



UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

**SISTEMAS DE APOYOS A PERSONAS CON CAPACIDAD
RESTRINGIDA: ALCANCES Y SUPUESTOS EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO**

POR

FEDERICO ALEJANDRO COHEN

MATRÍCULA VABG39955

TUTOR: PROF. DR. CARLOS VILLANUEVA

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE

ABOGADO

CÓRDOBA, MAYO 2017

A Tomi

AGRADECIMIENTOS

Deseo agradecer a mis tutores de tesis María Alejandra Quintanilla, Sofía Giménez y Carlos Martín Villanueva por sus inestimables consejos y orientación en esta tesis, así como proveer apoyo en el aspecto académico y en lo personal.

Expreso mi gratitud a las dos instituciones universitarias que me han formado como profesional, la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Siglo 21, con especial mención al cuerpo de profesores y tutores.

Agradezco a mis amigos y compañeros de trabajo por el aliento que he recibido.

A Ruth, mis suegros y cuñado por el cariño y por los ricos asados con que festejábamos la aprobación de materias

A mi madre que me ha ayudado de mil maneras, que siempre estaba pendiente de las calificaciones, y a la que quiero y admiro profundamente por su fortaleza.

Mi eterno amor a Laura por la alegría y el sentido que ha traído a mi vida.

Federico Alejandro Cohen

Buenos Aires, junio de 2017

RESUMEN

Las personas tienen el derecho de tomar decisiones por ellas mismas, sin embargo, a las personas con discapacidad históricamente se les ha negado dicho derecho. A partir de la Convención sobre Los Derechos de las Personas con Discapacidad se ha producido un cambio de paradigma que reconoce la plena capacidad jurídica de la persona con discapacidad. A partir de los preceptos del modelo social de la discapacidad se redactaron gran cantidad de artículos de la Convención, especialmente el artículo 12 que establece los principios para el reconocimiento de la capacidad jurídica mediante un sistema de apoyos y salvaguardas. En la Argentina la ratificación de la Convención tuvo profundo impacto en el derecho interno, mediante la sanción de la Ley de Salud Mental y posteriormente el Código Civil y Comercial. Ambas normas incorporan artículos que tratan la capacidad jurídica de la persona y dentro de ello los sistemas de apoyos a las personas con capacidad restringida. En este trabajo se analizará desde una perspectiva histórica los esquemas de tutela de la capacidad jurídica por la persona con discapacidad, un análisis del modelo social y su recepción en instrumentos internacionales de Derechos Humanos, especialmente la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como la recepción en el derecho interno, derecho comparado y un análisis jurisprudencial de casos con relevancia jurídica.

Palabras clave: Capacidad jurídica, Sistemas de apoyos, Discapacidad, Tutela, Curatela

ABSTRACT

A person has the right to make decisions on his or her own, but one with disabilities had historically been denied the right to do so. Upon the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, there has been a paradigm shift with full recognition of the legal capacity of persons with disabilities on an equal basis with others. The social model of disability gave origin to a substantial number of articles of the Convention specially the article 12 which establishes the need to adopt a supported decision-making and safeguards for the full exercise of legal capacity for the person with disabilities. In Argentina, the ratification of the Convention had a profound impact on domestic law, whereas the country enacted the Mental Health bill and later on the Civil and Commercial Code with the incorporation of articles that recognize the need for a support system for people with restricted capacity. This paper will analyze the subject from a historical perspective depicting the various schemes of protection of the legal capacity for the person with disability, an analysis of the social model and its reception in international human rights instruments, mainly the Convention on the Rights of Persons with Disabilities as well as the reception in domestic law, comparative law and a jurisprudential analysis of cases including some leading cases on the subject.

Keywords: Legal capacity, Supported decision making, Disabled person, Guardianship

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1. PARADIGMAS DE LA CAPACIDAD.....	8
1.1 Introducción.....	8
1.2 Evolución histórica del tratamiento de la capacidad.....	9
1.3 Los modelos de la discapacidad.....	11
1.3.1 Notas comunes de los modelos	15
1.3.2 La necesidad de un nuevo modelo	16
1.4 El modelo social	16
1.4.1 Los orígenes del modelo social	17
1.4.2 Una nueva mirada	18
1.4.3 Los resabios del modelo biológico-rehabilitador	20
1.5 Conclusiones	22
CAPÍTULO 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	24
2.1 Introducción.....	24
2.2 Evolución histórica en el Imperio Romano y en España.....	25
2.2.1 Imperio Romano	25
2.2.2 Las Siete Partidas y su influencia en América	27
2.3 El tratamiento de la capacidad en el Código Civil derogado.....	29
2.3.1 El Código Civil	29
2.3.2 Redacción Original	30
2.3.3 Artículos relevantes en el Código Civil derogado.....	32
2.3.4 Modificaciones introducidas por la ley 17.711	33
2.3.5 Artículos 141 y 152 bis	34
2.4 Evolución en los instrumentos internacionales	35
2.4.1 Instrumentos de Naciones Unidas.....	36
2.4.2 Instrumentos Convencionales Americanos de Derechos Humanos	40

2.5	Conclusiones	43
CAPÍTULO 3. DERECHO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL		45
3.1	Introducción.....	45
3.2	La Constitución Nacional	46
3.3	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.....	47
3.3.1	Principios de la Convención.....	49
3.3.2	La capacidad jurídica de la persona con discapacidad en la Convención	50
3.3.3	El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad.....	53
3.3.4	Salvaguardas	58
3.3.5	La dignidad del riesgo.....	59
3.3.6	Objetivos de las salvaguardas	59
3.4	Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad.....	60
3.5	Conclusiones	61
CAPÍTULO 4. LA CAPACIDAD EN EL DERECHO INTERNO Y COMPARADO.....		63
4.1	Introducción.....	63
4.2	Los sistemas de apoyos en la Ley Nacional de Salud Mental.....	64
4.3	La capacidad jurídica en el nuevo Código	66
4.3.1	Personas con plena capacidad	67
4.3.2	Personas con capacidad restringida.....	68
4.3.3	Inhabilitados.....	68
4.3.4	Personas con incapacidad de ejercicio	69
4.3.5	Reglas generales al ejercicio de la capacidad.....	69
4.3.6	Los adictos	70
4.4	Configuración de los apoyos a las personas con capacidad restringida.....	71
4.5	¿El final de los sistemas de sustitución?	76
4.6	Adecuación de los regímenes procesales locales a la legislación de fondo	77

4.7 Aspectos Procesales	78
4.8 Los apoyos a personas con capacidad restringida en el derecho comparado.....	84
4.8.1 Brasil.....	85
4.8.2 España.....	87
4.8.3 Suecia.....	88
4.9 Conclusiones	90
CAPÍTULO 5. RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL	92
5.1 Introducción.....	92
5.2 Resoluciones de la Justicia Argentina.....	94
5.3 La labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	101
5.4 Resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	103
5.5 Conclusiones de los casos expuestos.....	105
CONCLUSIONES.....	108
BIBLIOGRAFÍA.....	115

INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo final es de examinar los sistemas de apoyos a las personas con capacidad restringida. El tema fue elegido por su creciente relevancia dado que a partir de la ratificación por la Argentina de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹ y su recepción en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina, la capacidad jurídica de la persona ha sido reformulada por completo y se adopta una visión basada en el modelo social de la discapacidad con respeto por los Derechos Humanos, reconociendo a la persona con discapacidad como sujeto de derechos poniendo un punto final a la postura en la cual se le negaba a ésta la personalidad y por ende el ejercicio de la capacidad jurídica.

Dentro del desarrollo de este trabajo serán estudiados dada su importancia medular los instrumentos de Naciones Unidas y el Sistema Americano de Derechos Humanos, surgidos como un imperativo ante las atrocidades de la segunda guerra mundial. La extensa labor de redacción de progresivos instrumentos de Derechos Humanos, han culminado en la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el primer decenio de este siglo.

La Convención propone el modelo social de la discapacidad con la afirmación del ejercicio de la plena capacidad jurídica de la persona. Es vital la conexión entre igualdad de derechos y libertad, ya que, al tener sus garantías tuteladas, la persona posee el derecho al ejercicio de su capacidad jurídica sin limitaciones. Los sistemas de apoyos fomentan que la persona tome por sí misma las decisiones, las cuales le permitan gozar

¹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/ RES/ 61/ 106, el día 13 de diciembre de 2006

del mayor grado de autonomía y libertad posible, expresando sus gustos, preferencias y opiniones libremente.

Además de establecer pautas generales sobre el derecho de la persona a que le sea respetada su capacidad jurídica, la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad promueve un enfoque multidisciplinario -desde la persona- en donde se aborda la capacidad no solamente desde un punto de vista jurídico sino que se sirve de la medicina, las ciencias de la salud mental, el trabajo social, etc., conformándose un nuevo sistema en el que a las personas se les proporcionan herramientas; con lo que les abre un abanico de posibilidades que conlleva a la plena integración a la sociedad y el efectivo goce de sus derechos.

A tal fin, dentro de la mencionada Convención se estudiará en detalle el artículo 12, que reconoce la capacidad jurídica de la persona y la adopción de los regímenes de apoyos para el ejercicio de la misma. En sintonía con este artículo, se analizarán en este trabajo los distintos esquemas de sistemas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica -y no jurídica-

Con respecto a la normativa interna que por imperativo legal Argentina adecuó al texto de la Convención, inicialmente la Ley de Salud Mental² y con posterioridad el Código Civil y Comercial³ se produjo un cambio de enfoque del derecho privado desde una perspectiva históricamente privatista a una concepción humanista. Esta orientación constitucional del derecho privado ha favorecido la creación, modificación o supresión de figuras en el espectro jurídico de la persona a fin de respetar la primacía

² Ley 26.657. Ley de Salud Mental. Honorable Congreso de la Nación Argentina

³ Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina

constitucional de los tratados y convenciones sin perder de vista que el Código es en definitiva una ley y por lo cual debe ajustarse a las responsabilidades que la Argentina ha tomado al ratificar distintos instrumentos de Derechos Humanos, entre ellos la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Por sí solo este cambio produjo una verdadera revolución en cuanto a la concepción de la capacidad jurídica de la persona.

La relevancia del tema de investigación radica en el impacto los sistemas de apoyos a las personas con capacidad restringida, en tanto han venido a cambiar radicalmente la concepción jurídica de la capacidad de la persona y sus relaciones con la sociedad. El interés encuentra su raíz en la relevancia histórica que significó para los juristas el estudio de la problemática asociada con la capacidad de la persona, orientada a un enfoque sustitutivo de la capacidad en el cual un tutor o curador ejerce actos por ésta mediante un modelo tutelar anulando la voluntad de la persona, tomando decisiones por ella y socavando su personalidad, hasta la reciente irrupción del modelo social de la discapacidad que vino a echar por tierra los esquemas tradicionales en favor de un régimen de apoyos para la persona con capacidad restringida.

En cuanto al método de investigación se ha empleado el método exploratorio por ser aplicable a un problema de investigación cuando existen pocos o ningún trabajo realizados y el objetivo principal de la metodología exploratoria sea el de obtener, organizar y analizar información de fondo. El resultado esperado de este método es generar hipótesis formales y desarrollar esquemas de investigación precisos dado que un método de investigación exploratorio llevado a cabo en forma correcta, contribuye a establecer objetivos y prioridades de investigación (Denzin y Lincoln 1994).

El estudio de los apoyos a las personas con capacidad restringida encaja perfectamente dentro del método exploratorio, al reunir las siguientes características: por lo novel de la materia en estudio existen pocos trabajos publicados que analicen la institución en forma sistémica; la doctrina no ha sido examinada en su conjunto a fin de identificar distintas posturas y en forma análoga, la jurisprudencia por su novedad no ha sido aún materia de investigación exhaustiva. Teniendo en cuenta el material disponible tanto a nivel local como foráneo, será posible construir un marco de investigación con el fin de estudiar la aplicación de los sistemas de apoyos a las personas con capacidad restringida, tanto en su faz teórico-doctrinaria, así como en la aplicación de la normativa por los operadores judiciales.

Como estrategia metodológica se eligió la cualitativa, ya que entiende el contexto bajo una perspectiva epistemológica donde los componentes de la investigación no son reducidos a variables, sino considerados como un todo, primando el enfoque en la realidad humana y social.

Se estudiará el sistema jurídico -esto es legislación, jurisprudencia y doctrina- como una unidad, centrándose en significados, descripciones y definiciones con el fin de obtener un resultado provisto de la mayor objetividad posible considerando que el propósito del método cualitativo no es obtener la verdad absoluta e irrefutable sino el análisis pormenorizado de las perspectivas multidimensionales del problema en cuestión y se relacionará el objeto de investigación con el contexto (González y González 2009).

Se han considerado las referencias generales como la principal fuente de la tarea de investigación y delimitación del marco objeto del trabajo, como ser textos, papers,

reportes, legislación y fallos. Para la confección del trabajo se han analizado un gran número de resúmenes de publicaciones, empleando sistemas de administración electrónica de documentos para su organización y archivo.

La delimitación temporal comprende una concepción histórica desde el derecho romano hasta el presente en donde en está dando una verdadera revolución con la constitucionalización del derecho civil a partir de los tratados de Derechos Humanos, y específicamente la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En cuanto a la delimitación transversal se ha considerado un análisis desde la perspectiva de las ciencias jurídicas apoyándose en disciplinas como la medicina, la psicología, la filosofía y las ciencias sociales.

El trabajo final se ha organizado de la siguiente manera: a continuación de esta introducción el capítulo 1 introduce los modelos con los cuales se ha tratado la inclusión -o exclusión- de las personas con discapacidad, concluyendo con la presentación del modelo social de la discapacidad y sus implicancias en la vida de las personas con discapacidad.

El capítulo 2 analiza a partir de los paradigmas expuestos en el capítulo 1, la perspectiva histórica del abordaje de la capacidad jurídica de la persona comenzando en el derecho romano para continuar con el derecho hispánico, el tratamiento de la capacidad por el Código Civil derogado⁴ y sus posteriores reformas, así como la evolución en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, tanto de las Naciones Unidas como los del derecho convencional americano.

⁴ Ley 340. Código Civil de la República Argentina. Honorable Congreso de la Nación Argentina

En el capítulo 3 se estudia el tratamiento de los apoyos a la capacidad restringida desde el reconocimiento de los tratados internacionales en la Constitución Nacional y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, enunciando los principios rectores y el tratamiento de la capacidad jurídica de la persona y su vinculación con el modelo social toda vez que es fuente de la Convención. Dentro del reconocimiento de la capacidad jurídica de la persona y en especial la garantía del justiciable se comentan las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad.

El capítulo 4 analiza el reconocimiento de capacidad jurídica y la implementación de los sistemas de apoyos a las personas con capacidad restringida de la persona a la luz de la Convención y su incorporación al derecho interno. Para ello se estudian la Ley Nacional de Salud Mental, y el Código Civil y Comercial de la Nación desde una perspectiva sustantiva y procesal. A continuación, el capítulo examina la adopción de los sistemas de apoyos a las personas con capacidad restringida en el derecho comparado considerando a este fin los casos de Brasil, España y Suecia.

El capítulo 5 estudia la recepción jurisprudencial de los apoyos a las personas con capacidad restringida a partir de los profundos cambios en la legislación local y foránea producto de la Convención, así como la constitucionalización de los derechos humanos considerando el carácter imperativo y *“pro-homine”* de los mismos. Se estudian casos que presentaron cierta complejidad al momento de su resolución por los tribunales, y que enriquecen este trabajo al proveer un sustento fáctico de la normativa estudiada.

Para ello se han incluido las principales posiciones doctrinarias y material adicional que será de utilidad para comprender la implementación de un sistema de apoyos desde un punto de vista tanto jurídico como no jurídico. Servirá el trabajo para que se comprendan los cambios que se adoptaron en Argentina a partir de la Ley de Salud Mental y el Código Civil y Comercial, así como las posiciones que han tomado otros Estados al respecto.

Cuando el lector termine de leer este trabajo, tendrá un panorama completo del modo en que distintas culturas y en distintas épocas éstas dieron tratamiento a la capacidad de la persona, en especial los vertiginosos cambios que se produjeron en los últimos treinta años, así como su decisiva influencia en los ordenamientos y resoluciones judiciales.

Capítulo 1.

PARADIGMAS DE LA CAPACIDAD

1.1 Introducción

Las sociedades a lo largo de la historia han planteado distintos enfoques en cuanto a las maneras de relacionarse con las personas con discapacidad. Las formas en que eran rechazadas o aceptadas impactaban directamente en la vida de las personas con discapacidad en virtud del poder que los estamentos políticos o religiosos ostentaban y por el cual decidían sobre su destino.

Conforme las sociedades tomaron conciencia de las atrocidades que a las que eran sometidas las personas con discapacidad. A partir del estudio de la problemática social asociada con la discapacidad y la elaboración de modelos, se consolida el modelo social de la discapacidad como una alternativa a la plena inclusión de la persona.

Dentro del modelo social juega un rol fundamental la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad la cual adopta el modelo social, toda vez que aborda la problemática desde la perspectiva de los Derechos Humanos. Propugna un cambio de paradigma en cuanto al reconocimiento de la dignidad y autonomía de la persona. En este capítulo a partir de una reseña histórica se explorará el modelo social de la discapacidad y específicamente el tema relacionado con la capacidad jurídica de la persona con discapacidad que comprende a los sistemas de apoyos y salvaguardas.

1.2 Evolución histórica del tratamiento de la capacidad

La discapacidad en la antigüedad

En Grecia se hacía culto de lo bello y perfecto, es así que dentro de esta creencia los discapacitados al no encajar dentro de este patrón eran expulsados de la “polis” o exterminados. (Di Nasso 2010). Pese a ello, Hipócratas, Galeno y otros entendieron que las discapacidades tenían origen en causas naturales y no de los dioses, ni eran atribuibles a producto de maleficios. Los esfuerzos de estos tempranos filósofos y médicos, limitados en sus resultados marcaron el inicio del tratamiento científico de la discapacidad (Vergara 2002).

“Rómulo ordenó a todos los habitantes de la ciudad que criaran a todos sus hijos varones y a la primera mujer, no matar a ningún niño menor de tres años de edad, a menos que el niño fuera deforme o monstruoso. Él no impedía que los padres expusieran a sus hijos; con la condición de que antes lo hubieran mostrado a cinco vecinos y estos lo hubieran aprobado. (Dionisio de Halicarnaso trad. 1984).” (Palacios 2008 pág. 49).

En la civilización romana a con fundamento en la Ley de las Doce Tablas, se le concedía al paterfamilias los derechos sobre sus hijos, incluso la potestad de matarlos, dando lugar de esta manera al infanticidio y los abortos (Vergara 2002). Era frecuente en el Imperio que los niños fueran abandonados o se los dejara en las orillas del río Tíber librados a su suerte. Más avanzado el Imperio, cede el infanticidio y aparece la medicidad, con el surgimiento del comercio de personas para lucrar con sus malformaciones como objeto de diversión o amuletos (Aguado Díaz 1995).

La Edad Media

En el medioevo a menudo las personas discapacitadas frecuentemente eran marginadas, temidas por las sociedades, y por su condición fueron objeto de persecución. En la baja edad media, aparecen los grandes encierros en locales amurallados (Aguado Díaz 1995), los que a su vez con la consolidación del cristianismo lleva a la condena por la Iglesia de la práctica del infanticidio, lo cual dispara la cantidad de personas con discapacidad alojadas en conventos. Esto lleva a la Iglesia a la construcción de asilos y orfanatos para albergarlas. (Di Nasso 2010).

En España, Alfonso X El Sabio, con la sanción de las Partidas dignificó y brindó protección jurídica a los discapacitados, pero en la misma España al iniciarse la inquisición, los discapacitados -especialmente los epilépticos y aquellos con padecimientos mentales- les atribuían celebración de pactos con Satanás, se los calificaba de hechiceros, y es por estas razones su marginación, tortura y asesinatos. (Di Nasso 2010).

La Edad Moderna

En la edad moderna comienzan los primeros tratamientos médicos, diagnósticos y terapias de rehabilitación para las personas con discapacidad, así como se ensayan los rudimentos del estudio de las patologías de origen mental. Pese a estos avances, a los discapacitados se los denominaba científicamente imbéciles o dementes, débiles mentales, etc. (Di Nasso 2010). Las sociedades lentamente comienzan a tomar conciencia de la problemática asociada a los discapacitados y por influencia de las escuelas iluministas e ilustracionistas, surge una visión optimista que promueve

medidas desde el Estado para incorporar a los pobres, desprotegidos y discapacitados a los ámbitos sociales (Vergara 2002).

La Edad Contemporánea

En la edad contemporánea se da un marcado impulso a la rehabilitación. La causa de ello radica en la necesidad de curar y tratar a las personas por las lesiones provocadas como operarios de las grandes máquinas fabriles, así como los heridos que regresaban heridos del frente de batalla de las guerras mundiales. Sea por contiendas o por industrialización, año a año se incrementaba el número de personas con requerimientos de tratamientos de rehabilitación, dando un impulso a esta disciplina. (Aguado Díaz 1995). El capitalismo acuñó el término “discapacidad” como la incapacidad de ser explotado para el beneficio del capitalista (Vergara 2002).

1.3 Los modelos de la discapacidad

A partir de la construcción de los modelos de la discapacidad, es posible abordar la problemática desde múltiples puntos de vista para comprender como la concepción de la persona con discapacidad en cada uno de estos modelos ha jugado un rol en la integración o exclusión de la misma de la comunidad, ya que los modelos permiten el abordaje desde el punto de vista médico, educativo, laboral o desde las políticas públicas. Para cada uno de los modelos, las soluciones serán distintas, ya sea tomando una perspectiva del individuo como sujeto de interés, o partiendo de la base del papel que juega la sociedad en la integración de la persona. Se expondrán a continuación los modelos de la discapacidad con mayor relevancia, para finalmente presentar el modelo

social de la discapacidad que da sustento a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Palacios y Romañach plantean tres modelos con los cuales las personas con discapacidad -o personas con diversidad funcional en términos de los autores- eran tratadas por la sociedad. Estos modelos no poseen la característica de una evolución lineal, sino que se presentan en forma indistinta en las etapas históricas de las civilizaciones. El primer modelo expuesto es el de prescindencia por el cual las causas de la discapacidad encontraban su raíz en causas divinas y las personas eran consideradas imperfectas, innecesarias e improductivas. A partir de esta concepción filosófica, se concibe la eugenesia o el sometimiento como prácticas aceptables reduciendo la persona a la mendicidad o a la caridad como medio de supervivencia. El segundo modelo, denominado por los autores rehabilitador considera las causas de la discapacidad no ya desde un punto de vista teológico sino científico, en el cual la persona es considerada útil en la medida que pueda ser rehabilitada. El éxito o fracaso de la rehabilitación se medirá en cuanto se consiga normalizar a la persona y de fracasar en el intento, la persona será aislada u ocultada de la sociedad. El modelo social, que será tratado con mayor extensión en el próximo apartado, concibe a la discapacidad desde la perspectiva de la adaptación de la sociedad a la persona. (Palacios y Romañach 2007).

Jiménez plantea un interesante modelo de la relación entre el poder, la sociedad y como éstos ven a la discapacidad, analizándolo desde cuatro paradigmas. En el paradigma tradicional, son frecuentes las prácticas del exterminio (que se ha dado a lo largo de todas las civilizaciones con prácticas como la eutanasia) o bien en la segregación, resultando en el confinamiento de personas con discapacidad con el fin

que no “contagien” al resto de la comunidad. En tanto el paradigma biológico plantea que los grupos de poder continúan decidiendo sobre el destino de las personas con discapacidad, sin embargo, de forma solapada, haciendo foco para su propósito en las terapias y en la educación de la persona, en tanto y en cuanto podría ser “normalizada” a los estándares sociales imperantes. En tanto que el paradigma social no concibe la discapacidad desde el déficit de la persona, sino en la interacción de la persona con el entorno y el peso de los factores ambientales. Es la comunidad que debe brindar las soluciones para que la persona se integre. El último paradigma analizado por Jiménez postula que la discapacidad es un hecho universal, que en última instancia comprende a cualquier miembro de la comunidad. Para este paradigma, la discapacidad está inmanentemente relacionada con el hecho de ser persona humana. Jiménez sostiene que, en el estado actual de cosas, se debe analizar la discapacidad y las políticas desde los derechos humanos (Jiménez 2010).

Céspedes aporta una clasificación desde la perspectiva de la rehabilitación. El primer modelo postulado es el médico que concibe a la discapacidad como un comportamiento anormal de la persona o bien una manifestación de su cuerpo, asociándola a la enfermedad en estado crónico. Se entiende a la rehabilitación desde un punto de vista del paciente que precisa cuidados médicos. En este modelo la rehabilitación se lleva adelante en instituciones, talleres, etc. El segundo modelo planteado por Céspedes es el biopsicosocial que describe a la discapacidad como un problema social y no únicamente de la persona. La sociedad con su participación tiende a influir positivamente sobre la persona, sin embargo, a entender de la autora sigue percibiendo a la discapacidad como una deficiencia del individuo. El tercer modelo es el de rehabilitación basada en la comunidad, donde la problemática de la discapacidad

no sólo se circunscribe a la persona, sino también a la familia, comunidad, etc. En este modelo, la rehabilitación integra a todas las esferas, a fin de maximizar la escasez de recursos técnicos y financieros que se da por la complejización de las terapias, y por la mayor esperanza de vida. El último modelo descrito es el modelo ecológico que está constituido por cuatro componentes: proceso, contexto, tiempo y persona y cada uno de ellos dentro de un sistema configurados como anillos. El microsistema representa las características de la persona, el segundo anillo, mesosistema representa la relación de la persona con la comunidad próxima, mientras que el macrosistema refleja las actitudes, creencias de la sociedad, así como legislación y políticas hacia la persona con discapacidad (Céspedes 2005).

Modelo de la OMS

La Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF)⁵ elaborada por la OMS combina los modelos biomédicos y social de la discapacidad en el modelo biopsicosocial -tal cual fuera descrito por Céspedes- como esquema de trabajo. Para la OMS, romper las barreras del modelo biológico o rehabilitador dentro del núcleo “duro” de profesionales que lo han sostenido durante décadas ha sido un gran avance en la comprensión de la discapacidad desde una mirada social (Fernández-López 2009).

Al adoptar el enfoque de derechos humanos se considera la integración social de la persona con discapacidad y como consecuencia de ello, la configuración del

⁵ Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud: CIF. Organización Mundial de la Salud, 2001, Ginebra

lenguaje empleado en la literatura médica se ha redefinido eliminando de la clasificación las definiciones de índole estigmatizantes, negativas y discriminatorias.

La clasificación describe los aspectos ambientales, así como personales para entender la discapacidad con la mira puesta en las transformaciones y políticas sociales que contribuyen a reducir los efectos negativos de la discapacidad.

Hoy en día la clasificación es de amplia aceptación en la rehabilitación sea ésta tradicional como psicosocial ya que permite que los profesionales aborden el tratamiento y analicen las distintas opciones considerando las barreras y oportunidades en el ambiente. Reconoce el contexto social lo cual constituye un gran avance, pese a que en cierta medida por sus orígenes científicos el foco aún está puesto en la persona (Fernández-López 2009).

1.3.1 Notas comunes de los modelos

Se ha visto que los modelos poseen algunos rasgos comunes, como ser el solapamiento de los distintos paradigmas en el tiempo, los que varían según la percepción que las sociedades tienen sobre las personas con discapacidad. La nota distintiva es el marcado avance hacia la inclusión, respeto e integración de las personas con discapacidad, con la salvedad de las prácticas eugenésicas que acontecieron en el siglo XX de la mano del régimen nazi. El rol de la rehabilitación cumple un rol preponderante por la necesidad del capitalismo de contar con mano de obra disponible y bajar los costos sociales y de previsión que a costa de una mayor sobrevivencia las personas con discapacidad les imponen a los Estados. Sin embargo, la gran deuda de estos modelos es la promoción y la integración plena de las personas con discapacidad en sus comunidades, punto que se analizará a continuación.

1.3.2 La necesidad de un nuevo modelo

La discriminación

Para Croxatto en el lenguaje usual la discapacidad es producto de un organismo o mente “anormal”. La persona rotulada de esta manera, es dependiente o bien de su familia o como beneficiaria de programas asistenciales, siendo la institucionalización para las personas con discapacidad intelectual la opción de preferencia. Las personas con discapacidad son quienes viven su vida en tono de tragedia (Croxatto 2012).

En sentido análogo Lang postula que el modelo biológico-rehabilitador conduce a la opresión y discriminación de las personas con discapacidad. La “discapacidad” y la “incapacidad” son construcciones sociopolíticas, por lo tanto, es el ambiente y las conductas sociales negativas en las cuales se manifiesta la opresión, la exclusión y la discriminación (Lang 2007).

1.4 El modelo social

Los postulados del modelo social son dos. El primero de ellos es que las causas que dan origen a la discapacidad no tienen origen en fundamentos religiosos ni científicos, sino que la discapacidad tiene su real origen en la sociedad y en el modo que ésta se relaciona con la persona con discapacidad. La limitación de la sociedad es la que discrimina, no las supuestas limitaciones de la persona, ya que la conformación misma de la sociedad es la que origina la discapacidad. El modelo social viene a configurar la sociedad de manera tal que las personas con discapacidad puedan insertarse dentro de la misma. El segundo supuesto postula que las personas con

discapacidad son valiosas para la sociedad, y sus aportes serán iguales en la medida que la sociedad incluya y acepte la diferencia (Palacios y Bariffi 2007).

El modelo social encuentra fundamento en los preceptos derivados del desarrollo de los derechos humanos en instrumentos internacionales, fomentando el respeto por la persona en su faz personal y la plena inserción en la sociedad. Pega la accesibilidad, no discriminación y la adaptación del contexto a las necesidades de la persona. (Palacios y Romañach, 2007)

1.4.1 Los orígenes del modelo social

El modelo social tiene como piedra fundacional el manifiesto elaborado por la UPIAS - la Unión de Personas con Discapacidad Física contra la Segregación en Londres⁶. El manifiesto fue redactado en el año 1975 proclamando la defensa de la vida independiente de las personas con discapacidad. Es entendida no desde la óptica de la persona, sino como una expresión de exclusión social. El Manifiesto concluye que es la sociedad quien incapacita a las personas dado que las aísla y las excluye de la integración en la sociedad.

*“Una **Deficiencia** es la pérdida o limitación total o parcial de un miembro, órgano o mecanismo del cuerpo. **Discapacidad** es la desventaja o restricción de actividad, causada por la organización social contemporánea que no considera, o considera en forma insuficiente, a las personas que tienen diversidades funcionales, y por ello las excluye de la participación en las actividades corrientes de la sociedad” (Manifiesto de la UPIAS pág. 15)*

⁶ The Union of the Physically Impaired Against Segregation and the Disability Alliance (1975) Fundamental Principles of Disability [Los Principios Fundamentales de la Discapacidad], Londres. Recuperado de <http://disability-studies.leeds.ac.uk/files/library/UPIAS-fundamental-principles.pdf>

La sociedad está primariamente organizada para personas no discapacitadas ya que no se toma cabal conciencia de las barreras que las personas con déficits deben enfrentar tanto desde las obstrucciones físicas como las sociales, lo que trae aparejado una restricción o limitación a su autonomía. Es de allí que el modelo social considera a la discapacidad no desde el individuo sino desde los obstáculos que la sociedad presenta y por la cual la persona queda marginada impidiéndole su participación plena y autonomía (López González 2016).

El modelo social rechaza de plano la “normalización” típica del modelo rehabilitador ya que los seres humanos esencialmente somos distintos y los estereotipos no son otra cosa que la búsqueda de la “normalidad” de los integrantes de la comunidad, de esta manera expulsando y limitando la integración de aquellos que no se ajustan a los parámetros estándar (Cuenca Gómez 2014).

1.4.2 Una nueva mirada

Como se ha expuesto el modelo social redefine las causas de la discapacidad desde las circunstancias de la persona a forma que la sociedad interactúa con la persona con discapacidad. Los impedimentos que aquellos con discapacidad tienen que sortear no son producto de la naturaleza, no son predeterminados, ni deben ser soportados por la persona dado que son producto de factores externos que le son impuestos por la sociedad.

Los responsables de incluir a las personas con discapacidad en la comunidad son el Estado, y la misma comunidad, mediante la adopción de medidas que faciliten la inclusión y un programa de concientización destinado a la población (Cuenca Gómez 2014).

Es así que el modelo social no hace otra cosa que colocar a las personas con discapacidad en un mismo nivel con el resto de la sociedad, nivelando para arriba y reconociéndolas como “sujetos de derecho” y no “objetos de políticas asistenciales”. Es entonces el modelo más efectivo en términos de integración de la persona a la sociedad respetando a ésta desde los derechos humanos (Barranco, Cuenca, y Ramiro 2014).

La libertad, igualdad e independencia pregonados por el modelo, le permiten a la persona trasladarse de un lugar a otro, vivir como y con quien elija, disponer de un sistema de apoyos y asistencia, contar con servicios asistenciales de calidad, respetando el derecho del individuo a decidir los tratamientos, todo ello en pos de una vida en igualdad y dignidad (Ramos Vardé 2015).

Para Silveira y Martocci la adopción del modelo social

“Libera a las personas con discapacidad (y a sus familias) del peso de empujar la puerta en cada aspecto de su vida. Son el Estado y los particulares quienes deben abrirla y hacer posible el ingreso y la permanencia natural en el mundo social, comunitario, educativo, laboral, económico, cultural, en definitiva, en el mundo.” (Silveira y Martocci 2015 pág. 84)

A las personas con discapacidad se les deberían reconocer iguales derechos que el resto de la sociedad en la medida de sus posibilidades. Ello implica que las personas con discapacidad deben necesariamente tener reconocida su capacidad jurídica o llegado el caso la atribución de un sistema de apoyos con el que puedan tomar en forma conjunta decisiones de acuerdo a sus preferencias y elecciones.

El modelo social promueve una percepción de la discapacidad desde dos vertientes: La investigación y el diseño de teorías desde el saber con aportes de las ciencias humanas y los movimientos sociales. Es producto del análisis y las experiencias de las personas discapacitadas que mediante iniciativas propias adquieren protagonismo y asesoran a los expertos en el diseño de políticas orientadas a la discapacidad (López González 2016).

1.4.3 Los resabios del modelo biológico-rehabilitador

El modelo social de la discapacidad ha sido adoptado con distintos matices en los países según estos se encuentren más o menos permeables a la implementación del paradigma en cuanto al aspecto normativo, edilicio, educativo, de salud, etc., siendo variable la comprensión por parte de la sociedad de los derechos de las personas con discapacidad a gozar de un mayor grado de independencia y de ser parte de la comunidad con la posibilidad de llevar adelante una vida con dignidad (Palacios 2008).

Aún hoy el modelo biológico rehabilitador cuenta con fuerza en muchas culturas. En éstas se etiqueta a las personas con discapacidad las cuales se ven resignadas a disfrazar sus hándicaps para tener una chance de integración y participación en la comunidad. Son discriminadas no sólo por sus rasgos físicos o comportamiento, sino también en razón de religión, raza o nacionalidad. Están inmersas en sociedades que cultivan la estigmatización y la opresión algunas veces en forma brutal, en otras con mayor sutileza, pero siempre afectando sus derechos.

En cuanto a la inclusión social de la persona, Jenny Morris opina que el prejuicio en parte es una expresión de la creencia en la diferencia, que a su vez está integrada por la idea de “normalidad”. La palabra normalidad puede tener un significado esterilizado,

en apariencia no tiene carga emotiva, pero en la práctica el uso está relacionado con las etiquetas de “normal” y su antónimo “anormal”, donde las personas que no encajan en los parámetros “normales” pasan a ser excluidos, por aplicación de los estándares sociales imperantes (Morris 1991).

Los prejuicios en la sociedad son relevantes al momento de analizar por qué las personas con discapacidad son oprimidas y discriminadas. Shakespeare sostiene que las personas son oprimidas no solo por la discriminación económica sino también por las creencias y prejuicios que la sociedad tiene sobre ellas. Los prejuicios no necesariamente se aplican en las relaciones personales -uno a uno-, sino que se manifiesta en el lenguaje coloquial, las conductas y la sociabilidad de las personas en la sociedad. Los discapacitados son vistos como “otros” a veces por los patrones de conducta extraños, otras por las facciones y rasgos peculiares o incluso por los impedimentos físicos (Shakespeare 1993).

Prueba de la influencia que aún ejerce el modelo biológico en las sociedades, sobre todo en el campo de la medicina, es la forma en que se realizan los estudios sobre las personas con discapacidad mental o con problemas de aprendizaje. De estos estudios y su metodología poco ha cambiado ya que aún en el presente los mismos son de índole cuantitativa -recolección de datos estadísticos- y no de naturaleza cuantitativa donde la persona estudiada relata aspectos de su vida. Los modelos de estudio hacen foco en las deficiencias y las personas son reducidas a meros objetos, no individuos siendo estudiados (López González 2016).

Las sociedades tienden a “proteger” a las personas con discapacidad, en este sentido apunta Oliver que la dependencia *“implica la incapacidad de hacer cosas por*

uno mismo” y la independencia sugiere “*que el individuo no necesita asistencia de nadie más*”. Sin embargo, las vivencias indican que las personas viven en un Estado de interdependencia y la dependencia no es una característica negativa en las personas con discapacidad. El problema se suscita en el momento que los profesionales califican equivocadamente la independencia en función de actividades de la vida diaria -AVD- y las personas con discapacidad la consideran como la dignidad de decidir sobre su propio cuerpo y cómo manejarse en forma autónoma (Oliver 1996).

1.5 Conclusiones

En este capítulo se han recorrido las distintas posturas y medidas que las sociedades adoptaron para la inclusión -o exclusión- de las personas con discapacidad. Hasta el fin de la primera mitad del siglo pasado eran frecuentes las prácticas eugenésicas, incluso en masa. A partir de la década del 1960 se abre paso el modelo rehabilitador con la institucionalización de las personas con discapacidad y su “normalización” en la cual se las intentaba insertar en la sociedad. No es hasta principios de la década del 1970 que se comienza a gestar el modelo social de la discapacidad, el que plasma sus principios entendiendo que la discapacidad se relaciona directamente con la forma que el entorno interactúa con la persona con discapacidad. Como será expuesto en los capítulos siguientes, el modelo social ha influenciado profundamente a distintos instrumentos de derechos humanos con consecuencias profundas en el tratamiento de la discapacidad.

Se puede sostener que en el presente las personas con discapacidad gozan de una mayor inclusión, respetándose su autonomía y sus elecciones personales. Ello no

quiere decir que todas las sociedades las incluyan del mismo modo ya que hay una alta disparidad entre culturas, quedando pendiente un trabajo por parte de los Estados para que sean mayores los índices de inclusión y la aceptación de las individualidades eliminando las barreras que dificultan la integración ya sean estas legales, culturales, arquitectónicas, tecnológicas o de cualquier otra índole.

Capítulo 2

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.1 Introducción

Hasta lo aquí expuesto, se desprende que han existido distintos modelos de concepción de la inclusión o exclusión de las personas con discapacidad. Siendo el derecho una ciencia eminentemente social, es lógico que la respuesta que se da desde el ordenamiento responde en gran medida al interés que revista en ese momento histórico los desafíos planteados por cada uno de los modelos expuestos.

En este capítulo se analizará la evolución de los institutos dedicados a los regímenes de incapacitación y como se relacionan en forma estrecha con los modelos de la discapacidad introducidos en el primer capítulo. El instituto de la capacidad jurídica ha sido concebido a partir del derecho romano y han perdurado con muy pocos cambios hasta el inicio de este siglo principalmente en los países con raíces romanistas, esto es los que encuentran su principal fuente en el derecho continental europeo.

El desarrollo del capítulo comprenderá las concepciones de la capacidad en cuanto su progresión histórica desde su faz sustitutiva hasta los inicios de la concepción social de la discapacidad que se da a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Para ello se analizará la evolución de la codificación civil y los distintos instrumentos internacionales de Derechos Humanos relevantes para la materia.

2.2 Evolución histórica en el Imperio Romano y en España

2.2.1 Imperio Romano

Los romanos crearon dos institutos destinados a la protección de los intereses de la persona: la tutela, y la curatela.

Tutela

La tutela se refiere como “*Un poder y una potestad sobre una persona libre que permite y otorga el derecho civil, para proteger a quien por razón de edad no puede defenderse por sí mismo (Servio Sulpicio Rufo)*” en (González Serrano 2010 pág. 123).

El tutor, en cumplimiento de la potestad otorgada por el Estado protege al impúber, sea por su condición de *sui iuris* -nacido fuera del matrimonio- o por no contar con patria potestad mientras es impúber.

La tutela era un cargo público estando en principio reservada para las personas libres, ciudadanos y sexo masculino; con posterioridad se incorporaron la madre y la abuela posiblemente por la escasez de hombre producto de las contiendas. El tutor a diferencia del *paterfamilias* no contaba con poder correccional y de autoridad sobre el pupilo limitando su intervención al aspecto patrimonial. Los romanos concibieron las siguientes clases de tutela: (González Serrano 2010)

Testamentaria: Como su nombre lo indica, se otorga mediante testamento, siendo una potestad paterna la designación del tutor, la cual se enerva a partir de la muerte del *paterfamilias*.

Impúberes: El tutor asistía al impúber en los actos de disposición.

Legítima: Procedía ante la falta de tutor testamentario y se disponía a favor de los parientes más próximos -agnados- en virtud de la ley.

La tutela se extinguía por las siguientes causas atribuibles al pupilo: comienzo de la pubertad, muerte, incapacidad o el cumplimiento de una condición resolutoria. En cuanto a la extinción por causas atribuibles al tutor son las siguientes: muerte, incapacidad, la renuncia, edad, pobreza o posesión de más de tres hijos.

Curatela

El fundamento de la curatela reside en el principio de “*parens patriae*” mediante el cual el Estado puede ejercer el rol de protector de los individuos desamparados. En la ley de las XII tablas se preveían disposiciones para la protección de aquellas personas con enfermedad mental, pródigos y sordos (Souza 2015).

La curatela se atribuía como un poder otorgado por la ley al heredero varón más próximo, ostentado por el *paterfamilias*. La naturaleza jurídica del instituto era la integración de la capacidad del curado, cuya falta era complementada con la del tutor a fin de dar validez a los actos celebrados en nombre de éste. El tutor poseía el derecho de gestionar los bienes del incapaz actuando por representación. A diferencia de la tutela, el representante no se ocupaba de las cuestiones alimentarias y de educación correspondiendo siempre éstas a la madre.

Los romanos aplicaron las siguientes clases de curatela (Berrocal Lanzarot 2012)

Cura furiosi: Estaba dirigida al loco púber desprovisto de protección del *paterfamilias* y del tutor

Cura prodigi: Destinada al pródigo que dilapidaba su patrimonio.

Cura mente capti: Aplicable a los disminuidos en su capacidad. La diferencia entre el *furiosi* y el *mente capti*, radicaba en que el primero se hallaba totalmente privado de razón mientras que el segundo poseía un cierto grado de capacidades intelectuales preservadas.

Cura minorum XXV annis: Dirigida a los púberes con edad menor a 25 años, para los cuales la curatela estaba destinada a protegerlos y evitar que sean perjudicados en las transacciones. Se le permitían la celebración de ciertos actos por sí mismos.

Los rasgos distintivos entre la tutela y la curatela radicaban principalmente en que la primera estaba dirigida a la protección del incapaz tanto en su persona como en su patrimonio donde el tutor disponía de la facultad, pero no la obligación de participar en la formación de los actos jurídicos mientras que la segunda el curador únicamente tomaba cuenta del patrimonio del curado y en consecuencia su intervención en actos jurídicos era esencial.

En cuanto a la aplicación de los institutos, los huérfanos menores de doce años eran sometidos a la tutela, mientras que los huérfanos menores de 25 años y los incapaces eran sujetos al régimen de la curatela (González Serrano 2010).

2.2.2 *Las Siete Partidas y su influencia en América*

Durante la Edad Media, el derecho romano se consolida como fuente formal del derecho canónico y de los derechos “menores” como el feudal y estatutario, que en su conjunto dieron origen al “*ius commune*”, que posteriormente daría origen al derecho continental europeo (Salinas Araneda 2004).

En España el rey Alfonso X ordenó la redacción y compilación de Las Partidas, un cuerpo normativo que homogeneizaba en un digesto las normas jurídicas vigentes en la península ibérica. En el siglo XV con el descubrimiento de América surge una dualidad de ordenamientos: por un lado, existía el derecho peninsular y por el otro el derecho indiano. Ambos ordenamientos poseían normas particulares por el estatus jurídico de las colonias o la península, con fuente común en Las Partidas. Es por ello que indirectamente por vía del derecho colonial, las Partidas tuvieron vigencia y gran aplicación en América, persistiendo su aplicación supletoria en el derecho patrio de las naciones latinoamericanas aún independizadas de la metrópolis.

Las normas relacionadas con la capacidad de la persona se ubican en la Sexta Partida que contaba en su articulado con 19 títulos y 272 leyes, regulando las tutelas y curatelas (guardas). Contemplaban tres tipos de tutela: la testamentaria que se aplicaba en los casos que el padre dejaba indicado tutor para que ejerza el cargo a su fallecimiento, la tutela legítima procedía cuando no existía tutor testamentario y el curador era designado en virtud del llamamiento de la ley, mientras que la dativa era decretada por el juez para el caso que no existiera tutor por falta de los dos supuestos anteriores. No debe sorprender la similitud con las tutelas del derecho romano, por ser éste fuente del derecho ibérico.

En las Partidas, la capacidad para ser tutor excluía para el ejercicio del cargo los casos de incapacidad de acuerdo a las leyes ya que era incompatible la designación o ejercicio por parte de un tutor incapaz. El tutor tenía el deber con respecto al pupilo de educarlo física moral e intelectualmente, cuidar sus bienes y representarlo en juicio. En el aspecto procesal, las Partidas tratan los supuestos de obligaciones del tutor como ser la remoción, cese de la tutela entre otros. Es tal la importancia de este ordenamiento por

ya que ambas figuras sientan los precedentes de los posteriores sistemas tutelares que regirían en Hispanoamérica hasta entrado el siglo XX (González-Serrano 2010).

2.3 El tratamiento de la capacidad en el Código Civil derogado

2.3.1 *El Código Civil*

La Constitución de la República Argentina sancionada en 1853/60 estipulaba que dentro de las facultades delegadas por las Provincias al Congreso Nacional éste era responsable por la redacción de los códigos de fondo (Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social). En ejercicio de esta atribución, el Congreso encomendó a Dalmacio Vélez Sarsfield la redacción del Código Civil el cual comenzó a regir el 1 de enero de 1871 dando fin a la dispersión normativa existente en la materia. Entre las fuentes que inspiraron a Vélez se encuentran el derecho romano reflejado en los textos del Corpus de Justiniano, el derecho continental europeo como ser el Code Napoleón y la legislación española así los trabajos de Freitas en su “Esboço”. En especial, del trabajo de Freitas aportó los cimientos el método y organización del Código.

En el Código Civil, el tratamiento de la capacidad de la persona se encontraba legislada principalmente en el Libro I, Título X – “De los dementes”. En concordancia con el pensamiento imperante de los juristas de la segunda mitad del siglo XIX, la capacidad de la persona se reducía a una dualidad entre capacidad e incapacidad de hecho; para las personas con capacidad, ésta era plena mientras que para los incapaces era absoluta y consecuencia de esta concepción binomial se los sometía a un régimen de interdicción.

En ese entonces, la situación era muy distinta a la actual: las personas no recibían tratamientos adecuados ya que las ciencias médicas como la psiquiatría no se encontraban desarrolladas y como consecuencia de ello no se contaban con tratamientos terapéuticos. Es que por imposibilidad de las ciencias médicas de establecer categorías intermedias principalmente en lo relacionado con la salud mental y de la escasa probabilidad de la rehabilitación de una persona “incapaz”, no se preveían otras clasificaciones que las de “capaz” e “incapaz”. (Brandi Taiana 2015).

2.3.2 Redacción Original

El Código Civil estaba estructurado alrededor de un sistema inflexible para establecer la capacidad de las personas. Aunque partía del supuesto de la capacidad como regla general, una vez declarada judicialmente la incapacidad, la persona interdicta no ejercía por sí sus derechos, sino que precisaba de un representante sea éste su progenitor, curador o tutor los cuales celebraban los actos en la vida civil en nombre del incapaz salvo contadas excepciones (Rajmil y Llorens 2015)

La capacidad en el Código derogado era clasificada en capacidad de hecho y de derecho⁷. La capacidad de hecho consistía en la aptitud de la persona para ejercer derechos y contraer obligaciones mientras que la capacidad de derecho era la potestad de ser titular de relaciones jurídicas. Para Pestalardo, la capacidad de derecho no puede estar ausente salvo excepciones generalmente de orden público -siempre en interés del tercero y la protección del tráfico jurídico- mientras que ante la interdicción de la persona la capacidad de hecho es suplida por un tutor o curador que ejerce en nombre

⁷ Art. 31. Código Civil de la República Argentina

del incapaz sus derechos u obligaciones con el fin de proteger la persona y su patrimonio (Pestalardo 2012).

Vélez adopta el modelo biológico imperante toda vez que para la interdicción era necesaria únicamente la manifestación de la patología no teniendo en cuenta como la persona se vincula con su entorno ni el pronóstico de la supuesta “enfermedad” ya que como se ha mencionado la medicina psiquiátrica estaba escasamente desarrollada.

Para que una persona fuera declarada incapaz, era necesario seguir un proceso judicial basado únicamente en dictámenes médicos, la cual traía aparejados efectos declarativos y constitutivos, en lo referido a las consecuencias de la sentencia. El requisito era que la persona fuera “incapaz para dirigir su persona o sus bienes”⁸ (Bariffi 2014).

La persona que iniciaba e impulsaba el proceso, era un tercero ya que no estaba prevista la posibilidad que fuera la persona que se sometía al “juicio de insania” -el causante- parte de éste. El actor aportaba pruebas generalmente en forma de certificados médicos o pericias forenses, las cuales diagnosticaban la patología del presunto incapaz, así como su peligrosidad. El magistrado se limitaba a realizar una comparación del dictamen con el cartabón que se aplica a los casos de demencia, con lo cual la sentencia era simplemente “verificatoria” (Bariffi y Palacios 2008).

Los incapaces declarados judicialmente se veían privados del ejercicio de derechos civiles y políticos, ya que no podían contraer matrimonio, eran privados del

⁸ Art. 141. Código Civil de la República Argentina

ejercicio de la patria potestad dado que al ser estos derechos *intuitu personae* no podían ser delegados en la figura del representante. (Bariffi 2014)

Bajo la vigencia del Código velezano para la procedencia de la declaración de incapacidad de los enfermos mentales en opinión del maestro Llambías, se requerían dos factores: un factor psiquiátrico, que por su raíz científica daba seguridad al pronunciamiento, y un factor social que encuentra como fundamento la protección del incapaz y sus bienes toda vez que para el autor una enfermedad que no afecte la persona o su patrimonio no es de interés para el derecho (Llambías 1973).

En cuanto a los requisitos formales para la declaración de insania de la persona era preciso que el juicio fuera instado por parte legítima, que se haya realizado un examen de facultativos, y la posterior verificación de la dolencia por sentencia del juez. Los requisitos de fondo son tres: que se trate de un “enfermo mental”, que el estado de enfermedad sea habitual o permanente, que incida en su vida, y ausencia de impedimentos.

2.3.3 Artículos relevantes en el Código Civil derogado

El artículo 52 establecía que únicamente las personas de existencia visible podían adquirir derechos o contraer obligaciones, siempre que no estén declaradas expresamente incapaces. Este supuesto sigue el modelo médico-biologicista toda vez que las personas eran tenidas por capaces o bien incapaces.

El artículo 54 enumeraba taxativamente las personas que poseían incapacidad absoluta, siendo éstas las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. En estos casos, procedía la

incapacitación absoluta, debiéndosele declararlas incapaces de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 58, que, con una carga paternalista en su redacción, “los protegía” por medio del instituto de la curatela con el fin de suprimir los impedimentos de su incapacidad.

El artículo 141 con un lenguaje peyorativo propio de la época define como dementes a aquellas personas “*que se hallen en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad, aunque tengan intervalos lúcidos, o la manía sea parcial.*”. Como se expuso, las personas con padecimientos mentales eran susceptibles de ser declaradas insanas, sin consideración alguna sobre como ésta se relacionaba con el entorno o cual era su grado de afección.

2.3.4 Modificaciones introducidas por la ley 17.711

La reforma al Código Civil de 1968 comúnmente conocida por su número de ley -17.711-⁹ fue la de mayor importancia que tuvo el Código Civil durante su vigencia reformando aproximadamente 200 artículos con la marcada influencia de la “moral y las buenas costumbres” impronta del pensamiento imperante en la época y que trasluce en todo el texto de la reforma.

En cuanto a la capacidad de la persona fueron objeto de reforma dos artículos: el 141 que se ocupa de los supuestos para dictar la incapacidad y el 152 que incorpora a los inhabilitados como una categoría atenuada de incapacidad. La reforma introduce el criterio “biológico-jurídico”, ya que amén de la necesidad de contar con un componente médico, generalmente psicológico/psiquiátrico, se pondera el factor

⁹ Ley 17.711 Código Civil. Modificaciones. Honorable Congreso de la Nación Argentina

ambiental como aspecto importante en el dictamen sobre la capacidad de la persona (Bariffi 2014).

2.3.5 Artículos 141 y 152 bis

El artículo 141 fue reformulado de tal manera que se redefine a la persona demente cómo aquella que padece una enfermedad mental y debido a ello no posee la aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes. Se aplica indistintamente para todas las personas con alguna limitación en su capacidad por más superficial que sea. La demencia como afección por si misma resuelve el dilema y a la persona con dicha “etiqueta” se la podía declarar incapaz.

El artículo 152 bis incorpora una nueva categoría de interdictos -las personas inhabilitadas- aplicable a las personas que, en razón de embriaguez, drogadependencia, prodigalidad y disminución de las facultades mentales sin llegar a la demencia pueden ser sujetos del procedimiento de inhabilitación. Una vez inhabilitada la persona, sin llegar al extremo de la incapacitación total, podía realizar actos de administración sobre sus bienes, salvo lo que a resultas de la resolución judicial se hubiera constituido una limitación expresa. Fuera de ello era requisito para que el inhabilitado realizara actos de administración o disposición de sus bienes la aprobación de los mismos por un curador designado judicialmente (Rajmil y Llorens 2015).

Minieri considera que, pese a que los artículos podrían haber contado con mejor técnica legislativa, la protección de los incapaces en el Código civil cumplió la importante función de proteger al incapaz y que no sean víctimas de perjuicios patrimoniales o incluso en su salud. En cuanto a la reforma de la ley 17.711. La sentencia de inhabilitación en el código velezano se limitaba a proteger el patrimonio

del inhabilitado, desprotegiendo a la persona en cuanto a la tutela de los aspectos no patrimoniales como ser tratamientos médicos, cuidados personales, etc. (Minieri 2014).

2.4 Evolución en los instrumentos internacionales

Hasta el año 1948, los ordenamientos de los países se habían mantenido al margen de una visión comprensiva de los Derechos Humanos. Al finalizar la segunda guerra mundial los Estados que se impusieron en la contienda, crean un organismo supranacional, la Organización de Naciones Unidas con la misión de asegurar la protección de los Derechos Humanos. Con este fin, redactan la Carta de las Naciones Unidas¹⁰, instrumento del reconocimiento de los derechos del hombre. A partir de este momento, los Derechos Humanos pasan a ser progresivamente recogidos en instrumentos internacionales siendo la mayoría producto de la labor de este organismo.

En dichos tratados, convenciones y protocolos son reconocidos los derechos de todas las personas, independientemente de su condición, protegiéndolas en sus derechos -minorías- de las legislaciones que impongan cuestiones discriminatorias o abusivas. Los instrumentos de Derechos Humanos han venido a suplir mediante normas supranacionales los déficits en cuanto a la protección de las personas en el derecho interno de los Estados.

¹⁰ Organización de las Naciones Unidas. (2008). Declaración Universal de los Derechos Humanos

2.4.1 Instrumentos de Naciones Unidas

Se describen a continuación los instrumentos de Naciones Unidas que constituyeron la fuente formal de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en conjunto con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporan los derechos que se enunciaron en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Los tres instrumentos forman parte del Sistema Universal de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Los derechos que contiene el Pacto¹¹ de interés para este trabajo se pueden mencionar: el derecho a la vida, a la integridad física y la prohibición de experimentación médica sin consentimiento, a la libertad, el debido proceso y el reconocimiento de la personalidad jurídica, la igualdad ante la ley y la protección como grupo minoritario.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Dentro de los derechos tutelados por el Pacto¹², en cuanto a la capacidad jurídica de la persona merecen ser destacados el derecho a la no discriminación, el de igualdad de sexos, el derecho a la educación, salud y el trabajo. Otros derechos conculcados son el derecho a la seguridad social, la protección de la familia y el acceso a un nivel de vida digno.

¹¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Suscripto en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966.

¹² Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asamblea General. Aprobado el 19 de diciembre de 1966.

Este pacto posee un órgano de vigilancia, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) el que en ejercicio de sus atribuciones elaboró en el año 1994 la Observación General N° 5¹³ abocada al tema de la discapacidad:

“La obligación de los Estados Partes en el Pacto de promover la realización progresiva de los derechos... consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas.”
(CESR – Observación N°5 Párrafo 9)

Las recomendaciones del Comité no solo se orientan a la administración pública de los Estados Parte, sino que también se extiende al sector privado para la efectiva promoción de políticas inclusivas hacia las personas con discapacidad. En tal sentido las políticas de no discriminación, trato igualitario y respeto por la autonomía deben estar orientadas al dictado de normas, así como la concientización de la sociedad.

Declaración de los Derechos del Retrasado Mental

La Declaración¹⁴ en su primer artículo afirma que *“El retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos”*

Sin embargo, al estar circunscripto en un contexto socio-histórico donde aún era predicado el modelo de sustitución, no es de sorprender que en su artículo quinto postule que *“El retrasado mental debe poder contar con la atención de un tutor calificado cuanto esto resulte indispensable para la protección de su persona y sus*

¹³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) Observación General N° 5. (1994). Recuperado de <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-5-personas-con-discapacidad>

¹⁴ Naciones Unidas. Declaración de los Derechos del Deficiente Mental. Asamblea General. Aprobada s el 20 de diciembre de 1971

bienes.”. Considerando el marco histórico en que fue redactado, la declaración constituye un importante documento en cuanto reconoce los derechos a la educación, la capacitación y la rehabilitación de aquellos con retraso mental.

Declaración de los Derechos de los Impedidos

Esta declaración¹⁵ le reconoce a la persona impedida el libre ejercicio de los derechos civiles y políticos, recomendando a los Estados la adopción de medidas *“para que la persona pueda lograr dentro de sus posibilidades la mayor autonomía”*. Enumera derechos económicos y sociales que deben tutelarse, entre ellos el derecho a la atención médica, seguridad social, vivir en familia todos ellos destinados a que las personas impedidas puedan integrarse en la sociedad.

Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad

Enmarcado en el Año Internacional de las Personas con Discapacidad (1981), las Naciones Unidas en Asamblea General establecen un programa dividido en tres capítulos donde se definen conceptos y se establecen principios referidos a las personas con discapacidad en el cual se analiza la situación mundial y se enuncian recomendaciones a los Estados.

Los objetivos del programa¹⁶ son la prevención, rehabilitación y la participación plena. El programa aconseja que los Estados paulatinamente pasen de un modelo de sustitución de la capacidad a uno social que sea respetuoso de la persona y le reconozca plena capacidad jurídica. Dentro de su análisis recomienda a los gobiernos a *“despertar la conciencia de las poblaciones en cuanto a los beneficios que se obtendrían para los*

¹⁵ Naciones Unidas. Declaración de los Derechos de los Impedidos. Asamblea General. Aprobada el 9 de diciembre de 1975

¹⁶ Naciones Unidas. Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad. Tratado el 3 de diciembre de 1982 y el 22 de noviembre de 1983

individuos y la sociedad de la inclusión de los impedidos en todas las esferas de la vida social, económica y política.”

Las Normas Uniformes de Naciones Unidas sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad

Las normas¹⁷ inscriptas en el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, marcan el inicio de un recorrido en el cual se pasa del modelo de prevención y rehabilitación, por la adopción del “modelo social de la discapacidad”. Las normas son importantes en cuanto sugiere a los Estados la redacción y aprobación de cuerpos normativos relacionados con la discapacidad, abriendo el camino para la redacción de una futura Convención que trate el tema.

Las normas que no poseen el peso específico de una Convención, -son un instrumento de *soft law* -instrumentos no vinculantes jurídicamente- e incluyen recomendaciones para la igualdad de participación de las personas con discapacidad a fin de que las mismas puedan lograr un mayor nivel de autonomía e independencia. En las normas, se recomienda la creación de un marco normativo por parte de los Estados que por un lado esté dirigido a la planificación de programas de educación, salud y empleo y el diseño de medidas de ejecución y supervisión de los mismos (Parra-Drussan 2010).

Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño¹⁸ de las Naciones Unidas, constituye un instrumento de muchísima importancia en el catálogo de Derechos

¹⁷ Naciones Unidas. Normas Uniformes de Naciones Unidas sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad. Asamblea General. Aprobada el 20 de diciembre de 1993

¹⁸ Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño. Asamblea General. Aprobada el 20 de noviembre de 1989

Humanos. La Convención tiene como pilar de su articulado el interés superior del niño en la aplicación de la propia Convención u en otros instrumentos creados o a crearse. El Comité de los Derechos del Niño como órgano de aplicación se afirmó en el sentido del interés superior del niño en relación a los derechos reconocidos en la Convención no puede ser cercenado en su vigencia por causa alguna.

En este sentido, en los casos de personas mayores de 13 años y menores de 18 definidas como niños o niñas pero pasibles de un proceso de interdicción-, el interés superior del niño no debe ser afectado por restricciones en la capacidad de ejercicio, con lo cual lo se deben ajustar los mecanismos de interdicción a fin de no vulnerar los derechos del niño o niña. Otro aspecto importante de la Convención es el derecho del niño a ser oído en función de su edad y madurez en tanto sujeto de un proceso judicial en donde se determine su capacidad. (Rajmil y Llorens 2015)

2.4.2 Instrumentos Convencionales Americanos de Derechos Humanos

En forma paralela al movimiento global de convencionalización de los Derechos Humanos por parte de Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos creada en 1948 ha emitido Convenciones, Declaraciones y Protocolos, para lo cual se han creado órganos del sistema americano como autoridad de aplicación.

Entre los instrumentos que interesan a este trabajo, se encuentran la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁹, también conocida como “Pacto de San José de Costa Rica” se aprobó en 1969 y fue ratificada por la Argentina en 1984.

Si bien la Convención no contiene en su articulado una mención específica a la capacidad de la persona establece el principio de igualdad entre los hombres no como un esquema absoluto sino como relativo reconociendo las diferencias y favoreciendo la adopción de legislación que tienda a colocar en un pie de igualdad relativa a las personas que poseen distintas realidades.

Merece una especial mención el artículo 24 de la Convención que se refiere a la igualdad ante la ley, en el cual las personas deben gozar de la protección de sus derechos. La Convención prevé como órgano de aplicación y supervisión a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual en base al artículo 29 en su inciso d) de que permite interpretar no solo los tratados del sistema americano, sino tratados extra-sistema con la condición que el Estado haya ratificado tanto la Convención Americana como el tratado a aplicarse, abriendo de esta manera la puerta para entender sobre asuntos regulados en tratados internacionales de Derechos Humanos.

En el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁰ se trata en el art. 18° la protección de las personas con discapacidad, en cuanto a los derechos a la atención especial, la educación y el trabajo. se deja entrever

¹⁹Organización de Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscripta en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969

²⁰ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador— adoptado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en El Salvador, el 17 de noviembre de 1.988

claramente el régimen de sustitución al referirse a los “minusválidos” y a los “representantes legales”

Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad²¹

La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad -CIADDIS-, aprobada en el año 1999 como su nombre lo indica tiene como meta la prevención de episodios discriminatorios contra este colectivo e intenta favorecer la inclusión en la sociedad de las personas con discapacidad. La Convención postula en sus principios que *“las personas con discapacidad tienen los mismos Derechos Humanos y libertades fundamentales que otras personas; y que estos derechos dimanen de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano”*.

Es de notar que este instrumento fue redactado con anterioridad a la Convención Internacional sobre las Personas con Discapacidad, con lo cual sostiene el modelo de sustitución en el apartado 2, que reza: *“En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación.”*

Establece la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral, entre otras con el fin de prevenir y eliminar todas las formas de discriminación contra estas personas permitiendo así su plena integración en la sociedad.

²¹ Organización de Estados Americanos. Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Aprobada en Guatemala el 8 de junio de 1999

El instrumento prevé la creación de un Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, teniendo la facultad de solicitar información a los Estados y organizaciones de la aplicación de la Convención, y la presentación de informes periódicos, sin embargo, al no ser órgano de ejecución su efectividad es limitada (Carignano y Palacios 2012). Éste ha interpretado el artículo I.2 b) que fuera citado en cuanto la interdicción y curatela deben ser interpretados de acuerdo al artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no solo desde el punto jurídico sino las implicancias en la vida cotidiana de las personas.

2.5 Conclusiones

En este capítulo se ha realizado un recorrido histórico de las distintas concepciones jurídicas de la capacidad de la persona y su correspondencia con los modelos de discapacidad. Los romanos dieron origen a los institutos que tutelan la capacidad jurídica de la persona, mediante la creación de las figuras de la tutela y la curatela las que dieron fundamento al modelo de sustitución de la voluntad, tanto sea para menores, huérfanos o alienados, con una impronta de índole patrimonial. El Código Civil derogado siguiendo al derecho romano y continental europeo adoptó el sistema de sustitución biologicista con dos categorías bien delimitadas: la capacidad plena o la incapacidad de hecho, con fundamento en la falta de desarrollo de ciencias sociales y de rehabilitación como la psicología y la psiquiatría.

A partir de mediados del siglo pasado producto de los avances médicos y de las ciencias sociales comienza una corriente rehabilitadora donde a la persona se la podía

reestablecer o normalizar, surgiendo de este modo el modelo médico de la discapacidad. En este contexto en la reforma del Código Civil se crea una categoría intermedia -el inhabilitado- el cual se lo protege solamente en el aspecto patrimonial.

Fruto del trabajo de Naciones Unidas surgen una serie de instrumentos de Derechos Humanos, con cimientos sólidos en la Declaración de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, así como el Pacto de Derechos Económicos y Sociales, se comienzan a tutelan embrionariamente los derechos de las personas con discapacidad. El sendero es abonado con instrumentos específicos de derechos de los impedidos y las Normas Uniformes las cuales desencadenarían en la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que será materia del capítulo siguiente.

En forma análoga la Organización de Estados Americanos redacta la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual es de aplicación en la mayoría de los países de América y tiene como organismo de control a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual no sólo es interprete de la Convención, sino que aplica derecho convencional.

Hoy por hoy, no es sostenible la adopción por parte de un Estado de un esquema de sustitución de la voluntad, pese a que aún en gran parte de las culturas aún existe marcada resistencia. La labor de la Organización de Naciones Unidas contribuye a orientar las prácticas legislativas de los Estados en el reconocimiento de la capacidad jurídica de la persona y poner fin a los sistemas de sustitución, en el respeto de la autonomía, la independencia y el pleno reconocimiento a su capacidad jurídica.

Capítulo 3

DERECHO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

3.1 Introducción

Los recorridos por los distintos instrumentos de Derechos Humanos redactados por las Naciones Unidas expuestos en el capítulo anterior constituyeron los cimientos en los que se basó la redacción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, capitalizando 50 años de fecunda labor. La Convención ratifica la adopción del modelo social de la discapacidad expuesto en el Capítulo 1, y constituye un pilar en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, en especial el pleno ejercicio de la capacidad jurídica.

La Convención fue ratificada por Argentina en el año 2008 y posteriormente incorporada al bloque de constitucionalidad federal, con lo que se ha dado lo que la mayoría de los autores denominan un “cambio de paradigma” (Alderete 2015). Ya que se abandona el modelo de sustitución a un modelo integrador o de apoyos. Las personas según la Convención deben poseer capacidad en “todos los aspectos de la vida” (Bacigalupo y De Dios 2010; Bariffi 2012).

La Argentina, al ser Estado Parte de la Convención, sancionó dos normas importantísimas en su derecho interno para implementar los apoyos a las personas con capacidad restringida y ajustarlos al espíritu de la Convención. La primera fue la Ley Nacional de Salud Mental; la segunda el Código Civil y Comercial de la cual rige desde

agosto de 2015. Ambos textos regulan tanto aspectos de fondo como procesales de los sistemas de apoyos.

3.2 La Constitución Nacional

La Constitución Nacional de 1853/60 tuvo su última reforma en 1994. Como resultado de esta reforma se han jerarquizado ciertos tratados de Derechos Humanos, en virtud del artículo 75 inc. 22 de la Carta Magna, los que conforman el “Bloque de Constitucionalidad”. Estos instrumentos se encuentran en un plano de igualdad con la Constitución en las condiciones de su vigencia, pero no se insertan en ella.

Con referencia a los tratados que forman el bloque de constitucionalidad se establece que: a) tienen jerarquía constitucional, b) en las condiciones de su vigencia; c) no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y d) son complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución.

En tanto el artículo 75 inciso 23 de la ley fundamental hace mención explícita a las personas con discapacidad en su redacción ya que obliga a

“Legislar y promover medidas de acción positivas 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 de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”. (Art. 25 – Constitución de la Nación Argentina)

Producto de la jerarquía supralegal de los instrumentos de Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, se desprende la obligación por el Estado de observar su cumplimiento, de acuerdo lo establecido en la Convención de

Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados²² de la cual Argentina es Estado Parte, específicamente en su artículo 26, por el cual el Estado “*no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.*” De similar sentido se expidió la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3.3 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

De acuerdo a un informe publicado en 2011 por la Organización Mundial de la Salud²³, más de mil millones de personas viven con algún tipo de discapacidad; o sea, alrededor del 15% de la población, de los cuales el 20% tiene alguna discapacidad severa. La mayoría de estas personas viven en países en desarrollo, a quienes se les siguen negando sus derechos y dentro de ellos el reconocimiento a su capacidad jurídica.

Las Naciones Unidas en el año 2001 dispusieron la creación de un Comité Especial para la redacción de una Convención sobre el tema. Finalizada la labor en comisión, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue tratada y aprobada en el seno de la Asamblea General el 13 de diciembre de 2006, con entrada en vigor en 2008 una vez alcanzados los depósitos requeridos y de la cual la Argentina es Estado Parte desde mayo del mismo año. Con posterioridad y por Ley 27.044 sancionada en el año 2014, el Congreso le otorgó a la Convención jerarquía constitucional como tratado de Derechos Humanos.

²² Naciones Unidas. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Asamblea General. Aprobada el 23 de mayo de 1969

²³ Organización Mundial de la Salud. Informe mundial sobre la discapacidad (2011). Recuperado de http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/es/

El texto se estructuró en base a dos ejes: uno de ellos la igualdad y no discriminación; el segundo la diversificación de los derechos de las personas con discapacidad. Al adoptar el modelo social de la discapacidad expuesto en el Capítulo 1, las personas pasan a ser sujetos y no destinatarios, de allí su participación activa en el debate y su labor en la acción de *lobby* en los países que se resistían a los cambios introducidos en la futura Convención. Las organizaciones no gubernamentales que participaron en los debates, acuñaron el *leitmotiv* “nada sobre nosotros sin nosotros” como una forma de expresar su integración a la sociedad y ser tenidos en cuenta al momento de decidir sobre ellas (Sanjuán 2008).

La aplicación, lectura e interpretación de la Convención debe ser entendida desde la no discriminación y el respeto por la libertad. Los intérpretes y operadores jurídicos deben ajustar su estructura de razonamiento “no discriminar” como un axioma inalienable, ya que no alcanza solamente con adecuar la normativa a los estándares de la Convención, sino que es preciso eliminar los obstáculos que dificultan la interacción de las personas con discapacidad en el medio social (Palacios 2008).

Villaverde comenta que la elaboración del texto de la Convención fue impulsado, debatido y reconocido por los grupos a los que va destinada trabajando codo a codo con aquellos sujetos obligados -en lo general Estados-. Es así que el enfoque que se siguió fue el “*bottom-up-approach ascendente*” que es definido por Villaverde:

”Un proceso inclusivo, que apunta a que los países involucren creativamente a las organizaciones de la sociedad civil, a niñas, niños y adolescentes, a personas con discapacidad, a las personas mayores, a las entidades del Estado a nivel local, al mundo académico y a los organismos de cooperación internacional, con el propósito de que las personas afectados por

las políticas y por la normativa en elaboración puedan expresar sus opiniones, agregando insumos cualitativos significativos en el proceso hacia la toma de decisiones” (Villaverde 2012 pág. 7)

3.3.1 Principios de la Convención

A partir de los ejes rectores de la Convención en su artículo tercero se enumeran ocho principios, siendo tres de interés para este trabajo: *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 participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad y c) La igualdad de oportunidades;*

Dentro del texto de la convención se define en su art. 1º a las personas con discapacidad como:

“a aquellas que tengan de ciencias 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”. (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – Art. 1)

Nótese el cambio de vocabulario empleado, el énfasis en la integración de la persona y los postulados del modelo social, en cuanto es el entorno el que determina la discapacidad de la persona.

La Convención reconoce la igualdad ante la ley, con lo cual poseen el derecho a igual protección legal sin discriminación, al reconocimiento de la discapacidad en la infancia con igualdad de condiciones con los otros niños y niñas, así como el respeto a expresar su opinión. Trata asimismo el acceso a las personas con discapacidad al

entorno físico, información y comunicaciones e instalaciones públicas. Se ocupa del derecho a la vida, a la justicia en igualdad de condiciones con los demás y a no ser privadas de la libertad. Postula el respeto por su integridad física y mental, así como la libertad de desplazamiento, nacionalidad, residencia y vida independiente. Se enumera el derecho a la familia, en especial ajustando su derecho interno para terminar con la discriminación en lo concerniente al matrimonio, el cuidado personal de los hijos, y las relaciones de familia. Consagra el derecho de las personas con discapacidad de participar en la vida pública, así como el pleno reconocimiento de sus derechos políticos, la obligación de los Estados de garantizar el acceso al mercado laboral y de proveer programas de rehabilitación y de educación.

3.3.2 La capacidad jurídica de la persona con discapacidad en la Convención

La capacidad jurídica de las personas con discapacidad es tratada por el art. 12. Su aprobación fue tortuosa, al ser el más debatido durante la redacción de la Convención. No es en casualidad ya que las sociedades arrastran una larga historia de discriminación y prejuicios para las personas con discapacidad.

Estos prejuicios se hicieron presentes al momento de la redacción de este artículo, ya que adopta el modelo social de la discapacidad y el reconocimiento de la plena capacidad jurídica resulta incompatible con los sistemas de sustitución de la voluntad imperantes en muchos Estados.

Pese a las dificultades enfrentadas el artículo 12 constituye uno de los hitos fundamentales de la Convención, y un éxito de la comisión redactora. Dada su relevancia, se transcribe el texto completo del artículo:

Artículo 12 - Igual reconocimiento como persona ante la ley

Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

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

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios,

hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

El artículo propugna el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y coloca en cabeza del Estado la adopción de medidas para garantizar dicho ejercicio. Desde la faz instrumental, exige que los Estados Parte diseñen los sistemas de apoyos a las personas con discapacidad, en conjunto con las medidas de salvaguardas necesarias para que no se cometan excesos. Llama la atención la apelación a normas de “*ius cogens*” como mecanismo de protección del reconocimiento de la personalidad o capacidad jurídica, lo que limita la aplicación discrecional de la Convención, pudiendo incluso acarrear responsabilidad internacional por el incumplimiento de las cláusulas.

La Convención ha disparado un cambio de paradigma al adoptar los sistemas de apoyos a las personas con capacidad restringida, en las mismas condiciones que los demás, debiendo adoptar los Estados Parte las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica. Asimismo, preceptúa que los Estados deberán proporcionar las salvaguardas para que la persona con capacidad restringida pueda con libertad y respeto de su autonomía, expresar sus gustos, preferencias y la tutela efectiva de sus derechos

El respeto por los derechos humanos se explicita en la Convención, toda vez que propicia el modelo “voluntad con apoyo”, respetando la autonomía y la voluntad de la persona, absteniéndose de interferir y decidir por ella (Reyes 2015).

3.3.3 El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad

La Convención no es una mera declaración, sino un documento jurídicamente vinculante que encomienda a los Estados Partes el ajuste de su normativa interna a los principios contenidos en ella. Para ello se crea como órgano de aplicación el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad el cual supervisa el cumplimiento de la misma. El Comité recibe los informes bianuales que confeccionan los Estados Parte describiendo la situación de las personas con discapacidad y las políticas que se han implementado o están en fase de ejecución en sus respectivos países. Una vez recibido el informe por el Comité éste elabora un reporte con las observaciones que estime pertinentes, realizando recomendaciones y observaciones para aquellos aspectos que no se ajustan al espíritu de la Convención (Ambroggio 2015).

El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, ha emitido una opinión con respecto a los sistemas de apoyos, recalcando algunas características que deben poseer: el respeto por los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, pero no pueden decidir sin la intervención de la persona.

Los apoyos pueden estar configurados como una persona, un grupo de personas, apoyos entre partes, instituciones, etc. Son asimismo medidas relacionadas con el diseño y con la accesibilidad un menú de restaurante o un resumen de producto bancario en formato braille, o cuando se emplean métodos de comunicación aumentativos.

Por otro lado, constituyen apoyos las directivas anticipadas, su contenido y vigencia. El momento que la directiva anticipada entra en vigencia o deja de tenerla,

debe ser decidida únicamente por la persona. El Comité ha declarado en su Observación General N° 1²⁴ que

“Cuando pese a haberse hecho un esfuerzo considerable no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del “interés” superior debe ser sustituida por la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”. El principio del “interés superior” no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos” (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 1 - Párrafo 25)

Es natural que las personas independientemente de sus déficits tomen decisiones diariamente. Para ello obtienen información de parientes, amigos, en el trabajo, de los medios, etc. Sin embargo, a las personas con discapacidad se les dificulta o directamente se les niega el derecho a tomar decisiones por sí mismas con diversos fundamentos; sea por creencias o prejuicios, por problemas de comunicación, o porque la red de relaciones es pequeña y no pueden obtener consejo. Esta postura es inaceptable, ya que una persona pueda tomar decisiones por sí misma es de una importancia inestimable dado que persona al decidir es partícipe y no mero espectador de su vida.

Por su naturaleza los apoyos no están sujetos a formatos específicos. Pueden ser orientaciones para que la persona comprenda las opciones antes de tomar una decisión, que la persona de apoyo comunique a otras personas las intenciones de la persona con discapacidad en un lenguaje que se comprenda e incluso los apoyos asistan a que terceros se relacionen con la persona con discapacidad. El rol efectivo de los apoyos le

²⁴ Observación General Nro. 1 sobre el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada el 11 de abril de 2014, por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas. Recuperado de:

permite a la persona con discapacidad sentir que tiene el control de su vida, a potenciar su autoestima, desarrollar un sentido de responsabilidad tanto hacia ella misma como a los demás, favorecer la interrelación y su inclusión en la sociedad.

No se debe perder de vista que una persona que toma decisiones por sí misma es más valiosa y se siente más capaz que cuando es otra persona la que toma decisiones por ella. Para aquellas situaciones que requieren mayor formalidad los apoyos se pueden configurar como poderes especiales, adaptaciones en el sistema judicial, planificación económica o patrimonial. Todas estas medidas constituyen recursos para la implementación de los apoyos sin afectar la autonomía de la persona ni someterla a un esquema de sustitución de la voluntad (Palacios 2008).

La función de los apoyos está íntimamente emparentada con el objetivo que la persona con discapacidad tome la mayor cantidad de decisiones por ella misma realizando elecciones de acuerdo a sus gustos y preferencias. El apoyo nunca será un sustituto de la voluntad de la persona, ya que la decisión la tiene la persona en función de sus habilidades y déficits. Los apoyos se expanden a la totalidad de las situaciones y relaciones de las personas con discapacidad; el apoyo es el instrumento; la meta es que la persona tome decisiones por sí misma.

La condición necesaria para garantizar un sistema de apoyos eficaz es que la persona decida por sí sin ningún tipo de presiones o condicionamientos. En cuanto al proceso decisorio, los apoyos además de estar presentes en el momento que se toma la decisión, deben cubrir las instancias previas y posteriores de tal manera que se integren en un proceso la obtención de la información, su interpretación, la conformación del

consentimiento, considerando los ajustes necesarios y la accesibilidad (Fernández 2015).

Fortuna elaboró las siguientes pautas:

“Los apoyos así entendidos, y razonándose los mismos a la luz de cómo aborda el ejercicio de la capacidad y el respeto de la autonomía personal la CDPD, deben ser entendidos como la puesta en funcionamiento de una maquinaria tendiente a asegurar y colaborar con el ejercicio de la plena capacidad de la persona discapacitada, y en plano de igualdad de condiciones con las demás personas”. (Fortuna 2011, pág. 228)

Las personas o instituciones que servirán de apoyos son elegidos en la medida de lo posible por la persona para que la asista en la toma de decisiones. Estos apoyos que la persona escoja serán su compañía en la toma de decisiones, sean estas cotidianas o actos que precisen de mayor formalismo. Es fundamental el rol de la familia como apoyo, ya que de contar con ella la persona confiará en su ser querido y a su vez éste interpretará de manera acabada los deseos, gustos y preferencias de la persona, lo que redundará en mejores decisiones.

Las decisiones que toma la persona son en su gran mayoría de carácter informal: en el hogar, en la consulta con el profesional de la salud, en el ámbito laboral, la escuela, etc. Es en estos lugares donde los apoyos son de especial utilidad cooperando con la persona. En el ámbito personal, la persona puede necesitar apoyos para tomar decisiones sobre actividades como alimentación, higiene, toma de medicamentos, etc. En estos casos, pequeñas decisiones que tome la persona con discapacidad contribuyen a mejorar la autoestima y el autovalimiento de la persona (Bach 2010).

En cuanto a casos prácticos de aplicación de los apoyos se ha desarrollado la Escala de Intensidad de Apoyos *-Supports Intensity Scale-* que plantea una serie de pasos con el fin de obtener un “traje a medida” con los apoyos que realmente son relevantes para la persona en una dimensión funcional (Schalock 2013).

El SIS es un análisis transversal, mediante el cual se evalúan actividades de la diarias en las áreas de: vida en el hogar, vida en la comunidad, aprendizaje a lo largo de la vida, empleo, salud y seguridad social, y protección de los derechos. El objetivo de las SIS es que el plan de apoyos acompañe a la persona mientras precise de ellos promoviendo sus capacidades para que a partir de las fortalezas pueda progresar socialmente, gozar de un mayor grado de autonomía y disfrutar de una mejor calidad de vida. A partir de la evaluación, se seleccionan cuáles son las áreas de apoyo relevantes para la persona en cuanto a sus objetivos, aspiraciones y proyectos, resultando en un “plan de la persona”, logrando la motivación y el compromiso (Schalock 2013).

Otro acabado ejemplo de la implementación de los apoyos para las personas con discapacidad son los que se han implementado en la Columbia Británica, una provincia de Canadá. Este sistema reviste interés dado el particular carácter con que se celebra el acuerdo y como se designa a la figura de apoyo de forma extrajudicial.

Se ha implementado mediante la “Ley de Acuerdo de Representación”²⁵ en la que se adoptan los sistemas de apoyos en la toma de decisiones. Esta norma posibilita la redacción de acuerdos voluntarios mediante los cuales la persona con discapacidad designa a una persona o grupo de personas con el fin de asistirle en la toma de decisiones

²⁵ Representation Agreement Act, R.S.B.C. 1996, c. 405 - Parliament of British Columbia, Canada

sean de índole patrimonial o médica. El carácter privado del resulta en la simplificación de los requisitos, con respecto a un poder notarial o judicial.

La persona que designa el apoyo tiene la facultad para celebrar el acuerdo, rectificarlo y revocarlo a su sola voluntad, con la salvedad es que el acuerdo no representa un sistema de apoyos 100% puro, ya que se mantiene el modelo de sustitución en la toma de decisiones, reservado para el caso de la persona que toma “malas” decisiones toda vez que éstas pueden ser dejadas sin efecto por el apoyo.

3.3.4 Salvaguardas

Un sistema de apoyos a las personas con capacidad restringida necesariamente precisa de un dispositivo que asegure el respeto a las decisiones de la persona, y que a su vez proporcione de un mecanismo de protección para evitar abusos.

Sanjuán define las salvaguardas como resoluciones judiciales que operan para evitar los excesos y las negligencias en que puede incurrir el apoyo al momento de tomar decisiones. Las salvaguardas proporcionan una protección para la persona de tal manera que sus derechos sean respetados tomando en cuenta la voluntad e intención, así como el respeto de sus elecciones sin caer en una presión desmedida o de un conflicto entre las posiciones de la persona y el apoyo (Sanjuán 2008).

Las salvaguardas son extremadamente relevantes para los sistemas de apoyo a las personas con capacidad restringida. Sin embargo, hay que ser cautos en el proceso de diseño, ya que de acuerdo a como las salvaguardas sean configuradas pueden ser tan peligrosas como los sistemas de sustitución por el cercenamiento y control excesivo. Al ser un sistema relativamente novedoso, los operadores jurídicos deberán

necesariamente realizar ajustes para encontrar un balance adecuado de apoyos con las salvaguardas correctas. (Quinn 2010).

3.3.5 La dignidad del riesgo

Las personas con discapacidad mental se han enfrentado a una vida virtualmente sin riesgos ya que se le ha restringido o impedido la socialización, el acceso al trabajo, el esparcimiento, las relaciones con el sexo opuesto por nombrar unos pocos con lo cual se reducía la exposición a factores de peligro. Aceptar las condiciones y costo-beneficio de la teoría del riesgo, implica que las sociedades están comenzando a permitir que las personas con discapacidad asuman riesgos, de acuerdo a sus posibilidades (Perske 1974).

Quinn trabaja sobre la teoría de Perske y divide el riesgo en categorías con graduación del riesgo asumido: es bajo para las personas que viven en sus departamentos o se encuentran en instituciones, por ej. escuelas. En el caso de las fábricas en virtud del riesgo se le permite operar maquinaria y ensamblar productos con asunción media del riesgo. En lo referente a las relaciones sexuales se les ha negado todo tipo de relación (Quinn 2010).

3.3.6 Objetivos de las salvaguardas

Pese a que los aspectos procesales se analizarán con mayor detalle en el próximo capítulo, cabe hacer una breve mención al aspecto de las salvaguardas en las sentencias. Siguiendo al Código Civil y Comercial y la Convención, el juez debería en su sentencia establecer medidas que tiendan a prevenir las colisiones entre la persona y sus apoyos con el fin de evitar presiones.

Es una medida de protección hacia el justiciable para que sean respetados sus gustos, preferencias y la voluntad, sin coartar la autonomía. Debería contemplarse la configuración de la intensidad de los apoyos en relación a lo que realmente la persona precisa y por la mínima extensión de tiempo posible, considerando una revisión periódica de la sentencia (Kraut y Palacios 2014).

3.4 Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad

Las Reglas de Brasilia²⁶ recomiendan medidas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad. Su propósito es la orientación de los operadores judiciales a fin de que se garanticen el acceso a la justicia de personas vulnerables o con limitaciones. Al ser un elemento no vinculante la aplicación por parte de los Estados es facultativa ya que enumera principios para la adopción por parte de los estados de políticas públicas.

El apartado 3 define a las personas en condición de vulnerabilidad a aquellas que *“por razón de su edad, género, 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”*.

El apartado 8 recomienda

“Establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad

²⁶ Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad – Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008

de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación”. (Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad – Apartado 8)

El acceso a la totalidad del proceso judicial y las medidas de accesibilidad, se ocupa de la igualdad en cuanto a la disposición de los establecimientos, la señalización, los obstáculos, las formas de comunicación -braille o lenguaje de señas-, o la forma y modo en que se explican las resoluciones judiciales -con mayor extensión temporal de las audiencias, o que éstas sean redactadas en lenguaje sencillo y comprensible (Palacios y Romañach 2006).

Las reglas contribuyen al ejercicio del derecho para el acceso a la justicia, garantizando la participación de la persona con vulnerabilidad en el proceso, impulsándolo, aportando pruebas e interponiendo recursos y por ende que se dicte una sentencia con arreglo a derecho.

3.5 Conclusiones

A partir de los instrumentos de Derechos Humanos de Naciones Unidas, se ha recorrido un camino en cual la redacción y aprobación de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad la cual constituye un nuevo estándar bajo el cual los Estados Parte deben ajustar su derecho interno, reconociéndoles a las personas con discapacidad igualdad de derechos con los demás y no ser objeto de discriminación. La Convención es el primer instrumento de discapacidad de Naciones

Unidas y se le ha dotado de un Comité de seguimiento de aplicación de la Convención, lo que la convierte en un instrumento jurídicamente vinculante, constrictivo a los Estados Parte el cumplimiento efectivo de la misma.

El artículo 12 de la Convención trata el igual reconocimiento como persona ante la ley y estipula los apoyos a las personas con discapacidad. Se ha visto que los apoyos no tienen formato específico, ya que pueden involucrar tareas cotidianas o negocios jurídicos de mayor complejidad de acuerdo a las necesidades de la persona los cuales se diseñan a medida de ésta. Los apoyos deben siempre apuntar a que la persona tome las decisiones por ella misma, poniendo un punto final a los esquemas clásicos de sustitución donde un curador representaba a la persona y tomaba decisiones por ésta.

Capítulo 4

LA CAPACIDAD EN EL DERECHO INTERNO Y COMPARADO

4.1 Introducción

Argentina ha ratificado múltiples instrumentos de Derechos Humanos, tanto de Naciones Unidas como de la Organización de Estados Americanos. Producto de ellos, cuando se habla de capacidad de la persona en el derecho interno, no debemos pasar por alto que los instrumentos internacionales condicionan a la normativa interna. Es por ello que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Derechos Humanos, integrante del Bloque de Constitucionalidad, condiciona seriamente al legislador a la hora de dictar normas locales para que las mismas no entren en colisión con la Convención, ya que la norma interna sería tachada de inconstitucional.

Se ha visto que el respeto por la persona ha evolucionado como consecuencia de la contribución de varios factores: por los avances en el reconocimiento de los Derechos Humanos, por el resultado de las investigaciones médicas, en especial las relacionadas con la salud mental y por la toma de conciencia del respeto por el otro a partir de la influencia de los medios masivos de comunicación. Para el derecho, la tutela se enmarca en el contexto de la primacía del derecho constitucional -y de los derechos humanos- sobre el derecho civil.

La constitucionalización del derecho civil implica que el derecho privado en crisis debe readecuar sus principios, con el fin de abarcar a la persona integralmente, ya no solamente desde las relaciones jurídicas de aspecto patrimonial. Con este propósito se habían dado en la rama privada un sinnúmero de creaciones pretorianas con el fin de

“suplir” la ausencia de normas que ya eran operativas por haber sido ratificados los instrumentos.

Ejemplo de ello es el caso de los niños, niñas y adolescentes que a partir de la Convención de los Derechos del Niño son reconocidos como sujetos de derechos y en consecuencia acceden a un catálogo de derechos, por mencionar algunos, el de ser oídos, a no ser discriminados y ser educados responsablemente por los mayores. Algo similar sucede con las mujeres, los migrantes, etc.

La Argentina adecuó su derecho interno al texto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en dos etapas: En una primera instancia, sancionó la Ley Nacional de Salud Mental -26.657- y posteriormente en la sanción del Código Civil y Comercial.

4.2 Los sistemas de apoyos en la Ley Nacional de Salud Mental

En año 2010, luego de la adopción por Argentina de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se sancionó la Ley Nacional de Salud Mental bajo el número 26.657 con el fin de “ajustar” el derecho interno a la Convención. Esta ley se inscribe en el marco del respeto a los Derechos Humanos, ya que reconoce a las personas con discapacidad mental su autonomía, autodeterminación y el respeto por parte de la sociedad.

A partir de la sanción de la ley, se abre un camino distinto en el tratamiento de las personas ya que éstas poseen el derecho de recibir tratamientos y asistencia médica adecuada, intentado limitar al máximo la institucionalización con alternativas que

deben tender a insertar a la persona en la sociedad, y el respeto a la capacidad jurídica de la persona con pleno ejercicio de la misma. (Minieri 2014).

En su artículo 3, la ley adopta los preceptos del modelo social de la discapacidad al declarar que

“... se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los Derechos Humanos y sociales de toda persona. Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas... (Ley de Salud Mental – Art. 3)

En la Ley de Salud Mental se materializa en forma parcial el paso del régimen de sustitución de la voluntad al de apoyos que adopta la Convención. En su art. 3° agrega un tercer párrafo al artículo 152 del Código Civil donde se regulan los apoyos a la persona con capacidad restringida. Pese a esta bienvenida reforma, coexistían los apoyos del art. 152 ter con las instituciones ancianas de sustitución de la voluntad de los arts. 141 y 152 bis lo que generó cierta inseguridad en los operadores judiciales.

El cambio de vocabulario introducido por la ley no es casual, ya que rechaza todo tipo de estigmatización, borrando de un plumazo términos como alienado, enajenado, demente, etc. en clara adhesión a la premisa que sostiene la presunción sobre la capacidad de la persona (Munilla y Navarro Lahitte Santamaria 2013)

En cuanto a la internación compulsiva, el texto reforma el artículo 482 del código derogado con lo que se elimina la figura de la hospitalización forzosa, que pone fin a la situación de estigmatización social que caía sobre la persona.

En su lugar, por el artículo 20 restringe la internación voluntaria a aquellos casos en los cuales no existe un medio más idóneo como recurso terapéutico, estableciendo una serie de requisitos que deben acreditarse para proceder a la internación sin el consentimiento de la persona

4.3 La capacidad jurídica en el nuevo Código

No se debe dudar de la relevancia del Código Civil y Comercial sancionado en el año 2014 y vigente desde agosto del 2015. Sin entrar en un análisis exhaustivo es de interés para este trabajo analizar las fuentes y su prelación en relación con los tratados de Derechos Humanos.

El Código Civil y Comercial considera en su artículo primero la prelación de las fuentes y en el segundo artículo la interpretación de las leyes, en especial relación con los “tratados sobre Derechos Humanos”. Al incluir de forma explícita estos instrumentos rectores para la interpretación y aplicación de las leyes no sólo del Código sino de todo el ordenamiento jurídico, produce un cambio de paradigma en la concepción del derecho privado en tanto se puede hablar de una “constitucionalización del derecho civil” (Ambroggio 2015).

La comisión redactora se tomó la tarea seriamente dado el compromiso internacional tomado por el país, así como las implicancias que el artículo proyectará sobre un colectivo importante de la población en cuanto a sus aspiraciones, autonomía y calidad de vida. A partir de la sanción del Código, el nuevo esquema de salud mental queda entonces enmarcado dentro de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Código Civil y Comercial y la Ley Nacional de Salud Mental,

adoptando el modelo social de la discapacidad entendida como una cuestión de Derechos Humanos (Kraut y Palacios 2014)

El Código Civil y Comercial resuelve los problemas de interpretación y de coexistencia de los sistemas de sustitución con los sistemas de apoyos, ya que al adoptar los lineamientos de la Convención, incorpora un catálogo de principios generales como ser la presunción de la capacidad de la persona, el acceso a la información para decidir, a la participación en el proceso judicial con contacto con el juez y establece que en caso de limitar la capacidad de la persona deben ser estas medidas de carácter restrictivo.

La capacidad de la persona en el Código es tratada en los siguientes artículos: art. 22 (Capacidad de derecho), art. 23 (Capacidad de ejercicio), art. 24 (Personas incapaces de ejercicio) y arts. 31 a 50 (Restricciones a la capacidad).

El Código Civil y Comercial presenta las siguientes categorías de capacidad jurídica:

4.3.1 Personas con plena capacidad

Son aquellas personas reconocidas en el art. 22 que tienen la aptitud para ser titular de derechos y deberes. La persona posee plena capacidad aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencia, y puede ejercer por sí misma sus derechos salvo las limitaciones que se encuentren previstas en el Código o en sentencia judicial. Es decir, la regla para el Código Civil y Comercial es la capacidad de la persona.

4.3.2 Personas con capacidad restringida

Existen dos supuestos bajo los cuales se restringe la capacidad a la persona en razón de sus circunstancias personales: la primera de ellas es en razón de la edad, y la segunda cuando lo estipula una sentencia judicial. En ambos casos, las limitaciones a la capacidad se impondrán siempre en beneficio de la persona.

A la persona con capacidad restringida se la considera capaz con la salvedad que tendrá una incapacidad en el ejercicio de determinados actos, los cuales de acuerdo al artículo 24 deberán constar en la sentencia. Para el ejercicio de los actos limitados se le asigna un sistema de apoyos que la asistirá en la toma de decisiones con los alcances del artículo 32 del Código.

Es aplicable por analogía el principio del “interés superior” que fuera acuñado en la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual es perfectamente aplicable a las personas con capacidad restringida toda vez que es tutelado el “interés superior de la persona” (Rajmil y Llorens 2015)

4.3.3 Inhabilitados

En el nuevo Código la inhabilitación procede solamente ante casos de prodigalidad, para los casos en que la persona dilapide los bienes del grupo familiar. En estos casos la figura está orientada a la protección de la familia, empero se proteja por extensión al pródigo por formar parte de ésta. En el caso son restringidos los actos de administración y disposición por parte del pródigo, requiriendo de un apoyo para la ejecución de éstos.

4.3.4 Personas con incapacidad de ejercicio

Son por un lado las personas por nacer y en este caso son los padres sus representantes. En aquellas personas declaradas judicialmente incapaces se le asigna un curador que la represente. Dado el carácter restrictivo de la declaración de incapaz, para que proceda la misma es preciso que se acrediten dos extremos: la imposibilidad absoluta de manifestar la voluntad, o que el sistema de apoyos resulte ineficaz. A esta persona, se aplican las normas de la curatela, que será el representante legal de la persona.

4.3.5 Reglas generales al ejercicio de la capacidad.

El artículo 23° del Código se refiere a la capacidad de ejercicio, anteriormente conocida como “capacidad de hecho” como toda vez que una persona puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto aquellos limitados en el Código mediante sentencia judicial.

Las reglas generales al ejercicio de la capacidad se establecen en el artículo 31, detallando las mismas en una serie de incisos, que no revisten el carácter de taxativos. Este artículo recepta con los principios de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en tanto se respeta el interés superior de la persona.

El artículo 31 reafirma el principio por el cual se presume la capacidad de la persona, tomando como antecedente lo normado en la ley 26.657 el cual establece en su artículo 5 que *“La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad”*

La persona con capacidad restringida no pierde el ejercicio la capacidad, sino que ésta es limitada para ciertos actos en los que se integra la voluntad con la participación de los apoyos. En este sentido no halla fundamento en la discapacidad sino en la aplicación de la restricción únicamente para aquellos actos en los cuales se han previsto.

En este sentido el artículo 31 presenta los principios generales en cuanto a la restricción de la capacidad abarcando reglas de fondo y procesales, entre ellas la competencia, la participación de la persona en el proceso y las alternativas terapéuticas menos restrictivas. El texto legal establece que la restricción a la capacidad de la persona sólo procede por excepción, circunstancias que se encuentran determinadas en el texto legal. (Kraut y Palacios 2014; Olmo 2015)

Para los procesos de determinación de la capacidad el juez podrá asignar un régimen de representación, de asistencia o un sistema mixto precisando los actos para los cuales se requerirán los apoyos o representación. Sólo por excepción si la persona carece totalmente de posibilidad de expresar su voluntad o por ineficacia de los apoyos puede declararla incapaz, asignando un curador.

En el caso de personas o alteraciones mentales permanentes o prolongadas, el juez en su resolución puede determinar apoyos intensos o representación en la medida que el ejercicio de la capacidad puede resultar en un daño a su persona o a sus bienes.

4.3.6 Los adictos

El tratamiento de las personas con adicciones en cuanto a su capacidad jurídica es materia del artículo 32 en cuanto para la ley se asemejan a aquellas personas con

deficiencias intelectuales, el cual autoriza al magistrado a restringir la capacidad si la persona es mayor de 13 años y padece *“una adicción o alteración permanente o prolongada de suficiente gravedad, siempre que estime del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar un daño a su persona o a sus bienes”*. La redacción emplea el término “adicción” con lo cual la textura abierta de la misma permite incluir además de las drogas, el abuso de psicofármacos, el consumo de alcohol u otras adicciones.

Para proceder a la restricción de la capacidad, la adicción o la alteración mental la persona debe ser evaluada de forma análoga a una persona sujeta a un proceso de determinación de la capacidad.

4.4 Configuración de los apoyos a las personas con capacidad restringida

Los apoyos a las personas con capacidad restringida constituyen un pilar fundamental del modelo social de la discapacidad reflejado en el artículo 12 de la Convención. Se analizarán en este apartado su redacción en el anteproyecto de Código y el texto del Código Civil y Comercial sancionado por ley 26.994

El artículo 32 del anteproyecto aún hacía referencia a la incapacidad de hecho, método típico de los sistemas de sustitución. La restricción de la capacidad en el anteproyecto era “directa” ya que probados los extremos procedía el dictado de la sentencia y contemplaba los supuestos de incapacidad -discapacidad mental y falta absoluta para dirigir su persona o administrar sus bienes- propios del régimen de sustitución de la voluntad.

Esta redacción recibió duras críticas del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad²⁷. Al elaborar Argentina el informe -obligación como Estado Parte- el país se encontraba en pleno proceso de reforma del Código Civil y Comercial. El Comité efectuó críticas al anteproyecto de Código Civil y Comercial, el cual como consecuencia de las observaciones del Comité de aplicación de la Convención en su paso por el Honorable Senado de la Nación fue readecuado a fin de adoptar con mayor prolijidad el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de la persona.

A partir de las críticas recibidas, la comisión redactora enmendó los artículos objeto de críticas para adecuarlos al texto de la convención, adoptando en forma integral el régimen de capacidad de la Convención, sin dejar de mencionar que se reserva el supuesto de incapacitación como excepción al sistema de apoyos.

El Código Civil y Comercial sancionado se ocupa de los aspectos formales apoyos en los artículos 32, 38 y 43 que se analizarán en este apartado, mientras que el resto de los artículos se tratarán en el apartado que se ocupa de las cuestiones procesales.

El Artículo 32 del Código Civil y Comercial regula el instituto de la capacidad restringida junto con el de incapacitación, que como se mencionara es de aplicación por excepción. La norma estipula que puede restringirse la capacidad a partir de los 13 años, por adicción o alteración mental permanente o prolongada de cierta entidad, o cuando se estime que pueda resultar de ésta un daño a su persona o a sus bienes. La incapacitación solamente procederá si la persona no puede interactuar con su entorno, así como imposibilitada de expresar su voluntad o en el caso que los apoyos resulten ineficaces.

²⁷ Observaciones Finales del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad. Naciones Unidas. CRPD/C/ARG/CO/1 del 27 de septiembre de 2012

La capacidad restringida que alude el artículo es la fijada en el artículo 24 inc. c), por lo cual los apoyos que se designen deberán favorecer la independencia y autonomía de la persona, así como respetar sus gustos y preferencias. Para ello el alcance de los apoyos estará estipulado en la sentencia. (Olmo 2015)

En el cuadro que sigue se compara la redacción del artículo 32 en el anteproyecto y en el Código Civil y Comercial sancionado.

Anteproyecto	Código Civil y Comercial Ley 26.994	Comentario
Persona con incapacidad y con capacidad restringida	Persona con capacidad restringida y con incapacidad	La ley privilegia la capacidad restringida por sobre la incapacidad
Persona mayor de 13 años	Persona mayor de 13 años	Sin cambios
Incapacidad por causa de discapacidad mental y falta absoluta para dirigir su persona o administrar sus bienes		En el CCCN se prevé por excepción (art. 32 in fine)
Restricción de capacidad a la persona que padece adicción o alteración mental permanente o prolongada de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes	Se puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.	Se agrega a la redacción el término “puede” y la restricción procede para los supuestos indicados. y se debe “estimar” que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes
Se debe designar un curador o los apoyos que resulten necesarios y fijar sus funciones	En relación con dichos actos se debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona	El anteproyecto considera el nombramiento de un curador o los apoyos. En la redacción definitiva se elimina la figura del curador y deben detallarse los actos, ajustes razonables, las necesidades y circunstancias de la persona.

Anteproyecto	Código Civil y Comercial Ley 26.994	Comentario
Los designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida	El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida	En el anteproyecto no queda claro si los designados son curadores o apoyos. En la ley queda zanjada la duda, ya que los designados serán apoyos.
	Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz se puede declarar la incapacidad y designar un curador	Se reserva la aplicación del curador solo para aquellos casos en los que la persona está imposibilitada de interactuar con el entorno o ante la ineficacia del régimen de apoyos.

Sistema de apoyos en el anteproyecto y Código Civil y Comercial
(Elaboración propia)

El artículo 43 del Código Civil y Comercial innova en el derecho interno con la introducción de los apoyos en la toma de decisiones de las personas con capacidad restringida. Incorpora los apoyos siguiendo los preceptos de la Convención tal cual lo estipula el artículo 12 inciso 3 de este instrumento que reza: *“los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”*.

Herrera describe tres niveles de apoyos: El primero, en el cual requiere de apoyos mínimos, sobre todo aquellos relacionados con el lenguaje o el uso de la tecnología para la comunicación. El segundo nivel, requiere la toma de decisiones con asistencia, en este caso la persona elige un familiar, amigo o institución para que lo apoye. El tercer nivel, es aquel en el cual las decisiones deben tomarse aun cuando la persona no pueda expresarse o hacerse entender de forma manifiesta. (Herrera 2015).

La persona interesada tiene la facultad de designar a una o varias personas para que cumplan el rol de apoyo. El juez es el que evaluará y delimitará los alcances y medidas de salvaguardas bajo las cuales la persona desarrollará su función. El norte será la protección de la persona de este modo se minimiza la posibilidad de aparición de conflictos que puedan ir en desmedro de la persona (Herrera 2015).

En este sentido, se puede aplicar el concepto de “redes de apoyo” a las que Hobfoll y Stockes definen como *“aquellas interacciones o relaciones sociales que ofrecen a los individuos asistencia real o un sentimiento de conexión a una persona o grupo que se percibe como querida o amada”* (Hobfoll y Stokes 1988), las cuales amplían el concepto de apoyo en sentido estricto (Herrera 2015; Kraut y Palacios 2014).

Los apoyos deben ser diseñados de acuerdo a las necesidades de la persona, sean familiares, amigos, asistentes sociales, ONGs o cualquier otra persona, grupo o institución que propenda a la autonomía y la protección en el ejercicio de los derechos. Pueden tomar distintos formatos, entre ellos asesoramiento, interpretación, contención o en casos limitados la representación, con el propósito de que la destinataria ejerza sus derechos y no para “protegerla”.

Los apoyos del artículo 43 no solo constituyen una figura para las decisiones de índole solemne, sino que deben cumplir el rol para las elecciones diarias, patrimoniales o no. Los apoyos deben graduarse de acuerdo a las posibilidades de la persona, tomando en cuenta las situaciones concretas que redundarán en una mayor o menor intensidad de los apoyos. Va de suyo que la persona interesada sea la que seleccione sus apoyos en función de la confianza que tenga hacia la persona que la va a asistir. (Kraut y Palacios 2014, Herrera 2015)

Los alcances de los apoyos deben valerse de todas las herramientas disponibles con el fin de que sea la persona que tome la decisión por ella misma, facilitando su acceso a la información, acompañándola en el momento en que la persona tome la decisión, asistiéndola en el traslado al local elegido, etc.

4.5 ¿El final de los sistemas de sustitución?

El Código Civil y Comercial prevé la incapacidad absoluta en el art. 32 y la aplicación de dicho será restrictivo, solo en los extremos previstos por el artículo y por la cual mediante sentencia judicial se le asigna a la persona un curador.

Para la aplicación de la incapacitación del artículo 32 2do párrafo, que reza

“Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador” (Código Civil y Comercial – Art. 32)

Pese a la nueva redacción el espíritu del artículo 32 aparentemente sería *contrario sensu* de lo dispuesto en la Convención, dado que al receptor la figura del curador -por cierto, en forma residual- ignora lo preceptuado en el artículo 12 de ésta en tanto la Argentina por ser Estado Parte de la Convención no podría legislar en sentido contrario a ésta. Por ello, admitir la figura del curador podría traer acarreado que se declare la inconstitucionalidad del artículo, toda vez que la Convención forma parte del Bloque de Constitucionalidad (Minieri 2014).

Para remediar aquellos casos en que la persona se encuentre seriamente comprometida en su salud o su discernimiento y su manera de exteriorizar la voluntad es mínima o ausente, podrían llegar a ser necesarias acciones diferenciadas como medidas de apoyo. Se puede hablar en estos casos de apoyos intensos u obligatorios donde en realidad consiste de una representación legal instituida por un magistrado que posee características especiales y de excepción. Esta medida debe tomarse como último recurso y debe estar dirigida a situaciones específicas y vinculadas a la capacidad jurídica de la persona.

Los casos más frecuentes en los que se aplican son estados de discapacidades intelectuales severas o personas en estado de coma. En estos casos es virtualmente imposible lograr que la persona exteriorice su voluntad. Es en estos casos que las “acciones de representación” se conjugan con la voluntad presunta de la persona, en función de sus elecciones previas, así como sus creencias. Para Rieckhoff, esta situación procede cuando la persona pese a contar con apoyos y ajustes no puede exteriorizar su voluntad, y esta medida esté orientada a proteger su persona y sus derechos (Rieckhoff 2015)

4.6 Adecuación de los regímenes procesales locales a la legislación de fondo

La primera consecuencia que se dio a partir de la sanción del Código Civil y Comercial es el cambio de terminología ya que no se emplean los términos del código derogado como “proceso de insania o curatela” o de “incapacitación” y la persona sujeto del proceso no es “insano”. El vocabulario técnico se ajusta a los preceptos de la Convención, como “procesos de determinación de la capacidad”, “capacidad

restringida”, ya que el modelo social pone fin al léxico discriminatorio y estigmatizador propio de la etapa del modelo de sustitución.

Otro cambio de gran relevancia es que el nuevo código establece garantías mínimas en cuanto al desarrollo del procedimiento en favor de la persona con discapacidad, las que deberán ser observadas por los códigos rituales de los distritos del país.

Se impulsa que la denominación a usar sea la de “personas con discapacidad”. En los procesos de determinación de la capacidad siguiendo la lógica del artículo 12 de la Convención. Lo que no está en duda es plena la capacidad de la persona ya que lo único que debe determinarse es bajo qué condiciones puede la persona con discapacidad contar con un sistema de apoyos al fin de posibilitar el ejercicio de su autonomía y libertad y con qué modalidades deberían éstos facilitarse y el léxico debe reflejar esta realidad (Sanjuan 2008).

4.7 Aspectos Procesales

La Constitución Nacional establece en su artículo 121 que las Provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno federal, encontrándose entre ellos el de dictar sus Códigos procesales. Esto adquiere particular relevancia, ya que en su momento tanto el Código derogado como el Código Civil y Comercial regulan aspectos procesales de suma relevancia en los procesos de determinación de la capacidad jurídica de la persona como ser: la legitimación para solicitar la restricción de la capacidad, la intervención de la persona en el proceso, los poderes y deberes del magistrado, el dictado de medidas cautelares, la intervención de las partes en el proceso, las

características del dictamen interdisciplinario y los contenidos y alcances de la sentencia, así como las pautas para su revisión.

Será entonces trabajo de cada uno de los Estados provinciales y la Ciudad de Buenos Aires la adecuación de sus códigos rituales a los procedimientos previstos en el Código Civil y Comercial.

Legitimación

En cuanto a la legitimación para iniciar el proceso, el artículo 33 incorpora la legitimación del propio interesado por la cual la persona con discapacidad puede instar el proceso, receptando el artículo 13 de la Convención por el que se le debe garantizar a la persona con discapacidad el acceso a la justicia. Reafirmando esta posición, el artículo 46 del Código reconoce a la persona el carácter de parte.

En cuanto a la legitimación del conviviente, se le reconoce igual que el cónyuge de la persona con discapacidad. (Fernández Cordero 2015; Herrera 2015; Kraut y Palacios 2014).

En igual sentido la Convención en su artículo 13 y las Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Situación de Vulnerabilidad, estipulan que, frente a la solicitud de declaración de restricción de la capacidad de la persona, ésta debe siempre ser admitida en el proceso con carácter de parte. Las reglas aclaran que, de no poseer patrocinio jurídico, se le debe informar a la persona el derecho a designar o nombrársele patrocinio.

Medidas cautelares

Las medidas cautelares del artículo 34 inscritas dentro del proceso de determinación de la capacidad en el Código Civil y Comercial están destinadas a la protección de los derechos personales y patrimoniales, es decir se pueden dictar medidas sobre aspectos como la internación de la persona en un hospital, situaciones de familia, etc. La protección cautelar siempre estará a favor de la persona y dada la legitimación que posee la persona en el proceso se encuentra legitimada para solicitarlas ella misma.

Entrevista personal

El artículo 35 establece como requisito la entrevista personal y obligatoria del juez con la persona lo que garantiza el contacto de ésta con el proceso. La doctrina entiende que la inmediatez no se restringe únicamente a la entrevista, sino que se hace extensiva al acceso al material probatorio, las pericias y la recepción de la declaración testimonial.

Accesibilidad

Se deben tomar medidas para asegurar que el local esté adecuado tanto en acondicionamiento y accesibilidad donde se entrevistará a la persona, el lenguaje y los contenidos a fin de que la persona pueda comprender y expresar sus opiniones de acuerdo a sus circunstancias. De requerir intérprete o asistencia debe ser proporcionado por el juzgado a fin de ejercer su derecho. Finalmente, la persona debe ser representada con un letrado que la patrocine y se tiene que dar intervención al Ministerio Público, eliminándose la figura del curador “*ad litem*” que acompañaba en el código derogado el trámite del proceso. Cabe recalcar que durante el período en el que se desarrolla la

actividad procesal hasta el dictado de la sentencia y esta quede firme, la persona mantiene el pleno ejercicio de su capacidad. (Herrera 2015; Kraut y Palacios 2014).

Intervención del interesado

La intervención del interesado en el proceso del artículo 36 tiene sentido toda vez que se presume la capacidad general de ejercicio de la persona es lógico que se le permita participar en el proceso aún en el caso que se encontrase internado en una institución. La persona tiene derecho a recibir información sobre el Estado de la causa y la facultad de aportar pruebas a la misma. Se refuerza la idea de calidad de parte en cuanto el proceso es llevado en su interés.

Sentencia

La sentencia como culminación del proceso de determinación de la capacidad de la persona, debe contener tal lo estipulado en el artículo 37 en forma clara y sin que dé lugar a ambigüedades los alcances de la misma, en especial el diagnóstico y pronóstico, la época en que se manifestó, los recursos con que cuenta la persona, así como el régimen para que la persona goce de la mayor autonomía posible., precisando para ello el dictamen previo de un equipo interdisciplinario.

En virtud del modelo social de discapacidad y la promoción de la autonomía de la persona el artículo hace hincapié en los recursos con que contará la persona para poder de esta manera enfrentar las situaciones diarias con dignidad y expresión de su voluntad ajustada a la realidad de ésta. Juega un rol fundamental el equipo multidisciplinario que asistirá a la persona en su desenvolvimiento una vez implementado el sistema de apoyos.

Una persona no puede ser declarada incapaz basándose únicamente en su discapacidad. La misma debe ser tomada en una visión global tanto de la persona considerando los apoyos que pueden colaborar con la toma de decisiones y las relaciones que tiene la persona con el entorno.

El centro entonces no es ya lo que la persona “no puede hacer” sino lo que “sí puede hacer” con la colaboración de los apoyos. El sistema está diseñado para que la persona consiga el más alto grado de autonomía posible respetando su dignidad, preferencias y elecciones (Herrera 2015; Kraut y Palacios 2014).

Alcances de la sentencia

Se destaca que en virtud del artículo 38 la sentencia debe constar el alcance de la restricción y ésta debe incluir dentro de los vistos el resultado de las pericias interdisciplinarias realizadas por el equipo forense y dentro de la parte resolutive la individualización de los actos que se restringen y para los cuales se requerirá apoyo, designando en el mismo acto las personas que ejercerán dicha función.

El juez con criterio propio, puede designar sistemas de apoyos para actos como manejo de pequeñas sumas, tratamientos farmacológicos, de rehabilitación y educativos, etc. Finalmente, se establecen las salvaguardas y los mecanismos de activación de las mismas.

Los apoyos pueden ser de variadas expresiones o combinaciones de ellas, de acuerdo a lo que mejor se adapta a la persona. Aún las personas con mayor necesidad de apoyos pueden contar con éstos y de esta manera no se coarta su capacidad jurídica. El apoyo por excelencia es familia lo que no quita que colaboren apoyos de trabajadores sociales, educacionales, médicos.

En las personas que por su déficit es casi imposible obtener la expresión de voluntad se pueden aplicar apoyos de mayor intensidad en la medida que éstos respondan a la supuesta voluntad de la persona y el acto que se celebra se realiza en “representación” (Herrera 2015; Kraut y Palacios 2014).

Inscripción de la sentencia

Según el artículo 39 la inscripción de la sentencia cobra especial relevancia en cuanto a la determinación de la validez de los actos jurídicos celebrados por la persona. Dentro de la sentencia es de estilo colocar la frase “Regístrese y Notifíquese” con lo cual se libra oficio al Registro Nacional de las Personas -hoy mediante cédula electrónica en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires” a fin de asentarlo como nota marginal en la partida de nacimiento de la persona. Asimismo, en el ámbito de la justicia nacional, el CPCCN²⁸ lo preveía en su artículo 633 (Herrera 2015; Kraut y Palacios 2014).

Revisión de la sentencia

El nuevo Código en consonancia con lo preceptuado en la Ley de Salud Mental y el artículo 12 de la Convención establece un límite temporal a la sentencia que restringe por el artículo 40 la capacidad de la persona a un plazo máximo de tres años, sin perjuicio que la revisión sea solicitada por la persona con capacidad restringida antes de dicho término. A estos efectos se realizarán nuevas pericias en las que de constatarse mejoras en la salud de la persona donde se podrá cesar el régimen o establecer uno

²⁸ Ley 17.454 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. (t.o.) Honorable Congreso de la Nación Argentina. Act. Ley 25.488

nuevo con atenuación de las restricciones especificando aquellos actos comprendidos en el nuevo régimen de restricción (Herrera 2015; Kraut y Palacios 2014).

Actos celebrados por la persona con capacidad restringida

Siguiendo al artículo 39 que exige la inscripción de la sentencia de restricción de la capacidad el artículo 44 preceptúa que los actos posteriores celebrados por la persona resultan oponibles frente a terceros. Ello reviste cierta dificultad por estar los Registros Públicos distribuidos en todo el territorio nacional y ser potestad regulatoria de las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Herrera 2015; Kraut y Palacios 2014).

Los actos gratuitos celebrados con mala fe presunta si perjudican a la persona incapaz y la “enfermedad mental era ostensible” son nulos -ya no existe la diferencia entre actos nulos y anulables del código derogado-. La Real Academia Española define ostensible como algo claro, manifiesto, patente. Se podría decir entonces que en este caso habría un “período de sospecha” que comprende el lapso transcurrido entre la ostensibilidad de la patología y la sentencia declaratoria. (Herrera 2015; Kraut y Palacios 2014).

4.8 Los apoyos a personas con capacidad restringida en el derecho comparado

De acuerdo a la información disponible a mayo de 2017 en el sitio de las Naciones Unidas²⁹, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha sido ratificada por 172 países. La mayoría de estos Estados han

²⁹ Recuperado de <https://www.un.org/development/desa/disabilities/> (en inglés)

adecuado en distinto grado su derecho interno a los preceptos de la Convención, en función de mayor o menor flexibilidad para el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad. Las normas de derecho interno que han adoptado los países en la última década varían de acuerdo a las interpretaciones que han efectuado al texto de la Convención. El análisis que se realizará a continuación se basará en los distintos grados de adopción en Brasil, España y Suecia. La motivación para la elección de estos países no es caprichosa, ya que Brasil es socio de la Argentina en el Mercosur, España ha sido referente y fuente del derecho en nuestro país, y Suecia como una sociedad avanzada que se caracteriza por el altísimo estándar de respeto de los Derechos Humanos.

4.8.1 Brasil

El 7 de julio de 2015 fue publicada en el Diario de la Unión, la ley 13.146 / 15, “Estatuto de la persona con Discapacidad”³⁰. El propósito del Estatuto es la protección del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y la plena inclusión de este grupo en la sociedad. Su sanción ha repercutido profundamente en el derecho civil, ya que recepta -parcialmente- la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el cual ya había sido incorporado al derecho interno de este país en 2008.

El Estatuto reafirma el respeto por la persona propio de la Convención ya que en su segundo artículo define a la persona con discapacidad como “*alguien que tiene impedimentos de largo plazo de naturaleza física, mental, intelectual o sensorial*”.

³⁰ Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência Congresso Nacional, Brasil

El artículo 84 inscrito en el Capítulo “Igual reconocimiento ante la ley” define la capacidad jurídica en cuanto *“la persona con discapacidad tiene asegurado el derecho al ejercicio de su capacidad legal en igualdad de condiciones con las demás personas”*. La curatela de la persona tal como la presenta en su inciso 1 será de aplicación cuando la materia esté relacionada con asuntos patrimoniales o societarios. Los demás actos podrán llevarse a cabo por la persona mediante la toma de decisiones con apoyos (Dlugosz 2016).

El inciso 1 del mencionado artículo expone *“Cuando fuera necesario, la persona con discapacidad será sometida a la curatela, conforme la ley”*. El inciso tercero del mismo artículo, define la curatela como *“la curatela de la persona con discapacidad constituye una medida de protección extraordinaria, proporcional a las necesidades y las circunstancias de cada caso, y durará el menor tiempo posible”*.

Los apoyos a las personas con capacidad restringida enunciados por el estatuto se inscriben en el artículo 1.783-A del Código Civil brasileño³¹, que contempla la figura de los apoyos, como un proceso en el que la persona con discapacidad, elige por lo menos a dos personas “idóneas” con las que mantiene vínculo -entiéndase familia o amistades- de su confianza, para prestarle apoyo en la toma de decisiones y le proporcionen los elementos e informaciones con el fin que la persona pueda ejercer su capacidad.

Entre los aspectos positivos del Estatuto se puede mencionar que las personas con discapacidad se le reconocen derechos en igualdad con los demás, por citar algunos el de formar familia, derechos políticos, etc. Sin embargo, no hay que soslayar el hecho

³¹ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Congresso Nacional, Brasil

que existe la figura del curador como un acto extraordinario y proporcional a las necesidades de la persona y limitado a actos patrimoniales (Mantovani 2016).

4.8.2 España

En el año 2010 España incorporó a su derecho interno la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Real Decreto Legislativo 1/2013³². Sin embargo, el proceso de incapacitación en el derecho español no se ha adaptado a la Convención y continúa rigiendo un sistema de sustitución en la toma de decisiones, la cual en el artículo 200 del Código Civil Español es considerada una persona incapacitada a la cual se le tiene que proteger de abusos y con este fundamento, se limita su capacidad de obrar

Para Fernández Cordero, España no ajustó su derecho interno a la Convención dado que por la simple presencia de una afección la persona es presumida incapaz violando los principios de la Convención. El proceso que se sigue a fin de dictar la sentencia de incapacidad no sigue los preceptos del artículo 12 de la Convención en cuanto al respeto de las garantías y la participación de la persona en el proceso tal cual se encuentra especificado en la Ley de Enjuiciamiento Civil³³ adopta un criterio biológico-jurídico (Fernández Cordero 2015).

Dentro del ordenamiento español encontramos la incapacitación total que se aplica cuando *“no puede gobernar su persona ni administrar sus bienes”*. Consecuencia de ello a la persona declarada incapaz se le aplica la figura del tutor que *“protege su persona y bienes”*. En cuanto a la incapacitación parcial, esta procede

³² Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. España

³³ Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, España

cuando la persona puede realizar ciertos actos en forma autónoma y se le asigna un curador que si bien no la representa legalmente ni administra sus bienes puede llegar a tomar ciertas decisiones por la persona (Fernández Cordero 2015).

Pese a lo expuesto, el panorama no es tan desolador, ya que en España se ha estado abriendo paso la creación pretoriana de la “guarda de hecho”, tal como lo explica Lencina Ibarra, es una figura mediante la cual se complementa la tutela o curatela, sin involucrar procedimientos de incapacitación total o parcial. Pese a ello, el carácter de textura abierta, crea una gran inseguridad jurídica por las interpretaciones que se le puede dar a la figura. (Lencina Ibarra 2015). La guarda de hecho establece que una persona por resolución judicial asume las funciones tutelares con respecto al incapaz aplicándose generalmente al círculo familiar de la persona. La naturaleza de la guarda de hecho no se halla específicamente establecida en la ley por ser aplicación jurisprudencial. A entender de Kindelán Bustelo

“nuestro modelo tiene que ser sustituido por un procedimiento de modificación de la capacidad jurídica de obrar dirigido a articular medidas de apoyo para la realización de actos y adopción de decisiones. El apoyo deberá proyectarse únicamente sobre los actos donde sea estrictamente necesario y, a la vez, su naturaleza dependerá del tipo de actos sobre los que se proyecte. (Kindelán Bustello, 2015, pág. 59)

4.8.3 Suecia

En Suecia el régimen de incapacitación de la persona fue reformado en 1988, mediante la introducción de dos piezas legislativas: la Ley de Asistencia Personal

(LASS)³⁴ y la Ley de Apoyo y Servicio a las Personas con Deficiencias Funcionales (LSS)³⁵ muchísimos años antes de la redacción de la Convención, dando lugar a los sistemas de apoyo a la capacidad. En este sentido, se han implementado dos formas de apoyos, el *forvaltarskap* y el *god man*.

El rol del *god man* es similar al de un mentor ya que la persona mantiene sus derechos civiles y retiene su capacidad. Por su naturaleza, no puede actuar sin el consentimiento de la persona. Es por estas razones que el *god man* es la principal forma que prevé el ordenamiento sueco para la instrumentación de los apoyos a las personas con capacidad restringida. La designación de un *god man* puede obedecer a una gran variedad de motivos, entre ellos se aplica a las personas con discapacidad intelectual, a los refugiados, las personas desaparecidas o inclusive nacionales suecos que residen en el extranjero.

En el caso de personas que no pueden prestar el consentimiento libre para nombrar un *god man* por el juez este debe verificar que existan motivos fundados por los cuales la persona se encuentra imposibilitada de prestar su consentimiento para asignársele uno.

El *god man* asiste a la persona en la gestión de trámites, la supervisión de las finanzas, etc. Para ello, el tribunal fijará los límites de los apoyos en los que el *god man* actuará. Se puede celebrar un convenio entre la persona y el *god man* con el fin de establecer junto con la persona cuales y como serán los apoyos a brindarle (González Ramos 2010; Doron 2002).

³⁴ Act concerning Assistance Compensation (LASS) (SFS, 1993:389). – Acta de compensación por asistencia - Suecia

³⁵ Act concerning Support and Service for Persons with Certain Functional Impairments (LSS) (SFS, 1993:387) - Acta de Soporte y servicios para personas con deficiencias funcionales – Suecia.

La otra figura prevista por el ordenamiento sueco es el *forvaltarenskap*. Es un administrador o fiduciario. La asignación del *forvaltarenskap* implica que la persona pierde el ejercicio de la capacidad legal. Sin embargo, cuando se materializa la imposibilidad de obtener el consentimiento de la persona, procede si la persona a la que se le asignó un *god man* se opone a los consejos o a la designación de éste o teniendo un *god man* asignado existe el peligro que sufra un desmedro patrimonial o personal. En estos casos el tribunal puede imponerle en forma temporal un *forvaltarenskap* que puede tomar decisiones sin consultar a la persona; en este sentido funciona en cierto sentido como un esquema clásico de sustitución de la voluntad (González Ramos 2010; Doron 2002).

4.9 Conclusiones

Argentina al ser Estado Parte de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y al adoptar ha generado para el país la obligación de ajustar su derecho interno a la Convención.

Al sancionarse la Ley Nacional de Salud Mental estaba claro para la doctrina que la adecuación del derecho interno quedó a medio camino ya que no podía resolver el conflicto entre esquemas de sustitución de la capacidad y de apoyos propio de la Convención.

Es por ello que el Código Civil y Comercial adopta con prolijidad el modelo social -y de apoyos- que preceptúa la Convención. Marca el fin de un extenso período de tiempo en el cual las personas eran vistas desde un binomio capacidad-incapacidad

con la asignación de un curador y el cercenamiento de la capacidad de ejercicio de la persona incapaz.

El Código regula los aspectos de fondo y procesales en relación con los sistemas de apoyos a las personas con capacidad restringida, al reconocer a éstas el pleno ejercicio de su capacidad jurídica.

La adopción de las salvaguardas, especialmente la revisión periódica de la sentencia, garantiza a la persona no ser objeto de abusos jurisdiccionales, toda vez que las salvaguardas pueden ser activadas por la propia persona ante algún evento que comprometa la capacidad de ejercicio o su autonomía y enerve la intervención del órgano judicial.

Una de las cuentas pendientes del código es la presencia –residual-, por cierto- de la figura del curador ante un supuesto de incapacidad producto de la imposibilidad absoluta de expresar por parte de la persona su voluntad, o ante la ineficacia de los apoyos. Esta puerta trasera podría llegar el día de mañana a una aplicación liberal por los tribunales de la figura de incapacitación, con lo que será de gran importancia el control jurisdiccional por los tribunales de alzada.

En cuanto al derecho comparado se ha visto que es dispar la adopción del modelo social de la discapacidad. Brasil ha sancionado el Estatuto a fin de ajustar su derecho interno a la Convención, pero aún conserva la figura del curador, mientras que en España el caso es más grave aún ya que no se prevé la figura del apoyo excepto por la creación pretoriana de la “guarda de hecho”. Finalmente, Suecia ha avanzado más allá de la Convención al adoptar figuras para el apoyo de las personas con capacidad restringida.

Capítulo 5

RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL

5.1 Introducción

En los capítulos anteriores se han presentado los componentes que los operadores manejan para el trámite y dictado de las resoluciones judiciales. A fin de encarar el tratamiento jurisprudencial, es conveniente realizar una enumeración de éstos toda vez que la sentencia es la aplicación práctica del Derecho.

Se ha descrito el modelo social de la discapacidad, que a su vez dio origen a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su reconocimiento como Tratado de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. El proceso de adecuación del derecho interno fue analizado tanto en las normas hoy derogadas del Código Civil velezano como su implementación en la Ley de Salud Mental y el Código Civil y Comercial.

Por lo antedicho, es hora de analizar resoluciones en los que se aplican los regímenes de apoyos a las personas con capacidad restringida. A tal fin, es dable destacar varias situaciones que son de interés para el análisis jurisprudencial y motivaron la selección de los fallos a estudiar.

La primera dificultad que encuentran los magistrados radica en la proximidad temporal en la que se han sancionado dos leyes que regulan la capacidad de la persona, las mencionadas Ley de Salud Mental y el Código Civil y Comercial de la Nación. Ello trae aparejado los conflictos de la aplicación temporal de las leyes en tanto la regulación

de la capacidad de la persona ha sufrido grandes transformaciones, dado que se podían dar casos iniciados en una de las normativas con efectos en otra.

Es así que se tramitan casos los cuales a la luz del código derogado determinaban la incapacidad de la persona, los cuales deben revisarse a la luz del nuevo código y aplicar a éstos los sistemas de apoyos, o eventualmente de corresponder la determinación de plena capacidad.

Un aspecto no menos relevante es que el Código Civil y Comercial regula aspectos rituales en los procesos de determinación de la capacidad entrando en colisión con los Códigos procesales provinciales, muchos de los cuales aún no fueron objeto de reforma.

En cuanto al uso del lenguaje acorde al modelo social de la discapacidad, reflejado en la Convención y en el Código Civil y Comercial, subsiste cierta dificultad en asimilar nuevos conceptos y nuevas formas de redacción propios del cambio de paradigma.

En el Código Civil y Comercial quedan claramente separados los aspectos patrimoniales de los relativos a la capacidad de la persona, lo que supone que los jueces readecuen o incluso desestimen aquellos procesos en los cuales se propugnaba la incapacitación con fundamento en pensiones o beneficios económicos.

Finalmente, no hay que perder de vista que en todos los procesos el causante es parte activa en éste, siendo legitimado para impulsar, aportar pruebas y recursos. Es fundamental en este sentido el respeto por parte de los operadores judiciales el derecho a ser oído con los ajustes razonables antes de cualquier pronunciamiento.

5.2 Resoluciones de la Justicia Argentina

Juzg. de Fam. N° 11, General Roca, Rio Negro, “S.I.A. s/ Proceso sobre capacidad” (2016)

El fallo que se describe a continuación versa sobre un proceso de determinación de la capacidad. Se presenta la madre de una joven que padece retraso mental leve y trastorno psicótico crónico irreversible para que se pronuncie el tribunal sobre su designación como rol de apoyo. La magistrada, con gran valentía aplica los preceptos del Código Civil y Comercial cuando ésta aún no se encontraba vigente, y dentro de la sentencia se dirige en lenguaje coloquial a la causante y su madre.

El trámite del proceso se dio durante la vigencia del Código Civil que aún seguía en vigencia al momento de dictar la sentencia, y es por ello que la jueza, consciente que la ley 26.994 había sido sancionada pero aún no estaba vigente, fundamenta en el artículo 7 del Código sancionado pero pendiente para entrar en vigencia su resolución. Argumenta que los efectos jurídicos de la sentencia se producirán durante la vigencia de la nueva norma, todo ello con el fin de evitar controversias entre los ordenamientos e innecesarias revisiones. Basa su decisión en que el Código Civil y Comercial recepta Convenciones que el país había suscripto y son regulatorias de la capacidad de la persona en forma operativa, no así lo estipulado en el Código aún vigente.

El fallo innova en cuanto no se concentra en los déficits de la joven, sino que describe las aptitudes que posee como educarse, trabajar, votar y tener una vida sexual plena, así como casarse y tener hijos. Pondera la necesidad de apoyos en aquellas áreas en las que precisa de ayuda como ser manejo de dinero, etc. Es entonces que en la sentencia la dignidad es entendida como un derecho constitucional desde el respeto de

los principios bioéticos y el consentimiento libre que incluye la negativa a recibir tratamientos, consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional

Otra característica peculiar de la sentencia es la manera en que la jueza se dirige directamente a la joven en un lenguaje comprensible, despojado de tecnicismos, aplicando los principios de la Convención Sobre los Derechos con Discapacidad. De igual modo se dirige a la madre explicándole su rol de apoyo y los deberes que ello conlleva, incluyendo las medidas de salvaguarda.

Juzg. Nac. Civ. N° 92, “F.M.P. s/ Determinación de la capacidad” (2016)

Un fallo por el que se resuelve la incapacidad de una persona aplicando el código derogado deriva en una rehabilitación de la persona a la luz de los preceptos del nuevo Código y lo preceptuado por la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el cual la restricción de la capacidad de la persona debe tener en cuenta el rol que juega el sistema de apoyos. En el caso en cuestión, dado que los mismos poseen una intensidad suficiente y que a su vez la condición de la causante lo permite, deviene innecesaria la aplicación del artículo 32 del Código Civil.

En los hechos, a la Sra. M.P.F. se le dictó sentencia de incapacidad en el año 1997, la que fuera confirmada posteriormente por el superior. El proceso fue iniciado por la pareja de su madre persiguiendo un beneficio patrimonial –compra de un automotor-, estando la madre de M.P.F. y su hermano en desacuerdo con la decisión.

El magistrado de grado al evaluar la condición de M. P. F. opina que la misma no encuadra dentro los términos del art. 32 del Código Civil y Comercial, dado que la

Sra. M. desarrollaba tareas domésticas, compras diarias y se administra ella misma la medicación. Sostiene el juzgador que desde el modelo social de la discapacidad el examen de la capacidad debe ser restrictivo, y de carácter dinámico ya que el estado psíquico de la persona varía con el paso del tiempo.

Para el juzgador la Sra. F. precisa de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, sostiene que dicho rol no necesariamente debería ser ejercido a la luz de un proceso de determinación de la capacidad y la consiguiente asignación de apoyos por resolución judicial, valiéndose para este decisorio de los preceptos de la Convención.

Es así que el rol podría ser ejercido por los hermanos tanto a título personal o mediante la contratación de acompañantes terapéuticos o cuidadores, ya que estos son intensos, proveyendo contención y asistencia, sin necesidad de control jurisdiccional, El magistrado resuelve rehabilitar a F. declarándola como persona capaz para dirigir su persona, administrar sus bienes y realizar actos de disposición sobre su patrimonio.

Juzg. Civ. Com. y Lab. Monte Caseros, Corrientes “S.O. s/ Insania” (2015)

Este caso despierta interés por la vinculación entre la cuestión patrimonial –una pensión por invalidez- y la incapacitación de una persona, la que no puede basarse con fundamento en el requerimiento para que se otorgue una pensión por discapacidad, toda vez que un trámite administrativo debe reconducirse a los principios e institutos de la normativa vigente.

El Sr. M. J. S. a efectos de solicitar se promueva la insania de quien es su hermana, quien padece “retraso mental” a fin de realizar los trámites necesarios ante organismos oficiales con el objeto de obtener una pensión de discapacidad.

Basa su pretensión en los artículos 141, 144 y 147 del código civil derogado, que regulan el instituto de la incapacitación y sustituyen el ejercicio de la capacidad mediante la designación de un curador.

La particularidad del caso radica que, entre la presentación de la demanda y el dictado de la sentencia, entra en vigencia el Código Civil y Comercial, con lo cual se plantea cual es el derecho aplicable, ya que de acuerdo a lo estipulado en el artículo 7° del nuevo código, éste debe aplicarse a cuestiones que aún están pendientes, con la afirmación que la cuestión no se reduce a la aplicación de la legislación procesal vigente –que aún no había sido adecuada- sino al contenido jurídico que le da la legislación de fondo.

La interpretación en el caso de la normativa que debe regir el proceso de incapacitación debe ser restrictiva de tal manera que no puede ser incompatible con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el artículo 32 del Código Civil y Comercial, en lo concerniente a la imposibilidad de la persona de interactuar con su entorno y expresar su voluntad, o que se haya demostrado la ineficacia de un sistema de apoyos -supuestos que no se acreditaron en el caso-

El juzgador aplica el derecho del nuevo ordenamiento, rechazando el planteo de la actora, toda vez que el fin perseguido con la solicitud de incapacitación de S. era el de obtener una pensión por discapacidad, ponderando que este supuesto beneficio

económico implicaría de manera injustificada el dictado de una sentencia que decretaría la incapacidad de una persona.

El magistrado en su resolución, rechaza el pedido de la accionante destacando la relevancia de la dignidad de la persona y resolviendo que cualquier trámite administrativo en favor de la persona debería readecuarse a la nueva legislación vigente.

Cam. Civ. y Com. Salta, Sala III, “T., C.R. – Declaración de insania” (2014)

En este caso se suscita una cuestión de interés que excede lo meramente normativo, ya que la apelante solicita se modifique en la sentencia es el uso de terminología estigmatizante. La resolución en crisis, no se ajusta al léxico del modelo social que refleja un cambio de vocabulario el cual refleja los procesos de inclusión de las personas con discapacidad. La Excma. Cámara hace lugar al planteo de la apelante.

La Asesora solicita que se declare expresamente la restricción de la capacidad del Sr. T. a tenor de los artículos 141 y 152 ter del Código Civil, especificando los actos que podrá celebrar por sí y bajo supervisión de su curadora, y que en la misma se reemplacen los términos “Incapaz” e “Insano” por el nombre de la persona.

Lo interesante es que en la sentencia se apela a la supremacía de la Constitución Nacional y la Ley Nacional de Salud Mental por sobre la normativa provincial para que se respeten los derechos tutelados constitucionalmente.

Cam. Civ. y Com. Azul, Pcia. De Bs. As., Sala I “J.,M.E. s/ Insania y curatela” (2012)

La cuestión planteada en el caso de marras introduce la colisión entre las normas de fondo –Código Civil y Comercial y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad- y las normas procesales las que determinan el iter del proceso.

El Asesor de Incapaces interpone demanda de Insania respecto de J. M. E., alegando que el causante sufre de una discapacidad mental parcial de carácter permanente, proponiendo como curador al hermano del causante y se autorice a este percibir las pensiones del causante, indispensables para su manutención. Con posterioridad el Asesor de Menores e Incapaces solicita la reconversión de la incapacidad en inhabilitación.

La cámara determina a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la ley de Salud Mental como derecho aplicable. Los magistrados sostienen que la ley 26.657 de Salud Mental regía durante el trámite del proceso, sin dejar de notar que existía legislación como la Convención Americana, y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales operativas durante el trámite del proceso.

La alzada esgrime que si bien el decisorio del inferior es anterior a la Res. N° 3196/11 de la S.C.B.A que establece la necesidad de evaluación por parte de un equipo interdisciplinario, el cual aconsejará sobre las restricciones que deberían tomarse en lo relativo a la capacidad jurídica y los apoyos necesarios para la persona sujeto del proceso. Para el tribunal, procede dejar sin efecto la sentencia del a quo toda vez que durante el proceso de apelación entro en vigencia la resolución que se ha mencionado,

El fundamento para revocar la decisión es la aplicación de los artículos 152 ter y 482 del Código Civil y los tratados internacionales, con lo cual se deja sin efecto la sentencia y se devuelve el expediente para que el juez de primera instancia resuelva conforme la legislación vigente.

Cam. Civ. Com. y Fam., Lomas de Zamora, Pcia. De Bs. As, Sala I, “Q.G.M. s/ Insania” (2015)

Se trata de un caso con sentencia de primera instancia, con la particularidad que durante el trámite de apelación entra en vigencia el Código Civil y Comercial, con lo cual la resolución del superior debe ajustarse a la nueva normativa, a la luz de lo establecido en el artículo 7º del mencionado Código.

Los hechos descriptos se encuadran dentro de un proceso de incapacitación según el artículo 152 ter del Código derogado, en el cual se asigna un curador a Q. G. M. por poseer una discapacidad mental. Se designa curador definitivo de la causante a su padre- quien actuará en calidad de “Apoyo” para las actividades diarias, quedando facultado el padre a ejercer actos de administración y conservación de los bienes de Q. con cargo de rendición de cuentas.

Este fallo es apelado por la Asesora y el curador provisorio, los que sostienen se violó lo preceptuado por el art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ya que, al designar al padre como curador provisorio, la solución es incompatible con el sistema de apoyo contenido en la Convención.

Durante el trámite del proceso entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación, con los extremos expuestos y el restrictivo de la curatela. En función de los resultados positivos de los informes interdisciplinarios realizados a Q., llevan al tribunal a revocar la sentencia.

Con una posición favorable hacia el respeto de la capacidad jurídica de la persona, el tribunal revoca el decisorio del inferior, y aplica el sistema de apoyos restringiendo el ejercicio de la capacidad de Q. para los actos de índole patrimonial, de cuidado de su salud, y administrativos, tomando su padre el rol de apoyo con las correspondientes salvaguardas.

5.3 La labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En este apartado se analizarán dos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El primero de ellos, “Ximenes Lopes”, si bien no está directamente relacionado con el tema de este trabajo, aplica la Convención a un caso que se ha suscitado con anterioridad a la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y sienta doctrina por la que los países deben tutelar especialmente los derechos de las personas con discapacidad. El en caso “Furlán”, la Corte hace referencia a un tratado de Derechos Humanos que no forma parte del Sistema Americano como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, responsabilizando a la Argentina por incumplir los preceptos de dicho instrumento.

Corte Interamericana de Derechos Humanos – Ximenes López vs. Brasil – Serie C-149. Sentencia de 4 de Julio 2006.

Damião Ximenes Lopes, con una grave enfermedad mental, fue internado por su madre en una clínica de Ceará. Cuando su madre regresa cuatro días después, encuentra a su hijo con severas heridas. Debido a la gravedad de las lesiones, fallece a las pocas horas, víctima de torturas. La familia inicia procesos civil y penal, los cuales por su lenta tramitación en la justicia local motiva una denuncia ante la Corte Interamericana. La Corte, una vez admitido el caso, inicia un proceso para determinar la responsabilidad del Estado en cuanto al derecho a la vida, integridad personal, debido proceso y tutela judicial, contenidos en la Convención Americana. Brasil reconoce la responsabilidad, y la Corte establece reparaciones materiales y morales para la familia, así como el deber de adecuar su derecho interno. Esta sentencia, anterior a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, muestra la eficacia de un tribunal supranacional en cuanto dichos organismos pueden ser muy efectivos a la hora de proteger los derechos de las personas en estado de vulnerabilidad, y se pueden conseguir reparaciones efectivas. En el caso, el Estado reformó su legislación respecto a la Salud Mental, que estaba con trámite paralizado en el Congreso brasileño.

Corte Interamericana de Derechos Humanos – “Furlán y Familiares vs. Argentina” C-246. Sentencia de 31 de agosto de 2012

En el caso Furlán y Familiares vs. Argentina se presenta la familia de Sebastián Furlán, afectado por una discapacidad sobreviniente a un accidente en terrenos que pertenecen al Ejército Argentino.

En el caso Furlán, se vulneró el acceso a la justicia ante la inobservancia por parte de Argentina de los preceptos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ya que el proceso careció de los ajustes necesarios en función de la discapacidad de Sebastián. Dado que el proceso enfrentó demoras innecesarias, la Corte entendió que se violaron los principios de pronta resolución y las medidas para la ejecución de la sentencia, así como no se tuteló especialmente a Sebastián por su grado de vulnerabilidad.

Sostuvo el tribunal en su resolución la defectuosa aplicación de la Convención sobre las Personas con Discapacidad ante la pasividad del Estado de tomar medidas positivas con el fin de obtener un pronunciamiento ajustado a derecho. En la resolución la Corte resolvió que Argentina es responsable de haber excedido el plazo razonable en la tramitación del caso en perjuicio de Sebastián Furlán, y que se han visto vulnerados el derecho a la protección judicial, la tutela especial y el derecho a la propiedad por el no pago de la indemnización reclamada por la familia.

5.4 Resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tomó cartas en dos casos relativos a la capacidad jurídica de la persona, a la luz del cumplimiento del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), de la cual el tribunal es el responsable de velar por su cumplimiento.

Shtukaturov v. Russia, Caso 44009/05, Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 27 de marzo de 2008

El caso del Sr. Shtukaturov, de nacionalidad rusa se ocupa de la tutela de los derechos de Shtukaturov en lo respectivo a como se siguió su proceso de incapacitación. El Sr. Shtukaturov padecía un trastorno mental y es por ello que su madre promueve un proceso de incapacitación, por el cual es declarado incapaz, sin que a Shtukaturov se lo haya informado del proceso ni que se le haya sido notificada la resolución. Éste toma conocimiento y decide apelar la sentencia, pero al no poseer legitimación por su nuevo estatus de incapaz, su solicitud fue denegada. En represalia, Shtukaturov es internado en una institución, en la cual continuaba hasta la presentación de su caso ante el TEDH. Por su incapacidad, se le impidió tener contacto con sus abogados ni participar del proceso ante el TEDH. El Tribunal consideró que Rusia había violado el Convenio en tanto se le había negado la oportunidad de participar en el proceso, y por su confinamiento se había vulnerado el respeto a la dignidad humana. El tribunal también consideró que, al someterlo a una internación involuntaria sin revisión por la judicatura, se había violado el derecho a la libertad. Finalmente, al obstaculizar el acceso de Shtukaturov a peticionar ante el TEDH se había vulnerado el derecho a peticionar.

Stanev v. Bulgaria, Caso 36760/06, Consejo de Europa, Corte Europea de Derechos Humanos, 17 de enero de 2016

El caso en análisis reviste suma importancia ya que es pionero en cuanto al tratamiento por el Tribunal de los casos de institucionalización de personas con discapacidad.

El Sr. Stanev, con diagnóstico de esquizofrenia es declarado parcialmente incapaz por un tribunal de Bulgaria, y en un hogar. Por una denuncia de organismos de Derechos Humanos, en 2003 es visitado por una comisión del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y el Tratamiento Inhumano o Degradante donde se constataron las condiciones de vida deplorables que tenía Stanev dentro de la institución. Pese la visita, continuó internado hasta que en el año 2004 su abogado solicita sea rehabilitado, la que fue rechazada. Dos años más tarde, a Stanev se lo examina por segunda vez y se recomienda su externación.

El caso es sometido al TEDH, que sostuvo que la internación indefinida e involuntaria de Stanev en una institución constituía una privación de la libertad, ordenando a Bulgaria el pago de una multa y que el estado búlgaro debía consultar a Stanev sobre su preferencia para el tratamiento que se le brindaría. Stanev prefirió permanecer en una institución, aunque más cerca de su hogar. La justicia búlgara se negó a rehabilitar la capacidad jurídica de Stanev.

Dada la relevancia y difusión del caso, el gobierno de Bulgaria inició una reforma del sistema de incapacitación, sancionando una ley que contempla los preceptos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

5.5 Conclusiones de los casos expuestos

En los pronunciamientos de Argentina, los tribunales han adoptado en forma unánime los sistemas de apoyos a las personas con capacidad restringida, fundamentando sus decisiones en el derecho vigente, esto es la Ley Nacional de Salud Mental y el Código Civil y Comercial. Tal cual se expuso en la introducción al capítulo

son dos los inconvenientes que se suscitan: La aplicación temporal de la ley y la coexistencia de leyes que regulan la materia. Al no existir regla de aplicación del derecho transitorio para aquellos procesos iniciados con anterioridad a la vigencia del nuevo Código, los principios que aplicaron los magistrados es el de progresividad de los Derechos Humanos y el principio “pro homine”.

Por otro lado, se aprecia que en las sentencias los jueces avanzan sobre las situaciones no jurídicas como ser la convivencia, las capacidades de la persona de realizar tareas cotidianas o inclusive dirigiéndose en forma directa a la persona a la cual se le destinan los apoyos. Esto demuestra la influencia de los Derechos Humanos en la materia, que no se limitan a regular aspectos patrimoniales como sucedía en el Código derogado, ampliando el catálogo de Derechos Humanos y respetando a la persona como un todo. También se hace hincapié en el carácter no permanente de la sentencia y de la posibilidad de dar por finalizado el régimen de apoyos si las condiciones de la persona lo permiten, reestableciendo la plena capacidad jurídica de la persona.

En cuanto a la revisión de sentencias con origen en el código derogado, los procesos de incapacidad a la luz del nuevo Código se han reconvertido en procesos de determinación de la capacidad con la adopción de apoyos para el ejercicio de la misma.

Una dificultad subyacente que afecta el trámite de los procesos por los tribunales es que los códigos procesales no se han ajustado a la nueva codificación, lo que trae algunos dolores de cabeza, sobre todo en la terminología empleada.

En cuanto al continente americano, la labor de la Corte Interamericana en la materia es aún limitada, pese a ello reviste interés los casos presentados, ya que en el caso Ximenes se aplica derecho foráneo al sistema americano, mientras que en el caso

Furlán, el tribunal aplicó la Convención como derecho extra americano en la resolución del caso.

Con respecto sentencias dictadas por el Tribunal Europeo, se nota la ausencia de una normativa de la Unión Europea que trate el tema de los apoyos, lo que no ha impedido que el TEDH haya dictado sentencias con consecuencias en los Estados denunciados, los cuales han ajustado su derecho interno a fin de cumplir con la manda del Tribunal.

CONCLUSIONES

El presente Trabajo Final de Graduación tuvo como objetivo examinar los sistemas de apoyos a las personas con capacidad restringida.

Los institutos de la tutela y la curatela destinados a regular la capacidad de la persona fueron creados por los romanos para regular mediante los mismos la capacidad de la persona por un tercero designado -curador o tutor- a suplir el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona como medida de protección esencialmente patrimonial, dando origen al modelo de sustitución de la voluntad que perduró casi sin cambios hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XX. En el modelo tutelar el representante toma decisiones por la persona sin necesidad de que esta exprese sus preferencias o sus deseos, anulándola totalmente en su individualidad.

Sin embargo, hoy en día la sociedad es muy distinta de la de hace tan sólo medio siglo. Los avances en la medicina, la tecnología, los medios de comunicación y la educación, así como el camino trazado por los instrumentos de Derechos Humanos no hizo más que pavimentar el camino hacia la inclusión de las personas con discapacidad en la sociedad, con integración plena y el goce de los mismos derechos que el resto de la sociedad. Los sistemas jurídicos se adaptaron a dicha realidad y el modelo social de la discapacidad refleja este cambio de paradigma.

Es así que surge en la década de 1970 el modelo social de la discapacidad donde ésta no es definida como la (im) posibilidad de la persona de interactuar con su entorno, sino que es la limitación de la sociedad es la que termina discriminando a la persona y

por ello tiene que configurarse para que la persona con discapacidad se pueda insertar en ésta.

A partir de esta concepción social, la capacidad de la persona no se limita a una dicotomía en términos de blanco o negro -capacidad o incapacidad-. La persona puede de la mano de los nuevos tratamientos avanzar en grados de autonomía situación impensada hasta hace tan solo unas décadas atrás. Con lo cual era inadecuada la declaración en términos de incapacidad -modelo tutelar- ya que la “rotulación” de la persona devino insostenible.

Con el surgimiento del modelo social se enfatiza la igualdad, libertad e independencia. Las barreras que la sociedad le impone a la persona deben ser eliminadas para el efectivo goce de sus derechos. En este sentido se notan avances en cuanto al reconocimiento de la persona de elegir su plan de vida, directivas anticipadas, etc.

El concepto de apoyos a la capacidad restringida es reconocido por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y posteriormente incorporado al derecho interno con la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental y el Código Civil y Comercial. El artículo 12 de la convención preceptúa que *“Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.”*

Los sistemas de apoyos a la capacidad requieren ciertos recaudos al ser diseñados, máxime cuando la persona no posee familiares ni conocidos que puedan cumplir el rol de apoyos, siendo en estos casos el Estado el que cumple el rol de apoyo mediante las Defensorías de Menores e “Incapaces”. Sin embargo, no necesariamente

el hecho de diseñar redes de apoyo tiene que ser complicado o costoso, ya que por un lado la gran mayoría de las personas que precisan de apoyos contarán con la ayuda de familiares o conocidos, con lo cual el Estado excepcionalmente debería prestar el servicio y por el otro lado, no dista mucho de las funciones de las Defensorías que hoy acompañan los procesos de determinación de la capacidad.

Considerando el universo de decisiones que la persona debe tomar diariamente, o decisiones que pueden surgir en forma inesperada, se debería aceptar la “dignidad del riesgo” mediante la cual la persona puede tomar ciertos riesgos ya que toda la sociedad se enfrenta a cierto grado de imprevisibilidad diariamente. Y en aquellos casos que lo justifiquen, la persona siempre contará con los apoyos para que lo asistan en la decisión a tomar.

Si bien puede acontecer que los sistemas de apoyos sean virtualmente inaplicables cuando la persona se encuentra imposibilitada de expresar su voluntad, los apoyos designados pueden tomar decisiones en nombre de la persona considerando los gustos y preferencias que la persona hubiera tenido en cuenta. Si se diera el caso en que se contara con directivas anticipadas el apoyo no tendría más que aplicar las mismas al momento de tomar la decisión.

Por otro lado, si los apoyos son ineficaces, esto puede deberse a múltiples circunstancias, en este caso habrá que identificar las causas, ya sea si la persona de apoyo no actuó con diligencia, o bien el dispositivo fue defectuosamente implementado. En este caso se debería rediseñar el sistema de apoyos adecuándolo a las necesidades de la persona para que ésta tome decisiones por sí misma. No hay que perder de vista que los sistemas de apoyos pueden resultar más eficientes que un curador aún en los

casos más extremos, desarticulando el principio que sustenta el régimen de sustitución es que el curador actúa protegiendo a la persona y su patrimonio. Sin embargo, no se toma nota que, al tomar la decisión por la persona, que al no ser consultada la convierte en un “muerto civil”.

Es verdad que los sistemas de apoyos no están exentos de que se generen conflictos entre la persona designada como apoyo y la persona destinataria. Ello no obsta a que esto pueda ser resuelto mediante la implementación de redes de apoyos integradas por familiares, amigos y profesionales, los cuales pueden arriben a consensos respetando la decisión de la persona tomada con libertad, y la previsión de un sistema de salvaguardas, considerando como medida extrema acudir al órgano jurisdiccional para la resolución del conflicto.

A partir de la ratificación de la Argentina de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el año 2008, pesaba sobre el país la obligación de adecuar el derecho interno al texto de la Convención conllevando a la adopción del modelo social, ya que para nuestro país la Convención posee jerarquía supra legal y entraba en colisión con las normas internas vigentes a la época. En el artículo 12 de dicha Convención se expresa que las personas con discapacidad tienen derecho a ser reconocidas como personas ante la ley, reconociendo la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y de este modo poniendo fin a la discusión entre capacidad de derecho y de obrar -o de hecho-.

El ajuste del derecho interno vino de la mano en dos etapas: la primera de ellas fue la sanción de la Ley de Salud Mental que introdujo entre otros cambios el artículo 152 ter al Código Civil derogado. La imperfección de la técnica legislativa era notoria

ya que convivían los sistemas de sustitución de la voluntad y los apoyos con la dificultad -y arbitrariedad- de los pronunciamientos judiciales. Fue a partir de la sanción del Código Civil y Comercial, dicha dificultad quedaría zanjada.

No menos importantes son las normas procesales ya que no se refiere más al proceso de incapacitación o juicio de insania, sino que el léxico es desprovisto de estigmatización al referirse al proceso de determinación de la capacidad demostrando el respeto por la persona. En cuanto al proceso en sí las modificaciones sustanciales comprenden que el juez debe mantener una entrevista personal con la persona, a la persona se le permite participar del proceso y aportar pruebas; ello implica que el trámite debe ser adaptado a las posibilidades de comprensión, movilidad y sentidos que la persona posea. La participación de un equipo disciplinario es requisito para el dictado de la sentencia, la cual debe establecer claramente los alcances, la implementación del sistema de apoyos y las salvaguardas para protección de la persona. Se mantiene la revisión periódica de la sentencia que se implementó en la Ley Nacional de Salud Mental.

En cuanto a las recomendaciones que se pueden formular a partir del desarrollo del presente trabajo se pueden mencionar:

Es recomendable que las Provincias y el gobierno central ajusten las normas procesales a los preceptos del Código Civil y Comercial a fin de evitar colisiones en cuanto a los aspectos procesales que se han incorporado al código de fondo.

En la Argentina el acceso a la justicia establecido en las Reglas de Brasilia dista mucho de ser una realidad. La mayoría de los edificios vetustos en los que funcionan los juzgados son inaccesibles para personas con movilidad reducida, no existen

señalizaciones en idioma braille ni dispositivos de comunicación aumentada. Los expedientes son en soporte papel, pesados y de difícil lectura. Sería conveniente al menos establecer recintos accesibles y equipamiento tecnológico que garantice el acceso a la justicia, inclusive mediante texto a voz en páginas web o videoconferencia.

Dada la vertiginosidad con que se ha sancionado el código, es preciso profundizar en la capacitación de los operadores judiciales para que los procesos se realicen en el menor tiempo posible, que la persona efectivamente pueda participar del proceso y que la sentencia refleje los principios establecidos en la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Código Civil y Comercial.

Sería beneficioso a fin de reducir la carga de trabajo de los tribunales la promoción de acuerdos privados para la designación y funcionamiento de los apoyos con mecanismos de salvaguardas que disparen instancias judiciales.

En el colectivo con distintas discapacidades -especialmente mentales- muchas familias desconocen los sistemas de apoyos, en este sentido sería conveniente trabajar con los establecimientos de formación, educación y laborales, casas de medio camino, instituciones de internación y ONG a fin de que sean vehículos para la provisión de información a las personas y sus familias.

Sería conveniente que, al momento de obtener el Certificado Único de Discapacidad, se le entregue a la persona o sus familiares información que explique en lenguaje claro los derechos que posee la persona con discapacidad, en especial el funcionamiento de los sistemas de apoyos, dando cumplimiento de este modo a la parte resolutive del caso Furlán de la Corte Interamericana.

Sería útil que se forme a los legisladores y concejales provinciales y municipales a fin de que en el dictado de normas locales que exijan como requisito documentación que tenga por fin acreditar la capacidad jurídica de la persona conozcan el funcionamiento de los apoyos.

La misma formación del punto anterior sería conveniente que se lleve adelante en instituciones gubernamentales o no gubernamentales, como ministerios, bancos, agencias de viaje, oficinas de entes descentralizados, universidades, etc.

BIBLIOGRAFÍA

Textos

- Carignano, F., Palacios, A. (2012). Discapacidad, justicia y Estado: acceso a la justicia de personas con discapacidad (P. O. Rosales, Ed.). Buenos Aires: Infojus.
- Herrera, M., Caramelo, G. (2015). Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Buenos Aires: Infojus.
- Hobfoll, S. E. y Stokes, J. P. (1988). The process and mechanics of social support. [Los procesos y mecanismos de los apoyos sociales]. Londres: Wiley
- Jiménez, R., Derechos de las Personas con Discapacidad, Módulo 6. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Kraut, A. J. y Palacios, A. (2014). Código Civil y Comercial de la Nación comentado Director: Lorenzetti, R. L. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Llambías, J. J. (1973). Tratado de Derecho Civil, Tomo I. Buenos Aires: Perrot,
- Morris, J. (1991). Pride against prejudice: A personal politics of disability. [El orgullo contra los prejuicios: Una política personal de la discapacidad]. Londres: Womens Press.
- Oliver, M. (1996). Understanding disability: From theory to practice. [Comprendiendo la discapacidad: De la teoría a la práctica] Londres: St Martin's Press.
- Olmo, J. P. (2015) Salud Mental y Discapacidad. Buenos Aires: Editorial Dunken
- Palacios, A. (2008). El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Cermi.
- Palacios, A. y Bariffi, F. (2007). La discapacidad como una cuestión de derechos humanos Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Grupo Editorial Cinca, S.A.
- Palacios, A. y Romañach, J. (2006). El modelo de la diversidad: la bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional. Diversitas, Buenos Aires
- Perske, R. (1974). The dignity of risk y the mentally retarded. [La dignidad del riesgo y los retrasados mentales] Arlington, Texas, Estados Unidos: Association for Retarded Citizens.

Artículos

- Aguado Díaz, L. (1995). Historia de las deficiencias. *Colección Tesis y Praxis*. Escuela Libre / Fundación Once, Madrid Recuperado de <http://sid.usal.es/libros/discapacidad/5051/8-1/historia-de-las-deficiencias.aspx>
- Alderete, C. (2015). El sistema de apoyos en la toma de decisiones de las Personas con Discapacidad. Propuestas y comentarios. *Sistema Argentino de Información Jurídica*, 7. Ed. Infojus, Buenos Aires
- Ambroggio, A. (2015). *La jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad y el cambio de paradigma en el Nuevo Código Civil y Comercial*. elDial.com - DC1F1F Publicado el 15/06/2015.
- Bach, M. (2011). El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa. Bariffi, F. y Palacios, A. *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ed. EDIAR, Buenos Aires.
- Bacigaluppo, N. y De Dios, M. (2010). Discapacidad intelectual y el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Jornada Notarial. Recuperado desde http://www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/comision%5C%20I/1_galuppoyotros.pdf
- Bariffi, F. (2012). *El Régimen de Incapacidad del Código Civil argentino a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Recuperado desde <http://repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/440>
- Bariffi, F. (2014). *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos*. Recuperado desde <http://www.repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/439>
- Barranco, M., Cuenca, P. y Ramiro, M. (2014). *Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de derechos de las personas con discapacidad*. Recuperado desde <http://repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/663>
- Berrocal Lanzarot, A. (2012) La curatela como institución de protección en el marco de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 732. Editorial Colegio Registradores Propiedad Mercantiles. 2248-2297. Recuperado de http://www.unav.edu/matrimonioyfamilia/observatorio/uploads/30446_Berrocal_RCDI2012_Curate la.pdf

- Brandi Taiana M. (2015) Los eslabones perdidos de la capacidad. *Anuario de la Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires*, 2015; (2) 63-82. Recuperado de: <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/66972.pdf>
- Céspedes, G M.. (2005). La nueva cultura de la discapacidad y los modelos de rehabilitación. *Aquichán*, 5(1), 108-113. Recuperado desde http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-59972005000100011&lng=en&tlng=pt
- Croxatto, G. L. (2012). La salud mental (en la Argentina): dos paradigmas en pugna. *Revista Lecciones y Ensayos* (90). 255-276. Recuperado desde <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/croxatto.pdf>
- Cuenca Gómez, P. (2014). La configuración de los apoyos. *En Conferencia ALFA: Discriminación y grupos en situación de vulnerabilidad: género y discapacidad* (p.20). Lima. Recuperado desde <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2014/09/La-configuracion-de-los-apoyos-Patricia-Cuenca.pdf>
- Denzin, N. K. y Lincoln, Y. S. (1994). *Handbook of Qualitative Research*. [Manual de Investigación Cualitativa] Recuperado desde <http://www.worldcat.org/title/hy-book-of-qualitative-research/oclc/29029458>
- Di Nasso, Patricia; (2010) “Mirada histórica de la discapacidad”, Fundación Cátedra Iberoamericana, Universitat de les Illes Balears, España. Recuperado de: http://www.uib.es/catedra_iberamericana.
- Dlugosz, V. P. (2016). O impacto jurídico e social na vida da pessoa com deficiência adquirida. [El impacto jurídico y social en la vida de la persona con discapacidad adquirida] *Anais do EVINCI - UniBrasil*, 1(4), 1101-1117. Recuperado desde <http://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisevinci/article/view/935>
- Doron, I. (2002). Elder guardianship kaleidoscope—a comparative perspective. [El Caleidoscopio del cuidado de ancianos-Una perspectiva comparativa] *International Journal of Law, Policy and the Family*, 16(3), 368-398. Recuperado de: https://www.researchgate.net/profile/Israel_Doron/publication/228248255_From_Elder_Guardianship_to_Long-Term_Legal_Care/links/0deec515c96e36c9ba000000.pdf
- Fernández Cordero, L. (2015). La incapacitación / limitación de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad intelectual. Su impacto en el ejercicio de los derechos fundamentales. *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [Recurso electrónico]: de los Derechos a los Hechos*”. Directora Esperanza Alcan Martínez, coordinadora Gloria Álvarez Ramírez. Recuperado desde <http://www.cermi.es/es-ES/Biblioteca/Lists/Publicaciones/Attachments/350/La%20Convenci%C3%B3n%20Internacional.pdf>

- Fernández, S. E. (2015). La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial bajo la lupa de los derechos humanos. *RCCyC*, 2015, 73. Cita AR/DOC/2104/2015
- Fernández-López, J. A., Fernández-Fidalgo, M., Geoffrey, R., Stucki, G., y Cieza, A. (2009). Funcionamiento y discapacidad: la Clasificación Internacional del Funcionamiento (CIF). *Revista Española de Salud Pública*, 83(6), 775-783. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.1590/S1135-57272009000600002>
- Fortuna, S. I. (2011). Aproximaciones al régimen de la capacidad en el Proyecto de Reforma de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. *Revista Jurídica UCES*, (17), 204-231. Recuperado desde [http://dspace.uces.edu.ar:8180/jspui/bitstream/123456789/2147/1/Aproximaciones%5C Fortuna.pdf](http://dspace.uces.edu.ar:8180/jspui/bitstream/123456789/2147/1/Aproximaciones%5C%20Fortuna.pdf)
- González, M. y González, E. (2009). Algunas reflexiones epistemológicas sobre la investigación cualitativa. *Diálogos educativos* (18). 1-16 Recuperado desde <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3158963>
- González Ramos, A. K. (2010). *Capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Comisión Nacional de los Derechos Humano. Recuperado de http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/1576/L_GonzalezRamosAK_Capacidadjuridica%20_2010.pdf?sequence=1
- González-Serrano, M. D. C. C. (2011). La protección jurídico-patrimonial del menor y del incapacitado y su antecedente histórico en Derecho romano. *Revista General de Derecho Romano*, (17), 10. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/277240>
- Jiménez, D. (2010). Concepto social de la discapacidad. Publicado en Corporación Síndrome de Down, Recuperado de http://www.academia.edu/download/35851730/Concepto_social_de_la_discapacidad_Patrica_Jimenez.pdf
- Kindelán Bustelo, M. (2015). Nuestro ordenamiento y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: una visión general sobre los retos pendientes. en *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [versión electrónica]: de los Derechos a los Hechos*. Directora Esperanza Alcáin Martínez, coordinadora Gloria Álvarez Ramírez. Recuperado desde <http://www.cermi.es/es-ES/Biblioteca/Lists/Publicaciones/Attachments/350/La%20Convenci%C3%B3n%20Internacional.pdf>
- Lang, R. (2007). The development y critique of the social model of disability. [El desarrollo y crítica del modelo social de la discapacidad] *London: Leonard Cheshire Disability y Inclusive*. Recuperado de <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.502.9898&rep=rep1&type=pdf>

- Lecinena Ibarra, A. (2015). La guarda de hecho y el sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: consideraciones sobre una posible reforma en *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [Recurso electrónico]: de los Derechos a los Hechos*. Directora Esperanza Alcaín Martínez, coordinadora Gloria ÁlvarezRamírez. Recuperado desde <http://www.cermi.es/es-ES/Biblioteca/Lists/Publicaciones/Attachments/350/La%20Convenci%C3%B3n%20Internacional.pdf>
- López González, M. (2016). Modelos teóricos e investigación en el ámbito de la discapacidad. Hacia la incorporación de la experiencia personal. Recuperado desde <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/8063>
- Mantovani, L. M. (2016). The new Brazilian law for the inclusion of persons with disability and its effects on patients with serious mental illness. [La nueva legislación brasileña para la inclusión de personas con discapacidad y sus efectos en pacientes con enfermedades mentales severas] *Revista Brasileira de Psiquiatria*, 38(4), 347-347. doi:10.1590/1516-4446-2016-1920. Recuperado de http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-4446201600400347
- Minieri, Sofía. (2014). El derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su capacidad jurídica en el proyecto de reforma del Código Civil : cuentas pendientes de una reforma legal necesaria. *En Letra*, (1), 197-211. Recuperado de <http://www.enletra.com/%5C#!El-derecho-de-las-personas-con-discapacidad-al-reconocimiento-de-su-capacidad-jur%C3%ADdica-en-el-proyecto-de-reforma-del-Codigo-Civil-cuentas-pendientes-de-una-reforma-legal-necesaria/q05kt/561d81c00cf2c6c64372fa43>
- Munilla, S. y Navarro Lahitte Santamaria, M. A. (2013). Restricciones a la capacidad. Proyecto de Reforma Unificación Civil y Comercial. *Revista Jurídica*, (17), 242- 253 Recuperado desde <http://dspace.uces.edu.ar:8180/jspui/handle/123456789/2149>
- Palacios, A. (2008). *Medidas relacionadas con la igualdad y la no discriminación en la implementación de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Recuperado de: http://orff.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9900/palacios_intervencion_CIDPD.pdf?sequence=1
- Palacios, A. y Bariffi, F. (2008). *Capacidad Jurídica y Discapacidad (Un estudio de Derecho Privado Comparado a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad)*. Recuperado desde <http://repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/451>
- Parra-Dussan, C. (2010). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: antecedentes y sus nuevos enfoques*. Recuperado de: <http://www.repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/1328>

- Pestalardo, A. S. (2012). Las disposiciones en previsión de la propia incapacidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista Derecho Privado*, (2), 65-118. Recuperado desde http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacfl20178-pestalardo-las_disposiciones_en_prevision.htm
- Quinn, G. (2010). Personhood and legal capacity perspectives on the paradigm shift of Article 12 CRPD. [Perspectivas de la personalidad y la capacidad jurídica en el cambio de paradigma del artículo 12 de la CDPD] *HPOD Conference*. Recuperado desde <http://www.nuigalway.ie/cdlp/documents/publications/Harvard%20Legal%20Capacity%20gq%20draft%202.doc>
- Rajmil, A. B. y Llorens, L. R. (2015). Valías y perfectibilidades del régimen de regulación de la capacidad de ejercicio en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 9(36), 89-117. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293244044004.pdf>
- Ramos Vardé, I. (2015). La autonomía en el ordenamiento positivo. Su recepción jurisprudencial. *Discapacidad, Justicia y Estado - Vida Independiente*, (5). 65-80 Recuperado desde <http://www.saij.gob.ar/discapacidad-justicia-estado-5-vida-independiente-ministerio-justicia-derechos-humanos-nacion-lb000110-2015-01/123456789-0abc-defg-g01-1000blsorbil>
- Reyes, M. S. C. (2015). Desafíos y avances en los derechos de las personas con discapacidad : una perspectiva global. *Anuario de Derechos Humanos*, (11), 17-37. Recuperado desde <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/37486/39164>
- Rieckhof, C. B. (2015). Discapacidad y derechos humanos. *THEMIS-Revista de Derecho*, (67), 167-175. Recuperado desde <http://ezproxybib.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/14465>
- Salinas Araneda, C. (2004). Del influjo canónico en las partidas al influjo canónico en el Código Civil de Chile. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (26) 491-528. Recuperado desde <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sciarttextypid=S0716-54552004002600016ynrm=iso>
- Sanjuan, A. (2008). El “Modelo Social” de la Discapacidad. *Union de Magistrados y Funcionarios de Lomas de Zamora*. Recuperado desde <http://www.uniondemagistrados.com.ar/site/index.php/jurisprudencia/384-el-modelo-social-de-la-discapacidad>
- Schalock, R. L. (2013). Integrando el concepto de calidad de vida y la información de la Escala de Intensidad de Apoyos en planes individuales de apoyo. *Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, 44(1), 5-21. Recuperado desde <http://sid.usal.es/articulos/discapacidad/19590/8-2-6/integrando-el-concepto-de-calidad-de-vida-y-la-informacion-de-la-escala-de-intensidad-de-apoyos-en-planes-individuales-de-apoyo.aspx>

- Shakespeare, T. (1993). Disabled people's self-organisation: a new social movement? [La auto-organización de las personas con discapacidad. ¿Un nuevo movimiento social?] *Disability, Handicap Society*, 8(3), 249-264. Recuperado de <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/02674649366780261>
- Silveira, P. E., Martocci, J. M. (2015). Hacia la vida independiente. *Discapacidad, Justicia y Estado - Vida Independiente*, (5). Recuperado de http://www.saij.gov.ar/docs-f/ediciones/libros/Discapacidad_Justicia_y_Estado_5.pdf
- Souza, R. B. (2015). Rights Law: Capacidad jurídica: un nuevo paradigma desde la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *American University International Law Review*, 30(2), 177-212. Recuperado de <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1840&context=auilr>
- The Union of the Physically Impaired Against Segregation y the Disability Alliance (1975) *Fundamental Principles of Disability* [Los Principios Fundamentales de la Discapacidad], Londres. Recuperado de <http://disability-studies.leeds.ac.uk/files/library/UPIAS-fundamental-principles.pdf>
- Vergara, J. (2002). Marco histórico de la educación especial. *ESE: Estudios sobre educación*, (002), 129-142. Recuperado de <http://dadun.unav.edu/handle/10171/8053>
- Villaverde, M. S. (2012). Ejercicio de la capacidad jurídica: ¿Incapaces o Personas con apoyo? revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, Vol. 2012-8, p. 151 a 157 Recuperado desde <http://www.villaverde.com.ar/es/publicaciones/ejercicio-de-la-capacidad-jur-dica-incapaces-o-personas-con-apoyo-mar-a-silvia-villaverde/>

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	COHEN, FEDERICO ALEJANDRO
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	20.892.668
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	SISTEMAS DE APOYOS A PERSONAS CON CAPACIDAD RESTRINGIDA: ALCANCES Y SUPUESTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	c.federico@gmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	BUENOS AIRES, ARGENTINA 12 DE JUNIO DE 2017

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

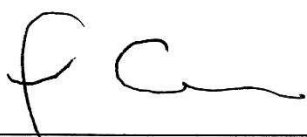
Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)¹</i>	SI
--	----

¹ Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO

Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	
---	--

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: CIUDAD DE BUENOS AIRES, 12 DE JUNIO DE 2017



Firma autor-tesista



Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
 _____certifica
 que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.