí mismo, porque no sólo es un derecho humano, sino que, a través suyo, se puede asegurar o denegar la protección judicial, que es siempre la última opción para la lucha en pos de la defensa de nuestros derechos.

Más aun, en el caso de las personas con discapacidad, que requieren de disposiciones específicas y adecuaciones que posibiliten el efectivo acceso, superando todo tipo de barreras que alejan al justiciable del pleno ejercicio de sus derechos.

Por último y, a modo de conclusión, es importante tener presente que si bien se avanzó mucho en estos años, aun resta mucho por hacer, no sólo en materia normativa, sino en readecuación social, institucional y cultural para que el respeto y la igualdad sean una realidad para todas las personas sin distinción de la discapacidad que puedan presentar temporal o definitiva.

## **CONCLUSIÓN**

Luego de haber desarrollado a través de estas páginas los diferentes temas que permiten analizar de manera integral la cuestión vinculada al derecho al acceso a la justicia de las personas con discapacidad y, específicamente a la regulación del nuevo Código Civil y Comercial, vigente desde Agosto de 2015 en nuestro país, se exponen algunas conclusiones.

Para ello, se considerarán cinco argumentos fundamentales para poder comprender de manera acabada la temática y expresar la opinión fundada en los hechos y planteos desarrollados.

En primer lugar, es muy importante poder identificar a las personas con discapacidad, como una población vulnerable, en tanto requiere de adecuaciones de diverso tipo para lograr la realización de actividades cotidianas y el pleno ejercicio de sus derechos. Este primer dato es fundamental, que permita no sólo contabilizar y generalizar, sino atender a las consideraciones particulares de cada caso. Porque no son sólo estadísticas, sino que son personas y así hay que respetarlas como tales y garantizarles el ejercicio de sus derechos.

Además, esto implica que no es posible considerar que no haya obligación por parte del Estado de garantizar que todas las personas, independientemente de una discapacidad temporal o definitiva, puedan gozar plenamente de sus derechos. Este rol activo que se requiere por parte del Estado no es negociable, en tanto no puede desentenderse de las obligaciones que ha asumido a nivel interno y también internacional.

Un segundo aspecto muy valioso es interpretar las disposiciones que tuvieron desarrollo a nivel internacional, las que resultan obligatorias, tales como la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, que fuera expresamente incorporada al ordenamiento argentino a través de la ley 26.378 y, también, los instrumentos internacionales de derechos humanos que se incluyeron en el artículo 75 inciso 22 a partir de la Reforma Constitucional de 1994.

Por otro lado, también es digno de destacar el rol que desempeñan las Reglas de Brasilia, que no constituyen derecho vigente y no son vinculantes, pero sí son recomendaciones de Jueces que revisten un fuerte valor por el contenido y profundidad de sus planteos. No son derecho vigente, porque no son una convención que nuestro país haya ratificado, ni son un instrumento vinculante para ningún país. Sólo son recomendaciones, como criterios de interpretación para doctrinarios y jueces. Pueden ser referenciadas en las sentencias y sirven como guía; pero no consagran derechos ni obligaciones para los ciudadanos, ni tampoco para los estados. De todas maneras, en el tema específico de acceso a la justicia de personas con discapacidad las pautas que determinan son de alto valor no sólo por la cuestión teórica abstracta, sino especialmente por la posibilidad práctica de aplicación.

En tercer lugar, es valioso señalar que el avance hacia el paradigma de derechos humanos, que ahora incluye el nuevo Código Civil y Comercial vigente en nuestro país desde Agosto de 2015 no constituye un hecho aislado, sino que es parte de un proceso de evolución local e internacional, tendiente a revisar de qué manera aquellos grupos poblacionales más vulnerables, como son este caso las personas discapacitadas, requieren de acciones concretas por parte del Estado (por ejemplo las obligaciones que para los Estados determina la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad), que les permitan gozar plenamente de sus derechos.

En este sentido, comprender que es parte de un proceso, implica destacar los avances y señalar aquello que aun se encuentra pendiente de realizar. Por eso, la importancia de revisar cuáles son los pasos que aun restan por dar como Estado y como ciudadanos. Sin embargo, desde la óptica jurídica es fundamental destacar cómo el nuevo Código Civil y Comercial permitió acercarse de manera valiosa a los paradigmas y objetivos definidos a nivel nacional e internacional.

Los avances van desde lo terminológico (antes se los denominaba incapaces o dementes), hasta el paradigma completo, que es considerarlo persona con derechos humanos. Pasar desde la curatela, hacia el sistema de apoyos, desde la posición extrema de capacidad e incapacidad, a las múltiples opciones intermedias de matices de capacidad restringida pero con altos márgenes de autonomía y respeto de la voluntad y los derechos.

Como cuarto argumento, cabe señalar que no se requiere activismo judicial, que es una de las posibles figuras enmarcadas por algunos juzgados al resolver casos en que la única manera de cumplimentar con los derechos que todos tenemos reconocidos a nivel interno e internacional, en algunos casos sí y en otros no de raigambre constitucional. Sino que, por el contrario, lo que verdaderamente importa desarrollar son políticas públicas que puedan abordar no sólo la discapacidad, en su aspecto jurídico o judicial, sino de manera integral. El paradigma de los derechos humanos debe convertirse en realidad a través de la educación, las instituciones, la justicia, el ordenamiento jurídico y diferentes organizaciones sociales. Esto implica por ejemplo, que en los ordenamientos de forma y en la reglamentación de leyes nacionales, provinciales y ordenanzas municipales se cuenten con enfoques que aborden la discapacidad desde los derechos humanos. Que los planes y programas prevean la discapacidad como una realidad que requiere el compromiso de todos los actores de la sociedad.

Esto significa que no se pretende que los jueces hagan la ley y se extralimiten más allá de sus funciones, sino que, tal como les corresponden simplemente la hagan cumplir. No se pretende dejar todo librado a lo que los jueces quieran interpretar y buscar argumentaciones por fuera de lo que la ley establece. Tampoco que en pos de garantizar la igualdad real de oportunidades se excedan fijando obligaciones y acciones concretas. El activismo judicial es un riesgo, más aun con el nuevo Código Civil y Comercial que habilita demasiadas posibilidades de interpretación, que derivarían necesariamente en la necesidad de una resolución judicial que determine hasta dónde llegan los derechos y obligaciones de cada parte.

Sin embargo, en materia de discapacidad, se requiere un mayor grado de proactividad para equilibrar las barreras y garantizar la igualdad de oportunidades, por lo que el desafío será encontrar en ese equilibrio inestable la solución que se adecúe en cada caso, respetando la ley, haciendo cumplir al Estado con las obligaciones a las que se ha comprometido y garantizando los derechos humanos de las personas.

El quinto y último argumento radica en la importancia de avanzar en la efectiva protección y ejercicio del derecho de acceso a la justicia, para las personas con discapacidad; en tanto es un derecho y una garantía para el cumplimiento de otros.

Para dimensionar su importancia, es fundamental tener presente que la justicia es el último bastión con que contamos los ciudadanos para la defensa de todos los demás derechos, por lo que negarle la posibilidad de llegar a los estrados judiciales es, indirectamente, una manera de vulnerar o cercenar todos los demás derechos de una persona.

Lo mismo ocurre con la vida y la salud, que son derechos humanos fundamentales, por lo que no es negociable respetarlos o no, se requiere que los mismos sean ejercidos de manera íntegra por todos.

Finalmente, se celebran los avances que tuvieron lugar en el ordenamiento jurídico civil y que reflejan un proceso de armonización con las disposiciones internacionales y haciéndose eco de las obligaciones que el Estado argentino asumió al ratificar la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

Sin embargo, no se puede dejar de mencionar la importancia que el rol del Estado (en todos sus poderes y dependencias) tiene, al igual que otras instituciones del sector privado y del tercer sector en el cumplimiento de las disposiciones.

Es bien sabido que contar con buenas leyes no es suficiente para modificar la realidad, sin embargo, es imprescindible como punto de partida, pero aun resta mucho

por hacer para garantizar la igualdad efectiva en el goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos a todas las personas, incluso las que presentan algún tipo de discapacidad.

El rol de los operadores del derecho es fundamental, pero no será lo único que permita incorporar plenamente el nuevo paradigma. Se requiere, en verdad el compromiso de todos los sectores para lograr un verdadero cambio cultural que permita comprender que todos somos personas, con más o menos posibilidades físicas y/o mentales, en determinados contextos, pero eso no significa que nuestros derechos puedan ser arbitrariamente vulnerados.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

- ALDERETE, C. M. (2015). El sistema de apoyos en la toma de decisiones de las Personas con Discapacidad. Propuestas y comentarios. *Infojus* .
- ARGENTINO, D. E. (s.f.). *Diario el Argentino*. Recuperado el 27 de 03 de 2016, de [www.diarioelargentino.com.ar/noticia/160592/Se-facilitar%C3%A1-el-acceso-a-la-justicia-para-las-personas-con-discapacidades](http://www.diarioelargentino.com.ar/noticia/160592/Se-facilitar%C3%A1-el-acceso-a-la-justicia-para-las-personas-con-discapacidades)
- BIANCO, M. I. (2016). La discapacidad como una respuesta a las enfermedades poco frecuentes. *Revista Académica Discapacidad y Derechos - Número 1 - Junio 2016*
- BUTELER CÁCERES, J. A. (2005). *Manual de Derecho Civil*. Córdoba: Editorial Mediterránea.
- CARIGNANO, F., PALACIOS, A., & ROSALES, P. O. (2012). *Discapacidad, Justicia y Estado*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- COBAS, M. O. (2014). Restricciones a la Capacidad en el proyecto de Reforma del Código Civil. *Revista de Derecho Civil* .
- COTIGNOLA, S. (03 de 08 de 2015). *Minuto fueguino*. Recuperado el 25 de 2 de 2016, de [www.minutofueguino.com.ar/el-impacto-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-y-las-personas-con-discapacidades/](http://www.minutofueguino.com.ar/el-impacto-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-y-las-personas-con-discapacidades/)
- Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones del Ministerio de Salud de la Nación. (2012). Capacidad Jurídica: el derecho a ejercer derechos.
- DONATO, M. A., ARICCIA VINCENT, J., & HERRERA, M. (2011). Cuestiones de competencia en los procesos de insania. *Revista Colegio de Abogados de La Plata* (74).
- EUROBLIND. (Junio de 2015). *Euroblind*. Recuperado el 27 de 03 de 2016, de [www.euroblind.org/newsletter/2015/may-june/newsletter/online/newsletter/noticias-internacionales/nr/2625](http://www.euroblind.org/newsletter/2015/may-june/newsletter/online/newsletter/noticias-internacionales/nr/2625)
- Eurosocial Programa para Cohesión social en América Latina. (2013). *Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad: Propuestas para un trato adecuado*. Buenos Aires.
- FALIERO, J. C. (2013). Educación por una Salud integral en la discapacidad. *Revista Jurídica de Daños* .

- FERNANDEZ, S. E. (2015). La capacidad de las personas en el nuevo Código Civil y Comercial.
- GALVEZ, H. G. (2015). La Capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial. *DPI Diario* .
- KRAUT, A. J. (2014). La discapacidad mental es una cuestión de derechos humanos. *Sección Opinión - Diario Página 12* .
- LOFEUDO, M. (2016) Barreras arquitectónicas y discapacidad. Comentario al fallo "Labatón, Ester A. c/ Poder Judicial de la Nación". *Revista Académica Discapacidad y Derechos - Número 1 - Junio 2016*
- MARANO, E. (14 de 12 de 2015). *Políticas y Públicas*. Recuperado el 25 de 02 de 2016, de [www.politicasypublicas.com/discapacidad-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial/](http://www.politicasypublicas.com/discapacidad-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial/)
- MAZZINGHI, G. (s/d). Persona Humana y capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial.
- MEDINA, G. & RIVERA, J. (2014) - Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Ed. La Ley.
- Ministerio de Inclusión Económica y Social. (s.f.). *Inclusión*. Recuperado el 27 de 03 de 2016, de [www.inclusion.gob.ec/hablan-sobre-el-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-con-discapacidad](http://www.inclusion.gob.ec/hablan-sobre-el-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-con-discapacidad)
- MUNILLA, S., & NAVARRO LAHITTE SANTAMARIA, M. A. (2013). Restricciones a la capacidad. Proyecto de Reforma Unificación Civil y Comercial. *Revista Jurídica UCES* .
- MUÑIZ, C. (s/d). Personas con incapacidad y con capacidad restringida por razón de discapacidad mental en el anteproyecto de Código Civil y Comercial.
- OLMO, J. P., & PRACH, E. M. (2015). Distinción entre medidas de apoyo y de salvaguardia. *Revista de Derecho de Familia y Sucesiones* .
- PALACIOS, A. (2013). Género, discapacidad y acceso a la justicia.
- PINACCHIO, A. C. (2015). Igualdad de oportunidades laborales, acceso a la justicia y formación profesional. *IJ EDITORES* .
- Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia. (08 de 09 de 2011). *Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*. Recuperado el 27 de 03 de 2016, de

[www.jus.gob.ar/areas-tematicas/acceso-a-la-justicia-para-personas-con-discapacidad.aspx](http://www.jus.gob.ar/areas-tematicas/acceso-a-la-justicia-para-personas-con-discapacidad.aspx)

- Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad. (29 de 11 de 2005). *REDI*. Recuperado el 27 de 03 de 2016, de [www.redi.org.ar/index.php?file=Prensa/REDI-en-los-medios/2005/05-1-29\\_Derecho-al-Acceso-a-laJusticia-de-las-Personas-conDiscapacidad.html](http://www.redi.org.ar/index.php?file=Prensa/REDI-en-los-medios/2005/05-1-29_Derecho-al-Acceso-a-laJusticia-de-las-Personas-conDiscapacidad.html)
- *Rio Negro*. (04 de 04 de 2015). Recuperado el 27 de 03 de 2016, de [www.rionegro.com.ar/diario/acceso-a-la-justicia-de-personas-con-discapacidad-7021447-60621-nota\\_costa.aspx](http://www.rionegro.com.ar/diario/acceso-a-la-justicia-de-personas-con-discapacidad-7021447-60621-nota_costa.aspx)
- SANTORO, S. (2012). La transformación de paradigma que incorpora el nuevo Código Civil en el área de Salud Mental. *XXI Jornadas Argentinas de Tiflología*.
- SANTORO, S. (10 de 01 de 2006). *Página 12*. Recuperado el 27 de 03 de 2016, de [www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-61506-2006-01-10.html](http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-61506-2006-01-10.html).
- SEDA, J. (2015). Aspectos procesales y acceso a la justicia de personas con discapacidad. Análisis crítico de las Cien Reglas de Brasilia. *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal* .
- *Universo Jus*. (01 de 08 de 2015). Recuperado el 25 de 02 de 2016, de <http://universojus.com/codigo-civil-comercial-comentado/articulo-43>
- VALDÉS DÍAZ, C. d. (2006). *Revista Persona*. Recuperado el 16 de 05 de 2016, de [www.revistapersona.com.ar/Persona58/58Valdes.htm](http://www.revistapersona.com.ar/Persona58/58Valdes.htm)
- VALENTE, L. A. (2013). La capacidad de los menores en el Derecho Civil Argentino - La Capacidad de ejercicio y la madurez progresiva. *Revista Colegio de Abogados de La Plata* .
- VAZZANO, F. (2015). El Derecho de la Discapacidad como nueva rama jurídica. Necesidad de su incorporación al complejo de ramas del mundo jurídico. *Revista Interdisciplinaria de Familia* .
- WHATELET, M. (2016). Capacidad, restricción a la capacidad e incapacidad en la normativa del Código Civil y Comercial de la Nación - Sistema de Apoyo - ¿Respuestas a las internaciones psiquiátricas crónicas? *Revista de Derecho de Familia y Sucesiones* .
- XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. (2008). 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

- YUBA, G. (11 de 11 de 2011). Curatela conjunta y la protección del interés del insano. *IJ EDITORES* .
- YUBA, G. (2014). Los cambios de paradigmas en el nuevo Código Civil y Comercial. *Revista Jurídica de la Patagonia* .

### **Legislación**

- HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA - Ley 19.279 – (1979) Ley de Automotores para Lisiados
- HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA - Ley 22.431 – (1981) HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA - Ley de Sistema de Protección Integral de los Discapacitados
- HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA - Ley 23.661 – (1989) Sistema Nacional del Seguro de Salud
- HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA - Ley 24.308 – (1993) Ley que reglamenta las concesiones de pequeños comercios y modifica a la Ley 22.431
- HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA. (s.f.). CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA. Argentina.
- HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA - Ley 24.901 - (1997) Ley de Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad
- HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA - Ley 25.280 – (2000) Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, suscripta en Guatemala
- HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA - Ley 25.504 - (2001) Ley del Certificado de Único de Discapacidad.
- HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA - Ley 26.378 – (2008) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006.
- HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA - Ley 26.657 – (2010) Salud Pública
- PODER EJECUTIVO DE LA NACIÓN ARGENTINA Decreto 1193/98 – (1998) Reglamentación de la Ley 24.901

## **Jurisprudencia**

- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata – Sala III – 22/12/2015 – D., J. s/Insania y Curatela
- Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca – 07/12/2012 – “M.S,J.S. c/Medife Asociación Civil y otro S/Acción de Amparo
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G - 05/05/2009 -“J.,A.J. s/insania”
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E – 29/12/1997 – “M., F.J. s/insania”
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. – 24/10/2000 - Campodónico de Beviacqua, Ana Carina C/ Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. – 16/10/2001 – Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional. Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas – Servicios Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad
- Juzgado Civil, Comercial y Laboral de Monte Caseros, Corrientes - - 18/08/2015 “S.O. s/insania”
- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 92 – 26/05/2014 - “S.,H.N. s/insania” –<sup>1</sup> Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 25 - 24/02/2015 – “M.,G.E. S/Artículo 152 ter Código Civil”
- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 25 -28/11/2014 – “S.,M.A. S/Artículo 152 ter Código Civil”
- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 88 – 11/08/2014 - “A.,J.C. S/Artículo 152 ter Código Civil”

