

Capacidad jurídica de las personas con discapacidad

Legal capacity of people with disabilities

José María Martocci¹ - Ignacio Oscar Zelasqui^{2 3}

“Conocemos, a través de experiencias penosas, que el opresor nunca da la libertad voluntariamente, tiene que ser demandada por el oprimido”. (Martin Luther King, 1963: “Carta desde la Cárcel de Birmingham”)

Resumen: El nuevo Código Civil y Comercial vino a incorporar el paradigma constitucional de Derechos Humanos y sus principios de defensa de la dignidad de toda persona y la tutela preferente de los grupos en situación de vulnerabilidad. Los tiempos jurídicos han cambiado, pero las prácticas sociales e institucionales no tanto. Como era de esperar el nuevo código introdujo modificaciones en el régimen de capacidad jurídica históricamente gestado en el modelo médico positivista que aún se erige como una barrera infranqueable para las transformaciones discursivas y la instauración de prácticas con perspectiva de derechos humanos, tomando la diversidad como valor inherente a la condición humana. Encontramos en el tratamiento de la capacidad jurídica de las Personas con Discapacidad un ámbito donde estas tensiones, resistencia y disputas se ponen de relieve.

Palabras clave: Capacidad jurídica; Derechos Humanos; Personas con discapacidad; Salud mental

Abstract: The new Civil and Commercial Code incorporated the constitutional paradigm of Human Rights and its principles of defense of the dignity of every person and the preferential protection of groups in vulnerable situations. Legal times have changed, but social and institutional practices not so much. As expected, the new code introduced modifications in the legal capacity regime historically developed in the positivist medical model that still stands as an insurmountable barrier for discursive transformations and the establishment of practices with a human rights perspective, taking diversity as a value inherent in the human condition. We find in the treatment of the legal capacity of Persons with Disabilities an area where these tensions, resistance and disputes are highlighted.

Keywords: Juridical capacity; Human Rights; Persons with disabilities; Mental health

¹ Abogado (FCJyS-UNLP). Director de Clínicas Jurídicas en Discapacidad y Derechos Humanos (FCJyS-UNLP). País: Argentina. La Plata, provincia de Buenos Aires. Correo: jmmartocci@estudiomartocci.com.ar

² Abogado (FCJyS-UNLP). Becario doctoral, investigador de la Universidad Nacional de La Plata (FCJyS-GECSI).

Integrante de Clínica Jurídicas en Discapacidad y Derechos Humanos (FCJyS-UNLP). País: Argentina. La Plata, provincia de Buenos Aires. Correo: izelasqui@jursoc.unlp.edu.ar

³El presente artículo es un trabajo de la Clínica Jurídica en Discapacidad y Derechos Humanos, cuyos redactores finales son José María Martocci e Ignacio Oscar Zelasqui. Agradecemos la lectura atenta y los aportes de Leticia Otero y Fabián Murua.

1. Una nueva introducción

En el año 2013 la Clínica Jurídica en Derechos Humanos y Discapacidad de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP elaboró, en conjunto, el texto que presentamos aquí. Lo hizo en un contexto distinto al presente, cuando la Convención Internacional en la materia aún no tenía rango constitucional en la Argentina, aunque sí aprobación legislativa, y cuando se encontraba en plena elaboración y debate el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que vino a suplantarse al Código Civil decimonónico, que forjó el Derecho privado argentino bajo la impronta del paradigma liberal, individualista, positivista y heterofalocentrista.

El nuevo Código Civil y Comercial vino a incorporar el paradigma constitucional de derechos humanos y sus principios de defensa de la dignidad e igualdad de toda persona y de la tutela preferente de los grupos y colectivos en situación de vulnerabilidad. Como era de esperar introdujo modificaciones en el régimen de capacidad jurídica para personas con discapacidad que, al no estar consagradas, no fue posible abordar en la anterior versión del presente trabajo y que lo hacemos aquí, desde la misma perspectiva crítica pero también propositiva y constructiva de abordajes y soluciones posibles que aseguren, siempre y en todos los casos, el protagonismo de toda persona con discapacidad (PCD en adelante) en las decisiones de su vida, en sus intereses, preferencias y deseos.

Veremos que para esto se requiere un proceso judicial distinto, con compromiso personal de sus operadores en comprender la singularidad de la vida que se presenta, para ser asegurada en su plenitud posible. Este trabajo de inmediatez, de conocimiento sutil, profundo, holístico, obliga a jueces y juezas a desplegar “aristas de artesano” para el diseño de un sistema de apoyos siempre revisable, para asegurar el ejercicio de la capacidad jurídica, no para suplirla.

Decimos por último que el texto que presentamos aquí es el resultado, nunca concluido ni cerrado, de un trabajo conjunto en el tiempo clínico que transcurre en nuestra Universidad pública, que mantiene su espíritu constructivo, crítico y confiado en ser parte de la construcción social de derechos con participación directa de la comunidad involucrada en su vulneración.

2. Introducción

El concepto jurídico de persona sobre el que se estructuraba el Código Civil argentino desde su origen decimonónico hasta su sustitución por el Código Civil y Comercial sancionado en el año 2014, es el de la persona humana como mero sujeto económico susceptible de contratar y adquirir propiedades, a tono con el tipo de previsibilidad que exigía la peculiaridad constitutiva de los mercados capitalistas. Así, el sujeto de protección de dicho Código fue el hombre cisvaron, heterosexual, blanco, propietario, padre de familia, urbano e instruido: un sujeto capaz de contratar, adquirir y producir bienes. El *homo economicus*. El vasto mundo humano ajeno a ese patrón de normalidad no sólo quedó fuera de tutela, sino además subordinado a aquél.

Los tiempos jurídicos han cambiado, pero las prácticas sociales, familiares e institucionales no tanto. Elocuente expresión de esta contradicción es sin duda el tratamiento de la capacidad jurídica de las Personas con Discapacidad (PCD en adelante) a quienes se dirige una vigorosa protección convencional pero sin embargo, las prácticas persisten bajo parámetros de discriminación, sustitución de la voluntad y de la autonomía, intolerables en términos de dignidad humana.

Para las PCD los conceptos de la parte general del antiguo Código Civil de Vélez y la privación de hecho de la capacidad jurídica no sólo vulneraban la igualdad ante la ley, sino incluso la posibilidad de ejercer otros derechos, y constituían los mayores obstáculos para la participación social en igualdad de condiciones con el resto de las personas.

El Código Civil y Comercial ha cambiado a tono con el paradigma constitucional de derechos humanos (con algunas zonas de tensión que veremos sobre el final), sin embargo las prácticas sociales e institucionales gestadas en el modelo médico positivista mantiene, particularmente en el campo de la capacidad jurídica de las PCD, una férrea resistencia bajo el antiguo imaginario de salud mental y de “normalidad” que se erige con toda su potencia clasificatoria en una barrera infranqueable para las transformaciones discursivas y la instauración de prácticas respetuosas y tolerantes desde la perspectiva de los derechos humanos y la diversidad como valor inherente a la condición humana.

3. La discapacidad como cuestión de derechos humanos

El objeto o propósito de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPCD o la Convención) no es otro que “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” (Art. 1º).

Esto demuestra que no se ha pretendido crear nuevos derechos para las PCD, sino que simplemente, y de manera explícita a través de su Preámbulo⁴, la finalidad ha sido adaptar las normas pertinentes de los tratados de derechos humanos existentes al contexto específico de la discapacidad, y a la vez asegurar el uso del principio de no discriminación en cada uno de los derechos, para que puedan ser ejercidos en igualdad de oportunidades por las PCD. No obstante, los postulados de igualdad y no discriminación son frecuentemente dejados de lado en el contexto de la discapacidad.

Sabido es que existen diversas maneras de considerar el derecho a la igualdad. Una de ellas, la igualdad formal clásica o igualdad ante la ley, exige que los beneficios públicos y las cargas recaigan de igual manera sobre aquellas personas que se encuentran en una situación similar. La otra noción de igualdad, crucial en este contexto, se vincula con la igualdad de oportunidades, vale decir, una igualdad real o sustancial que reclama una intervención fuerte del Estado mediante políticas públicas de inclusión de los grupos y colectivos en situación de vulnerabilidad y desigualdad estructural.

⁴ Preámbulo: “Los Estados Partes... Recordando (...), Reconociendo (...), Reafirmando (...), Destacando (...), Observando con preocupación (...), Considerando (...), Preocupados (...), Subrayando (...), Teniendo presente que (...), Conscientes y convencidos (...), Conviene en lo siguiente:”.

Debemos subrayar que esta segunda igualdad pregona –y reclama (art. 75 inc. 23 CN.)- una fuerte intervención del Estado para incluir al expulsado por el sistema económico y social, a la población “sobrante”, a la diferencia que queda fuera. Omitir esta intervención es, por tanto, inconstitucional. La reforma constitucional operada en el año 1994 implicó el paso de una igualdad formal clásica a una sustancial fundada en la equidad.

Lo que se requiere, entonces, en el campo de la discapacidad son dos cosas. En primer lugar, que la “diferencia” que implica no sea usada negativamente; y en segundo lugar, que se diseñen y sostengan medidas activas del Estado y de la sociedad. Y aquí se sitúa el núcleo del problema: para alcanzarlo se requieren acciones y no meramente abstenciones. El Estado debe actuar, intervenir a favor de las personas en situación de vulnerabilidad, ya no puede solo abstenerse.

En este punto, la respuesta brindada por el derecho en los últimos tiempos ha sido la implementación de fórmulas antidiscriminatorias, por medio de políticas públicas mayormente conocidas como medidas de acción positiva, cuyo propósito es quebrar viejos patrones de jerarquía, segregación y exclusión y abrir oportunidades para minorías o grupos desaventajados a quienes les han sido cerradas histórica y sistemáticamente.⁵ El sistema de “cupos” es una típica medida en este sentido.

El desafío para que el modelo social del cual se impregna la CDPCD se consolide en lo conceptual y en lo instrumental reside en un “qué” hacer por parte de la sociedad y del Estado, enfocado en remover barreras y prejuicios, que es donde nace y se consolida la exclusión y subestimación de la PCD.

Este cambio de paradigma implica asumir que las causas de la discapacidad son fundamentalmente sociales y que las características médicas y biológicas de la persona tienen importancia en la medida en que evidencian la capacidad -o incapacidad- de la sociedad para dar respuesta a sus necesidades (Acuña y Bulit Goñi, 2010).

4. El concepto de persona con discapacidad

Según el artículo 1º de la CDPCD “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

El modelo social es concluyente en afirmar que más allá de la diversidad funcional de las PCD, es la propia sociedad la que discapacita, la que excluye del ejercicio de sus derechos.

⁵ La Constitución Nacional establece en el artículo 75 inciso 22: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato... en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”. En el mismo sentido, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en el artículo 36, inc. 5 dispone que toda persona con discapacidad tiene derecho a la protección integral del Estado, incluida su inserción social y laboral.

De este modo, se realiza una distinción entre lo que comúnmente se denomina deficiencia (diversidad funcional) y lo que se entiende por discapacidad.⁶

En la misma línea, el nuevo modelo niega que la diversidad funcional sea un impedimento, centrándose en cambio en la discriminación como el obstáculo clave para la calidad de vida de las PCD.

Lo más importante es resaltar el hecho de que las barreras sociales y la diversidad funcional interactúan y que para que se desencadene la discapacidad debe estar presente la diversidad funcional; puesto que la discapacidad es la forma de discriminación específicamente dirigida a las personas que tienen, pueden tener o han tenido una diversidad funcional (Palacios, 2008: 190).

Los valores, las normas y prácticas sobre la “deficiencia” forman parte de un discurso históricamente construido que no afecta sólo a las PCD, regula también las vidas de las personas consideradas “normales”. El discurso de la deficiencia oculta, tras su pretendida cientificidad y neutralidad, el problema de la identidad y la alteridad; en resumen, la cuestión de la otredad.

La cuestión de la nominación del Otro constituye, apenas, un debate sobre mejores y peores eufemismos para denominar la alteridad, y lo dicho no supone minimizar el efecto que su peligrosidad conlleva para la cotidianidad. Son viejas y nuevas acepciones que sirven para trazar viejas y nuevas fronteras referidas al estar fuera o estar del otro lado. La cuestión no se resuelve en encontrar términos políticamente correctos para describir y rotular, sino en deconstruir el supuesto orden natural de los significados que los localizan en ciertos discursos y prácticas de poder, y producir rupturas en la lógica binaria de oposiciones.⁷

5. La capacidad jurídica en el régimen del Código Civil derogado

Históricamente el concepto de capacidad jurídica ha distinguido tanto la capacidad o aptitud para ser titular de derechos (capacidad de derecho) como el ejercicio real y efectivo por sí mismo de los derechos (capacidad de hecho). Esta distinción ha obrado una trampa en perjuicio de las PCD pues ¿de qué sirve ser titular de derechos si no se pueden ejercer?

En rigor, reconocer titularidad en los derechos y al propio tiempo vedar su ejercicio implica en los hechos la “muerte civil”. Es que la privación de la capacidad jurídica para actuar o ejercer los derechos —es decir, para ser titular y responsable de las propias decisiones— no sólo vulnera la igualdad ante la ley, sino el ejercicio de muchos otros derechos, confinando a la PCD a un estado de pasividad y de sustitución de su voluntad.

⁶ Según el Manifiesto elaborado por la UPIAS (Union of Physically Impaired Against Segregation) cuyos principios fueron receptados por el Movimiento de Vida Independiente, una deficiencia es: “la pérdida o limitación total o parcial de un miembro, órgano o mecanismo del cuerpo” y una discapacidad “la desventaja o restricción de actividad, causada por la organización social contemporánea que no considera, o considera en forma insuficiente, a las personas que tienen diversidades funcionales, y por ello las excluye de la participación en las actividades corrientes de la sociedad”.

⁷ Las oposiciones binarias suponen que el primer término define la norma y el segundo no existe fuera del dominio de aquél.

En breve repaso, el sistema civilista anterior al Código Civil y Comercial sancionado en el 2014 contemplaba una interdicción total (por demencia –Art 141-) y otra parcial (por disminución de facultades –Art. 152bis.-). De este modo, la insania (“demencia”) determinaba expresamente (art. 141 CC.) la incapacidad total de la persona y su sustitución absoluta en la toma de decisiones en la figura del curador.

Por su lado, la inhabilitación era una incapacitación parcial y procedía en aquellos supuestos en que la persona por causas de enfermedades mentales no tenía aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes o se estimara que del ejercicio de su plena capacidad pudiese resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio.⁸ Asimismo, el antiguo artículo 153 también incapacitaba a los sordomudos que no pudiesen darse a entender por escrito.

No cabe duda que el ordenamiento civil anterior –insistimos, ya derogado, aunque, es de lamentar, no sus prácticas institucionales- utilizaba un concepto médico-jurídico de la discapacidad que supone que la PCD no se encuentra en condiciones de elegir opciones y asumir riesgos, con lo que se la pretendía proteger de los peligros de la vida en sociedad.

Las reglas tutelares civilistas del Código de Vélez (tanto para niños y niñas, mujeres o personas sin discernimiento o dementes, según su nominación) se inspiraron en el ideal del buen padre de familia, en su plena confianza e infalibilidad, y en la prescindencia de la voluntad de la PCD, reemplazando, siempre suponiendo las mejores intenciones, sus deseos, elecciones o necesidades.

Este sistema de sustitución de la PCD tuvo un primer embate con la adopción por la Argentina con rango supralegal de la Convención Internacional sobre discapacidad –CDPCD-, luego con su rango constitucional y por fin con la derogación del antiguo Código Civil por el Código Civil y Comercial hoy vigente.

6. El artículo 12 de la CDPCD

Por todo lo dicho hasta ahora, es innegable que la distinción tajante entre las personas en capaces de derecho e incapaces de hecho o ejercicio, como prescribía el Código Civil sancionado en el siglo XIX, resulta incompatible con la CDPCD, en especial con el artículo 12 (igual reconocimiento como persona ante la ley) el cual reafirma como derecho inalienable el reconocimiento de la capacidad jurídica y en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y además, la obligación de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a los apoyos que puedan necesitar las PCD en el ejercicio de su capacidad jurídica.

⁸ De acuerdo con estos criterios, el artículo 141 disponía: “Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes”. Por su parte, el artículo 152 bis establecía la posibilidad de inhabilitar judicialmente por embriaguez habitual o uso de estupefacientes y a los disminuidos en sus facultades. En ambos casos por presumir daños a su persona o bienes. También a quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio.

En este punto, como destacaba la doctora María Silvia Villaverde (2012) en tiempos del Código Civil ya derogado, la mayor dificultad que se presentaba era tomar conciencia de que con las declaraciones de insania y consiguiente nombramiento de un “curador” se violaba un tratado de derechos humanos y exponía al Estado argentino a su responsabilidad en el ámbito internacional.

En este sentido, ni antes ni ahora –pese a los cambios normativos- resulta fácil para los jueces y juezas deponer las categorías de percepción totalizadora de las PCD como personas con una identidad construida exclusivamente sobre el “sin”, esto es: lo que les falta, lo que no pueden, lo que no quieren y tradicionalmente sobre un diagnóstico médico; pero, en especial, sobre la supuesta necesidad de protección y cuidado. Aún hoy se comprueba, con alarma, que la ley no sólo generaliza sino que prejuzga, mediante una mirada hegemónica y estigmatizante, lo que las PCD quieren o no hacer con sus vidas.

Por esto, se hace imprescindible la valoración de la autonomía de las PCD, adiestrar la mirada y hacer foco en sus necesidades, preferencias, intereses, capacidades y habilidades por mínimas que sean –en su dignidad como persona-; concentrándose en una percepción integradora que le haga lugar como sujeto de todos los derechos, con necesidad de apoyo familiar y comunitario para poder ejercerlos y participar en todas las actividades sociales. El Estado debe asegurar que las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia, dónde y con quién vivir. En este sentido, las intervenciones tienen como objeto fortalecer los lazos sociales y la vida en comunidad, lazos fragmentados por el modelo tutelar/asilar. El derecho a una vida en comunidad incluye vivir una vida social plena, tener acceso a todos los servicios ofrecidos al público y participar en todas las esferas de la vida social y política. En suma, debe existir una “protección integral de los derechos” de las PCD que exige abandonar la vieja concepción de “protección de la persona”.

7. Procesos judiciales habilitantes: su importancia para las PCD

En el paradigma constitucional de derechos humanos –al que adscribe la Argentina- todo proceso judicial donde medie la vulneración de derechos de grupos o personas en situación de vulnerabilidad, debe constituir un proceso de protección y tutela efectiva. Es decir, el centro del proceso es la protección eficaz de la persona, tanto como toda labor hermenéutica debe tener como eje gravitante la persona vulnerada. Este proceso de protección de la persona es en sí mismo un derecho, que la Convención Americana recepta en su art. 25 y que la Corte Interamericana se ha encargado de recordar a cada Estado que lo vulnera o no lo asegura (por ej: CIDH., sentencia en “Furlán Sebastián vs. Argentina”).

Esto se aplica, con mayor énfasis, en materia de discapacidad y, aún más, en orden al derecho a la personalidad y capacidad jurídica, eje vertebral de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Con esto queremos subrayar que todo proceso ligado a la capacidad jurídica de una PCD es un proceso que debe asegurar su condición intransferible de sujeto de derecho y su capacidad de decidir y actuar como titular de cada derecho sin sustitución, reemplazo o derivación a terceras personas. Tanto como debe asegurarse la voz real de la PCD en su propio proceso, sin mediaciones institucionales ni

representaciones. Todo lo anterior ha sido establecido con claridad por la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, en la causa “Castro Aníbal”, patrocinada por nuestra Clínica Jurídica en Discapacidad de la UNLP.

El sistema de “apoyos” previsto por la CDPCD es un derecho que se debe discernir en el proceso para hacer posible que cada PCD decida sobre sus intereses; y en esta tarea el juez debe ser un artesano que explore la singularidad humana que se le presenta para hacer posible su mayor autonomía y libertad. El “apoyo”, por tanto, no es en ningún caso sustitución ni puede ser, con otro nombre, la antigua “curatela”.

Queda claro pues que el proceso judicial debe ser un espacio de garantía para que toda PCD pueda tomar decisiones sobre su propia vida, a través de la determinación de apoyos adecuados con las salvaguardias necesarias a fin de evitar abusos e irregularidades en cada sistema de apoyos, considerando pertinente desde esta óptica un enfoque multidisciplinario (trabajadores sociales, psicólogos, entre otros) que desplace el diagnóstico médico como eje relevante y excluyente, propiciando una mirada holística que revele –y haga lugar- a la PCD en tanto sujeto con potencialidad abierta.

A este fin, debe apreciarse la capacidad civil como un proceso en evolución y a la voluntad como construcción. Para alcanzar este objetivo se debe considerar no única y exclusivamente las deficiencias individuales, sino que prioritariamente se atenderá a las habilidades, intereses, preferencias, vínculos familiares y dimensiones comunitarias donde se desenvuelve la PCD. Es decir, una mirada afirmativa de la potencialidad de la persona.

En vista de promover el derecho humano inalienable a la capacidad jurídica de las PCD, todas las resoluciones judiciales deberán asegurar que la PCD sea sujeto de sus decisiones, o bien por sí sola o mediante un diseño de apoyos que potencie sus facultades singulares y preserve a la persona y sus deseos, para que tome sus propias decisiones y sea protagonista de su historia de vida.

Es esto lo que todo juez y toda jueza deben asegurar: que la PCD esté presente en sus decisiones. Un sistema de apoyos adecuado que valore la autonomía se orienta al pleno ejercicio de todos los derechos y libertades consagrados en la CDPCD en igualdad de condiciones con los demás (Art. 1º, Propósitos) mediante mecanismos reestructurantes de protección de derechos (no de personas) imbuidos en los principios del modelo social.

8. El sistema de apoyos

Los sistemas de apoyos (Art. 12 inc. 3º, acceso al apoyo) pueden adoptar distintas formas, según las circunstancias del caso y de las particularidades e historia de vida de cada PCD. El apoyo implica el desarrollo de un vínculo humano de confianza y paridad, para hacer aflorar la autonomía y voluntad de la PCD, sin sustituir.

Estos sistemas deben respetar las decisiones y preferencias, basarse en una relación empática, puesto que deben seguir los deseos aun cuando la decisión de la PCD sea errónea. En este sentido, un apoyo se entiende como una medida de accesibilidad y de equiparación

de oportunidades; de asistencia para apreciar y entender la naturaleza de sus decisiones; de ayuda para brindar, interpretar y transmitir información a terceras personas, en otras palabras: para expresar y manifestar la voluntad de la PCD.

Pueden ser:

- Terceras personas de confianza;
- Redes de sostén, familiares o comunitarias;
- Intérpretes y asistentes personales;
- Medios tecnológicos habilitantes y respetuosos (alternativos/aumentativos) de exteriorización de la voluntad;
- Grupos de pares y organizaciones sociales;
- Instrucciones anticipadas o declaraciones escritas de preferencias.
- Abogados/as ya que pueden posibilitar el acceso a la justicia y ser uno de los principales apoyos en el procedimiento.
- Acompañamiento psicosocial que puede recibir una persona, por ejemplo, a la hora de declarar.
- Organizaciones estatales, apoyos brindados por el Estado sobre todo a aquellas personas que no tienen ninguna red (ej: defensorías del pueblo como en la reforma de Colombia)

Cualquiera sea su clase, todo sistema de apoyos para la toma de decisiones debe tener en cuenta criterios básicos como:

- Respetar los derechos, voluntad y preferencias de las PCD;
- Optar por el mayor respeto a la autonomía y dignidad;
- Ser proporcional y adaptado a las circunstancias del caso;
- Ofrecerse y aceptarse libremente;
- No representar conflicto de intereses ni influencia indebida;
- Aplicarse en el menor plazo posible;
- Estar sujetos a exámenes periódicos por un órgano competente, independiente e imparcial.
- La persona puede rechazar el apoyo, poner fin a la relación o cambiarla en cualquier momento.
- Tienen que respetar las identidades de género, culturales, orientaciones sexuales, etc.
- Tienen que ser asequibles: la falta de recursos financieros no puede ser un obstáculo para acceder al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.

9. Salvaguardias

Las salvaguardias (Art. 12 inc. 4º, asegurar salvaguardias adecuadas y efectivas) son los sistemas o mecanismos de control para evitar eventuales conflictos de intereses, injerencias indebidas o abusos en los sistemas de apoyos elegidos. El objetivo principal de las salvaguardias debe ser garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona.

Entre las salvaguardias a adoptar por el magistrado actuante en cada caso, podemos mencionar, entre otras:

- Revisión judicial de la sentencia de restricción a pedido del interesado en cualquier momento, de oficio o con un mínimo de tres años;
- Rendición de cuentas (personal y patrimonial);
- Monitoreo judicial periódico en sede judicial o no.
- Inmediación judicial como tutela efectiva
- Entrevista directa con el Juez o Jueza
- Voz propia y representación legal propia
- Instituciones gubernamentales, organizaciones sociales y/o comunitarias que tengan como función activar la intervención judicial frente a una irregularidad.

10. Impacto de la Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Su interpretación a la luz de la Convención. Luces y tensiones

10.1.

Es un lugar común aseverar –pero no tanto comprender y querer ejecutar- la jerarquía normativa que la Constitución nacional establece en su art. 31, cuya prelación en la interpretación del orden jurídico alcanza a los Tratados de derechos humanos que ingresen en nuestro sistema jurídico con máximo rango constitucional y en las condiciones de su vigencia (art. 75 inc. 22 CN.). Es, la nuestra, una Constitución de la dignidad humana, la no discriminación, la igualdad sustancial, el respeto de la autonomía individual, la capacidad y personería jurídica.

La Convención Internacional sobre Discapacidad es un instrumento de derechos humanos, que reivindica sus principios y su ética de la protección de la dignidad humana, y es, con todo, normativamente superior a las leyes de la Nación y de las provincias; al tiempo que su imperio también alcanza y compromete los actos administrativos y de gobierno, tanto como los procesos y sentencias judiciales –vale decir, el Estado todo- tanto en su Preámbulo, principios y articulado como en las Observaciones Generales del Comité de interpretación, seguimiento y control de la Convención y los dictámenes en relación con el cumplimiento de cada país que ratificó la CDPCD.

Sentada esta vinculación fuerte con el modelo convencional cabe preguntarse qué impacto tiene en este marco convencional el Código Civil y Comercial vigente desde el primero de Agosto del año 2015 en materia de capacidad jurídica para PCD.

10.2.

Como se ha dicho, el art. 12 de la CDPCD importa el reemplazo de las prácticas de sustitución de la PCD en la toma de sus decisiones, sean estas figuras de interdicción, curatela o cualquier otra forma de representación. A su vez, la Observación General num. 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que versa sobre la materia, expresa “... que el hecho de que una persona tenga una discapacidad (...) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12.”⁹ -énfasis nuestro-

⁹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General num. 1, 19-5-2014.

El derecho a la capacidad jurídica de las PCD que consagra el art. 12 de la Convención tuvo un fuerte impacto sobre el derecho civil interno, que a partir del año 2014 cuenta con una nueva regulación en el Código Civil y Comercial. Las reglas incorporadas en este Código a la luz de la Convención introducen un cambio respecto al régimen anterior, que se puede resumir en estos puntos:

- Toda persona, por ser persona, con o sin discapacidad, tiene capacidad jurídica y de ejercicio, y su restricción sólo puede serlo para determinados actos, declarados en sentencia a partir de prueba interdisciplinaria, que no puede fundarse tan sólo en la condición de discapacidad. Más allá de la letra del nuevo código, queremos reiterar para enfatizar que el término restricción usado por el CCyCN se aleja de la convención y confunde el objeto del proceso. Éste no consiste en restringir, es evaluar la necesidad y utilidad de determinar apoyos judiciales y determinar cuáles serían. Las eventuales restricciones no son el objeto del proceso ni algo deseado.

- La capacidad general de ejercicio se presume, aún en situación de internación. La capacidad como ddhh es infranqueable por lo tanto no puede derribarse, las determinaciones de apoyo no deberían ser vistas como algo que rompen la presunción porque más bien posibilitan el ejercicio de esa capacidad.

- Los actos restringidos nunca sustituyen a la PCD de su decisión, sino que lo que deba decidirse se construye con apoyos determinados en un proceso y en una sentencia

- En ningún caso un diagnóstico en el campo de la salud mental puede hacer presumir incapacidad jurídica o limitación en el ejercicio de los derechos, sino que, de demostrarse la necesidad, dará lugar al uso de apoyos para la decisión y su ejecución

- En ningún caso un diagnóstico en salud mental puede hacer presumir daño para sí mismo o para terceros

- Nunca el *apoyo* reemplaza a la PCD en la toma de sus decisiones; todo apoyo tiene como función “promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de las personas” (art. 34 CCC)

- Sólo se reemplaza a la PCD de modo excepcional en el supuesto extremo contemplado en el art. 32 último párrafo que reza: “... por excepción, cuando la personas se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo... y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.”

- La revisión de la sentencia de restricción del ejercicio de algún derecho debe ser hecha en todo tiempo a pedido de la PCD o bien de oficio por el juez/za; en su defecto, se admite un lapso máximo de tres años; la PCD tiene participación en su proceso, por sí y con abogado/a

- Tanto la restricción de algún ejercicio (con designación de apoyos para la toma de decisiones) como la declaración de incapacidad son excepcionales y su interpretación restrictiva y revocable

- La restricción en el ejercicio de algún derecho obedece a un diseño personalizado, es decir, es un “traje a medida” construido en un proceso centrado en la PCD, su singularidad y voz propia con la mediación del juez

- El CCC consagra una respuesta realista, a través de un sistema graduable, flexible, permeable y ajustado a cada particularidad, donde la protección de la PCD está en el centro de toda decisión restrictiva y de su gestión mediante apoyos
- El proceso no está para limitar la libertad de la PCD sino para asegurarla y el juez/za es garantía de que esto ocurra
- La asignación de curatela sólo es posible ante la absoluta imposibilidad de comunicación de la persona por cualquier medio, forma o formato adecuado y al cabo del fracaso de las medidas de apoyo. Se trata de aquella persona ausente de conciencia de sí o de su alrededor o entorno (Fernandez, 2020).

El Código Civil y Comercial obliga a cambiar el eje de la cuestión, en el enfoque de derechos humanos el proceso se centraría en qué necesita la persona para ejercer la capacidad jurídica y no en dilucidar si la tiene (Palacios, 2020). Creemos fundamental enfatizar esta premisa para poder encauzar los procesos judiciales existentes hacia una perspectiva de derechos humanos. Cuando hablamos de cambiar el foco nos referimos al menos a dos posibilidades no excluyentes. En primer lugar, los procesos judiciales “sobre determinación de la capacidad” bajo esta nomenclatura y funcionamiento difícilmente puedan dar respuestas que garanticen derechos, para ello es fundamental poner en crisis la polémica idea de determinar la capacidad. Imaginemos procesos “sobre designación de apoyos” (Perú y Colombia lo regularon de modo similar) donde la capacidad no sea un tema a tratar, solo las necesidades y preferencias que específicamente manifieste la persona para garantizar y promover que pueda vivir en la comunidad y desarrollar su proyecto de vida con la mayor autonomía posible. En segundo lugar, y tal vez la más importante, salirnos de lo judicial para disputar estos sentidos y potenciar las premisas del paradigma de derechos humanos. Pensar en lo comunitario, las redes y lazos sociales que hace décadas vienen construyendo el movimiento de PCD y la salud mental comunitaria. Continuar exigiendo la implementación de la LNSM y la existencia de dispositivos alternativos al manicomio. Este reclamo histórico ha sido suplantado en parte por la militancia de usuarios, familiares y profesionales por la salud mental comunitaria. El Estado está obligado a crear dispositivos comunitarios alternativos; generar y facilitar apoyos en todo ámbito y niveles de la administración pública con enfoque territorial; y articular con organizaciones sociales que ya están en la comunidad trabajando desde esa perspectiva supliendo la falta o insuficientes políticas públicas al respecto. Establecida una red de similares características y que podríamos definir como apoyos extrajudiciales: ¿para que el proceso judicial?

10.3.

No olvidaremos señalar que lo dicho juega armónicamente con la ley argentina de Salud Mental (ley 26.657 del año 2010) cuyo art. 3ero supera el modelo biologicista y “... reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socioeconómicos, 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.”

A lo que el art. 5to agrega que “... La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado.”

De este modo, el padecimiento mental no hace de una persona un enfermo portador de una patología psiquiátrica (como supo ver el modelo médico tutelar y normalizador) sino como un sujeto de derechos con una singularidad a ser comprendida, alojada y contenida, inscripta en un devenir histórico, social, económico, familiar o simbólico. De manera que su diagnóstico debe ser una expresión de ese proceso complejo y multicausal, que debe recibir miradas confluyentes de diversos saberes e indicios acerca de una vida en su radical singularidad.

Tanto la ley de salud mental como el CCC son textos con fuerte inspiración en el modelo de derechos humanos que colocan a la persona en el centro de su preocupación.

10.4.

Debemos decir, sin embargo, que las prácticas institucionales siguen muy arraigadas en el modelo médico del Código Civil derogado y muy lejos del mandato del art. 12 de la Convención y de la Observación General num. 1 de su Comité de interpretación y seguimiento.

Los tribunales siguen sin darle la palabra a la PCD; se sigue hablando por ella; se sigue asociando dolencia mental con patología psiquiátrica y consiguiente sustitución tutelar (bajo otro nombre); se confunde apoyo con curatela y la restricción, que debe ser excepcional, deja de serlo para transformarse en un trámite de invalidación que repite la matriz del abordaje; se sigue bajo el mismo imaginario de la salud mental que asocia padecimiento mental a falta de discernimiento o peligro en el propio daño; el discurso médico psiquiátrico sigue siendo dominante y hasta excluyente de otros saberes o abordajes; el juzgador/a sigue sometiénndose al dictamen pericial y a la mirada patologizante; la sentencia declara un estado invariable que el proceso se resiste a revisar, a mirar de nuevo, para hacer lugar a la diversidad y no a la repetición. Nuestra Clínica ha verificado estos rasgos en diversos casos en que intervino, en todos los cuales la matriz no es la protección de la persona, salvo como declamación, sino la incapacidad de comprender y alojar derivas vitales diversas para asegurar su libertad de decidir por sí.

El proceso debe ser un lugar de comprensión de la singularidad para asegurar a la PCD la titularidad de sus derechos –que es lo mismo que decir su ejercicio, con apoyo en caso de necesitarlo–, sus deseos y decisiones, asumiendo el riesgo que implica elegir. El principio de dignidad del riesgo implica que no debe privarse a la persona de su posibilidad de elegir y actuar, el derecho a transitar y vivir en el mundo, con todos sus peligros y la posibilidad de equivocarse. En contraposición, los sistemas jurídicos tutelares y asistenciales han cercenado sistemáticamente la posibilidad de que, en la práctica, puedan ejercer sus derechos, bajo la excusa de proteger a las personas con discapacidad de “los peligros de la vida en sociedad” (Kraut y Diana, 2011).

10.5.

Toda norma o principio de derechos humanos abre un campo de construcción social, un marco dentro del cual superar un modelo de sustitución y exclusión. La implementación del modelo social de la discapacidad supone una revisión transversal en todos los estamentos del Estado. Las dificultades que se observan en procesos judiciales en materia de capacidad jurídica de PCD, evidencian una conciencia práctica interna al poder judicial que se interrelaciona, a su vez, con otras dinámicas del andamiaje estatal que las legitiman.

Las variables que se entrecruzan en el campo jurídico son muchas de ellas preexistentes a los agentes o funcionarios que las reproducen y no perdemos de vista que entre la aceptación del mandato jurídico o costumbre jurídica y su puesta en práctica puede conformarse una conciencia práctica (Giddens, 2003) o sentido práctico (Bourdieu, 2007), como reconstrucción y nueva producción de dicho mandato, actualizado con nuevas variables que vienen a cuestionar esa primigenia ortodoxia.

Podríamos establecer al menos dos dimensiones interrelacionadas de la problemática:

- (i) por un lado una perspectiva judicial incompatible con la normativa vigente, en la que entran en tensión prácticas históricas institucionalizadas, zonas “grises” o contradictorias de la reglamentación interna donde los modos o reglas jurídicas pueden desenvolverse a lo largo de espacios de “no derecho” (Bourdieu, 2001) y dificultades para poner en crisis la idea misma de capacidad como algo **objetivo, abstracto y determinable**; y por otra parte
- (ii) esa conciencia práctica que se ve legitimada por el proceder de otras esferas del Estado (también alcanzado por estas obligaciones).

Aquí entran en cuestión los *apoyos extrajudiciales*, fundamentales en la perspectiva comunitaria de la salud mental y la inclusión de personas con discapacidad en la vida en sociedad. Estas figuras son desconocidas en gran parte de la Administración Pública que, no solo carece de procedimientos accesibles y rápidos para designar apoyos específicos que la persona requiera y necesite en trámites administrativos, sino que muchas veces cuestiona los existentes por no responder a vínculos familiares (redes comunitarias, amigos, vínculos afectivos no binarios o heteronormados), reproduciendo no sólo un ideal de capacidad sino también de vínculos o redes legítimas, excluyendo otras.

Estas situaciones se ven agravadas por exigir como requisito, muchas veces extralegales, el inicio de procesos de determinación de la capacidad (incluso cuando los apoyos son “familiares sanguíneos”) para acceder a derechos sociales o realizar algún trámite. De este modo, no solo el Estado adolece de mecanismos de designación de apoyos extrajudiciales para actos específicos, sino que cuestiona los existentes reconocidos constitucionalmente y obliga al inicio de procesos cuyos efectos excedan ese acto en particular, sin la debida información al respecto.

Al ingresar al poder judicial se despliegan una serie de problemáticas que venimos desarrollando y donde es habitual hacer complejo lo que puede tener una resolución

simple, como por ejemplo una decisión que reconozca los apoyos extrajudiciales existentes en una familia o marco afectivo o designe algunos a esos efectos específicos. Aunque en el ejemplo dado el proceso judicial podría obviarse con un debido accionar de la Administración Pública, se podría actuar reconociendo derechos y habilitando a la persona para el ejercicio de sus derechos. Sin embargo, el proceso judicial aparece como una instancia inexorable, larga, totalizante y abstracta. Instancia en la que la ley y los operadores judiciales enuncian desde una “verdad” que niega cualquier posible afectación de su posición “objetiva” y, en consecuencia, la producción de sentido que allí se construye (poder simbólico institucional).

La modificación en las nominaciones de los procesos y las figuras que participan, la organización de los procesos judiciales y administrativos, requiere poner en crisis la controversial noción de “capacidad” jurídica desde el modelo social de la discapacidad y la salud mental comunitaria. Requiere una valoración de la diferencia, un compromiso con la inclusión plena de todas las personas en la comunidad.

El enfoque comunitario implica, también, la participación de las comunidades en la elaboración y diseño de políticas públicas. Requiere la intervención coordinada de todos los sectores de la sociedad. En nuestro tema, la Ley de Salud Mental crea el Órgano de Revisión con representación de distintos sectores del Estado y organizaciones comunitarias. Las políticas de abordaje intersectorial deben incluir programas que garanticen a las personas con discapacidad psicosocial la accesibilidad al trabajo, educación, cultura, arte, deporte, vivienda y todo aquello que sea necesario para el desarrollo de una vida en comunidad (Decreto N° 603/2013 reglamentario de La Ley N°26.657).

11. Conclusiones para un abordaje crítico y práctico

Todo marco conceptual, teórico y normativo se pone en juego en su práctica cotidiana, en su aplicación concreta a casos singulares, que es donde debe desenvolverse la idea eminente de la Convención de proteger la libertad de la PCD para decidir sobre sus derechos.

El modelo médico psiquiátrico vigente en las prácticas de nuestros tribunales asimila padecimiento mental a falta de discernimiento, y a la consecuente restricción de la capacidad jurídica, haciendo hincapié en lo que a sus ojos normalizadores falta; y no, en cambio, a la potencialidad de la PCD, a sus preferencias y deseos y a la necesidad de expresarlos por el medio que requiera. De esta manera, todo caso de salud mental se asimila al imaginario de la falta de discernimiento o bien a los supuestos extremos de completa imposibilidad que regula el art. 32 en su último párrafo; y es así que la máquina judicial aborda la salud mental bajo el modelo de la sustitución de la PCD en sus decisiones.

Patricia Brogna llama “posición de discapacidad” a aquellas barreras naturalizadas como imaginario, representaciones o mundo simbólico. Se trata del *habitus* internalizado e inadvertido en nuestras decisiones y prácticas, en nuestro modo de ver y vivir (Brogna,

2019). Es esto lo que hay que deconstruir y remover: las categorías bajo las cuales concebimos la discapacidad y, en particular, la salud mental y la capacidad jurídica.

Debe quedar en claro que los casos excepcionales previstos en el art. 32 del CCC "... cuando una persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo ... y el sistema de apoyos resulte ineficaz..." son en estricto rigor excepcionales y no pueden ser presumidos a partir de un cuadro, singularidad o patología sino luego de acreditar, debido proceso mediante, el supuesto de la norma, lo que requiere un tránsito procesal interdisciplinario, siendo siempre de interpretación restrictiva. Pero la excepción que describe el art. 32 en su último párrafo, no puede ser la regla de intervención, como suele serlo en el presente judicial.

Una lectura expansiva del CCC y en clave de derechos humanos y del derecho a la capacidad jurídica a la luz de la Observación General num. 1 del Comité, no puede olvidar que:

- "El modelo convencional basado en derechos humanos implica pasar del paradigma de adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas" (p.3)
- "El concepto de capacidad mental es, de por sí, muy controvertido" ... y "no es, como se presenta comúnmente, un fenómeno objetivo, científico y natural ..." (p.14)
- No se puede negar capacidad jurídica para ningún acto "... sino que se exige que se proporcione apoyo en su ejercicio" (p. 15) y lo contrario es discriminatorio
- Toda persona tiene una voluntad y deben agotarse todos los medios para que pueda ser expresada
- El paradigma de apoyos coadyuva a la formación y exteriorización de la voluntad, facilita la comunicación, comprensión y adopción de decisiones, promoviendo la autonomía y equiparación de oportunidades de las PCD.
- Las salvaguardias son los sistemas o mecanismos de control para evitar abusos e influencias indebidas en los apoyos escogidos.
- Los jueces y juezas tienen la obligación de dictar sentencias habilitantes de derechos (no protectorias) en el ejercicio de la capacidad jurídica, promoviendo la construcción de identidades afirmativas que potencien habilidades, intereses y deseos en función de las circunstancias e individualidades de las PCD. El debido proceso obliga a asegurar la voz de la PCD, su defensa, la mediación del juez o jueza, la entrevista personal, la prueba compleja interdisciplinaria como diálogo de saberes (no alcanza el mero diagnóstico médico siquiátrico), la interpretación restrictiva de toda restricción y asignación de apoyo y su revisión a requerimiento de la PCD o de oficio. El enfoque interdisciplinario es importante no solo porque pone en relación distintos saberes para enriquecer la comprensión y abordaje de las situaciones, también pone límites a los conocimientos históricamente hegemónicos y a cualquier nueva pretensión totalizante del saber.
- Por último, el juez o jueza debe desplegar "aristas de artesano" para sostener la libertad y autonomía de una singularidad, debe construir "un traje a medida", debe hacer del proceso un espacio de alojamiento, cercanía y conocimiento; y esto es posible cuando revisamos nuestros prejuicios, nuestra posición de discapacidad, el *habitus* arraigado en

nuestro modo de mirar y caracterizar lo diverso, lo diverso que queda fuera de la norma. Y es posible hacerlo con compromiso afectivo, con permitirse ver y dejar aparecer lo que late detrás del prejuicio.

- Hay sentencias ejemplares en este sentido que buscan defender y preservar al sujeto en su libertad y en el riesgo de decidir por sí.¹⁰
Este es el camino.

“Nada sobre nosotros sin nosotros” fue la inspiradora consigna de las PCD en su militancia internacional por sus derechos y es, en la actualidad, su lema en la lucha por la efectividad de lo conseguido en un contexto social en el que el reconocimiento de las capacidades, los méritos, las habilidades y los aportes de las PCD es una tarea pendiente.

¹⁰ Tribunal de Familia num. 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata, expediente 22.449, autos “V.W.D. s/INSANIA y CURATELA”, sentencia del 29 de marzo de 2011.

Bibliografía:

Acuña, C. y Bullit Goñi, L. (comps.) (2010) *Políticas sobre la discapacidad en Argentina*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

Brogna, P. (2019) "Posición de Discapacidad: los aportes de la Convención", disponible en: <https://archivos.iuridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2468/11.pdf> [Consulta: 23 de mayo de 2013]

Fernandez, S.E. (2020) "Salud Mental y Capacidad" en Kraut Alfredo: *Derecho y Salud Mental*, T I, p. 459 y ss., Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Kraut, A.J. y Diana, N. (2011) *Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria*. Buenos Aires: La Ley.

Olmo, J.P. (2017) *Salud mental y discapacidad. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Ed. Dunken.

Palacios, A. (2020) "Las personas con discapacidad mental en el sistema universal e interamericano de derechos humanos", en Kraut Alfredo: *Derecho y Salud Mental*, T I, p. 181 y ss., Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Palacios, A. (2008) *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca.

REDI (2013) *Principios para la implementación del artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPCD)*. Versión en español. En formato PDF: <http://www.redi.org.ar/Documentos/Ponencias/Capacidad-juridica-y-acceso-a-la-justicia/Principios-para-la-implementacion-del-articulo-12-de-la-Convencion.pdf> [Consulta: 23 de mayo de 2013].

REDI (2010) *Capacidad Jurídica y Acceso a la Justicia: una propuesta de reforma legal desde las organizaciones de personas con discapacidad*. Disponible en: <https://es.calameo.com/read/0040346979bb7f8928e29> [Consulta: 23 de mayo de 2013].

Villaverde, M.S. (2012) "Ejercicio de la capacidad jurídica: ¿Incapaces o Personas con apoyo? El proyecto del código civil y comercial de la Nación ante la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU)". En *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Vol. 2012-8, p. 151 a 157. Buenos Aires: La Ley.