



DISCAPACIDAD: LA IGUALDAD JURÍDICA ALCANZADA
POR LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL

ALUMNA: MARÍA CELESTE CRISCI

DNI: 34.263.080

CARRERA: ABOGACÍA

LEGAJO: VABG10886

AÑO: 2016

RESUMEN

Las personas que poseen discapacidad mental forman parte de uno de los grupos más marginados y discriminados en las sociedades actuales de prácticamente todo el mundo. Sin distinción de clase social o situación económica o de respeto a los derechos humanos que existen en cada país, las personas que poseen esta discapacidad siempre han estado en situación de vulnerabilidad dentro de las sociedades en lo que respecta a las violaciones de derechos humanos.

El ámbito específicamente a analizar en este trabajo es el de los derechos y su relación con la capacidad jurídica, tomando de referencia las legislaciones nacionales y los instrumentos internacionales relativos a discapacidad mental, cuyo punto de conexión es que detrás de la discapacidad existe un sujeto de derechos, cuyos derechos humanos deben ser respetados y protegidos.

En virtud de ello es que con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina y La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se comienza a adoptar un nuevo modelo, una nueva mirada a las personas con discapacidad, basado en los derechos humanos y que tiene por objeto superar los modelos adoptados, con el objetivo de lograr el pleno disfrute de los derechos humanos en igualdad de condiciones por parte de todos los miembros de la sociedad.

Palabras Claves: discapacidad, discapacidad mental, capacidad jurídica, derechos, igualdad.

ABSTRACT

People who have mental disabilities are part of one of the most marginalized and discriminated against in today's societies of virtually everyone groups. Regardless of social class or economic status or respect for human rights that exist in every country, people who have this disability have always been vulnerable within societies with regard to human rights violations.

The scope specifically analyzed in this paper is the rights and their relation to legal capacity, taking reference national legislation and international instruments relating to mental disabilities, whose connection point is that behind the disability there is a subject of rights, whose human rights must be respected and protected.

Under this it is that with the enactment of the new Civil and Commercial Code of Argentina and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities begins to adopt a new model, a new look at people with disabilities, based on the human rights and aims to overcome the models adopted with the aim of achieving the full enjoyment of human rights on an equal basis by all members of society.

Keywords: disability, mental disability, legal capacity, rights, equality.

AGRADECIMIENTO ESPECIAL...

Agradezco a Fundación Lazos y a cada uno de los chicos por enseñarme la verdadera igualdad entre las personas, que nada tiene que ver con lo físico, psíquico o jurídico. Gracias por demostrarme desde otro lugar que no es a través de los libros ni de leyes que todos somos iguales, que si hay algo que nos diferencia es la capacidad de ver y vivir la vida y de amar al otro. Que chicos como ustedes y tantos otros tienen una capacidad diferente a la mía, tienen una capacidad especial que los hace únicos y grandes ejemplos a seguir.

Esta tesis va dedicada con todo mi corazón a toda la Fundación Lazos Bahía Blanca.

ÍNDICE

➤ Introducción	Pág. 7
➤ Capítulo I: Conceptos claves.....	Pág. 10
1.1. Definición de Persona con discapacidad.....	Pág. 10
1.2. Definición de Discapacidad mental.....	Pág. 12
1.3. Definición de Capacidad Jurídica. La interrelación con las personas con discapacidad mental.....	Pág. 14
➤ Capítulo II: Antecedentes legislativos relevantes sobre la Discapacidad mental..	Pág.16
2.1. La importancia de una adecuada legislación.....	Pág. 16
2.2. Antecedentes Internacionales:.....	Pág. 17
2.2.1. Carta Internacional de Derechos Humanos.....	Pág. 17
2.2.2. Principios de Naciones Unidas para la protección de enfermos mentales y el mejoramiento de la Atención a la salud mental.....	Pág. 18
2.2.3. Normas uniformes para la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad.....	Pág. 19
2.3. Antecedentes Nacionales:.....	Pág. 20
2.3.1. Ley Sistema de Protección Integral de los Discapacitados N° 22.431.....	Pág. 20
2.3.2. Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657.....	Pág. 21
2.3.3. Ley Régimen Jurídico básico e integral para las personas discapacitadas N° 10.592.....	Pág. 22
➤ Capítulo III: Recepción de la igualdad jurídica en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.....	Pág. 24

3.1. La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.....	Pág.24
3.2. Artículos de relevancia.....	Pág. 26
3.3. Análisis del artículo 12.....	Pág. 31
3.4.La influencia de la Convención en la Jurisprudencia Argentina.....	Pág. 33
➤ Capítulo IV: Las modificaciones en materia de discapacidad mental y capacidad jurídica incorporada en nuestro nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.....	Pág. 35
4.1. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental en el nuevo Código. Reglas generales.....	Pág. 35
4.2. Análisis de principales artículos.....	Pág. 36
4.2.1. Reglas generales.....	Pág. 36
4.2.2. Persona con capacidad restringida y con incapacidad.....	Pág. 38
4.2.3. Medidas cautelares.....	Pág. 39
4.2.4. La sentencia de incapacidad o capacidad restringida.....	Pág. 40
4.2.5. La internación.....	Pág. 42
4.2.6. Figura de apoyo.....	Pág. 43
4.2.7. Nulidad de los actos posteriores y anteriores a la inscripción de la sentencia..	Pág. 45
4.2.8. Cese de la incapacidad o restricción de la capacidad.....	Pág. 46
4.3. Jurisprudencia en relación al tema.....	Pág. 46
➤ Conclusión final	Pág. 52
➤ Bibliografía	Pág. 55

INTRODUCCIÓN

Las personas con discapacidad han sido históricamente poco valoradas, ni por el Estado ni por la sociedad y muchas veces ni siquiera por sus propias familias. El tema en sí de la discapacidad atraviesa todas las edades y las áreas del desarrollo humano: salud, educación, trabajo, recreación, etcétera, donde es muy común que a estas personas se las excluya o discrimine sin justificación alguna.

En las últimas décadas surgieron en todo el mundo, y en nuestro país más precisamente, organizaciones, declaraciones y distintos compromisos institucionales dentro y entre países, impulsados en su mayoría por organismos internacionales, para la eliminación de prejuicios y la equiparación de oportunidades con relación a las personas con discapacidad.

El objetivo principal de este trabajo es poner en conocimiento de todos, la nueva realidad de las personas con discapacidad, como la legislación vigente comienza a garantizar algunos derechos y prestaciones y pone como principal estandarte la igualdad de todos los seres humanos.

Para comenzar a desarrollar el tema aquí planteado en primer lugar debimos definir cuál sería nuestro problema de investigación, sobre que íbamos a centrarnos y responder algunos interrogantes: ¿Con qué nuevos derechos cuentan actualmente las personas con discapacidad mental? ¿Cómo son reconocidos sus derechos en igualdad de condiciones con el resto de las personas y en qué instrumentos jurídicos los encontramos?

Así es como determinamos los objetivos a cumplir con el desarrollo del presente trabajo, los cuales en términos generales consisten en analizar los nuevos derechos otorgados a las personas con discapacidad mental establecidos en la normativa nacional e internacional; y describir como queda planteada una real igualdad entre las personas con discapacidad mental con el resto de las personas.

Para la realización del trabajo de investigación utilizamos como metodología de la investigación el tipo descriptivo, explicando conceptos centrales que hacen al entendimiento del trabajo. Como estrategia metodológica el método empleado es el cualitativo, recabando toda la información de fuentes de información primarias y secundarias.

Y como principal técnica aplicamos la de recolección de datos, observamos y analizamos toda la información reunida para luego seleccionar, organizar y relacionar el material pertinente referente a nuestro tema.

En el Primer capítulo, se trabajo con la definición de tres conceptos importantes como son discapacidad, discapacidad mental y capacidad jurídica. Además de introducir brevemente como se relaciona la capacidad con las personas.

Partiendo de ahí, en el Capítulo dos, nos adentramos en lo que fueron los distintos antecedentes legislativos relativos al tema en cuestión. Nuestro objetivo aquí es analizar algunos de los instrumentos nacionales e internacionales que obran como precedentes legales al establecimiento de los nuevos derechos de las personas con discapacidad mental.

Siguiendo con la línea de análisis, en el Capítulo III nos dedicamos a desarrollar lo que fue La Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, su recepción en la normativa interna y el cambio de paradigma que plantea. Se analizo la paridad jurídica expuesta en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

En el Capítulo IV se trata de explicar las nuevas pautas respecto de la regulación de los derechos de las personas con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino. El Código introduce la temática de la discapacidad al derecho civil y comercial argentino desde una perspectiva integradora y coherente con el sistema de derechos humanos al cual adhiere nuestra Constitución y los tratados de derechos humanos suscriptos por nuestra Nación. En este mismo capítulo también reunimos jurisprudencia que denota como nuestra justicia ha empezado a captar y respetar los derechos de las personas con discapacidad. Planteamos como objetivo específico el de identificar casos concretos donde se vean reflejados los nuevos lineamientos jurídicos en relación a los derechos de las personas con discapacidad.

En el final de este trabajo, realizamos una breve conclusión en la que nos proponemos establecer los parámetros sobre los que se debe constituir la igualdad jurídica entre las personas con discapacidad y demás miembros de la sociedad, eliminando los

obstáculos y propiciando de ese modo el acceso y la inclusión activa en el sistema de todas las personas sin discriminación alguna.

Partiendo de la idea de que las políticas son para todos y todas, y de que todas las personas son sujetos de derecho, es que se comienza a dar un nuevo enfoque a la situación social y jurídica de las personas que poseen discapacidad mental. Es sobre la base de los principios de solidaridad, participación, igualdad y autodeterminación que se reconocen las potencialidades y las capacidades de todas las personas.

La finalidad del TFG será analizar los nuevos derechos que se les ha otorgado a las personas con discapacidad mental, la forma en que pueden hacerlos valer y en qué instrumentos legales como por ejemplo la sanción del nuevo Código Civil y Comercial Argentino y la Convención Internacional sobre las personas con discapacidad los encontramos. A través de las normativas es que no solo se establecieron derechos sino que se ha logrado equiparar jurídicamente a todas las personas. Por primera vez en muchos años la palabra inclusión es una realidad respaldada por derechos reconocidos y asegurados para todos.

CAPÍTULO 1

LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Definir que es una “persona con discapacidad” y más aún con “discapacidad mental”, es un concepto que se ha modificado a lo largo del tiempo en conjunción con los cambios de modelos de paradigma que sufrió la sociedad. Actualmente se trata de un concepto que con el establecimiento del modelo social permite beneficiar y conceder a la persona con discapacidad de las herramientas legales necesarias para hacer efectivos sus derechos y evitar la discriminación.

A lo largo de este capítulo desarrollaremos los conceptos de persona con discapacidad, discapacidad mental y capacidad jurídica, relacionaremos estos conceptos entre sí para que a modo de introducción luego nos adentremos en el tema en cuestión.

1.1 DEFINICIÓN

La discapacidad tuvo diferentes acepciones a lo largo del tiempo, la sociedad la ha percibido de manera distinta según el entorno en el cual les tocaba vivir. Generalmente se la asociaba a un daño producido en alguna función del sujeto, la cual podía tratarse de una discapacidad física, intelectual o de otro tipo, originada por un trastorno mental o por una enfermedad de características crónicas. (SUBIES, 2005)

Las palabras que durante mucho tiempo y aun hoy se utilizan para referirse a las personas con discapacidad y muchas veces usadas como sinónimos de esta solo constituyen juicios de valor sobre la condición humana de las personas afectadas, podemos mencionar como ejemplo: inválido, minusválido, lisiado, incapacitado, entre otras.

Actualmente y tomando como referencia nuestra legislación, de acuerdo a la Ley Nacional N° 24.901, en su Capítulo I, artículo 9° “se considera persona con discapacidad a toda persona que padezca una alteración funcional permanente, transitoria o prolongada, motora, sensorial o mental que, en relación a su edad y medio social, implique desventajas considerables para su adecuada integración social o laboral”. La misma se complementa con la definición establecida en la Normativa Provincial de la Provincia de Buenos Aires, Ley N° 10.592, en su Capítulo I, artículo 2° considera que “una discapacidad es toda

restricción o ausencia -debida a una deficiencia- de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para el ser humano”.

Por su parte en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad celebrada en el año 2006, los Estados parte han acordado de forma unánime un concepto de discapacidad, siendo el mismo: cualquier deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. (BARIFFI, 2012)

Algunas de las principales causas de que alguien traiga consigo algún tipo de discapacidad pueden ser: problemas durante la gestación o al nacer, diversos accidentes que le hayan podido causar graves daños en su cuerpo, factores genéticos, errores congénitos del metabolismo, alteraciones en el desarrollo embrionario, entre otras. (BARIFFI, 2012)

Como bien mencionamos al principio del capítulo años atrás la discapacidad fue concebida de manera diferente, es posible distinguir tres modelos que, en algunos lugares coexisten mientras que en otros se han ido superando, estos son: el modelo de prescindencia, el modelo rehabilitador y el modelo social.

El *modelo de prescindencia* tiene como característica principal la justificación religiosa de la discapacidad en cuanto a que la persona con discapacidad no tiene nada que aportar a la sociedad. Resulta ser una carga para esta, es improductiva y se la suele marginar o rechazar.

El *modelo rehabilitador* surge en el siglo XX y ya no considera que las causas que originan la discapacidad sean religiosas sino que estas son científicas. Son consideradas personas con limitaciones y que no son más consideradas inútiles siempre y cuando sean rehabilitadas en alguna institución. Es decir, que la persona con discapacidad debe lograr en mayor medida asimilarse a los demás seres humanos.

Y por último en contraposición a los dos modelos, surge el tercer modelo llamado *social*, el que estipula que las causas de la discapacidad no son religiosas ni científicas sino que son sociales. Las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad igual que el resto de las personas pero se debe tener en cuenta el respeto a la diferencia por sobre todas las cosas además de que sea valorado el aporte que hagan.

Con este último modelo es que se comienzan a fortalecer e impulsar el total respeto por los derechos humanos de las personas con discapacidad. Ello sobre la base de la igualdad y libertad personal, siguiendo por la no discriminación, la accesibilidad universal, vida independiente, entre otros. (NECHI, 2014)

Lo que se intenta es lograr una autonomía de la persona con discapacidad para que pueda decidir libremente sobre su vida eliminando cualquier tipo de obstáculo o barrera y garantizándole una real igualdad de oportunidades. (PAGANO, 2015)

1.2. DISCAPACIDAD MENTAL

Definir en una ley o para uso cotidiano el término “*discapacidad mental*” no ha sido tarea fácil, es de suma importancia precisar su alcance e interpretación no solo para quienes deben implementar la legislación sino también para quienes involucra. (FUNK, 2006)

Encontramos en la Ley 26.657 definido el concepto de salud mental y con ello una aproximación a lo que nos referimos cuando hablamos de una persona con discapacidad mental, textualmente dice: “*En el marco de la presente ley 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. En ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de:* a) *Status político, socioeconómico, pertenencia a un grupo cultural, racial o religioso. b) Demandas familiares, laborales, falta de conformidad o adecuación con valores morales, sociales, culturales, políticos o creencias religiosas prevalecientes en la comunidad donde vive la persona. c) Elección o identidad sexual. d) La mera existencia de antecedentes de tratamiento u hospitalización.*”¹

En cuanto a la discapacidad mental, podemos precisar que se trata de falta de capacidad y discernimiento, es un malestar y mal funcionamiento mental que afecta la conducta, el juicio, la realidad, entre otras cosas, de una persona. (FUNK, 2006)

¹ Art. 3 Ley 26.657 sobre Salud Mental.

El concepto abarca una amplia gama de enfermedades mentales reconocidas por la ciencia psiquiátrica en las cuales todas se refieren a un daño cognitivo que produce una alteración mental. (ALTERINI, 2015)

Para ser relevante en el ámbito jurídico es necesario que la alteración mental presente ciertas características, estas son que sea permanente y prolongada, lo que implica una duración y continuidad en el tiempo del trastorno mental en la persona. No se debe equivocar y confundir con la manifestación de síntomas, los cuales se presentan de manera recurrente durante periodos no seguidos, siendo intermitentes y aún así la enfermedad sigue persistiendo. (ALTERINI, 2015)

También es necesario que exista actualidad de la enfermedad mental, es decir, al momento de ser declarada discapacitada mental, una persona debe manifestar en el momento presente el presupuesto biológico que dio origen a su discapacidad. Para llegar a esta determinación y que el derecho pueda intervenir, se debe realizar un examen interdisciplinario donde se van a evaluar aspectos como: el diagnóstico de la enfermedad, la época en que se manifestó, con qué recursos personales, familiares y sociales cuenta la persona evaluada, entre otros. Se debe fijar de manera exacta como la enfermedad mental incide para que la persona se dirija a sí misma. (TOBIAS, 2009)

Frecuentemente nos encontramos con que las personas que presentan este tipo de discapacidad como muchas otras son discriminadas y sufren de abusos, por lo que es necesario que los países establezcan leyes de protección, garantizándoles sus derechos e igualdad de trato al resto de las personas. (FUNK, 2006)

En conclusión, la persona que presenta una discapacidad mental debe encontrarse imposibilitada de comunicarse con su entorno e impedida de expresar su voluntad de manera clara e inequívoca, con lo cual el derecho debe intervenir para brindarle apoyo o ayuda y que goce y ejerza los derechos que le corresponden. (ALTERINI, 2015)

1.3. DEFINICIÓN DE CAPACIDAD JURÍDICA. LA INTERRELACIÓN CON LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL.

La capacidad jurídica es definida de manera clara y concisa por el autor Tobías (2009) que textualmente la define como: “...*la aptitud potencial de ser titular de intereses y deberes jurídicos sin exclusiones originarias debidas a factores discriminatorios (raza, religión, sexo, nacionalidad etc.).*”

Con lo cual el ordenamiento jurídico le reconoce a una persona física por su sola condición humana la titularidad de sus derechos y el poder ejercerlos por sí misma. La persona tiene capacidad por el simple hecho de ser persona. (TOBIAS, 2009)

La definición de capacidad jurídica se edifica sobre otro concepto de gran importancia como es la igualdad, es decir, que todos los hombres nacen libres e iguales, con dignidad y la misma capacidad para ser titular de derechos o intereses, sin diferenciarse por algún tipo de discapacidad. (TOBIAS, 2009)

La capacidad jurídica presenta dos elementos a analizar brevemente, estos son: un elemento inmóvil que hace referencia a la capacidad de la persona de ser titular de derechos, conocida como capacidad de derecho; y otro elemento móvil que refiere a la aptitud de los sujetos para ejercer por sí mismos dichos derechos, esta es la capacidad de ejercicio. (EROLES-FIAMBERTI, 2008)

La capacidad de derecho definida en el nuevo Código Civil y Comercial: “*Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinado.*”²

La capacidad de ejercicio también es conceptualizada por nuestro Código: “*Toda persona humana puede ejercer por si misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.*”³

Entre ambas capacidades existe una importante diferencia en cuanto a su funcionamiento, la capacidad de derecho comienza a funcionar con el comienzo de la existencia de la persona hasta su muerte, en cambio, la capacidad de ejercicio depende de

² Art. 22 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

³ Art. 23 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

algunas situaciones como que también la modifican como por ejemplo la edad. (TOBIAS, 2009)

El modelo social instaurado actualmente no divide a la sociedad en sujetos capaces e incapaces, sino en sujetos con capacidades diversas en circunstancias diversas, los cuales tienen algunas dificultades para desarrollar su autonomía y necesitan ayuda o asistencia para adoptar sus decisiones como es el caso de las personas con discapacidad mental. Se trata de evitar que por motivo de la discapacidad se excluya del ámbito de la capacidad jurídica a las personas que la padecen. Las personas con esta discapacidad deben contar con plena capacidad jurídica en las dos dimensiones explicadas, en igualdad de condiciones. (BARIFFI, 2012)

Las personas con discapacidad mental son aquellas que para gozar de su capacidad jurídica deben sujetarse a ciertas reglas enunciadas en leyes y primordialmente en nuestro Código, encuentran limitada su capacidad de ejercicio y para ello se le proporciona un sistema de representación, asistencia o apoyo. Siempre las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y son en beneficio de la persona, por lo que deben preponderar las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades. (ALTERINI, 2015)

En consecuencia, las personas no tienen que cambiar para poder merecer la particularidad de la capacidad jurídica o ser privadas de ella y reemplazadas por un tercero en la toma de sus decisiones cuando se ven afectadas por una discapacidad mental sino que es la sociedad la que debe adaptarse a la situación de las personas con discapacidad mental y asegurarles el goce de todos sus derechos. (BARIFFI, 2012)

La capacidad jurídica en palabras de F. Bariffi y A. Palacios (2012) es la *“puerta de acceso al ejercicio de todos los derechos”*; es *“una condición sine qua non a los efectos del goce y ejercicio de todos los derechos, en igualdad de oportunidades”*.

A modo de conclusión parcial, una persona con capacidad jurídica tiene que entender la naturaleza de la acción que realiza así también como las consecuencias de su accionar. Debe actuar por voluntad propia y poder comunicar su decisión a otros. El reconocimiento por parte del derecho de que una persona cuenta con personalidad jurídica, es decir, capacidad, es un requisito previo al reconocimiento de otros derechos.

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS RELEVANTES SOBRE LA DISCAPACIDAD MENTAL

El sistema legislativo argentino presenta varias leyes que regulan, promueven y garantizan los derechos de los discapacitados, incluyendo su protección y los medios para evitar su discriminación. Existe una multiplicidad de leyes nacionales y provinciales, decretos, resoluciones y hasta convenciones internacionales que regulan diferentes aspectos relacionados tanto a la salud, como al transporte, la educación, el trabajo, la seguridad social, entre otras.

En este capítulo desarrollaremos la importancia de la legislación en materia de salud mental y capacidad y algunos de los antecedentes legislativos que consideramos de suma importancia.

2.1. LA IMPORTANCIA DE UNA ADECUADA LEGISLACIÓN.

La legislación sobre salud mental tiene entre sus objetivos proteger, promover y mejorar la vida y el bienestar mental de las personas que padecen discapacidad mental y de las que no también. (FUNK, 2006).

Contar con legislación acerca de la salud mental y discapacidad no siempre viene de la mano de una efectiva implementación de las normas ni de un completo respeto y protección de los derechos humanos de las personas. Cuando las leyes de un país no son actualizadas con frecuencia, muchas veces en lugar de asegurar los derechos que dicen garantizar en su cuerpo normativo los terminan violando y las personas con discapacidad mental son perjudicadas. Se estima que alrededor del 50% de los países que tiene legislación sobre salud mental (en total son el 75% de todos los países del mundo) son los que tienen leyes aprobadas después del año 2000, es decir, que hay una mitad importante que no se ha actualizado y está perjudicando a sus ciudadanos. (FUNK, 2006)

Se considera de gran importancia contar con una adecuada legislación en materia de discapacidad mental para proteger la libertad y autonomía de las personas. No solo para la persona discapacitada en cuestión sino también para sus familiares, amigos y entorno que requieren de un apoyo o guía para la toma de decisiones y planificación de vida. Es preciso

asegurar que los servicios de salud mental sean accesibles a todos los que deseen usarlos. (FUNK, 2006)

En relación a la legislación de salud de un país nos encontramos con su política de salud, la primera representa un medio para llevar a cabo y lograr los objetivos concebidos en la segunda. La política de salud mental debe plantear determinados puntos como la protección de los derechos humanos, el derecho del paciente a recibir tratamiento, la integración de personas con discapacidad mental en la comunidad, entre otros. (FUNK, 2006)

Para llevar a cabo todo esto el ente gobernante debe respetar y satisfacer los derechos fundamentales de las personas con discapacidad mental tomando como base los documentos y disposiciones previstas a nivel internacional de carácter obligatorio. Deberá usarlos como guía y regla para así adaptar su propia legislación y no contradecirse. (FUNK, 2006)

Es decir, que una correcta legislación sirve para proteger y promover derechos además de prevenir la discriminación y las personas con discapacidad mental gocen de una buena atención y tratamiento adecuado. (FUNK, 2006)

2.2. ANTECEDENTES INTERNACIONALES:

2.2.1. CARTA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

La Carta Internacional de Derechos Humanos se compone de tres instrumentos: La Declaración de Derechos Humanos del año 1948, el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ambos del año 1966, junto a sus Protocolos Facultativos. En su primer artículo La Declaración Universal de Derechos Humanos manifiesta que todos los seres humanos nacen libres e iguales, por lo tanto las personas con discapacidad mental también poseen el derecho al goce y protección de sus derechos fundamentales. (FUNK, 2006)

Lo que se protege es a la persona, es decir, la protección contra la discriminación por su condición. El derecho a la integración en la comunidad, derecho a la libertad y seguridad son algunos de los derechos además protegidos. Fundamentalmente la Carta pone énfasis al derecho a la salud, establece tres características que debe tener este para ser efectivo y proteger a las personas incluyendo a las personas con discapacidad mental. Estas

son: a) Disponibilidad: deben existir la cantidad idónea de servicios y lugares de salud utilizables. b) Accesibilidad: a los tratamientos y servicios deben poder acceder sin ningún tipo de barrera todas las personas, con lo cual deben estar al alcance físico y económico de todos manteniendo como premisa fundamental la equidad y factibilidad. Así también como poder buscar, recibir y difundir información referida a su salud. c) Calidad: las instituciones de la salud deben encontrarse en buenas condiciones y ser científicamente apropiados a cada problema. (FUNK, 2006)

Los preceptos dispuestos en la Declaración Universal de Derechos Humanos son aceptados considerablemente por los Estados ya que muchos los utilizan como guía para sus legislaciones. Los Pactos Internacionales estampan los derechos que aparecen en la Declaración y se encargan de establecer órganos de control para su efectivo cumplimiento por parte de los Estados, en consonancia con ellos es q sus protocolos facultativos desarrollan aspectos particulares de los pactos e incluyen algunos procedimientos que los Estados pueden adoptar de forma voluntaria. (FUNK, 2006)

2.2.2. PRINCIPIOS DE NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS ENFERMOS MENTALES Y MEJORAMIENTO DE LA ATENCIÓN DE LA SALUD MENTAL.

Los principios fueron adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 46/119, el 17 de diciembre de 1991, determinaron estándares mínimos de derechos humanos a proteger en las personas con discapacidad mental. Son de aplicabilidad tanto a personas con discapacidad mental que estén internadas en centros psiquiátricos como no, tengan o no un trastorno mental declarado exactamente. (FUNK, 2006)

Conforme lo establecen los principios las personas con discapacidad mental deben poder ejercer los derechos y libertades que se les reconocen a todas las personas en los instrumentos sean declaraciones o convenciones generales de derechos humanos que su propio país ha ratificado y hecho parte de su legislación. (JIMENEZ-VASQUEZ, 2001)

En concordancia con lo expuesto por los autores Jiménez y Vásquez (2001) quedarían abarcados los siguientes derechos:

- Derecho a la atención médica (Principio 1.1)
- Derecho a ser tratado con humanidad y respeto (Principio 1.2)

- Derecho de igualdad ante la ley (Principio 1.4)
- Derecho a ser atendido en la comunidad (Principio 7)
- Derecho a proporcionar consentimiento informado antes de recibir cualquier tratamiento (Principio 11)
- Derecho a la privacidad (Principio 13)
- Derecho a una admisión voluntaria (Principios 15 y 16)
- Derecho a garantías judiciales (Principio 17)

Estos principios conformaron una de las primeras llamadas de las Naciones Unidas para que se acojan preceptos para la protección de las personas con discapacidad mental en el ámbito nacional e internacional. (JIMENEZ-VASQUEZ, 2001)

2.2.3. CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

La Convención fue sancionada en Julio de 1999, en ella se realiza un registro de las políticas públicas que promocionen e impulsen la protección de derechos de las personas con discapacidad mental, y además incita a los gobiernos a ponerlas en práctica. (EROLES-FIAMBERTI, 2008)

Lo que se intenta lograr es que los gobiernos se comprometan a cooperar y desarrollar los medios necesarios para beneficiar la inclusión a la sociedad de las personas con discapacidad. Implementan un mecanismo de control creando el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, cuyo principal objetivo es la enunciación de sugerencias para el efectivo cumplimiento de las disposiciones de la Convención. Los estados parte deben realizar las modificaciones legislativas pertinentes para así implementar políticas públicas de inclusión social y respeto pleno de los derechos de las personas con discapacidad. (EROLES-FIAMBERTI, 2008)

Entre las áreas específicas a laborar encontramos la localización lo mas anticipada posible de la discapacidad, su rápido tratamiento, en los casos en que sea posible una pronta rehabilitación, y la entrega de servicios para garantizar por un lado un nivel de autonomía lo suficientemente amplio y un nivel de vida que contemple una buena calidad de vida para las personas con discapacidad. También se trata de concientizar y sensibilizar a la

población a través de la educación que eliminen prejuicios, estereotipos y cualquier otra actitud que vulnere el derecho de las personas a ser iguales. (EROLES-FIAMBERTI, 2008)

2.3. ANTECEDENTES NACIONALES:

2.3.1. LEY N° 22.431 SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DISCAPACITADOS

Esta Ley se publica el 20 de Marzo de 1981, es su objetivo el otorgamiento de distintas prestaciones, entre ellas proteger y asegurar a las personas con discapacidad una adecuada atención médica, educación y seguridad social, entre otras. (PIERINI, 2012)

En su artículo 1 intenta que se supriman las barreras que provocan una desigualdad y en desventaja a las personas con discapacidad para ocupar dentro de la sociedad el mismo papel que el que tienen el resto de las personas. Proporciona también una definición de discapacidad en su artículo 2, la que de forma clara y concreta engloba a todas las personas que presentan algún tipo de discapacidad. (PIERINI, 2012)

A lo largo de todo su cuerpo normativo se les aseguran derechos tales como: rehabilitación integral, formación laboral o profesional, escolarización, orientación o promoción individual, familiar y social, la eliminación de las barreras físicas tanto urbanística como del transporte. Y para poder gozar de los beneficios de la ley, se les otorga el Certificado Único de Discapacidad, expedido por el Ministerio de Salud de la Nación que tiene a su cargo la determinación en cada caso de la existencia, naturaleza y grado de la discapacidad. (PIERINI, 2012)

Además de asignarle al Ministerio de Salud el cometido de desarrollar planes y coordinar actividades que hagan posible el correcto disfrute de esos derechos, comprometiendo al Estado a que realice todas las acciones que estén a su alcance para mejorar las condiciones de las personas con discapacidad teniendo en vista su protección. (PIERINI, 2012)

No podemos dejar de mencionar que su enfoque actualmente no es el adecuado ni el seguido en la materia, según dice Pierini (2012) esta normativa ha sido la primera que reconoció la complejidad de la discapacidad.

2.3.2. LEY NACIONAL DE SALUD MENTAL N° 26.657

La Ley 26.657 instala importantes cambios en lo que respecta a los derechos de las personas con padecimientos psíquicos. Establece un marco mínimo al cual deberán adecuarse las legislaciones de todas las provincias argentinas, aplicándose de manera conjunta con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas formas de Discriminación contra las personas con discapacidad. (BUERES, 2012)

En cuanto al objeto que persigue dicha ley no es más que asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional.⁴

La salud mental se define según la ley dentro de un proceso en el que se ven involucrados elementos culturales, biológicos, psicológicos y socio-económicos. Se toma principalmente las particularidades del paciente, su entorno familiar y social y no solo su patología psiquiátrica. (BUERES, 2012)

Los síntomas manifestados por trastornos psíquicos dejan ver las condiciones sociales de vida de la persona, es decir, que forma de vida llevan. El sufrimiento mental se ve influenciado por la discriminación, la exclusión social, la pobreza, locura, crisis, estrés, etc. Es por ello que para determinar en una persona si padece discapacidad mental es necesario en primer lugar describir el cuadro clínico, incluyendo características sociales, edad del paciente, antecedentes personales y familiares, estudios de laboratorio y neuroimágenes. (SAINZ, 2013)

Con toda esta información es que se realiza un diagnóstico, el cual nos permite conocer, comprender, explicar e interpretar la enfermedad mental, así como también determinar la capacidad o incapacidad de la persona. (SAINZ, 2013)

En lo que respecta a la Ley Nacional de Salud Mental, el Capítulo 5 define a lo largo de cinco artículos los contornos de la salud mental. En primer lugar y como premisa fundamental se habla de un abordaje interdisciplinario. Dicho abordaje hace alusión a la

⁴ Art. 1, Ley 26.657

conformación de equipos de trabajo compuestos por profesionales de la salud y otros especialistas de distintas áreas, que trabajen de forma conjunta para ayudar a la persona con discapacidad mental a desarrollarse y vivir. (BUERES, 2012)

De todas formas el abordaje interdisciplinario de la salud mental no se encuentra funcionando correctamente debido a la falta de recursos y políticas públicas adecuadas y sobre todo por la resistencia que aún ejercen desde la medicina. (BUERES, 2012)

2.3.3. LEY RÉGIMEN JURÍDICO BÁSICO E INTEGRAL PARA LAS PERSONAS DISCAPACITADAS N° 10.592.

A nivel provincial, en la Provincia de Buenos Aires nos encontramos con una normativa que determina que será el Estado Provincial el encargado de asegurarles a las personas con discapacidad una efectiva cobertura de los servicios de atención médica, educación y demás áreas que se encuentren desprotegidas. Se tendrá en cuenta en cada caso, la situación psicofísica, económica y social de la persona con discapacidad para ofrecerle adecuadas posibilidades y así eliminar las desventajas que le impiden su integración en la vida cotidiana. (SUBIES, 2005)

La Ley comienza definiendo en su Art. 2 que se entiende por discapacidad: “...*toda restricción o ausencia-debida a una deficiencia- de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para el ser humano.*”⁵

Constituye como principales obligados a cumplir con lo estipulado en la ley a los agentes de salud e inmediatamente después al Estado Provincial, el cual actuara en la medida en que las personas con discapacidad no puedan acceder a un servicio de obra social o cualquier otro servicio de salud. (SUBIES, 2005)

En cuanto a los servicios ofrecidos abarca los medios de recuperación y rehabilitación para el desarrollo de las capacidades de las personas con discapacidad; ayuda en el plano educativo, laboral y profesional; sistemas de ayuda como préstamos y subsidios que faciliten su inserción laboral, su desenvolvimiento social y cubrimiento de sus necesidades; facilidades para usar el transporte público y para transitar en la calle

⁵ Artículo 2 Ley N° 10.592.

eliminando cualquier tipo de barrera que se presenten en los espacios de uso público. (SUBIES, 2005)

Incluye también servicios de asistencia social, con los cuales se asegura medios de rehabilitación e integraciones sociales; creación de hogares para que estas personas que se encuentran desamparadas o sus familiares no pueden hacerse cargo tengan un lugar de contención; suministrar elementos que sustituyan y/ atenúen la discapacidad de quien la posea para que no vea obstruido su desenvolvimiento en la sociedad. (SUBIES, 2005)

La ley provincial hace hincapié en el ámbito cultural promoviendo a participación de las personas discapacitadas en las actividades que se desarrollen por la Dirección General de Cultura y Educación a través de por ejemplo la exención en el pago de entradas. (SUBIES, 2005)

El organismo cabecera, es decir, el encargado de asegurar la mayor parte de estas atribuciones a las personas con discapacidad será el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires. Este se encargara de producir los certificados de discapacidad, otorgar subsidios a discapacitados sin obra social, cumplir con el correcto funcionamiento de los servicios y que nadie se vea impedido de su uso, entre otras cosas. (SUBIES, 2005)

Lo que se trata de lograr con esta ley es que todas las personas que tengan alguna discapacidad encuentren cubiertas todas sus necesidades y accedan a un nivel de vida digno, siendo los agentes de salud los primeros interesados y encargados en cumplir con sus obligaciones y otorgar las coberturas necesarias. (SUBIES, 2005)

Resulta bastante difícil cubrir todos los antecedentes legislativos en materia de discapacidad mental, es por ello que realizamos el análisis de algunos cuerpos normativos y marcamos los principales cambios que produjeron la aplicación de cada uno de estos. Todos los instrumentos, desde leyes específicas a pactos genéricos, deben constituir el marco regulatorio para la redacción de legislación referida a personas con discapacidad mental, para así garantizar un piso mínimo de derechos y garantías inviolables.

CAPÍTULO III

RECEPCIÓN DE LA IGUALDAD JURÍDICA EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad vino con la impronta de plantear una mirada distinta acerca de la sociedad y los derechos de las personas integrantes de esta a partir de la idea de que las políticas son para todo/as, y de que todas las personas son sujetos de derecho. Este enfoque garantiza de forma efectiva a las personas con discapacidad el disfrute en situaciones de igualdad de todos los derechos humanos sin discriminación.

En el presente capítulo expondremos los principales cambios que en materia de derechos humanos la Convención logro establecer. También veremos como la jurisprudencia de nuestro país lo recepto y aplico.

3.1 LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

La aprobación de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo por la Asamblea de las Naciones Unidas el 13 de Diciembre de 2006 fue el punta pie inicial para lo que fue el cambio de modelo respecto de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Se acogió plenamente el modelo social, dejando atrás el ya mencionado modelo rehabilitador. (BARIFFI, 2012)

La Convención constituye un suceso político, social y jurídico de gran magnitud considerado así por los movimientos sociales que se ocupan de temas como la discapacidad. La importancia de este tratado internacional para la esfera de la discapacidad ha sido la de programar una serie de medidas de auxilio sobre distintos aspectos que incumben a esa materia. (PEREZ BUENO, 2013)

La existencia de este tratado internacional que consagra los derechos humanos de las personas con discapacidad, no significa que estos no tengan o no hayan tenido derechos humanos diferenciados o específicos, distintos de los universales, predicables de todo ser

humano por el hecho de serlo. Significa que los derechos de estas personas son realmente idénticos a los de las demás seres humanos, los alcanza con la misma intensidad, con la misma capacidad garantista y protectora que al resto de seres humanos. (PEREZ BUENO, 2013)

Es por ello que se le exige a los Estados partes cuatro áreas específicas en las cuales trabajar, estas son: salud, empleo, educación y servicios sociales, bajo dos reglas 1) que comiencen lo antes posible, es decir en la edad más temprana, previo una evaluación de la persona médica y de las necesidades y capacidades particulares; 2) se apoye la inclusión y participación en la sociedad de la persona. Es necesario que trabajen sobre programas voluntarios, que la persona pueda elegir si quiere hacerlo y sea lo más cercano a su lugar de residencia. (BARIFFI, 2012)

El propósito de la Convención es asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos de las personas con discapacidad. Los Estados que se adhieren a la misma se comprometen a realizar todo lo necesario, adoptar las medidas políticas necesarias para hacer efectivos todos los derechos que la Convención reconoce y asegura. Por lo que desde el Artículo 1 se deja establecido el camino a seguir: *“El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*.⁶

En palabras textuales de PÉREZ BUENO (2013): *“Se trata del primer tratado internacional temático de derechos humanos del siglo XXI, y que por vez primera se dedica a la discapacidad, que como en otras tantas dimensiones de la política y el derecho, apenas había tenido entidad en el sistema internacional de promoción y protección de los derechos humanos”*.

Finalmente se considera que la sanción de la Convención es de una gran importancia porque logra entre otras cosas acabar con las definiciones lesivas y dañinas

⁶ Art. 1 Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad

acerca del concepto de persona con discapacidad, anula por completo cualquier forma alguna de discriminación y enuncia todos los derechos que poseen estas y que deben protegerse y cumplirse. (PEREZ BUENO, 2013)

3.2 ARTÍCULOS DE RELEVANCIA

En el cuerpo normativo de la Convención se mencionan en distintos artículos medidas tendentes a promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y personalísimos de las personas con discapacidad. (BARIFFI, 2012)

Los derechos protegidos podrían ser agrupados en cinco ámbitos genéricos: derechos de igualdad, derechos de protección en situaciones de especial vulnerabilidad, derechos de libertad y autonomía personal, derechos de participación, y derechos sociales básicos. (PALACIOS, 2008)

A continuación se intenta describir los principales derechos recogidos por la Convención:

Comenzamos con el Artículo 3, en el cual quedan plasmados los principios rectores de la mencionada Convención, estos son: “... a) *El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad*”.⁷

La principal disposición acerca de la igualdad y no discriminación se establece en el Artículo 5 donde se reconoce la igualdad ante la ley y prohíbe cualquier tipo de discriminación por motivos de discapacidad ofreciendo protección legal. En su primer y segundo inciso el mencionado artículo es el que le da los lineamientos a todo el texto legal. El tercer inciso reconoce que para alcanzar la igualdad material los Estados deben impulsar

⁷ Art. 3 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

la adopción de ajustes razonables. Y en su último inciso reconoce la validez de las medidas de acción positiva o discriminación inversa. (PALACIOS, 2008)

Con la nueva visión que trae la incorporación y la adopción de la Convención al derecho interno, podemos notar como se trata de fomentar la inclusión de las personas con discapacidad a la sociedad. Es por esto que el Artículo 8 estipula que los Estados están obligados a combatir cualquier tipo de estereotipo, prejuicio y practica nociva que afecte directamente a cualquier persona con discapacidad, así como también comprometerse a promover una mayor sensibilidad frente a ellos a través de campañas en la escuela, medios de comunicación, etc. Que sirvan de aliento al respeto por los derechos humanos y al respeto por las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad. (PALACIOS, 2008)

Una herramienta sumamente importante para lograr la igualdad real de las personas con discapacidad es la accesibilidad, estipulada en el Artículo 9 donde las pautas a seguir tienen que ver con la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso en una serie de ámbitos, como son los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores: escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo, incluidas también las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público. (PEREZ BUENO, 2013). Los Estados partes deberán tomar todas las medidas necesarias para que las personas con discapacidad tengan acceso en igualdad de condiciones que las demás. También se reconoce un papel activo a la formación y promoción de la accesibilidad. (BARIFFI, 2012)

A modo de mención, citamos el Artículo 10, el cual está claro en su contenido y hace alusión a uno de los derechos fundamentales de todas las personas. A pesar de que hoy día el derecho a la vida tiene una vigencia universal, y constituye un derecho básico sin el cual no es posible la realización de los otros, la Convención entiende como necesario hacer una mención del mismo (BARIFFI, 2012): *“Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en*

igualdad de condiciones con las demás".⁸ Asumiendo que siempre las personas con discapacidad son más proclives a sufrir violaciones en diferentes ámbitos, realizaron en la Convención una mención expresa que reafirma el derecho inherente a la vida de todas las personas. Asimismo se compromete a los Estados a tomar las medidas necesarias para garantizar su goce efectivo. (PALACIOS, 2008)

Para garantizar el entorno accesible, la seguridad e igualdad de las personas con discapacidad es necesario que se tengan en cuenta sus necesidades particulares, asegurándoles el disfrute al derecho a la libertad. Tal derecho se encuentra receptado en el Artículo 14, y alude al derecho a no ser privados de su libertad ilegalmente o arbitrariamente ni por causa de su discapacidad. (BARIFFI, 2012) Bajo ningún punto de vista y en ningún caso, una privación de libertad puede ser causada por la existencia de una discapacidad en la persona. Esto ha sido reiteradas veces pedido y subrayado como importante por parte de las personas con discapacidad durante el proceso de elaboración de la Convención. (PALACIOS, 2008)

Siguiendo con el respectivo análisis, el Artículo 16 trata sobre la protección contra la explotación, la violencia y el abuso. Se debe proteger a los niños y niñas con discapacidad de la violencia y el abuso, no deberían bajo ninguna circunstancia ser sometidos a malos tratos ni se les puede lastimar dentro o fuera de su hogar. (BARIFFI, 2012) En palabras textuales el artículo reza: "*...1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género. 2. Los Estados Partes también adoptarán todas las medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia y abuso asegurando, entre otras cosas, que existan formas adecuadas de asistencia y apoyo que tengan en cuenta el género y la edad para las personas con discapacidad y sus familiares y cuidadores, incluso proporcionando información y educación sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abuso. Los Estados Partes asegurarán que los servicios de protección, tengan en cuenta la edad, el género y la*

⁸ Art. 10 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

*discapacidad. 3. A fin de impedir que se produzcan casos de explotación, violencia y abuso, los Estados Partes asegurarán que todos los servicios y programas diseñados para servir a las personas con discapacidad sean supervisados efectivamente por autoridades independientes. 4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso, incluso mediante la prestación de servicios de protección. Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad. 5. Los Estados Partes adoptarán legislación y políticas efectivas, incluidas legislación y políticas centradas en la mujer y en la infancia, para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra personas con discapacidad sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados”.*⁹ La falta de independencia funcional de muchas personas con discapacidad hace que estas corran un alto riesgo de ser objeto de situaciones de explotación, violencia o abusos. Dichas situaciones ocurren, tanto en el ámbito de las residencias, como en el del propio hogar. Es por ello que se prioriza establecer medidas para prevenir, o acabar con las situaciones de este tipo, imponiendo a los Estados la adopción de medidas relativas a la recuperación, rehabilitación y reinserción de la persona con discapacidad que haya sido víctima de algún tipo de abuso. (PALACIOS, 2008)

Con relación al artículo citado encontramos el Artículo 17 el que protege la integridad personal y estipula que nadie puede tratar a ninguna persona con discapacidad como si fuera alguien inferior debido a su capacidad física o mental. (BARIFFI, 2012). Según PALACIOS (2008) es uno de los derechos más importantes para las personas diagnosticadas con una discapacidad mental, ya que, en relación con la discapacidad mental, el enfoque predominante en psiquiatría sigue estando basado en el diagnóstico médico y las explicaciones biológicas, y desechando las explicaciones sociales.

En relación al mencionado artículo encontramos al Artículo 19 que les asegura a las personas con discapacidad la posibilidad de vivir libremente, de elegir el lugar donde vivir

⁹ Art. 16 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

y con quien. Facilitando el acceso a servicios de asistencia domiciliaria y de apoyo lo cual ayuda a su inclusión social. (BARIFFI, 2012) . En palabras de PALACIOS (2008) este asegura que debemos partir del punto de que la identificación del lugar natural de las personas con discapacidad no son las residencias o las instituciones, sino sus propias casas, por lo que disponen medidas tendentes a que estas personas alcancen una mayor autonomía e inclusión social. La Convención reconoce el derecho de las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás personas.

El Artículo 22 de la Convención establece otro derecho fundamental como es el respeto a la privacidad. Es muy común especialmente con las personas con discapacidad, que se las trate como si no tuvieran privacidad, se habla de su salud por ejemplo o se los cambia de ropa delante de cualquier persona sin tener en cuenta la voluntad y deseo de intimidad de la persona. Por esta razón es que se impone a los Estados partes y a la comunidad en general el deber de respeto a la privacidad en lo que respecta a la vida íntima y familiar, su salud, al recibo de correspondencia u otro tipo de comunicación que vaya de manera directa a la persona, entre otras. (BARIFFI, 2012)

Continuamos con el análisis del Artículo 25 que refiere en especial a la salud. Se asegurara el acceso a servicios de salud incluida la rehabilitación y salud sexual de forma gratuita o a precios asequibles. Es obligación de los Estados que el derecho a esos servicios se les proporcione lo más cercano posible al lugar en que viven. Las personas con discapacidad deben recibir la misma calidad de servicios de la salud que las personas en general, lo que implica una mayor participación de ellas en las decisiones que tienen que ver con su propio cuerpo y salud, pudiendo resolver por sí solas estas cuestiones y que cuando no sea posible sean asistidas y acompañadas no suplantadas. (BARIFFI, 2012)

El Artículo 26 marca uno de los primeros pasos para que las personas con discapacidad vivan en libertad y de forma independiente, así poder desarrollar todas sus posibilidades y ejercer muchos de sus derechos personalísimos. (BARIFFI, 2012). Se exige a los Estados Partes la adopción de medidas prácticas y adecuadas para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. Instaurando, mejorando y profundizando servicios y programas generales de

habilitación y rehabilitación en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales. En cuanto a las obligaciones puntuales acerca de la habilitación y rehabilitación que recae sobre los Estados también deberán comprender el desarrollo de la formación inicial y continua para los profesionales y el personal que trabajen en dichos servicios, y la disponibilidad, el conocimiento y el uso de tecnologías de apoyo y dispositivos. (PALACIOS, 2008)

Finalmente se les reconoce en el Artículo 30 a las personas con discapacidad a participar en igualdad de condiciones en la vida cultural, es decir, tengan acceso a programas de televisión, películas, teatros, museos y todo tipo de centro cultural que sirva para su desarrollo. (BARIFFI, 2012). Obligando a los Estados a asegurar que las personas con discapacidad puedan desarrollar y utilizar su potencial creativo, artístico e intelectual. En la Convención también se plasma el derecho al reconocimiento y el apoyo de la identidad cultural y lingüística específica de las personas que padecen distintas discapacidades incluidas la lengua de señas y la cultura de las personas sordas. (PALACIOS, 2008)

3.3 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 12

El Artículo 12 dice textualmente: *“1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano*

*judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.*¹⁰

El cambio más importante y trascendente que trajo la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad se plasma en su Artículo 12 al establecer IGUAL RECONOCIMIENTO COMO PERSONA ANTE LA LEY, lo que permite a las personas con discapacidad una nueva manera de poseer y ejercer la capacidad jurídica. Es decir, se le otorga el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, sin discriminación alguna. De esta manera las personas con discapacidad pueden desarrollar y ejercer muchos de los derechos garantizados en la Convención. (BARIFFI, 2012)

El marco legal establecido por el artículo 12 contempla un cambio de paradigma a la hora de regular la capacidad legal de las personas con discapacidad, especialmente en aquellas situaciones en las cuales puede resultar necesario algún tipo de intervención de terceros, cuando la persona tiene limitaciones o restricciones para tomar decisiones propias. Mientras que el sistema tradicional a la hora de abordar este tema viene siendo un modelo que podría denominarse de sustitución de la autonomía, la Convención aboga por un modelo de apoyo en el ejercicio de dicha autonomía. (PALACIOS, 2008)

Ya no cabe la sustitución o la representación en la toma de decisiones o en el gobierno de la propia persona y de sus derechos e intereses que sean causados o motivo de discapacidad. Esto es intercambiado por el apoyo o los apoyos que se brindan para el ejercicio de la capacidad jurídica plena. (PEREZ BUENO, 2013)

Los cinco apartados que componen el artículo aseguran las bases del nuevo modelo de plena e inflexible igualdad ante la Ley de las personas con discapacidad. El primer

¹⁰ Art. 12 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

inciso ratifica y refuerza el postulado que asegura el derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su personalidad jurídica. El segundo inciso es más decisivo y presenta un mayor alcance ya que asiente de modo preciso que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con el resto de hombres y mujeres, en todos los aspectos de la vida. El siguiente numeral establece el mecanismo de los apoyos para el ejercicio normalizado de la personalidad y la capacidad jurídicas. Por su parte, el inciso 4 acoge las salvaguardias como precaución para el funcionamiento regular de los mecanismos de apoyo. Por último el numeral 5 establece la plenitud de derechos patrimoniales de las personas con discapacidad y obliga a los Estados parte a garantizar su ejercicio. (PEREZ BUENO, 2013)

A lo largo de sus incisos podemos ver como se reafirma el cambio de paradigma al que nos hemos referido en capítulos anteriores. Produce una relevante transformación en la que se mira a la persona con discapacidad como un sujeto de derecho pleno, titular y ejecutor de facultades iguales a los demás. Señala que los Estados parte reafirman el derecho a la personalidad jurídica de todas las personas con discapacidad en todo lugar y reconocen la capacidad jurídica en igualdad de condiciones. También proporcionaran el apoyo adecuado a fin de desarrollar esa capacidad y para poder hacer uso de ella otorgaran medidas de seguridad adecuadas, basándose en las preferencias que tengan dichas personas. (BARIFFI, 2012)

Por todo ello es que el Artículo 12 se convierte en la medula del modelo social de la discapacidad, desde esta visión queda a un lado la dicotomía: capacidad de derecho-capacidad de hecho. La misma es reemplazada por un modelo de apoyo, en el cual se prevé que algunas personas con cierta discapacidad sean ayudadas (no reemplazadas) en el ejercicio de su capacidad jurídica. La sociedad se conforma de sujetos con capacidades diferentes que al encontrarse en distintas situaciones necesitan de asistencia para adoptar sus decisiones. (BARIFFI, 2012)

3.4 LA INFLUENCIA DE LA CONVENCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA.

En la jurisprudencia Argentina repercutió de manera muy fuerte todas las disposiciones emergentes de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas

con Discapacidad, de manera tal que establecieron sistemas de apoyo y salvaguardias para el caso de las personas con discapacidad mental. (PAGANO, 2015)

A continuación mencionaremos de manera concisa dos fallos que demuestran esto:

- ❖ El Tribunal de Familia de Mar del Plata, en el año 2011, desestimo una demanda de interdicción de una persona esquizofrénica (diagnosticada por médicos y demás especialistas) e implementó el sistema de apoyo. Declaro que “...el Señor *W.D.V* en ejercicio pleno de su personalidad jurídica deberá tomar toda decisión que comprometa su patrimonio por actos de disposición o administración con el apoyo de la Sra. *M.V.* (...) La extensión del régimen de apoyo alcanza a todos los actos en que *W.* requiera explicaciones, integrar consentimiento, convalidar su decisión y especialmente aquellos que se relacionan con su salud. La presente sentencia será revisada en un plazo de tres años a partir de su notificación, siempre en miras al ejercicio pleno de la capacidad jurídica del Sr. *W.V...*”.
- ❖ El Tribunal de Familia de Jujuy, Sala II, en el año 2011, desestimo la demanda de inhabilitación para una persona que había sufrido un accidente cerebro vascular. El Tribunal subrayo que su resolución se sostenía en que “...la Ley 26.657 da un corte a la visión sesgada de la enfermedad como único abordaje y tratamiento de la persona con sufrimiento mental, con un enfoque ajustado al principio pro homine de derechos humanos. (...) La salud mental se reconoce en la ley como un proceso determinado por la historia individual de cada sufriente,...dentro de una trama social que deberá construir la participación de la persona como titular de derechos humanos en pleno ejercicio. (...) En el sistema que propone la Convención, la incorporación de las medidas de apoyo y salvaguardia importan colocar el sostén para compensar ciertas dificultades que el devenir de la vida le plantea a un sujeto. (...)”.

Ambos ejemplos muestran soluciones eficientes para abordar algunos de los problemas con que puede enfrentarse una persona con discapacidad sin llegar a una solución que pase por arriba el ejercicio de su autonomía. (PAGANO, 2015)

CAPÍTULO IV:
LAS MODIFICACIONES EN MATERIA DE DISCAPACIDAD MENTAL Y
CAPACIDAD JURÍDICA INCORPORADA EN NUESTRO NUEVO CÓDIGO
CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación entro en vigencia en el mes de Agosto del año 2015 luego de extensos debates y duras críticas debido a la importancia de los cambios propuestos en su contenido. Toda su estructura está definida a partir de la protección a la persona humana y sus derechos primordiales e incorpora el proceso de humanización del derecho privado en el que su principio esencial es el de la no discriminación.

En este último capítulo plasmaremos las principales modificaciones referidas a las personas con discapacidad mental y su capacidad jurídica que se incorporaron al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

4.1. LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL EN EL NUEVO CÓDIGO. REGLAS GENERALES.

El tema de la CAPACIDAD se encuentra regulado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en el Libro Primero, Título 1: Persona Humana en el Capítulo 2. (LORENZETTI, 2014)

En el Código se define la capacidad como la aptitud de la persona para ser titular de derechos, adquirir obligaciones y ejercerlos por sí misma. Como consecuencia de toda la movilización que se produjo este último tiempo respecto de los derechos humanos a nivel internacional ya no se refiere a la capacidad como un atributo de la persona sino que es un legítimo y real derecho humano. (ALTERINI, 2015)

Este cambio encuentra su justificativo según Alterini (2015) en que al momento de evaluar y decidir acerca de la capacidad jurídica de una persona se está disponiendo sobre derechos fundamentales que le pertenecen a ella y no pueden ser vulnerados, como por ejemplo la dignidad, autonomía, libertad.

Hablar de capacidad es hablar de una cuestión de orden público, es decir, va mas allá del simple interés de las partes involucradas, es un tema que concierne al Estado

también, quien debe velar por su protección y determinación. Es por ello que no puede limitar de forma absoluta la capacidad y delegar en otra persona el ejercicio de esta como venía ocurriendo. (MARTIN, 2015)

En lo que respecta a la incapacidad en contrapartida a la capacidad generalmente la incapacidad está sujeta a las condiciones que presenta la persona y se intenta que sean para su protección. La discapacidad mental es una condición que posiciona de forma vulnerable frente a terceros a la persona que la padece, es por esto que el nuevo Código ofrece una nueva alternativa de ejecución de actos para estas personas, que les permiten expresarse en total libertad. (ALTERINI, 2015)

Se estableció como mecanismo el de la representación, mediante el cual una persona realiza el acto pero no lo hace a su nombre sino a nombre de aquél a quien está representando. Con esto se incorpora el principio de capacidad de ejercicio, el cual consiste en que la persona que en caso que sea discapacitada mental, ella pueda ejercer por si misma los actos jurídicos únicamente con las excepciones previstas en el Código. Se limitan la cantidad de restricciones que antes se establecían y perjudicaban a estas personas. (MARTIN, 2015)

El nuevo Código dispone como regla la capacidad de una persona, es decir, que para sostener lo contrario se debe recurrir a un proceso judicial que lo establezca y fundamente especificando para que actos y en qué circunstancias. (ALTERINI, 2015)

A lo largo del capítulo desarrollaremos muchas de las cuestiones mencionadas, junto a ejemplos y jurisprudencia que lo avala.

4.2. ANÁLISIS DE PRINCIPALES ARTÍCULOS.

4.2.1. REGLAS GENERALES

ARTÍCULO 31. La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales:

- a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;
- b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona;

- c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;
- d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;
- e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios;
- f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.¹¹

COMENTARIO: El artículo 31 enumera una lista de principios ya receptados en otros instrumentos internacionales, con lo cual se propone instaurar en el país un piso mínimo de garantías a favor de la persona a la que se le cuestiona su capacidad de obrar. (ALTERINI, 2015)

El Código Civil derogado no disponía de reglas generales para el dictado de las medidas a tomarse con relación al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas, solo algunas aparecían esparcidas a lo largo de su contenido. (MARTIN, 2015)

Los incisos a y b encuentran su base en los artículos del derogado Código (ejemplo arts. 30, 31,32, 52) y en el artículo 12 puntos 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad. Establecen de forma universal a la capacidad como la regla, produciendo un apartamiento entre el hecho de una internación y la restricción a la capacidad, por lo que una persona puede estar internada y no por ello su capacidad de ejercicio verse menoscabada. Las limitaciones que se imponen deben ser para beneficio de ella y solo deben limitar la realización de algún acto que comprometa su persona o bienes. (ALTERINI, 2015)

En los incisos c y e se instituyen dos garantías procesales, una el derecho a intervenir en el proceso judicial con patrocinio letrado, y otra es la posibilidad de contar con patrocinio gratuito en caso de carecer de los medios para poder acceder a uno, el cual es proporcionado por el Estado. Se introduce la evaluación interdisciplinaria para poder

¹¹ Art. 31. Código Civil y Comercial de la Nación.

realizar un mejor diagnóstico de la persona en el caso que está presente por ejemplo alguna discapacidad y realizar un mejor estudio de su entorno social, familiar, económico y su realidad biológica y psicológica. (ALTERINI, 2015)

El inciso d les asegura a las personas con discapacidad el acceso a toda la información que concierne a su salud, persona, bienes, etc. Todo ello a fin de que pueda expresar libremente y tomar las decisiones que considere y gozar de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Se incluye toda información emitida por los medios de comunicación sea cual sea su formato. (MARTIN, 2015)

Por último, el inciso f refiere al derecho de que toda persona cuente con los adecuados recursos terapéuticos según su necesidad. Prioriza la salud, integridad física y psíquica, y la interacción familiar y social en el tratamiento de una enfermedad como puede ser la discapacidad mental. (MARTIN, 2015)

4.2.2. PERSONA CON CAPACIDAD RESTRINGIDA Y CON INCAPACIDAD

ARTÍCULO 32. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de 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.¹²

COMENTARIO: En materia de personas con capacidad restringida por razones de padecimientos mentales, de conformidad con la ley 26.657, se señala que la noción de incapacidad se reserva para casos excepcionales, configurados por aquellos supuestos en los que, lamentablemente, la persona se encuentra en situación de absoluta falta de

¹² Art. 32 Código Civil y Comercial de la Nación.

habilidad para dirigir su persona o administrar sus bienes (estado de coma permanente, padecimientos mentales profundos que impiden tomar decisión alguna, etc.). (MARTIN, 2015)

La capacidad restringida es originada por dos causas, un presupuesto biológico-jurídico como puede ser la alteración mental permanente o prolongada de suficiente gravedad, y que esto incida según el juez en la vida de la persona que la padece resultando dañosa para su persona o bienes. La declaración de incapacidad encuentra su origen en una causal de carácter excepcional como es la falta absoluta de aptitud de una persona para controlar su cuerpo o administrar sus bienes. (ALTERINI, 2015)

Lo que se intenta es instaurar un sistema dúctil y regulable que se adecue la restricción del ejercicio de la capacidad a cada caso concreto, protegiendo la autonomía personal. En consecuencia tal como lo dice el artículo se observan dos sistemas restrictivos de la capacidad de ejercicio: la declaración de capacidad restringida y la declaración de incapacidad. En ambos casos se necesita de la convergencia de ciertos puntos que deben probarse en el proceso judicial, no se puede acortar la capacidad de obrar si no es por vía judicial. (LORENZETTI, 2014)

4.2.3. MEDIDAS CAUTELARES

ARTÍCULO 34. Durante el proceso, el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona. En tal caso, la decisión debe determinar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos, y cuáles la representación de un curador. También puede designar redes de apoyo y personas que actúen con funciones específicas según el caso.¹³

COMENTARIO: La disposición del artículo 34 tiene por fin garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona afectada. Las medidas cautelares no pueden ordenarse sino concurren los tres supuestos que establece el ordenamiento procesal: verosimilitud de la denuncia, peligro en la demora y proporcionalidad de la medida. (ALTERINI, 2015)

¹³ Art. 34 Código Civil y Comercial de la Nación.

Las mismas deben trabarse durante el proceso y no antes de su iniciación, así como también su ampliación, reducción y hasta dejarse sin efecto. (LORENZETTI, 2014)

Cuando la demencia aparezca notoria e indudable el juez mandara a imponer como medida cautelar, un curador provisorio para la persona, de igual modo en los casos que sea necesario el juez puede designar apoyos con funciones de asistencia para determinados actos (ALTERINI, 2015).

4.2.4. LA SENTENCIA DE INCAPACIDAD O CAPACIDAD RESTRINGIDA

ARTÍCULO 37.- Sentencia.La sentencia se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso:

- a) diagnóstico y pronóstico;
- b) época en que la situación se manifestó;
- c) recursos personales, familiares y sociales existentes;
- d) régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible.

Para expedirse, es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario.¹⁴

COMENTARIO: Antes de pronunciar la sentencia, el juez debe tener el dictamen de un equipo interdisciplinario y se debe pronunciar sobre los intereses que se sigue en el proceso enunciando los incisos de este artículo. (MARTIN, 2015)

Se debe mencionar de manera exacta como la enfermedad mental diagnosticada influye en la facultad de la persona para manejarse ella misma y a su patrimonio. También se debe tener en cuenta la evolución futura de la enfermedad, el grado, tipo, modalidad y tratamientos. Es fundamental establecer el momento en que apareció la enfermedad además de un análisis de su entorno, que tipo de vínculos tiene, con qué apoyos cuenta. (ALTERINI, 2015)

¹⁴ Art. 37 Código Civil y Comercial de la Nación.

Los incisos que componen ese artículo aseguran de manera efectiva la protección y asistencia de la persona, procurando la mayor autonomía posible para la persona. (ALTERINI, 2015)

ARTÍCULO 38.- Alcances de la sentencia. La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de este Código y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación.¹⁵

COMENTARIO: En el primer párrafo del artículo se hace referencia a la declaración de capacidad restringida, donde a través de la sentencia se determina el alcance y extensión de la restricción. (MARTIN, 2015)

Y en el segundo párrafo se precisa que pueden ser una o más personas las que cumplan la función de intervenir para salvaguardar la persona y bienes de la persona que se encuentre restringida su capacidad. Lo que se debe indicar que áreas toca a cada uno y de qué modo actuaran. (ALTERINI, 2015)

ARTÍCULO 40.- Revisión. La revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el artículo 32, la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado. Es deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial a que refiere el párrafo primero e instar, en su caso, a que ésta se lleve a cabo si el juez no la hubiere efectuado en el plazo allí establecido.¹⁶

COMENTARIO: Ha instancias de la persona a la que se le ha restringido la capacidad, la sentencia podrá ser revisada en cualquier momento. El juez tiene el deber de revisar la sentencia de incapacidad en un plazo no superior a tres años, la revisión debe efectuarse

¹⁵ Art. 38 Código Civil y Comercial de la Nación.

¹⁶ Art. 40 Código Civil y Comercial de la Nación.

sobre la base de un nuevo dictamen interdisciplinario y haber realizado una audiencia personal con el interesado. (MARTIN, 2015)

4.2.5. LA INTERNACIÓN

ARTÍCULO 41.- La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede sólo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas generales de esta Sección. En particular:

- a) debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad;
- b) sólo procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros;
- c) es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente;
- d) debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica;
- e) la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión.

Toda persona con padecimientos mentales, se encuentre o no internada, goza de los derechos fundamentales y sus extensiones.¹⁷

COMENTARIO: El artículo comienza mencionando nuevamente el principio establecido en el artículo 31 inc. A, vinculándolo específicamente con la internación. (ALTERINI, 2015)

Se prevé dos tipos de internaciones, *Voluntarias* en la cual la persona internada bajo su consentimiento podrá en cualquier momento decidir por sí misma el abandono de la internación. En todos los casos en que las internaciones voluntarias se prolonguen por más

¹⁷ Art. 41 Código Civil y Comercial de la Nación.

de sesenta días corridos, el equipo de salud a cargo debe comunicarlo al órgano de revisión y al juez. El juez debe evaluar, en un plazo no mayor de cinco días de ser notificado, si la internación continúa teniendo carácter voluntario o si la misma debe pasar a considerarse involuntaria, con los requisitos y garantías establecidos para esta última situación. En caso de que la prolongación de la internación fuese por problemáticas de orden social, el juez deberá ordenar al órgano administrativo correspondiente la inclusión en programas sociales y dispositivos específicos, comunicando dicha situación al órgano de revisión creado por esta ley. (MARTIN, 2015)

Involuntarias: Se considera un recurso terapéutico de carácter excepcional, que sólo puede ser dispuesto cuando existe riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona o para terceros, que debe estar determinado por un equipo interdisciplinario conformado al menos por dos profesionales de distintas disciplinas, uno de los cuales necesariamente debe ser psicólogo o médico psiquiatra y siempre que no exista otra alternativa eficaz para su tratamiento y menos restrictiva de su libertad. (MARTIN, 2015)

A los fines del control de legalidad de la internación involuntaria, la misma deberá ser comunicada inmediatamente al Órgano de Revisión y al Juez, quien podrá autorizarla o denegarla. Para el caso de que la persona no haya elegido un abogado en forma particular al momento de la internación, el Estado deberá proporcionarle un Defensor Oficial que ejerza su defensa técnica desde el inicio de la misma, quien deberá actuar respetando la voluntad, deseos y preferencias de su defendido. Una vez convalidada judicialmente la internación, se realizarán controles judiciales periódicos. (ALTERINI, 2015)

4.2.6. FIGURA DE APOYO

ARTÍCULO 43.- Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe

evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.¹⁸

COMENTARIO: El término “apoyo” y “salvaguardia” son conceptos que funcionan muchas veces como sinónimos y tienen cierta dependencia tanto en su instrumentación como desde su mecánica. (ALTERINI, 2015)

La función principal de la figura de apoyo es asistir al inhabilitado en los actos de disposición y administración que el juez determine en la sentencia. Es decir, facilitar el ejercicio de la autonomía de la persona, que también puede según la circunstancia y por orden del juez extenderse y cumplir funciones de representación. (MARTIN, 2015)

El juez debe garantizar las medidas de apoyo que la persona pueda requerir para la toma de decisiones en relación a sus derechos personales y la administración de sus bienes. Las medidas de apoyo pueden ser judiciales o extrajudiciales. La designación podrá recaer en una o más personas que cumplan la función de apoyo para la toma de decisiones en la vida cotidiana de la persona en igualdad de condiciones. (MARTIN, 2015)

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. (MARTIN, 2015)

En lo que respecta a los actos realizados por persona incapaz o con capacidad restringida nuestro Código establece en su articulado:

¹⁸ Art. 43 Código Civil y Comercial de la Nación.

4.2.7. NULIDAD DE LOS ACTOS POSTERIORES Y ANTERIORES A LA INSCRIPCIÓN DE LA SENTENCIA

ARTÍCULO 44.- Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.¹⁹

COMENTARIO: El régimen de nulidades de los actos celebrados por la persona, en la sentencia surgirán los alcances de las restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica que fueron impuestas judicialmente, desde ese momento son nulos los actos de la persona incapaz o con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a su inscripción en el Registro. Una vez que se encuentra firme la sentencia de capacidad restringida o de incapacidad, la misma debe ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. (MARTIN, 2015)

ARTÍCULO 45.- Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos, si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple alguno de los siguientes extremos:

- a) la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto;
- b) quien contrató con él era de mala fe;
- c) el acto es a título gratuito.²⁰

COMENTARIO: A diferencia de lo regulado en el artículo anterior se establece el régimen aplicable a los actos realizados con anterioridad a la inscripción de la sentencia en el Registro si estos perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida y si se cumplen los extremos de notoriedad de la enfermedad, mala fe del que contrato con la persona discapacitada y gratuidad. (MARTIN, 2015)

Finalmente se estipula el cese de la incapacidad y de las restricciones a la capacidad en él:

¹⁹ Art. 44 Código Civil y Comercial de la Nación.

²⁰ Art. 45 Código Civil y Comercial de la Nación.

4.2.8. CESE DE LA INCAPACIDAD O RESTRICCIÓN DE LA CAPACIDAD

ARTÍCULO 47.- El cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad debe decretarse por el juez que la declaró, previo examen de un equipo interdisciplinario integrado conforme a las pautas del artículo 37, que dictamine sobre el restablecimiento de la persona. Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de su curador o apoyo.²¹

COMENTARIO: El cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad será decretado por el juez que la declaró. Si el restablecimiento no es total sino parcial, corresponde la ampliación de la nómina de actos que la persona puede realizar por si misma o con la asistencia de curador. En ambos casos se requiere el dictamen de equipo interdisciplinario. (MARTIN, 2015)

Las formas en que puede concluir la incapacidad o capacidad restringida son: fallecimiento, declaración de muerte presunta, sentencia judicial que decrete el cese y la transformación de una en otra o viceversa. Es indispensable que la declaración de incapacidad o capacidad restringida haya sido por autoridad de cosa juzgada. (ALTERINI, 2015)

No se encuentra especificado en el artículo el tipo de procedimiento a seguir es por ello que es necesario recurrir a las normas procesales locales, en este caso seria los trámites previstos para la declaración de demencia estipulados en el artículo 635 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. (ALTERINI, 2015)

La modificación legislativa introducida por el Código Civil y Comercial de la Nación es totalmente coherente y coincidente con las normas establecidas por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Ley de Salud Mental 26.657, entre otras, en el tema de los derechos humanos de las personas con discapacidad y la garantía de su capacidad jurídica. Con lo cual podemos asegurar un buen manejo y correcto funcionamiento legislativo en protección de las personas con discapacidad mental.

4.3. JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN AL TEMA.

²¹ Art. 47 Código Civil y Comercial de la Nación.

Luego del análisis de los principales artículos referido al tema de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental nos adentramos en como nuestra legislación empezó a darse cuenta de la necesidad de cambiar y de a poco introdujo algunos cambios.

En materia de restricción a la capacidad vemos el siguiente caso:

- ❖ La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala L decide en un caso declarar la inhabilitación judicial de E.L.R. en los términos del art. 152 bis del Código Civil, con la especial limitación de los actos de Administración vinculados al inmueble en que se domicilia que estarán a cargo de la curadora designada. Todo ello con cargo para el Juzgado y la Defensoría de Menores e Incapaces intervinientes, de evaluar nuevamente la situación psicofísica y social del causante al menos cada tres años a partir de la presente.²²

La ley es clara al disponer que se declaren incapaces por demencia a aquellas personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes. Entonces, aun cuando el denunciado pueda tener una enfermedad mental, no corresponderá que se lo declare incapaz si puede dirigir su persona y administrar sus bienes o tareas en el uso cotidiano. Se debe rescatar y valorizar el área de capacidad que guarde el enfermo, así como también el criterio de excepción con que se evalúa no solo la internación sino la declaración de insania de una persona. En consecuencia, si ésta posee cierto grado de autonomía que le permite vivir sola con la ayuda que le brinda su familia, debe declararse su inhabilitación judicial en los términos del art. 152 bis del Código Civil y evaluarse nuevamente su situación psicofísica y social al menos cada tres años conforme a lo dispuesto por el art. 42 de la ley 26.657. (MARTIN, 2015)

- ❖ En los autos T., O. F. y otro vs. L. V., S. y otro s. Medidas precautorias (13/8/2015), la Cámara confirma el fallo que autorizó a los sobrinos de una mujer de edad avanzada a visitarla en su lugar de internación y retirarla del mismo para su esparcimiento, bajo las condiciones, modalidad, periodicidad y duración que los médicos tratantes de la institución consideren conveniente y beneficioso para su integridad psicofísica, pese a la oposición de la hija que había efectuado

²² R., E.L.R. s. Insania. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala L; 29-12-2010.

planteos referidos principalmente a la debilidad de la salud mental y física de la interna, y a su movilidad reducida. Valora que el informe pericial indicó que la señora estaba en condiciones de expresar su voluntad para efectuar las salidas, agregando que sería favorable para su salud psíquica continuar con el lazo afectivo familiar y realizar aquellos paseos. Agrega que el artículo 31 del nuevo Código Civil y Comercial establece, en su inciso a), que la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial y que el inc. f) del mismo artículo refiere que deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

Dadas las disposiciones del inc. a y f del art. 31 del nuevo Código Civil y Comercial, como así también su art. 34 donde se establece que el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona, quien goza de la presunción de su capacidad general de ejercicio aún cuando se encuentre internada, y que deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de derechos y libertades de la persona es en base a esto que se resuelve a favor de los peticionarios de la medida en virtud de los informes interdisciplinarios y socio ambiental que determinan lo beneficioso de la petición. Es de destacarse especialmente la situación de vulnerabilidad en la cual se encuentra la interna, no sólo por su situación psíquica, sino también por su avanzada edad. La Constitución Nacional prioriza la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos en ella contenidos, como así también en los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular, respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. (MARTIN, 2015)

En cuanto a la designación de apoyo para el ejercicio de la capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación nuestra jurisprudencia lo recepta en:

- ❖ Un hombre inició un juicio de insania a su hermana quien padecía retraso mental y solicitó se lo designe curador definitivo, a fin de obtener por vía administrativa el pago de una pensión por discapacidad. El Juzgado Civil, Comercial y Laboral de la ciudad de Monte Casero rechazó “in limine” la demanda, puesto que era un error

exigir la designación de un curador (apoderado) definitivo o la tramitación de una curatela para obtener una pensión por discapacidad.

La Asesora de Incapaces expone “...que el pasado 15 de abril de 2015 compareció ante la Defensoría local el Sr. M. J. S., MI N°..., a efectos de solicitar se promueva la insania de quien es su hermana, quien padece “retraso mental”, sufriendo una incapacidad total y permanente del ochenta por ciento (80%), tal como hacen constar los certificados médicos que se acompañan (fs. 2vta). Que el Sr. S. es quien se ocupa del cuidado y atención de su hermano, ya que este no cuenta con otro persona o familiar que pueda hacerse cargo de él, por lo tanto solicita su designación como curador definitivo. Dice que “a fin de realizar los trámites necesarios ante organismos oficiales con el objeto de obtener Pensión de discapacidad (...), es necesario que se designe judicialmente un curador, discierna el cargo y autorización expresa para percibir haberes, tal como está establecido en el artículo 144 del Cód. Civil. Que para que la presunta insana pueda percibir la pensión que ANSES otorga a los casos como el presente, se necesita se proceda a la apertura de cuenta judicial donde se depositará en adelante el importe en dicho concepto, y así, la presunta insana pueda percibir su pensión, que redundará en su beneficio, especialmente por el carácter alimentario que representa”. De allí que a fin de presentar en el Departamento liquidaciones de la Comisión Nacional de Pensiones, se requiere certificación expedida por S.Sa. donde conste la iniciación del trámite...”

El Dr. César Rafael Ferreyra sostuvo que correspondía analizar el caso a la luz del nuevo Código Civil y Comercial, de aplicación inmediata a situaciones pendientes. Manifestó que el art. 32 CC establece que: “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”. Ese supuesto –indicó- es “excepcionalísimo”, y se refiere a los casos “en que la persona no muestra ningún signo evidente de conciencia de sí o del ambiente, y se encuentra

absolutamente imposibilitada de interaccionar con los demás o de reaccionar a estímulos adecuados.²³

La normativa vigente en el nuevo Código limita la declaración de incapacidad a un supuesto de excepción, y prácticamente reemplaza la declaración de incapacidad por la declaración de capacidad restringida, donde la persona conserva su capacidad pero se la restringe para un acto o ciertos actos determinados, para los cuales se prevé la adopción de medidas de apoyo. Este cambio resulta de gran importancia ya que la persona sigue manteniendo su capacidad con las salvedades que impliquen la restricción para determinados actos, para los cuales contará con apoyo, dicha función será a pro de la autonomía de la persona. Asimismo, a diferencia del Código derogado, que establecía un modelo de atribución de la capacidad o incapacidad desde un criterio médico, basado en un diagnóstico de la persona, el nuevo Código introduce un criterio interdisciplinario, desde el cual la evaluación será realizada desde una diversidad de disciplinas. Se pasa de un modelo de sustitución al modelo de apoyo lo cual obliga a dejar de lado los procedimientos existentes de reemplazo de la voluntad como la tutela y cambiarlos por otros de apoyo. (SANTARELLI, 2015)

- ❖ Se inicia la demanda de limitación de la capacidad de H.L.P.J., haciendo referencia que el causante padece “*Síndrome Psicorgánico asociado a psicosis Grado III y VI; Diagnóstico de F.07 y F. 10*”, conforme surge del Certificado Médico Oficial expedido por la Comisión Nacional de Pensiones asistenciales, Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, y Certificado Médico suscripto por la Dra. M. J. R., que acompaña. En la sentencia se resuelve: “... 1) Declarar la limitación de la capacidad de H. L. P. J., D. N. I. N° X.X.X.X.X.X.X, en relación a los actos referidos en el considerando sexto. 2) Designar como apoyo a E. G., D. N. I. N° X.X.X.X.X.X, con la modalidad de actuación referida en el considerando sexto.3) Mantener la internación del interesado, en los términos de considerando octavo. 4) Disponer la revisión de la presente en un plazo no mayor a tres (3) años. 5) Ordenar

²³ S.O. s/ Insania Juzgado de 1era. Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Monte Caseros. 18/8/2015.

la inscripción de la presente en Registro Civil del Estado y Capacidad de las Personas, Juzgado Electoral de la Provincia y Juzgado Federal con competencia electoral; al Registro General de la Provincia y a la Dirección Nacional del Registro de la Propiedad del Automotor (DNRPA), a cuyo fin oficiese (...).²⁴

En este caso el Juez intento a través de la sentencia establecer de manera puntual las cosas y actos que el Sr. P.J. puede realizar tomando como base y referencia la normativa vigente en nuestro nuevo Código Civil y Comercial. El Código responde al respeto de la dignidad de las personas con discapacidad, lo cual es destacable para que así se deje de discriminar a las personas con discapacidad y concientizar a la sociedad en su conjunto de que una persona con una discapacidad es un par, con los mismos derechos que aquellas personas que no la tienen, que merecen respeto y mayor protección para evitar que abusando de su vulnerabilidad los perjudiquen en sus derechos. (MARTIN, 2015)

En materia de capacidad la jurisprudencia Argentina ha comenzado a respetar y hacer cumplir las disposiciones que establece nuestro nuevo Código Civil y Comercial así es que revisamos unos pocos fallos en los que se ven reflejados estos cambios. Aún queda mucho por ver pero lo importante es que se está avanzando y cada vez más personas que padecen discapacidad son tratadas con respeto y sus derechos protegidos.

²⁴ P.H.L. s/ Demanda de limitación de la capacidad, Juzgado de 1era. Instancia Civil y Comercial de Córdoba.18/2/2016.

CONCLUSIÓN FINAL

Las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que el resto de las personas, lo que ocurre algunas veces es que el ejercicio de sus derechos se encuentra en situación de desventaja lo cual requiere la adopción de medidas destinadas a equiparar esta desigualdad. En esta búsqueda de equiparación de oportunidades entran en juego todas las medidas legales que tienen como fin incorporar a la comunidad a las personas con discapacidad y facilitarles el ejercicio de sus derechos modificando actitudes y conductas de la sociedad.

Tal como pudimos apreciar a lo largo del presente trabajo la definición legal de discapacidad fue modificada como consecuencia de la implementación del modelo social de discapacidad. Actualmente solo se utiliza a modo de nombrar a un grupo de personas que posee una deficiencia psíquica, intelectual o física y que encuentra dificultoso el ejercicio de sus derechos, para lo cual necesitan un apoyo externo.

La actividad legislativa en materia de discapacidad según lo desarrollado hasta aquí, avanza significativamente desde el año 1981 que se sanciona la Ley Nacional 22.431 donde por primera vez se da una definición legal de persona con discapacidad y se implementan una serie de políticas relacionadas con la Salud, Educación, Trabajo, Seguridad Social y Accesibilidad.

Con la Ley 26.657 se comienza a producir un avance en lo relativo a la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, lo que se propone es un programa integral a nivel nacional, compuesto por organizaciones multisectoriales e institucionales del ámbito privado y público que en conjunto impulsen medidas en materia de salud mental. Las medidas deben enfocarse en la inclusión e integración social, laboral, familiar y comunitaria. La formación del equipo interdisciplinario mencionado en la Ley es ejemplo de este avance.

La Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad es la gran evolución que se estaba esperando sobre el tema discapacidad porque constituye un instrumento de derecho que establece un serio compromiso vinculante por parte de los estados que la adoptan en el marco de los Derechos Humanos. Se incorpora cuestiones

específicas en torno a las personas con discapacidad como la exigencia de que los Estados generen políticas y programas concretos, reales y efectivos.

El Artículo 12 analizado es el que evita completamente que las personas con discapacidad sean privadas de sus derechos y les permite ser reconocidas con igualdad al resto de las personas ante la ley.

Nuestro nuevo Código Civil y Comercial de la Nación cambia su estructura y tomando de base a la Convención adopta la perspectiva de protección de la persona humana y de sus derechos fundamentales, recepta entre sus principios fundamentales el de no discriminación y respeto de la persona y su diversidad. Entonces, aun cuando el denunciado pueda tener una enfermedad mental, no corresponderá que se lo declare incapaz si puede dirigir su persona y administrar sus bienes o tareas en el uso cotidiano. Se debe rescatar y valorizar el área de capacidad que guarde el enfermo, así como también el criterio de excepción con que se evalúa no solo la internación sino la declaración de insania de una persona. En consecuencia, si ésta posee cierto grado de autonomía que le permite vivir sola con la ayuda que le brinda su familia, debe declararse su inhabilitación judicial y evaluarse nuevamente su situación psicofísica y social al menos cada tres años conforme a lo dispuesto por las leyes que así lo disponen.

La realidad es que desde 1981 hasta la fecha las cosas han cambiado mucho y aún quedan por modificar muchas más.

El cambio de paradigma que se produjo a raíz de todas estas medidas y leyes, y que estableció el modelo social lo que intenta es no privar a la persona de su posibilidad de elegir y actuar, fundamentalmente de su capacidad de actuar, es decir, la posibilidad de realizar actos regulados jurídicamente y hacer efectivas las decisiones que toma. Se lo dota de una verdadera autonomía individual a la persona con discapacidad, lo cual le va a permitir estar a cargo de su propia vida y tener la libertad de tomar decisiones. A lo que se aspira es que las personas con discapacidad no sean impedidas del ejercicio de su capacidad a través de técnicas de sustitución de su voluntad sino que se le otorguen los mecanismos de desarrollo con medidas de asistencia.

Entonces si llevamos a la práctica todo lo plasmado en las normativas analizadas principalmente en lo que respecta al apoyo para que la persona con discapacidad pueda ejercer sus derechos en libertad e igualdad deberíamos impulsar y asegurar a estas personas:

- ✓ Asistencia en cuanto a la toma de decisiones y accionar.
- ✓ Asistencia a la familia, amigos y entorno cercano para que pueda sobrellevar la situación que les toca vivir de la mejor manera posible.
- ✓ Libertad en la elección de terceros que los asistan.
- ✓ Campañas de concientización y sensibilización sobre el tema discapacidad para todas las personas.
- ✓ Amplio acceso a la información.

Considero importante decir que no toda persona con discapacidad es un enfermo mental y no todas las personas con enfermedad mental son estrictamente personas con discapacidad. Esto debe tenerse presente como una herramienta para promover la inclusión social prevista en la nueva normativa que hemos desarrollado y en la concepción jurídica de la persona a proteger.

Finalmente, propongo que todos tomemos el compromiso, desde nuestro lugar, el seguir promoviendo y luchando por una sociedad igualitaria para todos, donde ni la condición física o psíquica sea un factor de discriminación. La ley por sí sola no sirve si no es acompañada de la implementación de políticas públicas que la complementen y de un programa de concientización para la sociedad que nos implique una actitud proactiva.

En esto es en lo que hago hincapié, en que nos pongamos en el lugar del otro y sigamos fomentando el cambio que desde la legislación están proponiendo, construyamos una sociedad más justa que garantice participación plena y calidad de vida para todas las personas incluyendo las personas con discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- NECCHI, Silvia; SUTER, Marta; GAVIGLIO, Andrea. (2014). *Personas con discapacidad su abordaje desde miradas convergentes*. Buenos Aires. Editorial Publicaciones Ciencias Sociales.
- LORENZETTI, Ricardo. (2014) *Código Civil y Comercial de la Nación Tomo 1*. Buenos Aires. Editorial Rubinzal Culzoni.
- BORDA, Guillermo. (1970). *Tratado de Derecho Civil Argentino- Parte General I*. (5ta. Edición). Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot.
- GARRIDO, Roque; ANDORNO, Luis. (1971). *Reforma al Código Civil- Ley 17.711-Comentada*. Buenos Aires. Editorial Víctor P. de Zavalía.
- MARTÍN, Santiago J. (2006) *La Protección en el Sistema Interamericano a las personas con discapacidad Igualdad No discriminación y Discapacidad*. Buenos Aires. Editorial Ediar.
- SUBIES, Laura. (2005) *Derecho y la discapacidad*. Buenos Aires. Editorial Cathedra Jurídica.
- PÉREZ BUENO, Luis Cayo. (2010) *Discapacidad, derecho y políticas de inclusión*. Madrid. Editorial Cinca S.A.
- BUERES, Alberto y HIGHTON Elena (1995) *Código Civil y normas complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires. Editorial Hammurabi.
- BUERES, Alberto (2015). *Código Civil y Comercial de la República Argentina*. (2da. Edición). Buenos Aires. Editorial Hammurabi.
- BARIFFI, Francisco; PALACIOS, Agustina. (2012). *Capacidad Jurídica, discapacidad y derechos humanos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial Ediar.
- MARTIN, Alejandro. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. Tomo I. Buenos Aires. Induvio Editora.
- SAUX, Edgardo. (2015). *Revista Código Civil y Comercial (Edición especial) “El régimen de la capacidad de la persona humana”*. Página 3-12. Buenos Aires. Editorial Thompson Reuters La Ley.

- SANTARELLI, Fulvio. (2015). Revista Jurídica de San Isidro. *Jurisprudencia del Código Civil y Comercial de la Nación*. N°29. Colegio de Abogados de San Isidro.
- FUNK, Michelle; DREW, Natalie; SARACENA, Benedetto. (2006). *Manual de recursos de la OMS sobre salud mental, derechos humanos y legislación*. Publicado por la Organización Mundial de la Salud.
- PINEDA, Víctor S. (2008). *Se trata de la capacidad. Una explicación a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Publicado por UNICEF.
- FAMA, María Victoria; PAGANO Luz María. (2015). *Los adultos mayores y la efectividad de sus derechos. Capítulo 5: Salud Mental y adultos mayores*. Buenos Aires. Editorial Rubizal-Culzoni.
- ALTERINI, Jorge Horacio. (2015). *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*. Buenos Aires. Editorial La Ley.
- TOBIAS, José. (2009). *Derecho de las personas. Instituciones de derecho civil, parte general*. Buenos Aires. Editorial La Ley.
- JIMENEZ, Heidi; VASQUEZ Javier. (2001) *El derecho internacional, instrumento esencial para la promoción de la salud mental en las Américas*. Revista Panamericana de Salud Pública. Vol.9. Página 264-267. Washington. Editorial Scielo Public Health.
- PIERINI, Alicia. (2012). *Los derechos de las personas con discapacidad: diagnostico 8*. Buenos Aires. Editorial Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- PALACIOS, Agustina. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid. Editorial Cinca.

LEGISLACIÓN

- Decreto N° 457/2010 - Creación de la Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones.
- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. 2015.
- Código Civil Argentino. 2012.

- Ley Nacional N° 26.657 – Derecho a la Protección de la Salud Mental.
Decreto Reglamentario N° 603/2013.
- Ley Nacional N° 25.421 – Programa de Asistencia Primaria de la Salud Mental.
- Ley Nacional N° 26.378 - Ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.
- Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. 06/07/2007.
- Convención Internacional sobre los Derecho del Niño. 20/11/1989.
- Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. 20/12/1993.

JURISPRUDENCIA

- D., M. A. s. Declaración de incapacidad. 07-07-2015.
- T., O. F. y otro vs. L. V., S. y otro s/ Medidas precautorias. 13/08/2015.
- Speranza, Antonio Domingo s/ Demanda de limitación de la capacidad. 11/08/2015.
- D., E. s/ INSANIA Y CURATELA, expediente N° 22.272. 22/10/2009.
- O. M. S. vs. J. S.A. s. Nulidad , Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala L, 05/08/2015
- C., M.R. y otros s/ Solicitud de declaración de inhabilidad. 14-11-2011.
- C., C.D. v Dirección Provincial del Registro de las Personas. 10-06-2011.
- P.H.L. s/ Demanda de limitación de la capacidad, Juzgado de 1era. Instancia Civil y Comercial de Córdoba.18/2/2016.
- S.O. s/ Insania Juzgado de 1era. Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Monte Caseros. 18/8/2015
- R., E.L.R. s. Insania. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala L; 29-12-2010.
- T., O. F. y otro vs. L. V., S. y otro s. Medidas precautorias.13/8/2015.

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR
TESIS DE POSGRADO O GRADO
A LA UNIVERSIDAD 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>	CRISCI MARÍA CELESTE
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	34.263.080
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	DISCAPACIDAD: LA IGUALDAD JURÍDICA ALCANZADA POR LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	celescisci@hotmail.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>	

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 toda la Tesis (Marcar SI/NO) ^[1]	SI
Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)	

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: Bahía Blanca, de Agosto de 2016

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

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

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

^[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 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.