



Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogada

Trabajo de Graduación

La persona con discapacidad en la República Argentina.

Autora: Agostina Taverna

Legajo: 23.252

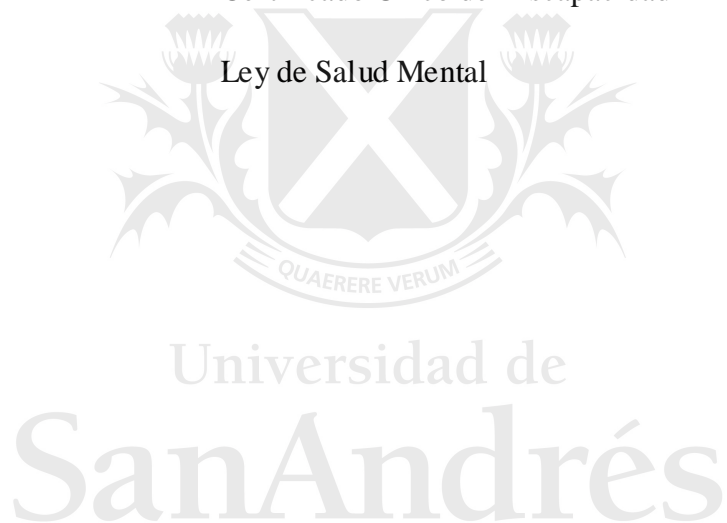
Mentor: Dr. Luis Daniel Covi

Firma del Mentor

Victoria, 29 de julio 2016

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

CDPD	Convención sobre la Persona con Discapacidad
CC	Código Civil (Vélez)
CN	Constitución Nacional de la República Argentina
C.Civ.yCom. o CCCN	Código Civil y Comercial de la Nación
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
CUD	Certificado Único de Discapacidad
LSM	Ley de Salud Mental



ABSTRACT

Las distintas normativas, la incorporación de tratados internacionales al derecho argentino, la constitucionalización del derecho privado y la incorporación al derecho interno del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, crearon la necesidad de analizar las distintas normas considerando a las personas con discapacidad. Junto a esto, se añade el cambio sociológico en torno al modelo social proveniente del Derecho Internacional y la necesidad de que se respeten los derechos y obligaciones de estos sujetos por el Estado y la sociedad.

En el presente trabajo se analizó la evolución histórica y sociológica, la legislación en distintas épocas en la Argentina y la definición de discapacidad en torno a las personas con discapacidad. Examinamos esto y a partir de un análisis comparativo, llegamos a la conclusión de que hay una serie de inconvenientes a partir de la confrontación normativa del derecho en nuestro país y las distintas definiciones que permiten la individualización de los sujetos. Además, se incluyó en el trabajo una serie de cuestiones y problemáticas que podrían surgir en forma de preguntas y se determinó que será la jurisprudencia la que dictaminará a favor de la resolución de estos temas y amparando a las personas con discapacidad.

“Rights are won only by those who make their voices heard”

Harvey Milk

“El normal y el discapacitado, no son personas, sino, más bien, perspectivas”

Maria Silvia Villaverde¹



Universidad de
San Andrés

¹ VILLAVERDE, María Silvia, *Una nueva mirada sobre la discapacidad*, URL: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/890B7A97CCFC3C4405257C97005CA1C6/\\$FILE/nueva-mirada-fundejus\(2\).pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/890B7A97CCFC3C4405257C97005CA1C6/$FILE/nueva-mirada-fundejus(2).pdf) consultado 01/03/2016

Agradecimientos

A mi tutor de tesis, Dr. Luis Daniel Covi, por brindarme su conocimiento y experiencia para que fuera posible entregar este trabajo en tiempo y forma.

Al Dr. Fernando M. Racimo por orientarme en este trabajo académico con un interés y una entrega que ha sobrepasado mis expectativas.

A mi compañero de clase Juan Pablo Nora por acompañarme durante la carrera e inspirarme en el plano académico.

A Lucas, mi pareja.

A mi familia por leer y corregir una y otra vez este trabajo.

A mi madre por apoyarme e impulsarme a lo largo de la carrera.

En especial a mi padre por haberme proporcionado una educación de excelencia y por haberme enseñado que con esfuerzo, trabajo y constancia todo se consigue.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I: CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD O DISCAPACITADOS	11
A) EL NACIMIENTO DEL CONCEPTO EN EL MUNDO	11
B) EL NACIMIENTO DEL CONCEPTO EN LA ARGENTINA	16
CAPÍTULO II: TRANSFORMACIONES LEGALES DURANTE EL SIGLO XIX Y SIGLO XX	18
A) CÓDIGO CIVIL – LEY 340 (1871)	18
B) REFORMA AL CÓDIGO CIVIL - LEY 17.711 (1968).....	20
C) SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DEL DISCAPACITADO - LEY 22.431 (1981) Y SISTEMA DE PRESTACIONES BÁSICAS EN HABILITACIÓN Y REHABILITACIÓN INTEGRAL A FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD – LEY 24.901 (1997)	22
CAPÍTULO III: EL IMPACTO EN LA DISCAPACIDAD A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES	24
A) LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994.....	24
B) LOS TRATADOS INTERNACIONALES DEL ARTÍCULO 75, INCISO 22.....	25
C) LA DISCAPACIDAD EN EL ARTÍCULO 75, INCISO 23 DE LA LEY SUPREMA.....	27
CAPÍTULO IV: TRANSFORMACIONES LEGALES DEL SIGLO XXI	29
A) CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD - LEY 25.280 (2000).....	29
B) LEY 25.504 (2001), SU PROTOCOLO FACULTATIVO (2009) Y EL PROTOCOLO DE EVALUACIÓN Y CERTIFICACIÓN DE LA DISCAPACIDAD Y EL MODELO DE CERTIFICADO ÚNICO DE DISCAPACIDAD - (RESOLUCIÓN 558/2016).....	31
C) LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, LA LEY 26.378 (2008) Y LA LEY 27.044 (2015).....	33
D) LAS REGLAS DE BRASÍLIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIONES DE VULNERABILIDAD Y LA ACORDADA N°5/2009.....	39
E) LA LEY DE SALUD MENTAL – LEY 26.657 (2010).....	41
CAPÍTULO V: EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN UNIFICADO (2015)	46
A) LA CAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN	47
B) LA RESTRICCIÓN A LA CAPACIDAD, LA INCAPACIDAD Y LA DISCAPACIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO.	48
C) CÓMO SE CORRELACIONA EL NUEVO CÓDIGO CON LA LEY DE SALUD MENTAL Y LA CDPD	56
CAPÍTULO VI: BREVE ANÁLISIS SOBRE EL CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD EN LA ARGENTINA	61
CONCLUSIONES	66
REFERENCIAS	68
BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA:	68
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	75
NORMAS ET.AL.:	77
FALLOS	78

Introducción

Hoy en día afirmar que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos es indiscutible y hasta roza lo absurdo considerarlo de otra manera. Hasta no hace mucho tanto, la mirada de la discapacidad partía de un modelo de prescindencia donde se veía a la persona con discapacidad como una carga social que nada aportaba a la sociedad y se prescindía de su existencia; para luego pasar por un modelo rehabilitador (a partir de la Segunda Guerra Mundial hasta finales del siglo XX) donde las personas con discapacidad ya no eran consideradas inútiles, sino que el principal objetivo era “normalizar” a la persona para que recuperara su dignidad y eliminar su diferencia.

A lo largo del tiempo y a partir del siglo XX, esta visión ha ido – y sigue – evolucionando a favor de un cambio de paradigma hacia el modelo social donde se considera que las “...causas que dan origen a la discapacidad no son ni religiosas ni científicas, sino que son preponderantemente sociales [...] así se entiende que no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la sociedad para asegurar adecuadamente que las necesidades de todas las personas – incluyendo las que tengan una discapacidad – sean tenidas en cuenta dentro de la organización social”². La idea es que la persona con discapacidad puede aportar a la sociedad pero “siempre desde la valoración y el respeto de la diferencia”³. Este modelo ha sido receptado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual goza de jerarquía constitucional en nuestro país, e incorporado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

² OLMO, Juan Pablo, *Capacidad jurídica, discapacidad y curatela: ¿Crónica de una responsabilidad internacional anunciada?*, Buenos Aires: DFyP, 2012. Pág. 2.

³ PALACIOS, Agustina, *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid: Ediciones Cinca, 2008. Pág. 26.

En el presente trabajo nos proponemos reflexionar acerca de la figura de la discapacidad a raíz de la reforma del Código Civil y Comercial Unificado en el 2015 y en torno a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Se propone hacer uso de la legislación nacional, internacional y de la doctrina. Se utilizará la normativa con el objetivo de demostrar la evolución de la figura de la discapacidad a lo largo de los años y su desarrollo anterior a la reforma íntegra del Código unificado. Será además el eje del trabajo, el análisis conceptual sobre el significado de la discapacidad según las diferentes normas a la que los jueces de la Argentina deberán someterse.

El trabajo tiene como objetivo dar cuenta de la problemática que se advendrá a partir de las discrepancias normativas en torno a la definición de la discapacidad y el análisis de la figura en el marco de una legislación considerada “revolucionaria” que en realidad forma parte de una evolución normativa. Al mismo tiempo, buscaremos demostrar que el nuevo Código Civil y Comercial no genera una nueva perspectiva ni simplifica la normativa en materia de la discapacidad, sino que la codificación involuciona en algunos puntos y se mantiene fuera de la órbita de la Convención sobre las Personas con Discapacidad.



Para esto, el trabajo se dividirá en seis capítulos con el objetivo de facilitar la lectura y armar una línea de tiempo que permita observar la evolución de manera esquemática.

El primer capítulo hará referencia a la discapacidad, su evolución histórica internacional y nacional desde una óptica sociológica a partir de la Época Primitiva, pasando por la Edad Media, los siglos XVI al siglo XX. Además, se hará hincapié en el trato dispensado por la sociedad para con este sector vulnerable de la comunidad.

El siguiente capítulo dejará de lado el aspecto internacional para centrarse en la Argentina y la normativa en materia de discapacidad en el siglo XIX y XX. Se tendrá en cuenta el Código Civil (ahora derogado), su reforma mediante la ley 17.711 y las leyes 22.431 y la 24.901.

El tercer capítulo hace referencia a la reforma constitucional de 1994 y su incorporación de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, analizando el artículo 75 incisos 22 y 23.

Posteriormente, el capítulo cuarto continúa el análisis normativo en materia de la discapacidad en el siglo XXI teniendo en cuenta una serie de leyes como La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (2000); la ley 25.504 (2001), su Protocolo Facultativo (2009) y su posterior modificación (2016); La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la ley 26.378 y la 27.044; las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad en la Argentina y la Ley de Salud Mental.

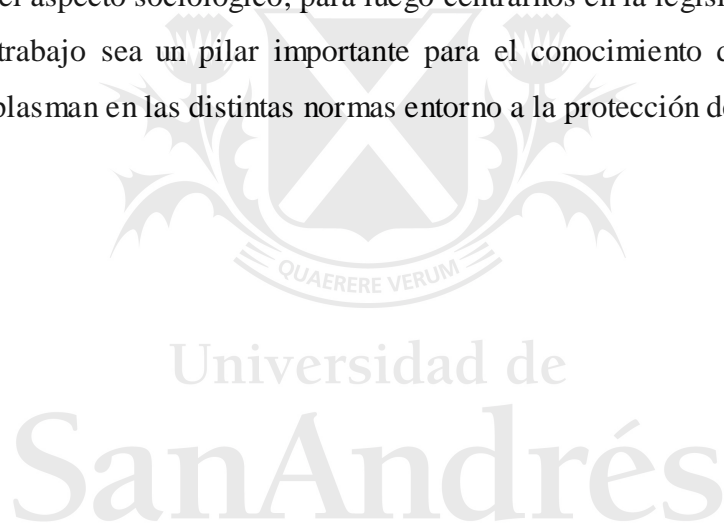
El capítulo quinto se centrará en el nuevo régimen civil plasmado en el Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde agosto del 2015, y se analizará la capacidad de la persona, sus restricciones, la incapacidad y la discapacidad. Además, se analizará la correlación entre el CCCN, la Ley de Salud Mental y la CDPD.

Finalmente, en el sexto y último capítulo, se hará un breve análisis de las definiciones de discapacidad que surgen de la normativa nacional, lo que permitirá también vislumbrar la evolución en el tema y establecer la situación actual.

El objetivo del trabajo es exponer que la cuestión de la discapacidad, que ciertamente ha evolucionado en este último tiempo, no es una problemática nueva ni poco analizada. Sino que por el contrario, la legislación ha avanzado a favor de una protección integral de las personas con discapacidad. Esto no fue sólo a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, sino que hay todo un contexto legislativo que avala la inserción de las personas con discapacidad en la sociedad y el amparo de sus derechos.

En adhesión a esto, el trabajo pretende demostrar que la base de esta protección se fundamenta en la identificación de estos sujetos, lo cual se verá obstaculizado al momento de querer poner en práctica su determinación. Esto es así ya que la codificación del 2015 plasmó una definición de la discapacidad que se contradice con aquella que evolucionaba desde el siglo pasado y que se puede observar, actualmente, en un tratado internacional con jerarquía supra constitucional. Esto puede traer aparejados problemas a la hora de decidir quiénes son consideradas personas con discapacidad y el alcance de los derechos y garantías que les corresponde.

Adentrarnos en la historia de las personas con discapacidad y el trato dado por la sociedad en distintas partes del mundo nos llevó a querer analizar la cuestión nacional comenzando por el aspecto sociológico, para luego centrarnos en la legislación. Anhelamos que el presente trabajo sea un pilar importante para el conocimiento de los derechos y garantías que se plasman en las distintas normas entorno a la protección de las personas con discapacidad.



Capítulo I: Concepto de persona con discapacidad o discapacitados

En el capítulo que se desarrolla a continuación se hará una breve referencia a la discapacidad, su historia mundial y nacional, y su evolución sociológica.

a) El nacimiento del concepto en el mundo

Desde la aparición misma del ser humano en la Tierra, o al menos desde que se tiene registro, es que la figura de la discapacidad estuvo presente.

Comenzando en la época primitiva hasta la Edad Media, las personas con discapacidad eran consideradas personas que no se podían valer por sí mismas, que no contribuían a la sociedad o hasta eran temidos. Había un rechazo y desprecio total hacia los individuos que padecían estas anomalías y, ante esto, se recurría a su eliminación en favor de la prosperidad del grupo social, la comercialización de las personas con deformidad por diversión o hasta las mutilaciones con fines de mendicidad. Un ejemplo de esto era la sociedad griega que “...era severa con los “débiles” o “deformes”, creían sólo en la perfección y belleza, cualquier cosa que difiriera de ellos, sin importarles lo que fuere, simplemente era eliminado”⁴ aunque es posible afirmar que la mayoría de los pueblos antiguos como los germanos o los celtas lo realizaban.

La Edad Media, período que inicia en el año 476 con la caída del Imperio Romano de Occidente y su fin con la caída del Imperio bizantino en 1453 que “...se caracteriza por la influencia del cristianismo en todos los aspectos de la vida política, económica, social y

⁴ GÓMEZ MONTES DE OCA, Valeria, *Capítulo III: Antecedentes Sobre la Discapacidad*, México: Universidad de las Américas Puebla (UDLAP) – Colección de Tesis digitales, 2005. URL: http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/gomez_m_v/capitulo3.pdf consultado 02/01/2016. pág. 3.

cultural...”⁵ y se ve un leve avance a favor de las personas con discapacidad, en tanto que a las mismas se les permitía vivir aunque las condiciones en que lo hacían no eran adecuadas o dignas. A partir de la aparición del humanitarismo cristiano, se percibe una mejora de estas condiciones mediante la asistencia, ya que había “...sanatorios mentales, [...] algunas primicias anticipo del tratamiento a sordomudos, el desarrollo de la técnica protésica, las primeras brechas en la consideración de la enfermedad y deficiencia mentales como inmutables e inamovibles...”⁶ y durante el siglo XVII se les otorgaba amparo y asistencia sanitaria.

Posteriormente, durante los siglos XVI y XVII, se crean en Europa las “...instituciones manicomiales [a raíz] de la constitución del concepto de locura y de neurosis”⁷. Así como con anterioridad a esta etapa se le adjudicaba la causa de la discapacidad y las deficiencias a la demonología, a partir de este período se pasa a un modelo organicista y biologicista ya que se considera que las enfermedades deben y pueden ser tratadas. De igual manera se mantiene el rechazo y apartamiento de estas personas en los manicomios, alejados de la sociedad, y la actividad pasa de ser la realización de tareas terapéuticas a la custodia y control, sin reinserción social posible.

Es a partir de la Revolución Francesa (1789) que los pensadores de la Ilustración llevaron a la sociedad a examinar la vida y el mundo con base en la experiencia humana, lo que llevó a que “...las personas con discapacidad comenzar[a]n a ser vistas como responsabilidad pública en la naciente sociedad industrial”.⁸ Durante los siglos XVII y XVIII “...las deficiencias siguen siendo consideradas permanentes, constantes e inmutables y se producen la segregación indiscriminada y el internamiento masificado, el gran encierro...”⁹, empero hay un gran progreso en la medicina que permite avanzar en la comprensión de las deficiencias mentales como por ejemplo la creación de la vacuna contra

⁵ VALENCIA, Luciano Andrés, *Breve Historia de las personas con discapacidad: de la Opresión de la Lucha por sus Derechos*, 2014. URL: <http://www.rebellion.org/docs/192745.pdf> Consultado 12/02/2015. Pág. 7.

⁶ AGUADO DÍAZ, Antonio León, *Historia de las Deficiencias*, Madrid: Escuela Libre Editorial Fundación Once, 1995. URL: http://www.repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/428/Art_AguadoD%C3%ADazAL_HistoriaDeficiencias_1995.pdf?sequence=1%20 consultada 22/04/2016. Pág. 64

⁷ *Ibidem.*, pág. 73.

⁸ VALENCIA, Luciano Andrés, *óp.cit.*, pág. 12.

⁹ AGUADO DÍAZ, Antonio León, *óp.cit.* pág. 106.

la viruela. En materia de discapacidades físicas, hay un gran desarrollo considerando la cirugía en general y la ortopedia en particular. Lamentablemente, socialmente no se da una evolución significativa ya que las personas con discapacidad siguen causando repulsión y rechazo. Además, el abandono es más frecuente que el infanticidio aunque sigue dándose las mutilaciones para mendicidad y la compra de niños para ese fin. “Durante la primera mitad del [siglo] XVIII, como consecuencia del fuerte crecimiento de la inmigración, muchos deficientes mentales son vendidos como esclavos. También existe el emplazamiento externo, consistente en indemnización a quien tomara a su cargo un deficiente”¹⁰.

La Revolución Industrial, que sucede entre el siglo XVIII y XIX, trae aparejados cambios importantes y fue en el contexto de una economía capitalista que se comenzó a emplear el término “discapacidad” “[...] entendida como la incapacidad para ser explotado con el objeto de generar ganancia para la clase capitalista. Las personas consideradas <<<discapacitadas>>> junto con los pobres [...] comenzaron a ser vistas como un problema social y educativo, y progresivamente segregadas en instituciones de todo tipo...”¹¹. En el siglo XIX, considerado el período del ascenso en materia de discapacidad y deficiencias mentales, suceden “[...] unos progresos en medicina que revierten directamente en las deficiencias; un creciente interés por el estudio de la deficiencia mental, que se traduce en cuantiosos e importantes avances en su comprensión, más en concreto, en descripción, clasificación e identificación de formas clínicas asociadas, con una diferenciación clara entre deficiencia y enfermedad mental; el reconocimiento incipiente de los problemas de los discapacitados físicos; la continuación de la escolarización de los sensoriales y perfeccionamiento de los tratamientos aportados por la sordomudística española; la preocupación por la asistencia física y pedagógica y la mejora de la calidad de los servicios residenciales para todos los deficientes, tema en el que los gobiernos asumen crecientes responsabilidades; y, finalmente, la creación y desarrollo de la educación

¹⁰ Ib., pág. 111.

¹¹ VALENCIA, Luciano Andrés, óp.cit., pág. 14

especial”¹² como es el caso de la creación del sistema de lectura y escritura táctil para personas ciegas inventado en 1825.

Fue en la Argentina, en el año 1857, que se abrió “[...] la primera escuela para personas sordas e hipoacústicas [...]; en la década de 1880 se creó el Instituto Nacional de Sordomudos, y en 1887 el pedagogo español Juan Lorenzo y González comenzó a educar a un grupo de niños ciegos del asilo de Huérfanos”¹³.

Mundialmente, entre 1860-1870 hay un auge del concepto de eugenesia, y se crean institutos de esta índole en todo el mundo, cuyo objetivo era llevar a cabo dos tipos de políticas: “1) Positivas: que fomentaban la unión reproductiva favorable para el perfeccionamiento de la especie mediante la asociación y selección; y 2) Negativas: tendientes a evitar la reproducción de quienes tuvieran rasgos considerados “inferiores” a través de la segregación, la esterilización forzada y el genocidio”¹⁴, siendo las personas con discapacidad las más perseguidas y víctimas de estas políticas en todo el mundo. Fue en la década de 1970, luego de que un total de 65 mil personas fueran esterilizadas, que se prohibieron las políticas eugenésicas.

Luego de la Primera Guerra Mundial (1914-1918), un gran número de jóvenes de los países envueltos en la Gran Guerra quedaron con secuelas físicas y psíquicas a partir del conflicto bélico lo que generó que en 1919 se creara la Organización Internacional del Trabajo (OIT) “...que tuvo un papel decisivo en la aprobación de normativas –aunque limitadas- tendientes a proteger los derechos de las personas con discapacidad congénita y adquirida, y en la promoción y desarrollo de Programas de Rehabilitación”¹⁵. En Argentina y a partir de esto, es que se recomendaba que los niños y niñas asistieran a Escuelas Especiales de manera temporal o permanente para que puedan ser reinsertados en la sociedad sin debilidades; con el tiempo fueron evolucionando a Colonias de Verano con el “... objetivo último [de] alcanzar los estándares de normalidad y belleza establecidos por

¹² AGUADO DÍAZ, Antonio León, *óp.cit.*, pág. 116.

¹³ BORINSKY, Marcela y TALAK, Ana María; “Problemas de la anormalidad infantil en la Psicología y la Psicoterapia”, en: *El Seminario*, www.elseminario.com.ar, 2005.

¹⁴ VALENCIA, Luciano Andrés, *óp.cit.*, pág. 16.

¹⁵ *Ibíd.*, pág. 17.

los eugenistas”¹⁶. Fue a partir de la Crisis Económica Mundial de 1930, y luego de la Segunda Guerra Mundial, que se dio el Paradigma de la Rehabilitación el cual tuvo su auge a partir de la Recomendación n°99 de la OIT (1955) que planteaba la necesidad de poner a disposición de las personas con discapacidad su adaptación y readaptación profesional en lo relacionado con el empleo, para que las mismas fueran integradas social y laboralmente. En la década de 1960 se crearon instituciones a favor de esta rehabilitación en Latinoamérica a partir del apoyo financiero del Estado.

Es a finales de la década de 1960 que comienza a gestarse el Modelo Social que predomina en la actualidad alrededor del mundo en materia de discapacidad, y es “[...] en esta época [que] se comienza a utilizar el concepto de «Persona con Discapacidad» en lugar de «discapacitado» o «insuficiente» del Modelo Médico Biológico, ya que hace referencia a la persona como sujeto de derecho antes que a la discapacidad. Bajo el Modelo Social la Discapacidad no se considera un síntoma o condición médica sino una construcción social que modifica o condiciona la realidad de estas personas. Ya no se las considera “enfermas” [...] sino como ciudadanos o ciudadanas activas en la vida política, económica y social de la comunidad, y cuya opinión debe ser tenida en cuenta a la hora de elaborar políticas de inclusión”¹⁷.

A partir de esto es que, en 1970, surgen movimientos sociales de personas con discapacidades que luchan por los derechos civiles que, varios años después y a partir de estas luchas, se incorporan los derechos de las personas con discapacidad a la normativa internacional a través del “Programa de Acción Mundial para Personas con Discapacidad”, Naciones Unidas en 1982; de la “Declaración de Salamanca”, UNESCO en 1994; de la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” y un “Protocolo Facultativo”, Naciones Unidas en 2006, entre otros.

¹⁶ Loc.cit.

¹⁷ Ib., pág. 20.

b) El nacimiento del concepto en la Argentina

Desde el año 1605 que se tiene registros de discapacidad en Buenos Aires a partir de la construcción de la primera organización de asistencia para Discapacitados, que fue fundada por Juan de Garay, conocido como “Hospital de San Martín”. En el año 1748 pasa a denominarse “Hospital Santa Catalina” y en sus archivos es que se encuentran algunos registros de pacientes con patologías mentales los cuales podían permanecer en sus casas, en conventos o en los calabozos del Cabildo.

“Durante el siglo XIX y hasta mediados del siglo XX Argentina alcanzó un modesto desarrollo en el campo de la asistencia a las personas con discapacidad”¹⁸, ya que se crearon servicios educativos y asistenciales. De manera privada y durante 1857 surge la Fundación Filantrópica Regeneración y “[...] en el año 1885 se funda el Instituto Nacional de Sordos [...] [y dos años después] [...] se inicia la formación de talleres para la Escuela de Sordomudos, Ciegos y para los niños con secuelas de epidemia de viruela que había azotado al país el año anterior”¹⁹.

Es a finales del siglo XIX y a principios del siglo XX que el paradigma se reestructura a favor del discapacitado y se aboga en favor de su inserción social dentro del ámbito laboral a través de institutos especializados, como por ejemplo talleres. Sin embargo, no fue hasta la brutal epidemia de poliomielitis que azota al país en 1956 que se crean las primeras instituciones oficiales tales como el Servicio Nacional de Rehabilitación al Lisiado, entre otras, cuyo objetivo era ayudar al discapacitado. A partir de esta enfermedad altamente contagiosa, el sector privado se involucra en la rehabilitación, formación laboral y servicios educativos a favor de las personas con discapacidad.

Fue a partir de 1970 que el término “discapacitados” comenzó a ser empleado “[...] para designar a los que padecían incapacidades de cualquier tipo en nuestro país”²⁰, lo cual

¹⁸ BENAVIDEZ, Espefania y VALL, Ana Elizabeth, *Discapacidad en la Argentina* Cursi Anual de Auditoria Médica – Hospital Alemán, 30 de Noviembre de 2010. URL: <http://auditoriamedicahoy.net/biblioteca/Discapacidad%20Benavidez.pdf> consultado 27/03/2016. Pág. 5.

¹⁹ Loc.cit.

²⁰ GARRO MORENO, María Belén, *Una aproximación a la política pública de discapacidad*, Paraná: XXVII

fue difundido de modo tal que durante las II Jornadas Nacionales realizadas por el Servicio Nacional de Rehabilitación en 1972 se "...adoptó la denominación de discapacitados para los que padecían problemas motores, sensoriales o de lenguaje, viscerales y mentales"²¹, siendo el término "lisiado" (empleado hasta ese entonces) reemplazado por el concepto "discapacitado" por creerse menos peyorativo²². Fue en 1982 que se creó la primera ley específica en materia de discapacidad: la Ley de Sistema de Protección Integral de los Discapacitados o la ley n° 22.431, en cuyo artículo segundo se define taxativamente a los discapacitados como "...toda persona que padezca de alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación de su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral". Posteriormente se extendió la cantidad de normas nacionales hasta obtener un amplio compendio de leyes de discapacidad tanto nacional como internacional.

Hoy en día se podría decir que el concepto evolucionó y se emplea la expresión "persona con discapacidad" tanto nacional como internacionalmente, lo cual se podría creer que es positivo por el hecho de que se hace hincapié en la calidad de persona del sujeto que padece la discapacidad y resulta menos peyorativo que el concepto <<lisiado>> o <<discapacitado>>.

Universidad de
San Andrés

Congreso Nacional de Trabajo Social - Universidad de Entre Ríos, 2014. URL: <https://www.aacademica.org/maria.belen.garro.moreno/2.pdf> . Pág. 3.

²¹ Loc.cit.

²² "Dis": prefijo griego que indica "dificultad" – "capacitar": verbo que indica hacer capaz, habilitar.

Capítulo II: Transformaciones legales durante el siglo XIX y siglo XX

En este capítulo se hará referencia, de manera específica, a las normas nacionales que constituyen el inicio legislativo en materia de discapacidad en la Argentina partiendo desde el Código Civil (1871) redactado por Vélez Sarsfield y pasando por una serie de reformas y leyes que, entre 1871 y el 2000, muestran la evolución normativa en torno al tema bajo análisis.

a) Código Civil – ley 340 (1871)

El cuerpo legal que reunía las bases del ordenamiento legislativo en materia de derecho civil en la Argentina fue redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, aprobada y promulgada en 1869 y entró en vigencia en 1871. La codificación inspirada por el Derecho Romano, la legislación española, el Derecho Canónico y el Código de Napoleón constaba de dos títulos preliminares y de cuatro libros los cuales trataban diversos temas tales como la persona, las obligaciones, los actos y hechos jurídicos, las obligaciones que nacen de los contratos, los derechos reales y la transmisión de derechos en general.

Dicho código, que fue aprobada a libro cerrado, reunía una serie de normas que regían a la sociedad en general y, una de ellas, ubicada en la primera sección del Libro I, hacía referencia a la persona y, más precisamente, a la capacidad. En ese entonces, el Código Civil de la República Argentina definía a la capacidad como “[...] la aptitud de la persona para ser titular de relaciones jurídicas”. “Esta aptitud es la calidad saliente de la personalidad jurídica a tal punto que con razón se ha dicho que no puede faltar en los individuos de una manera absoluta porque tal carencia de capacidad sería contradictoria de la personalidad que el derecho moderno predica de todo ellos. Con todo, tampoco puede existir en ninguno plena e intacta: siempre la capacidad de derecho es una cuestión de grado, un oscilar entre ambos extremos sin alcanzar ninguno. Diverso del concepto expresado que corresponde a la capacidad de derecho es el de capacidad de hecho, o sea la

aptitud de las personas naturales para actuar por sí mismas en la vida civil”.²³ Es decir, que se establecía una dualidad entre la capacidad de hecho, la capacidad de derecho y la incapacidad (“La incapacidad alude a una ausencia de capacidad del sujeto [...] puede faltar la aptitud para ser titular de determinada relación jurídica y entonces se padece una incapacidad de derecho o puede carecerse de la aptitud para ejercer por sí mismo los derechos que se tienen, tal la incapacidad de hecho”²⁴).

La capacidad es, al menos doctrinariamente, considerada como “...uno de los atributos esenciales de la persona, lo que jurídicamente nos define como sujetos de derecho, junto al nombre, el domicilio, el patrimonio y el estado civil [...]”²⁵. La capacidad podía ser tanto restringida como anulada según criterios biológicos-jurídicos a partir de un diagnóstico de padecimiento mental u otros.

Es imprescindible tener en cuenta que “nuestro Código Civil [el ahora derogado] está basado en el modelo tutelar, que entiende que las personas con discapacidad requieren del cuidado de otro que la reemplace y sustituya en todas o gran parte de las decisiones que atraviesa la capacidad jurídica, entendiendo a la discapacidad como un estado inmodificable. Desde esta perspectiva suelen devenir intervenciones protectorias y asistencialistas sobre la persona, sin contemplar como eje fundamental el desarrollo y la potenciación de sus habilidades y capacidades”²⁶.

Se puede observar que el Código Civil en su redacción original carece de referencia alguna a la discapacidad. Se podría decir que con anterioridad a las reformas, el Estado no tenía interés en ocuparse, mediante el Código Civil de la Nación, de las personas que estaban en una situación desventajosa distinta a la de incapacidad. Es probable que para esa

²³ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil: parte general / Jorge Joaquin Llambias; actualizado por Patricio Raffo Benegas*, 23ª ed.- Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010. Pág. 377

²⁴ *Ibidem*. Pág. 380.

²⁵ CAPRIA, Luciana, DÍAZ FORNIS, María Fernanda, FRÍAS, Javier, GARZÓN, Ana Cecilia, GIMENEZ, Mauro, GIOJA, Luciana, OSZURKIEWICZ, Juan Pablo, ZUBIARRAIN, Patricia Alejandr, SABINA BARESI, Mariana, *Capacidad Jurídica: El derecho a ejercer derechos* Buenos Aires: Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones del Ministerio de Salud de la Nación, 2012. URL: http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000000089cnt-2013-05_capacidad-juridica.pdf consultada 04/03/2016. Pág. 5

²⁶ *Ibidem*., pág. 2.

época se dejara la situación de las personas con discapacidad a las familias, a las sociedades de beneficencia o a los institutos, como vimos en el apartado anterior. Quizás la omisión puntual del tema puede basarse en el modelo de estado liberal de la época, el cual es el resultado de la Revolución Industrial que comenzó en el siglo XVIII y continuó en el siglo XIX en Gran Bretaña y se fue expandiendo por el mundo. Además, es importante tener en cuenta lo que dijo Peyrano sobre el hecho de que “...los conocimientos médicos de esos tiempos, no habían llegado a un grado de avance suficiente, como para establecer mayores distinciones, fundamentalmente en lo relativo a la salud mental, y a los matices de la misma²⁷”, siendo posible que esto fuera una de las razones, así como también el hecho de que Vélez Sarsfield haya seguido el criterio de Freitas mediante el cual no se contempló estados intermedios entre los capaces y los incapaces. Otra razón podría fundarse en el hecho de que la Constitución Nacional que regía por aquel entonces protegía levemente algunos derechos; o por la falta de solidez e importancia que se le daba a los derechos humanos (pensamiento cuyo valor incrementó a partir de la Segunda Guerra Mundial); o por el mero hecho de que la codificación fue hartamente necesaria en aquel entonces por una cuestión política y económica, y con el apuro que representó realizarla, Vélez Sarsfield no pudo darle a la discapacidad la atención que merecía. Fuera cual fuera la razón, es correcto afirmar que las personas con discapacidad, o discapacitados, y sus derechos no fueron tratados en el código en su redacción original.

b) Reforma al Código Civil - ley 17.711 (1968)

La ley 17.711, dictada en la Argentina en 1968, realizó trascendentes modificaciones al Código Civil reformándolo en un 5% mediante inclusiones, derogaciones y sustituciones. “Cuando se produce la Reforma del año 1968, el aludido esquema del Código Civil, basado en la consagración de categorías opuestas y diametralmente diferenciadas, en binomios salud mental-capacidad, enfermedad mental-incapacidad, no era

²⁷ PEYRANO, Guillermo F., *El art. 152 bis del Código Civil. Avance notorio en la consideración de las personas afectadas en su salud mental, que requiere ser nuevamente actualizado*. URL: http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/elart.-152-bis-del-c.c.-avance-notorio-de-la/at_download/file. Pág. 1.

sostenible a la luz de los desarrollos de la medicina y de la psicología. Resultaba imprescindible reconocer la existencia de esos estados intermedios...”²⁸. En materia de capacidad y en términos generales, la ley realizó importantes reformas como la supresión de la incapacidad de la mujer casada, la disminución de la mayoría de edad a los 21 años y aun cuando pareciera que la norma introducía una cuña en el sistema capacidad-incapacidad, esto no era tan así ya que en realidad se basaba en el mismo sistema anterior.

Igualmente, es menester admitir el avance en materia de salud mental, ya que originalmente el Código Civil definía a los dementes como “los individuos, de uno y otro sexo, que se hallen en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad, aunque tengan intervalos lúcidos o la manía sea parcial” (art. 131). Tras haber sido ampliamente criticada la definición, “...la reforma de 1968 impuso el criterio médico-jurídico para la declaración de la demencia: se debía acreditar la enfermedad mental y que esa enfermedad impedía al insano dirigir su persona o administrar sus bienes”²⁹ y “...modificó el régimen de los enfermos mentales con una orientación de defensa de la persona, ampliando su posibilidades de internación”³⁰, cuyo objetivo principal era no solo amparar la seguridad del enfermo y de terceros, sino también brindar la asistencia terapéutica que se creía necesaria y obligatoria para ese entonces. Lo negativo de este régimen es que, en materia procesal, las autoridades policiales podían ejercer por *motu proprio* la facultad de internar al “enfermo” mental y no se establecía un plazo para comunicarle al juez a favor de su evaluación y eventual (o no) orden judicial que lo egresara del establecimiento en el que había sido internado.

Es importante aclarar que la normativa continuaba evitando hacer referencia a la discapacidad per sé y pronto el mundo moderno obligaría al legislador a dedicarse a este sujeto que por años había sido categorizado y apartado indiscriminadamente de la sociedad.

²⁸ *Ibidem.*, pág. 2.

²⁹ RIVERA, Julio César, CROVI, Luis Daniel, *Derecho Civil – Parte General*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016. Capítulo 10, pág. 28.

³⁰ CROVI, Luis Daniel, *La capacidad de las personas con padecimientos mentales*, Buenos Aires: La Ley, 2011. Pág. 2.

c) Sistema de Protección Integral del Discapacitado - ley 22.431 (1981) y Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad – ley 24.901 (1997)

La ley 22.431, mejor conocida como el “Sistema de Protección Integral de los Discapacitados”, se encontraba vigente en la Argentina desde marzo de 1981 y es de gran importancia para nuestro trabajo ya que fue la primera normativa nacional que define al discapacitado en su articulado y establece la existencia de un certificado que acredite su estado.

Con anterioridad a la publicación de esta ley, la regulación en materia de discapacidad “...consistía en normas dirigidas a resolver situaciones puntuales en la materia. A partir de la puesta en vigencia de esta ley madre y su Decreto Reglamentario 498/83 nos es posible accionar en términos jurídicos desde un concepto que abarca todos los aspectos de la discapacidad”³¹. Se podría decir que esta norma se ve complementada por la ley 23.876 y la ley 24.308 pero la más importante es la ley 24.901. Esta ley es mejor conocida como el “Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de Personas con Discapacidad” y entró en vigencia en diciembre de 1997. Es una reforma a su antecesora, sin derogarla, y marca algunas diferencias con la normativa anterior aunque también reafirma que la manera de acreditar la discapacidad es mediante el certificado (art. 10).

La primera de estas normas (ley 22.431) define al discapacitado como: “a los efectos de esta ley se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral” (art. 2), y es la ley 24.901 la que, 16 años después, incorpora a esa misma definición “alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental...” y elimina la disyuntiva

³¹ FUENTES, Patricia, *Tesina: Discapacidad en la República Argentina. Aspectos normativos*, Instituto Universitario de Ciencias de la Salud: 2014. URL: <http://www.barcelo.edu.ar/greenstone/collect/tesis/index/assoc/HASH01ad.dir/Tesina%20Fuentes%20Patricia.pdf> consultado 18/11/2015. Pág. 22.

“física o mental” (Art. 9). Es el artículo 10 el que “...define que la discapacidad deberá acreditarse mediante un Certificado Único de Discapacidad el cual es establecido por el Art. 3 de la ley 22.431[...]”³², que fue posteriormente modificado por la ley 25.504. Esta última norma se analizará más adelante por tratarse de una norma sancionada y promulgada en el siglo XXI. Lamentablemente, no fue durante este siglo (XX) sino el siguiente que el certificado fue reglamentado y empleado.

Es claro que durante el siglo XX hay un claro avance a favor de la persona con discapacidad y, además, estas leyes permiten dar un impulso normativo que se acentúa durante el siglo XXI, el cual se encuentra vigente hoy en día.



³² FUENTES, Patricia, óp.cit., pág. 26.

Capítulo III: El impacto en la discapacidad a partir de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales

a) La reforma constitucional de 1994

La reforma constitucional giró en torno a una necesidad imperiosa de cambiar la Carta Magna por razones políticas ya que el Presidente democráticamente electo de ese entonces, Carlos Saúl Menem (Partido Justicialista), tuvo como interés ser reelegido cuando eso no era posible con la Constitución Nacional de 1853/60. En ese entonces, el artículo 30 de la Constitución Nacional establecía los requisitos para una reforma parcial o total de la Ley Fundamental siendo estos dos: 1) debe ser hecha por una Convención convocada para ese fin; 2) previamente debe ser declarada su necesidad por el voto de las dos terceras partes (como mínimo) de los integrantes del Poder Legislativo. Era este segundo requisito el que imposibilitaba la reforma y fue por eso que dicho presidente junto a su antecesor, Raúl Alfonsín (UCR), decidieron realizar un pacto.

El Pacto de Olivos se llevó a cabo el 14 de noviembre de 1993, sin la consulta a la población, y su principal objetivo fue canalizar los intereses de ambos mandatarios los cuales fueron receptados constitucionalmente en la reforma. A partir del pacto, “...el 29 de diciembre de 1993 se dictó la Ley 24.309 que justamente declaró la necesidad de la reforma parcial de la carta magna de 1853 (que ya ha habido sido retocada en los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1972)...”³³ lo cual permitió modificar la Constitución Nacional Argentina mediante un consenso político interpartidario.

“En 1994 la Constitución de la Nación Argentina recibió importantes enmiendas referidas a los derechos y garantías reconocidos a los habitantes del país y a la estructura, funcionamiento y atribuciones del poder. Esa reforma [...] tuvo la virtud de unificar la

³³ HITTERS, Juan Carlos, *La reforma de la Constitución Argentina de 1994 y los tratados sobre Derechos Humanos a 20 años de su vigencia – Homenaje al Vigésimo Aniversario de la Reforma Constitucional de 1994*, Buenos Aires: Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. U.N.L.P., 2014. Pág. 1.

legitimación constitucional [...] y, una vez sancionada, nadie percibió que fuera el triunfo de unos sobre otros. Por fin, después de una larga historia de desavenencias institucionales, la Constitución Nacional fue la ley que une a la diversidad cultural”.³⁴

b) Los tratados internacionales del artículo 75, inciso 22.

La introducción de los tratados internacionales en la Ley Fundamental no es innovador en la Carta Magna reformada de 1994, sino que la constitución de 1853 y sus posteriores modificaciones abordaban el tema en artículos tales como el 27, el 31, el 67 inciso 19 y el artículo 86 inciso 14. Sin embargo, no se le daba un tratamiento o análisis exhaustivo y particular que permitiera que los mismos pudieran ser incorporados al derecho privado que rige para la sociedad en el día a día. Fue a partir de la creación de las Naciones Unidas (1945), la finalización de la Segunda Guerra Mundial y la creación de la Organización de los Estados Americanos (1948) que los mismos comenzaron a tener mayor importancia en el derecho internacional y pudieron ser incorporados al derecho interno del país.

Previo a la reforma constitucional es que el artículo 3° de la ley 24.309 sostenía que “entre los temas habilitados para el debate de la Convención Constituyente, [se ubicaba] la forma de integrar los tratados internacionales y qué jerarquía tendrían los mismo”³⁵. A partir de la estabilidad económica proporcionada durante el gobierno de Menem y la necesidad de revalorizar los derechos humanos desde el oscuro período de la dictadura militar argentina (1976-1983), es que mediante la Constitución Nacional se terminó el aislamiento con la Comunidad Internacional y se suscribieron a numerosos tratados internacionales sobre la materia, como por ejemplo la Convención Americana sobre

³⁴ GELLI, María Angélica; “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, 4ta edición ampliada y actualizada.-4ª ed. 4ª reimp.” Buenos Aires, La Ley: 2011. Tomo I, Pág. XXII.

³⁵ GEORGION, Agustín Eduardo, *La cuestión de la “jerarquía constitucional” de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos – situación antes de la reforma constitucional de 1994 – La intención del constituyente al incorporarlos a la constitución – La interpretación posterior.* URL: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-cuestion-de-la-jerarquia-constitucional-de-los> Consultada 03/03/2016. Pág. 6.

Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros y a los cuales se les debe adherir aquellos tratados y convenciones que con anterioridad fueron suscriptos por la Nación como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros, tratados a los que se les dio jerarquía supra constitucional en los casos relacionados a los derechos humanos. Esto sucedió al momento de la incorporación del artículo 75, inciso 22 en la Constitución Nacional que "...otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, y se aplican respecto de estos derechos los principios surgidos de la jurisprudencia nacional e internacional y de la doctrina comparada..."³⁶. Es interesante remarcar que "con la reforma constitucional [...] comenzó un proceso de constitucionalización del Derecho Civil, que obligó a *aggiornar* la normativa de fondo y de forma a los estándares mínimos de derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional (Art. 75, inc. 22 CN) o reconocidos con jerarquía supra legal (Art. 31CN)"³⁷.

"A favor de los resuelto en el precedente "Ekmekdjian c/ Sofovich" (1992), quedaba claro en el seno de la Convención Constituyente de 1994, que los tratados y pactos internacionales, cualquiera fuese su tipo o modalidad, debían prevalecer sobre las leyes. [...] La reforma constitucional de 1994, dispuso expresamente que todos los tratados están por encima de las leyes, sean bilaterales; multilaterales, acuerdos de integración o concordatos con la Santa Sede. Salvo en el caso de los Tratados de Derechos Humanos con Jerarquía constitucional [como es el caso de Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1997) y la Convención sobre Imprescriptibilidad de

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003, Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos - Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. URL: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf consultado 12/04/16. Pág. 1.

³⁷ OLMO, Juan Pablo, *Ver o no ser: la entrevista personal con el juez en la revisión de la sentencia sobre el ejercicio de la capacidad jurídica – Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A~P. S., E. I. s/ art. 152 ter del código civil~2014-06-06*, Buenos Aires: DFyP, 2015. Pág. 2.

Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad (2013) entre otras] los convenios internacionales están por debajo de la Constitución Nacional³⁸”.

Es importante aclarar que en caso de que se requiera otorgarle a otros tratados o convenciones de derechos humanos la jerarquía constitucional que se merecen, no se requiere una reforma constitucional parcial o total ya que en este inciso se establece un procedimiento especial mediante el cual “... el presidente de la Nación puede negociar y firmar aquellos tratados; a su turno el Congreso puede aprobarlos en trámite ordinario; luego el Poder Ejecutivo deberá iniciar los trámites de ratificación. Con ello la convención respectivamente ingresará al derecho positivo argentino por sobre las leyes, pero por debajo de la Constitución. Si, además, el Congreso decide otorgarle jerarquía constitucional, deberá reunirse dos tercios de los miembros totales de cada Cámara para votar afirmativamente la cuestión”³⁹, lo cual sucedió, por ejemplo, con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en 2014 mediante la ley 27.044.

c) La discapacidad en el artículo 75, inciso 23 de la Ley Suprema

Este inciso responde a la orientación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que en su Opinión Consultiva 18 hace referencia a los elementos constitutivos del principio de protección de los derechos humanos siendo que los mismos se relacionan con la igualdad ante la ley, la igual protección ante la ley y la igualdad y no discriminación. Allí mismo se establece que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que creen situaciones de discriminación y deben adoptar medidas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en la sociedad y erradicar las realizadas por terceros.⁴⁰

El inciso bajo estudio hace referencia a la igualdad positiva y a la seguridad social e impone al Congreso Nacional “legislar y promover medidas de acción positiva que

³⁸ GELLI, María Angélica; “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, 4ta edición ampliada y actualizada.-4ª ed. 4ª reimp.” Buenos Aires, La Ley: 2011. Tomo II, Pág. 219 y 220.

³⁹ Ib., pág. 228

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, óp.cit.

garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales de derechos humanos [...]”⁴¹, y pretende proteger a grupos particulares de personas que históricamente fueron vulnerados como son los niños, las mujeres, los ancianos y los discapacitados.

La combinación de legislar y promover establece la fuerza de la norma y su plena operatividad, que en caso de que no sea observado implicaría una omisión inconstitucional y una afectación directa al sistema de derechos (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: causa "Z., A. M. Insania" – 2014⁴²). Esta normativa representa el reconocimiento de los derechos que corresponden a las personas con discapacidad y el establecimiento de que ellos “[...] están protegidos de modo preferente, privilegiado, y que el Estado (...) [debe] promover medidas de acción positiva para garantizar su concreta, real y efectiva tutela [...]”⁴³.



⁴¹ KRAUT, Alfredo J. y DIANA, Nicolás, *Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria*, Buenos Aires: Revista Jurídica Argentina La ley, 8 de junio 2011. Pág. 2.

⁴² JUNYENT DE DUTARI, Patricia, *Nuevos paradigmas en materia de derechos humanos y personas con padecimiento mental. Respeto a su autodeterminación y articulación de modos de apoyo superadores de la curatela*. Buenos Aires: L.L. RDFyP, n°10, noviembre 2014. Pág. 9.

⁴³ BERIZONCE, Roberto O., *Normas procesales del Código Civil y Comercial de la Nación. Personas con capacidades restringidas.*, Buenos Aires: La Ley, 12 de mayo de 2015. Pág. 2.

Capítulo IV: Transformaciones legales del siglo XXI

La regulación en materia de discapacidad se ve alcanzada por un sinnúmero de normas nacionales y provinciales cuya jerarquía en el derecho interno varía ya que nos podemos encontrar con leyes, decretos y resoluciones, además de dos convenciones internacionales, una de las cuales tiene jerarquía constitucional que configuran un avance en el tema aquí tratado.

La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la OEA fue el primer instrumento internacional en ser acogido por la Argentina en el año 2000, mientras que la Convención Internacional sobre Derechos de la Persona con Discapacidad de la ONU formó parte del derecho interno al ser ratificada en el 2008, para luego obtener jerarquía constitucional desde el 2014 por ley 27.044. En adhesión a esto, hay un amplio espectro normativo que regula la cuestión de la discapacidad y los derechos que le corresponden, tales como las leyes 22.431 (1981), 24.901 (1997) analizadas con anterioridad y las leyes 25.280 (2000), 25.507 (2001), 26.378 (2008), Acordada CSJN n° 5/2009, ley 26.657 (2010) y la ley 27.044 (2014), las cuales serán analizadas a continuación comenzando con la ley 25.280 (2000), siendo esta la modificación de una norma anterior, hasta la Ley de Salud Mental (2010). Es importante destacar que no todas estas normas se encuentran vigentes.

a) Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad - Ley 25.280 (2000)

En julio del 2000 se sanciona y promulga la ley que aprueba la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la cual fue suscripta en Guatemala en junio de 1999, incorporándola a nuestro derecho interno.

Esta norma no es la primera que, en materia de discapacidad, obliga al compromiso a favor de las personas con discapacidad. Sin embargo, es a través de ella que se acepta la definición de la discapacidad prevista en su artículo I, punto 1 al afirmar que “El término discapacidad significa una 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”.

Esto permite afirmar, como lo establece la Dra. Agustina Palacios, que “la aceptación del concepto mencionado anteriormente significa reconocer la responsabilidad que le cabe al Estado, con relación a actos que, por acción o por omisión, conlleven a la causa, no- mejoramiento o agravamiento de la discapacidad; como así también a la no-integración de las personas que requieren un tratamiento especial para gozar de los derechos básicos que le son reconocidos por el solo hecho de ser seres humanos”⁴⁴. Lo dicho recientemente puede verse reflejado en el artículo III de la ley, el cual obliga a los Estados a realizar una serie de medidas a favor de la eliminación y prevención de la discriminación y sus formas; la integración de las personas con discapacidad; la facilitación en materia estructural del transporte, comunicación y acceso para personas con discapacidad; campañas de educación para la sensibilización de la población a favor del respeto y la convivencia con las personas con discapacidad, entre otras cosas.

Es a través de este instrumento que se pretende garantizar a las personas con discapacidad el goce de sus derechos mediante la disminución de las barreras que le impiden a este sector vulnerable integrarse a la sociedad. Como dice la Dra. Palacios, “la introducción en nuestro derecho de la Convención Interamericana significa un avance y un nuevo compromiso por parte del Estado argentino [...]”⁴⁵, lo que demuestra que el Estado es, en parte, responsable de garantizarles a las personas con discapacidad el goce de sus derechos básicos, aunque los jueces también deben contar con las herramientas suficientes para aplicar las normas vigentes y debe ser la comunidad la que debe aunar a favor de las personas con discapacidad y a favor de su integración a la sociedad.

⁴⁴ PALACIOS, Agustina, *Derecho a la igualdad y medidas de acción positiva*. Buenos Aires: Revista Quorum – Revista del Colegio de Abogados de Mar del Plata, diciembre 2000. Pág. 1.

⁴⁵ *Ibidem.*, pág. 7.

b) Ley 25.504 (2001), su Protocolo Facultativo (2009) y el Protocolo de Evaluación y Certificación de la Discapacidad y el modelo de Certificado Único de Discapacidad - (Resolución 558/2016)

La ley 25.504 es un complemento de las leyes 22.431 y 24.901, anteriormente mencionadas, y es conocida como la Ley de Certificado Único de Discapacidad.

Inicialmente, la ley 22.431 (1981) estableció la manera de certificar la discapacidad de la persona, siendo esto un avance significativo en materia legislativa, ya que implicó la posibilidad de identificar al sujeto y, por ende, darle una protección que le permitiera acceder a una igualdad en todos los ámbitos de la vida. Sin embargo, aun cuando la misma en su redacción instauró un procedimiento de certificación a través de la Secretaría de Estado de Salud Pública, la realidad es que en términos generales no fue posible ponerlo en práctica. La norma en su articulado establecía que “La Secretaría de Estado de Salud Pública certificará en cada caso la existencia de la discapacidad, su naturaleza y su grado, así como las posibilidades de rehabilitación del afectado. Dicha Secretaría de Estado indicará también, teniendo en cuenta la personalidad y los antecedentes del afectado, qué tipo de actividad laboral o profesional puede desempeñar. El certificado que se expida acreditará plenamente la discapacidad en todos los supuestos en que sea necesario invocarla, salvo lo dispuesto en el artículo 19 de la presente ley”.

Fue su posterior modificación a través de la ley 25.504 sancionada y promulgada en el 2001 la que permitió, mediante la modificación del artículo citado anteriormente, agregar a dicho artículo: “[...] las posibilidades de rehabilitación del afectado [...]” brindándole un nombre específico al certificado denominándolo “Certificado Único de Discapacidad” y estableciendo que el mismo tiene un alcance nacional⁴⁶. Es importante aclarar que esta

⁴⁶ **ARTICULO 1º** — Modifícase el artículo 3º de la Ley 22.431, que quedará redactado de la siguiente forma: El Ministerio de Salud de la Nación certificará en cada caso la existencia de la discapacidad, su naturaleza y su grado, así como las posibilidades de rehabilitación del afectado. Dicho ministerio indicará también, teniendo en cuenta la personalidad y los antecedentes del afectado, qué tipo de actividad laboral o profesional puede desempeñar.

norma invoca la posibilidad de que haya certificados emitidos por las provincias, y afirma que “[...] idéntica validez en cuanto a sus efectos tendrán los certificados emitidos por las provincias adheridas a la Ley 24.901, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que se establezcan por reglamentación”. Es interesante destacar que, en su redacción original, la norma indicaba que el ente que debía certificar la discapacidad era la Secretaría de Estado de Salud Pública y fue modificado en el 2002 a partir de la ley 25.635, para que fuera el “Ministerio de Salud de la Nación” quien realizara esta labor.

Es importante recalcar el hecho de que, en la práctica, la obtención del Certificado Único de Discapacidad es requerido para “cualquier trámite relacionado con la salud, el transporte, el cobro de pensiones, o la exención impositiva, solo por mencionar algunos aspectos relacionados con la calidad de vida del discapacitado [...]”⁴⁷, lo cual fue posible a partir de la ley 25.504.

Posteriormente, en el año 2009, la Resolución 675/2009 dictada por el Ministerio de Salud, aprueba el Modelo de Certificado Único de Discapacidad mencionado en la ley analizada recientemente y el Protocolo de Evaluación y Certificación de la Discapacidad. Este nuevo protocolo “...responde a la obligación de cumplimentar la adhesión de la República Argentina al poner en práctica la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF) herramienta aprobada por la OMS [en mayo 2001] a ser aplicada en todas las jurisdicciones [...] como así también la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud (CIE-10)”⁴⁸. Esto muestra la imperiosa necesidad de asemejar la forma de certificar la discapacidad en todo el país además de la posibilidad de realizar un “...registro sistemático, el análisis, interpretación y comparación de datos de morbilidad y mortalidad a los fines

El certificado que se expida se denominará Certificado Único de Discapacidad y acreditará plenamente la discapacidad en todo el territorio nacional en todos los supuestos en que sea necesario invocarla, salvo lo dispuesto en el artículo 19 de la presente ley.

Idéntica validez en cuanto a sus efectos tendrán los certificados emitidos por las provincias adheridas a la Ley 24.901, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que se establezcan por reglamentación.

⁴⁷ Cámara de Diputados de la Nación, *Sesiones ordinarias 2002 – Orden del día n°1654: Comisiones de Discapacidad y de Acción Social y Salud Pública*, 2002. URL: <http://www4.diputados.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-120/120-1654.pdf> consultado 14/02/2015

⁴⁸ FUENTES, Patricia, óp.cit., pág. 31

epidemiológicos y estadísticos (CIE-10), mientras que la CIF clasifica el “funcionamiento”⁴⁹ y la “discapacidad” en asociación a las condiciones de salud, conservándose neutral con respecto a la etiología”⁵⁰.

A partir de la Resolución 558/2016, publicada por el Ministro de Salud en mayo del 2016 en el Boletín Oficial de la República Argentina, se modificó el Protocolo de Evaluación y Certificación de la Discapacidad aprobado mediante la Resolución 675/2009 al tenerse en cuenta la ley 22.431 (art. 3), la ley 24.901 (art. 10), el Decreto 762/1997 (art. 4), Decreto 1193/98 (art. 10 de anexo I), la Resolución 675/2009 del Ministerio de Salud, la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF) y las modificaciones en la normativa dictada por el Servicio Nacional de Rehabilitación.

Esta actual modificación implica un cambio en la práctica que facilita la incorporación de la persona con discapacidad al sistema de certificación, agrega de manera explícita la modalidad de CIE-10, como fue analizado recientemente, y se tiene en cuenta no solo su estado de salud, sino también aspectos socio-económicos como los familiares, los relacionados con la habitación y la educación entre otros (Ver Anexo 1 de Protocolo de Evaluación y Certificación de la Discapacidad⁵¹).

c) La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la ley 26.378 (2008) y la ley 27.044 (2015)

⁴⁹ “El concepto de funcionamiento se puede considerar como un término global, que hace referencia a todas las Funciones Corporales, Actividades y Participación; de manera similar, discapacidad engloba las deficiencias, limitaciones en la actividad, o restricciones en la participación” (CIF). Organización Mundial de la Salud, Organización Panamericana de la Salud y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales – Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad. Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud – Versión abreviada*. Grafo, 2001. URL: http://aspacenet.aspace.org/images/doc/cif_2001-abreviada.pdf consultado 02/06/2016. pág. 4.

⁵⁰ FUENTES, Patricia, óp.cit., pág. 32.

⁵¹ Ministerio de Salud, *Sistema de Protección Integral a Favor de las Personas con Discapacidad - Resolución 558/2016*. URL: <https://www.boletinoficial.gob.ar/pdf/linkQR/NTF5dWtJaElsejQrdTVReEh2ZkU0dz09> Consultado 04/05/2016

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, como resultado de un largo proceso compuesto por varios actores. Se convirtió en el primer instrumento y la primera convención sobre derechos humanos que se ve aprobada en el siglo XXI y cuya base es el modelo social el cual fue definido y caracterizado en el Capítulo I. Su redacción y posterior aprobación implicó un avance significativo en materia de derechos humanos, ya que con anterioridad a ella se protegía a las personas con discapacidad mediante normas no vinculantes (*soft law*) o resoluciones (por ejemplo la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental). En la actualidad, esta convención refleja una protección efectiva del derecho de las personas con discapacidad y el resguardo de este sector vulnerable de la población mediante normas específicas.

Es menester resaltar que la Convención "...establece el modelo social de discapacidad – reconoce los principios de legalidad, inclusión, no discriminación y ciudadanía [...] con la mira puesta en un acceso efectivo a sus derechos fundamentales, en especial el derecho a la igualdad, a la no discriminación, a la dignidad, a la vida, la libertad personal, la identidad, la imagen, la intimidad, los derechos sexuales y reproductivos, así como a la personalidad y a la capacidad jurídica “en igualdad de condiciones con los demás y sin discriminación por motivos de discapacidad, lo que incluye no solamente la capacidad de tener derechos, sino de obrar”⁵² para con las personas con discapacidad⁵³, y supone un importante cambio de paradigma basado en la autonomía y dignidad tal como se estableció en un fallo del Tribunal de Familia n°2 del Departamento de Morón.⁵⁴

⁵² KRAUT, Alfredo Jorge, *La discapacidad mental es una cuestión de derechos humanos*. Buenos Aires: Opinión del Diario Página 12, 28 de octubre de 2014. <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/La-discapacidad-mental-es-una-cuestion-de-derechos-humanos-Por-Alfredo-Kraut.pdf> consultado 12/06/2016. Pág. 1.

⁵³ Esta normativa fue puesta en práctica jurisprudencialmente como se puede observar en el fallo Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, “González, Andrea Marina s/ Insania y Curatela. Con sus acumuladas C.118.473 G., J.E. s/ Abrigo” y C.118.474 en el voto del Dr. Pettigiani.

⁵⁴ GIOVANETTI, Patricia S. y ROVEDA, Eduardo G., *La revisión periódica del art. 152 ter. El derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable*. Buenos Aires: DFyP, 16 de febrero del 2015. Pág. 1.

“Este nuevo instrumento supone importantes consecuencias para las personas con discapacidad, contando entre las principales, la “visibilidad” de este colectivo dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, la asunción indubitada del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, y el contar con una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de estas personas”⁵⁵. Esta Convención no debe ser interpretada de manera aislada, sino que la misma “...prevé medidas, tanto de no discriminación como de acción positiva, que los estados deberán implantar para garantizar que las personas con discapacidad puedan disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones que las demás personas”⁵⁶, y obtuvo un número elevado de signatarios en el día de apertura a firma ya que 82 países firmaron y ratificaron la Convención⁵⁷.

En materia de capacidad y considerando lo dicho por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la CDPD), se entiende que “la capacidad jurídica y la capacidad mental son dos conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (Capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). [...] La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales [...]. Los Estados partes no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos [...]”⁵⁸. Esto implica un reconocimiento por

⁵⁵ PALACIOS, Agustina, *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid: Ediciones Cinca, 2008. Pág. 236

⁵⁶ Real Patronato sobre Discapacidad, Universidad Autónoma de Madrid, Fundación General de la Universidad Autónoma de Madrid, Centro de Psicología Aplicada de la Universidad Autónoma de Madrid, Grupo UAM-Fácil Lectura, *Convención Internacional de Naciones Unidas sobre el Derecho de las Personas con Discapacidad – En fácil lectura*. URL: http://www.ungs.edu.ar/ms_ungswp-content/uploads/2011/10/ConvencionLecturaFacil.pdf consultada 14/5/2016.

⁵⁷ Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad*. URL: <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=497> consultado 12/03/2016.

⁵⁸ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General n°1 – Artículo 12: Igual reconocimiento ante la ley*, 11° período de sesiones: abril 2014. Artículo 12, párrafo 2 y 3. Pág. 3 y 5. URL:

parte del organismo internacional, de que todas las personas con discapacidad tienen el derecho de que se les reconozca su personalidad jurídica (art.12.1) y que tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás personas en todos los aspectos de la vida (Art. 12.2).

En la Argentina, la Convención obtuvo fuerza de ley en el 2008 a partir de la sanción por parte del Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina mediante la ley 26.378. Es importante destacar que la Convención, en el Preámbulo inciso e), reconoce “[...] que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, lo que permite, en principio, afirmar y admitir que el concepto de persona con discapacidad es variable según la época y el contexto (como se pudo observar en el Capítulo 1 considerando su evolución histórica). Este fragmento inicial del instrumento permite asumir que, al menos en un primer momento, esta norma puede complementar las leyes nacionales que definen a la discapacidad y que vimos con anterioridad, ya que se centra no tanto en el concepto en sí, sino más bien en las causas de la discapacidad o, al menos, su relación con la sociedad.

Sin embargo, es en el artículo primero que, a partir de la determinación del propósito u objetivo de la Convención, el legislador decide añadir la definición de discapacidad al afirmar que “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”. La noción de persona con discapacidad que se emplea en este instrumento internacional se relaciona con el modelo social el cual se basa “...en las limitaciones de la propia sociedad”⁵⁹ y se puede observar que a partir de este modelo y la definición proporcionada por la Convención “...la discapacidad estaría compuesta [a diferencia de la deficiencia] por los factores sociales que restringen, limitan o

<http://www.villaverde.com.ar/es/assets/investigacion/discapacidad/Comite-ONU/CRPD-og1-castellano.pdf>
consultado 15/04/2016

⁵⁹ PALACIOS, Agustina, *Ibidem.*, pág. 122.

impiden a las personas con diversidad funcional, vivir una vida en sociedad”⁶⁰ teniéndose muy presente el contexto social en el que la persona con discapacidad se desenvuelve y desarrolla. Esto significa que, en el marco de la normativa bajo análisis, “...la discapacidad resulta tal debido a los obstáculos sociales, económicos, sanitarios y culturales que impiden la accesibilidad y el ejercicio de los derechos – capacidad jurídica – de las personas”⁶¹.

Fue el mismo día que entró en vigor la Convención, que se incorporó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (OP-CRPD, por sus siglas en inglés), cuyo texto y estructura se basa, en gran medida, en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Es a través de su artículo primero que permite a las partes reconocer la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para examinar las denuncias de particulares al establecer que “todo Estado Parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (“el Comité) para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a jurisdicción que aleguen ser víctimas de violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención, o en nombre de esas personas o grupo de personas[...].”

Como se dijo en el capítulo anterior, a partir de la reforma constitucional de 1994, se incorporaron tratados internacionales en materia de derechos humanos que tenían jerarquía supra-constitucional. Esto sucedió con la Convención Sobre las Personas con Discapacidad a fines del 2014 mediante la ley 27.044. Esto es un cambio significativo en materia legislativa ya que, al momento que sucede esto, se encontraba vigente el Código Civil Velezano, la LSM y la ratificación de la convención y posterior incorporación a la Ley Suprema implica enmendar una serie de interrogantes creados por estas normas nacionales “[...] con esta legislación se permite que la persona pase de una categoría de objeto de protección, que era el inicio de nuestro Código Civil en 1861, a un ser sujeto de protección. Es decir, un sujeto de derecho que con la Convención Internacional de las

⁶⁰ *Ibidem.*, pág. 123.

⁶¹ CAPRIA, Luciana, DÍAZ FORNIS, María Fernanda, FRÍAS, Javier, GARZÓN, Ana Cecilia, GIMENEZ, Mauro, GIOJA, Luciana, OSZURKIEWICZ, Juan Pablo, ZUBIARRAIN, Patricia Alejandra, SABINA BARESI, Mariana, *óp.cit.*, pág. 3.

Personas con Discapacidad, le permite y lo pone en una situación de tomar decisiones y hacer aportes para la legislación”⁶². Además, su incorporación como norma supra-legal implica que los principios, normas y disposiciones son superiores jerárquicamente a todas las restantes normas o, más precisamente, que “...implica que los tratados [con jerarquía constitucional] tendrán, junto con la Constitución formal, supremacía por sobre todo otro ordenamiento federal o provincial [...]”⁶³ y complementan a la Constitución según las garantías y derechos en ella plasmados.⁶⁴

Partiendo de esta base y teniendo en cuenta lo analizado hasta acá, me encuentro en la posición de comentar que, a mi parecer, la aprobación y ratificación de esta convención implica un avance significativo en materia de discapacidad al establecer de manera clara los derechos y garantías de las personas con discapacidad y algunas de las medidas a realizar por el Estado. Sin embargo, es interesante pensar que esta norma irrumpe con otras definiciones de persona con discapacidad que fueron citadas precedentemente. Esto es así, ya que, hasta aquí, pareciera que tenemos una superposición de normas nacionales con igual jerarquía en el derecho interno al igual que como sucede con las leyes 24.901 y 25.280; empero, en diciembre del 2014 y mediante la ley 27.044, el Honorable Congreso de la Nación Argentina le otorga a esta Convención la Jerarquía constitucional que se merece en los términos del artículo 75, inciso 22 de la Ley Suprema, lo que genera un mayor conflicto a la hora de definir quienes son consideradas personas con discapacidad, y quienes no.

⁶² SANCHEZ, Tatiana, *La evolución del derecho para la persona con discapacidad*, Diario El Tribuno: 22 de diciembre 2013. URL: <http://www.eltribuno.info/la-evolucion-del-derecho-la-persona-discapacidad-n357637> consultado 08/02/2016

⁶³ TORRES LÉPORI, Alejandro, *Los Tratados Internacionales en la Constitución Argentina*, Buenos Aires: Revista Derecho UBA. URL: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/67-68/los-tratados-internacionales-en-la-constitucion-argentina.pdf> consultado 11/03/2016. Pág. 11.

⁶⁴ Esto puede verse reflejado en el fallo “G. G. ,G. c/ F. d. I. P. d. B. A. s/ Daños y perjuicios” (2015) en el voto del Dr. De Lázari. URL: <http://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=127216>

d) Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad y la acordada n°5/2009

Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad es un documento que fue aprobado en marzo del 2008 durante la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana. El mismo se encuentra compuesto por una exposición de motivos y cuatro capítulos los cuales engloban no sólo definiciones puntuales de los beneficiarios, sino también una serie de medidas que permite que las personas en condiciones de vulnerabilidad se vean protegidas y sus derechos se vean defendidos en la práctica.

La finalidad del instrumento se encuentra definida en la parte preliminar del primer capítulo, y establece que las reglas “tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial”, lo que permite llegar un poco más lejos en materia de protección de los derechos de las personas en estas condiciones, ya que las Reglas son disposiciones medianamente prácticas y no una mera exposición de los derechos que deben ser garantizados para con estas personas. Es allí donde “...se detallan las medidas adecuadas para garantizar el acceso a la justicia de las personas más vulnerables por razones de edad, discapacidad, pertenencia a comunidades indígenas o minorías, victimización, migración o desplazamiento interno, pobreza, género o privación de la libertad. La importancia de estas reglas reside en que tienen como destinatarios a todos los actores del sistema de justicia y a quienes intervienen de una u otra forma en él”⁶⁵. Es importante establecer que los derechos y la exposición de los mismos, sin un instrumento que permita fomentar e impulsar medidas que puedan llevar a cabo el efectivo cuidado y protección de los derechos y garantías de las personas en condiciones de

⁶⁵ VILLAVARDE, María Silvana, *Una nueva mirada sobre la discapacidad*, URL: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/890B7A97CCFC3C4405257C97005CA1C6/\\$FILE/nueva-mirada-fundejus\(2\).pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/890B7A97CCFC3C4405257C97005CA1C6/$FILE/nueva-mirada-fundejus(2).pdf) consultado 01/03/2016. Pág. 1.

vulnerabilidad, poco valor tiene a la hora de enfrentar la realidad de las personas que lo padecen.

Es ante esto que, un año más tarde de la aprobación efectiva de las Reglas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, decide adherirse a las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad mediante la aprobación de la acordada n°5/2009 que se encuentra en el expte. N° 821/2009. Es la Corte la que establece allí que “[...] dichas Reglas resultan una valiosa herramienta en un aspecto merecedor de particular atención en materia de acceso a justicia, a cuyo efectivo mejoramiento el Tribunal se ha comprometido a contribuir, entre otras medidas, mediante la creación de la Comisión Nacional de Acceso a Justicia”.

Es interesante comentar que es en el apartado 3 de la sección segunda del capítulo primero que se hace referencia a la discapacidad ya que las personas con discapacidad son consideradas personas en situación de vulnerabilidad y, por ende, son destinatarias o beneficiarias de las Reglas. Primeramente, se hace referencia al concepto de las personas en situación de vulnerabilidad y se establece que “[...]son] aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. “Corresponde recordar, al respecto, que el Capítulo I, Sección 2ª, numerales 7) y 8), de las Reglas de Brasilia, establecen que se entiende por discapacidad "la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social; y que los Estados deben procurar establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación"⁶⁶ siendo esta misma la definición empleada en el año 2000 mediante la ley 25.280.

⁶⁶ KRAUT, Alfredo J. y DIANA, Nicolás, *Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria*, Buenos Aires: La ley, 2011. Pág. 12

Es importante aclarar que este concepto no anula la definición de la discapacidad de la ley 26.378 (2008), ya que la acordada de la Corte Suprema de Justicia es una resolución de carácter administrativo y general referida a asuntos vinculados con la actividad de los tribunales y los demás organismos judiciales, lo que implica que en la pirámide de Kelsen tiene una posición jerárquica menor que una ley nacional como la nombrada con anterioridad. Igualmente, es interesante observar cómo el Tribunal Supremo Judicial Nacional vuelve, al menos relacionado con la discapacidad, a una definición anterior de las personas en condiciones de vulnerabilidad.

e) La Ley de Salud Mental – ley 26.657 (2010)

A partir de la incorporación al derecho interno de la CDPD (ley 26.378), se le impuso a la Argentina y a sus legisladores una modificación en el régimen legal en materia de discapacidad para lo cual se sancionó la Ley de Salud Mental (ley 26.657). Esta norma modificó sustancialmente el esquema regulatorio del Código Civil de Vélez Sarsfield y su posterior reforma de la ley 17.711⁶⁷, y abrió el debate entre los distintos doctrinarios creando opiniones dispares. Algunos se encuentran a favor de la ley al considerar que incorpora conceptos de leyes internacionales y aporta una igualdad de posibilidades protegiendo a quienes padecen enfermedades mentales y/o adicciones. Mientras que otros, la postura mayoritaria, afirman que la LSM "...deja de lado el objeto principal, que es

⁶⁷ Algunos cambios: "a) flexibilización del sistema de incapacidad por razones de salud mental, siguiendo las tendencias contemporáneas a preservar, en lo posible, la autodeterminación personal. Se sustituye el régimen rígido de incapacidad de hecho por uno nuevo que a partir del principio de capacidad permite al juez en las declaraciones judiciales de incapacidad o inhabilitación "especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible" (art. 152 ter); b) accesibilidad y gratuidad de la atención sanitaria y social; c) adopción del modelo de "desinstitucionalización" en detrimento del tradicional modelo "hospitalario", que supone el carácter restringido y hasta excepcional de la internación como recurso terapéutico; d) abordaje interdisciplinario de la problemática que plantea la salud mental, en los ámbitos propios de la autoridad pública, administrativa y jurisdiccional, con la consiguiente repercusión en el proceso judicial incluyendo el régimen de las internaciones". BERIZONCE, Roberto O., *Normas procesales del Código Civil y Comercial de la Nación. Personas con capacidades restringidas.*, Buenos Aires: La Ley, 2015. Pág. 2.

mejorar la situación del enfermo mental al llevarlos afuera de la institución haciendo que él mismo esté en peores condiciones lo que conlleva [...a que...] no se ocupan de mejorar las condiciones materiales y humanas [...] empeorando su situación de vulnerabilidad con una grave deficiencia legal...”⁶⁸. Igualmente y más allá de esto, es incuestionable la importancia que representó la sanción y ejecución de esta ley y su respectivo decreto reglamentario nro. 603/2013 en materia de la incapacidad y la discapacidad mental. A la par de esto, considero que el contenido de la norma no fue el más acertado ya que incursiona en la materia de la salud mental en particular cuando podría haber tratado la cuestión de la discapacidad en general, representando un avance aun más significativo.

El artículo primero de la ley denota la evolución terminológica que se logró considerando que en el se hace referencia a “personas con padecimiento mental” lo cual difiere enormemente del término “demente” empleado en el Código Civil de la Nación que perdió vigencia en el 2015. En el articulado bajo análisis se establece el objeto de la norma incorporando los tratados internacionales que, a partir de la Constitución Nacional reformada en 1994, obtuvieron la jerarquía supra constitucional: “[la ley tiene][...]por objeto 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, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”⁶⁹. Es importante destacar que “[la ley] alcanza a todas las personas afectadas por algún padecimiento a su salud mental, y no sólo a quiénes, en razón de ello, hayan sido declaradas inhabilitadas o incapaces o estén en condiciones de ser

⁶⁸ ROBLES, Gabriela Leticia, *Salud Mental – Implicancias de la ley 26.657 y el nuevo Código Civil y Comercial. Derechos Humanos. Declaración de Inimputabilidad.* Pensamiento Penal. URL: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/doctrina41808.pdf> consultada 16/03/2015. Pág. 13.

⁶⁹ KRAUT, Alfredo J. y DIANA, Nicolás, óp.cit., pág. 11.

sujeto de tal modo de tutela”⁷⁰, lo que implica que la persona con discapacidad se ve alcanzado por esta norma.

Es de suma importancia aclarar que esta ley reconoció en su segundo artículo “[...] los principales lineamientos u orientaciones que resultan de numerosas declaraciones internacionales [...]”⁷¹ pero “...que no son técnicamente tratados internacionales y forman parte de lo que se denomina soft law [...] tales declaraciones o principios [...] carecen por regla general de contenido preceptivo, sin perjuicio de señalar que al no estar publicados son de dudosa eficacia”⁷², como los principios que se encuentran en La Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la reestructuración de la atención psiquiátrica dentro de los sistemas locales de la salud (1990), los Principios de Brasilia (1990) y los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (1991), los cuales “...la ley considera “instrumentos de orientación para la planificación de políticas públicas”. Esto implicó un avance fundamental, ya que hay una “...ampliación de derechos para la persona con discapacidad [a partir de] la aprobación en 2008 de la ley nacional 26.378, que incorpora a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al derecho argentino...”⁷³. En adhesión a esto, se puede observar que en materia de salud mental, la ley se ajusta a la CDPD ya que “...contempla a la salud mental como un proceso, flexible, complejo, variable, en movimiento, ligada a los tan diversos aspectos que atraviesan nuestra vida, al contexto en el que la desarrollamos y en particular a la posibilidad de concretar, ejercer, nuestros derechos”⁷⁴.

⁷⁰ RIVERA, Julio Cesar y HOOFT, Irene, *La nueva ley 26657 de Salud Mental*, Buenos Aires: Abeledo Perroy, 2011. Pág. 2.

⁷¹ MAZZINGHI, Gabriel M., *La ley de Salud Mental: un paso atrás (o varios)*, Buenos Aires: DFyP, 2014 Pág. 4.

⁷² RIVERA, Julio César, CROVI, Luis Daniel, óp. cit., capítulo 10, pág. 282-283.

⁷³ AMENDOLARO, Roxana, LAUFER CABRERA, Mariano, SPINELLI, Gabriela, *Salud Mental y Código Civil Argentino en el Siglo XXI: Cambio cultural interdisciplina, capacidad jurídica, internación – De cómo las prácticas modifican las visiones y las visiones de las prácticas*. Buenos Aires: Revista Interdisciplinario de Doctrina y Jurisprudencia – Derecho de Familia n°69, Ed. Abeledo Perrot , 2015. Pág. 45.

⁷⁴ CAPRIA, Luciana, DÍAZ FORNIS, María Fernanda, FRÍAS, Javier, GARZÓN, Ana Cecilia, GIMENEZ, Mauro, GIOJA, Luciana, OSZURKIEWICZ, Juan Pablo, ZUBIARRAIN, Patricia Alejandra, SABINA BARESI, Mariana. Óp.cit., pág. 1

Subsiguientemente, “...la ley 26.657 refuerza la regla de la capacidad para todas las personas (Art. 3) y afirma que no puede deducirse incapacidad solo por la existencia de un diagnóstico de padecimiento mental (Art. 5) e introduce en el Código Civil el art. 152 ter que obliga a una revisión por lo menos cada tres años de estas sentencias, avanzando en la línea de que el ejercicio de la capacidad jurídica es un proceso dinámico”⁷⁵. El artículo 152 ter, además, puede ser considerado como uno de los artículos más importantes en materia de capacidad incorporados al Código Civil ya que modificó “...el principio general en materia de incapacidad. Hasta ese momento, los incapaces eran por regla general incapaces, esto significaba que la sentencia que declaraba a una persona demente o inhabilitado le impedía realizar todos los actos de la vida civil, salvo en materia de inhabilitados los permitidos en el art. 152 bis derogado. Desde la vigencia de la ley 26.657 no solo los inhabilitados, sino también los incapaces del antiguo art. 54 pasaron a ser “en principio capaces” para todos los actos que el juez no limitaba en su sentencia. Actualmente el art. 23 del Código Civil y Comercial afirma el mismo postulado”⁷⁶.

Sin embargo, debo señalar que una de las deficiencias de la Ley de Salud Mental es que la misma se volvió un debate ideológico para doctrinarios y expertos en medicina más que una guía clara y precisa de los derechos de las personas con una alteración o incapacidad mental y una protección segura de los mismos. Es claro que la ley, en su momento, no logró subsanar correctamente la situación de las personas que sufrían la diferenciación y discriminación por la discapacidad, ya que no dota al sistema de mejores recursos humanos y/o económicos; sino que, por el contrario, puso en las normas un dejo ideológico basado en el movimiento de la antipsiquiatría que “...consiste [...] en una negación del concepto mismo de enfermedad mental y en un cerrado rechazo a los métodos de la psiquiatría tradicional [...] postula el cierre de los hospitales neuropsiquiátricos o clínicas psiquiátricas (monovalentes) que estuvieran en funcionamiento [...] y postula la prohibición de crear nuevas clínicas...”⁷⁷ además del hecho de que “la ley debió ser menos retórica y más preceptiva; los consejos, recomendaciones deben quedar reservados, en materia internacional, a los tratados y en el ámbito doméstico para las discusiones

⁷⁵ *Ibidem.*, pág. 6.

⁷⁶ RIVERA, Julio César, CROVI, Luis Daniel, *óp.cit.*, capítulo 8, pág. 242.

⁷⁷ MAZZINGHI, Gabriel M., *óp. Cit.*, Pág. 2.

doctrinarias, congresos, jornadas, etc.; el legislador debe brindarle al juez las normas, las pautas y métodos de interpretación son recursos propios de los magistrados [...y] reforzando la regla de que todos somos capaces jurídicamente, concepción que se encuentra enmarcado en el art. 3 inc. a) de la CDPD”⁷⁸



⁷⁸ CROVI, Luis Daniel, óp.cit., pág 4.

Capítulo V: EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN UNIFICADO (2015)

El 23 de febrero del 2011 se creó, a través del decreto presidencial n°191/2011, una Comisión a favor de la elaboración de un proyecto de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, el cual debía ser elevado en un plazo de 365 días corridos desde el momento en que se conformó la Comisión. Luego de efectuar un Anteproyecto y una serie de reformas por parte del Poder Ejecutivo, el texto fue finalmente aprobado por el Congreso de la Nación el 1 de octubre del 2014 mediante la ley 26.994 y entró en vigencia el 1 de agosto del 2015 (ley 27.077 del 2014), reemplazando el Código redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield (Código Civil) y el Código redactado por Eduardo Acevedo (Código de Comercio) en 1869 y 1862 respectivamente. El nuevo código se encuentra compuesto por un título preliminar con cuatro capítulos y seis libros que unifican el derecho civil y comercial en un único cuerpo normativo, el cual trata, de manera independiente, la parte general, las relaciones de familia, los derechos personales, los derechos reales, la transmisión de derechos por causa de muerte y las disposiciones comunes a los derechos personales y reales.

En gran medida, el Código Civil de Vélez era por demás arcaico y hubo una imperiosa necesidad de reformarlo a fin de que el nuevo código se articulara con las normas sancionadas con posterioridad al código anterior (como la Ley de Salud Mental, entre otras) y a los tratados y convenciones internacionales que rigen en nuestro país. Era importante además incluir aquello determinado por la jurisprudencia a lo largo de los casi 150 años entre un código y el otro mediante una ley clara y sencilla que posibilitara la disipación de los interrogantes doctrinarios.

Es importante tener en cuenta que este nuevo exégesis es un cuerpo normativo pluricultural "...que se inserta en la realidad actual de la Argentina, pues ajusta sus criterios y la interpretación de sus contenidos a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales de derechos humanos de los que la República es parte, abandonando definitivamente el proceso de retroalimentación endogámica que caracterizó por décadas la

evolución del derecho civil argentino, al tiempo que toma en consideración la realidad social, las modalidades vinculares y las complejidades de los ámbitos de consumo y las relaciones económicas, procurando proteger a las personas – a quienes posibilita un mayor despliegue de autonomía-, de las situaciones de abuso que puedan darse en el mercado”⁷⁹.

En esta oportunidad nos centraremos en la discapacidad introduciéndonos, primeramente, en la capacidad de la persona en el nuevo código para luego hacer referencia a la diferencia entre restricción de la capacidad, incapacidad y discapacidad. Subsiguientemente, se tendrá en cuenta la Ley de Salud Mental y su correlación con el Código Civil y Comercial de la Nación y sus principios. Finalmente se tendrá en cuenta la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el impacto sobre el código a partir de su incorporación a la Constitución Nacional en el artículo 75 inciso 22.

a) La capacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación

El nuevo código es revolucionario considerando la regulación de las relaciones privadas ya que se basa en la protección de la persona humana y sus derechos, lo cual puede verse reflejado en la constitucionalización del derecho privado establecido en los Fundamentos del texto provenientes de la doctrina internacional en materia de derechos humanos. Esto puede observarse en el régimen de capacidad que se encuentra plasmado en el Libro Primero – Parte General y dentro del Título I: Persona Humana al tratar sobre la capacidad.

Sobre esto es importante resaltar que el nuevo código importa un cambio significativo en materia de capacidad jurídica e institucionalización forzosa ya que para esta última “...el nuevo Código consagra la internación y la externación como un derecho

⁷⁹ HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado – Título Preliminar y Libro Primero (Artículos 1 a 400)*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – Presidencia de la Nación y Infojus Sistema Argentino de Información Jurídica, 2015. Tomo I: Pág. 24.

fundamental de la persona”⁸⁰, para lo cual se requiere necesariamente, su legalidad y respeto del debido proceso, incorporado a la normativa bajo análisis, lo cual se articula con los tratados internacionales ratificados (como la Declaración de Caracas, entre otros) y la normativa con rango constitucional (CDPD).

La capacidad se encuentra definida en el artículo 22 de la norma y es “...caracterizado como el grado de aptitud de la persona para ser titular de derechos y deberes jurídicos y para el ejercicio de las facultades que emanan de esos derechos o el cumplimiento de las obligaciones que implican los mencionados deberes”⁸¹, para luego hacer referencia a la capacidad de derecho o de goce y a la capacidad de ejercicio o de hecho (art. 23). Es importante tener en cuenta que, al igual que con el Código anterior, la capacidad jurídica se presupone, aunque en la legislación actual se volvió una de las reglas establecidas en el artículo 31 inciso a), y se especificó que es la capacidad jurídica de ejercicio la que se presupone. Teniendo en cuenta la capacidad jurídica, se puede decir que “[...]se implementan dos sistemas, uno de incapacidad genérica —declaración de incapacidad— y otro de capacidad genérica —declaración de capacidad restringida—, ambos flexibles y graduales, con el objetivo central de asegurar toda la libertad posible otorgándole al mismo tiempo la protección necesaria”⁸².

b) La restricción a la capacidad, la incapacidad y la discapacidad en el nuevo Código.

Luego de haber definido y analizado la capacidad en el nuevo código, se deben examinar las distintas situaciones que contempla, u omite, el código al momento en que ya

⁸⁰ KRAUT, Alfredo Jorge, *La discapacidad mental es una cuestión de derechos humanos*. Buenos Aires: Opinión del Diario Página 12, 2014. <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/La-discapacidad-mental-es-una-cuestion-de-derechos-humanos-Por-Alfredo-Kraut.pdf> consultado 12/06/2016. Pág. 3.

⁸¹ OLMO, Juan Pablo, *Salud mental y discapacidad. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación – Ley 26.994*, Buenos Aires: Dunken, 2015. Pág. 27.

⁸² BERIZONCE, Roberto O., óp.cit. pág. 3.

no es posible asumir o prever la capacidad, y se torna necesaria la restricción, parcial o total, de la capacidad jurídica.

Es en el artículo 32 que se hace referencia a la restricción de la capacidad y en él se disipan aquellos interrogantes que surgieron a partir de la ley 26.657 en torno a la incapacidad de la persona. Ante esto, es posible afirmar que, en materia de limitación de la capacidad de las personas, existen dos categorías: “personas con capacidad restringida” y “personas con incapacidad”.

Es Juan Pablo Olmo quien afirma que la persona con capacidad restringida es “...una persona capaz, aunque con incapacidad para ejercer por sí sola determinados actos que se especifiquen en las sentencias⁸³ [...] allí el juez fijará las funciones de los apoyos que se designen, quienes [...] deberán actuar de modo de promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida [...] no debe sustituir la voluntad de la persona protegida por aquello que el apoyo pudiera considerar que es más beneficioso”⁸⁴. Se debe resaltar, que para el establecimiento de la restricción a la capacidad, hace falta la intervención de un juez el cual debe, a través de una sentencia, resolver el grado de restricción y la necesidad del apoyo. “Es importante destacar que la capacidad restringida supone que la persona conserva su capacidad, la cual es limitada en su ejercicio sólo para determinado/s acto/s. La restricción excepcional no se fundamenta en una característica de la persona (criterio subjetivo), sino en una situación que requiere de la conjunción de dos presupuestos (criterio objetivo). El código establece expresamente que la restricción a la capacidad solo puede ser en beneficio de la persona (art. 31, inc. b)”⁸⁵ y, como afirman la Dra. Kemelmajer De Carlucci, Fernández y Herrera, “esta regla-límite del “beneficio de la persona” debe verse sometida a un estricto test de

⁸³ Los requisitos para que proceda la restricción a la capacidad son los siguientes: a) que la persona sea mayor de 13 años; b) padecer una adicción o una alteración mental permanente o prolongada lo suficiente grave; c) que del ejercicio de la plena capacidad pueda resultar un daño a su persona o a sus bienes. “El juez deberá evaluar no sólo la incidencia del padecimiento mental en el manejo del patrimonio del implicado sino también cuales son los aspectos de su vida personal que se encuentran afectados” [fwdlibro.zip](#) cap. 10. Pág. 288.

⁸⁴ OLMO, Juan Pablo, *óp.cit.*, Pág. 45.

⁸⁵ FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia, *óp.cit.*, Pág. 8.

proporcionalidad, que descarte los eventuales abusos en el marco de un paternalismo estatal injustificado cuyo resultado es la violación de los derechos de las personas”⁸⁶.

Considerando que el Código Civil y Comercial de la Nación “...diseña como regla general la restricción al ejercicio de la capacidad y, solo excepcional y subsidiariamente, y al único fin de protección de los derechos de la persona, su eventual declaración de incapacidad”⁸⁷, es que es posible afirmar que la incapacidad es el supuesto de excepción en el nuevo régimen. En el código unificado, la incapacidad es definida como “...una persona incapaz de ejercicio, a quien se le designará un curador que la represente [...] hay dos requisitos: 1) imposibilidad absoluta de manifestación de la voluntad, aun utilizando tecnología adecuada; 2) que el sistema de apoyos resulte ineficaz”⁸⁸ (art. 32, párr.4°) es decir que “...la persona no debe mostrar ningún signo evidente de conciencia de sí o del ambiente y estar imposibilitada de interactuar con los demás o de reacción a estímulos adecuados”⁸⁹. El Código enumera las personas consideradas incapaces y estipula que son a) las personas por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial. Es decir, frente a una incapacidad el juez resuelve la aplicación de la curatela (art. 139 a 140 los cuales remiten a las reglas de la tutela de los artículos 104 a 137) mediante sentencia, con el objetivo de que el curador sea el representante legal y “... [brinde] protección a la persona y bienes de quien ha sido declarado judicialmente incapaz”⁹⁰. Doctrinariamente, hay opiniones dispares sobre la incorporación de la categoría de persona con incapacidad y el hecho de que uno de los requisitos sea la ineficacia del apoyo como es el caso de Olmo quien “...considera que la declaración de incapacidad violaría lo dispuesto en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad [...] que la Argentina podría incurrir en responsabilidad internacional por la violación de un tratado”⁹¹. Por otro lado, hay doctrinarios que consideran que el instituto de la incapacidad y su incorporación

⁸⁶ KAMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; FERNÁNDEZ, Silvia E. y HERRERA, Marisa, *Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código*, Buenos Aires: La ley, 2015. Pág. 9.

⁸⁷ HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián, *óp.cit.*, pág. 85.

⁸⁸ OLMO, Juan Pablo, *óp.cit.*, pág. 46

⁸⁹ RIVERA, Julio César, CROVI, Luis Daniel, *óp.cit.*, capítulo 10, pág. 289

⁹⁰ OLMO, Juan Pablo, *óp.cit.*, pág. 121.

⁹¹ RIVERA, Julio César, CROVI, Luis Daniel, capítulo 10, pág. 289

al sistema normativo es necesario, ya que “...hay supuestos donde resulta totalmente imposible y hasta inadecuado pensar en cualquier sistema de apoyo o asistencia pues el discapacitado está totalmente aislado del mundo por su propia afección”⁹² y la declaración de incapacidad sería a favor de la persona y la protección de sus derechos.

En el Código derogado, el incapaz estaba imposibilitado de ejercer su capacidad de manera directa y ésta debía ser desplegada por su representante legal⁹³. De manera excepcional, se empleaba la figura de la asistencia para algunos sujetos inhabilitados y otros para lo cual “...el asistido ejercía personalmente sus derechos, pero la voluntad jurídica relevante para el otorgamiento de un acto jurídico se integraba con la del asistente”⁹⁴. Esto cambia en el nuevo código, tal como se pudo observar con anterioridad, ya que la representación se volvió la excepción y “...el representante solo podrá remplazar la voluntad del representado cuando el ordenamiento jurídico no lo faculte a actuar por sí mismo”⁹⁵ (como en el caso de los incapaces en el art. 100, 101) y la asistencia mediante el apoyo (Art. 43) la regla (Art. 102) “...quien asiste al restringido en su capacidad, solo podrá intervenir en los actos que el juez disponga en su sentencia y con la modalidad de actuación que establezca ese decisorio”⁹⁶.

Tanto la solicitud de la declaración de incapacidad como de la declaración de capacidad restringida deben ser realizadas por aquellos legitimados en el artículo 33 del Código ante el correspondiente juez. No es menos importante comentar, al menos al pasar, que el Código Civil y Comercial de la Nación se inmiscuye en la normativa procesal al hacer referencia a la labor y funciones de los jueces. A partir de la solicitud, luego de la entrevista personal con el interesado, el juez dicta una sentencia la cual se pronuncia sobre los aspectos enumerados en el artículo 37 y 38. Esta resolución judicial debe ser inscripta

⁹² Loc.cit.

⁹³ “A partir de la codificación y casi hasta los primeros años del siglo XXI la preocupación de la legislación se centró en: - asistir o sustituir a la persona para prestar su consentimiento en distintos actos de su vida civil (un contrato, un acto jurídico familiar, etc.); - el cuidado y la defensa de su patrimonio; - evitar que provoquen daño a sí mismos o a terceros. De allí que la legislación organizara la declaración de incapacidad absoluta de las personas “dementes” y su efecto fuera la designación de un representante que sustituía su voluntad”. RIVERA, Julio César, CROVI, Luis Daniel, óp.cit., capítulo 10, pág. 279

⁹⁴ RIVERA, Julio César, CROVI, Luis Daniel, óp.cit., capítulo 8, pág. 246.

⁹⁵ RIVERA, Julio César, CROVI, Luis Daniel, óp.cit., capítulo 8, pág. 251

⁹⁶ RIVERA, Julio César, CROVI, Luis Daniel óp.cit., capítulo 8, pág. 252.

en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 39) estableciendo la restricción de la capacidad total (incapacidad) o parcial (capacidad restringida) y dejar constancia de ello en la partida de nacimiento de la persona. El objetivo de esta norma es que haya publicidad de la sentencia y resguardar los derechos de la persona que se ve alcanzada por la misma y de terceros. Posteriormente, se puede realizar una revisión de la sentencia a pedido del interesado en cualquier momento o se impone que el juez lo haga de oficio en un plazo no mayor a tres años (art. 40). Para el cese de la restricción de capacidad o incapacidad, se requiere una sentencia judicial emanada por el mismo juez que la dictaminó, luego de la evaluación del equipo interdisciplinario; y el restablecimiento de la capacidad puede ser total o parcial, para lo cual el juez puede ampliar la nómina de actos que puede realizar personalmente, o a través de su apoyo o curador (art. 47). Esta sentencia judicial puede ser promovida por las personas del art. 33, curadores y apoyo.

Considero que distinto a la incapacidad o a la capacidad restringida es el caso de la discapacidad. Este instituto se encuentra definido en el articulado que hace referencia a los inhabilitados por prodigalidad⁹⁷ (siendo este el único supuesto de inhabilitación en el CCyC), y establece que “...se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral” (art. 48⁹⁸ y 2448⁹⁹) y proviene del artículo segundo de la ley 22.431 y artículo 9 de la 24.901. “Como puede apreciarse, este concepto de discapacidad no se limita a las reglas generales de la capacidad restringida e incapacidad previstas en el art. 32 CCyC, sino que abarca un abanico amplio de más situaciones, comprendiendo a todas las personas que padezcan una alteración funcional permanente o prolongada, que implique desventajas en su integración familiar, social o educacional”¹⁰⁰. Esta definición

⁹⁷ “Según el Diccionario de la Real Academia Española, la prodigalidad se define como “Profusión, desperdicio, consumo de la propia hacienda, gastando excesivamente. [...] En términos actuales, el pródigo es la persona mayor de edad que dilapida su patrimonio, exponiendo a su familia a la pérdida de su sustento” RIVERA, Julio César, CROVI, Luis Daniel, óp.cit., capítulo 11, pág. 285.

⁹⁸ El art. 48 define la discapacidad para determinar las personas que resultan amparadas por la declaración de prodigalidad.

⁹⁹ El art. 2448 define la discapacidad para determinar a las personas que se verían beneficiadas con una mejora hereditaria a partir de la determinación de su discapacidad.

¹⁰⁰ HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián, óp.cit., pág. 241.

“[...pone] el acento en la deficiencia de la persona, lo cual es propio del modelo medico/rehabilitador; a la vez que es más restrictiva que la definición consagrada en el artículo 1 de la CDPD, la cual es propia del modelo social de discapacidad...”¹⁰¹ y no se termina de ajustar a la Convención. Una solución a esto es dada por Rolleri y Olmo quienes sostienen que dado que la definición de “persona con discapacidad” receptada en los arts. 48 y 2448 no se ajusta a los lineamientos de la CDPD (“modelo social”), sino que retoma el “modelo médico-rehabilitador”, “...sería oportuno entonces revisar la parte final de estos artículos de modo de adaptar dicha definición a la establecida en el tratado internacional”¹⁰². Es interesante destacar que en la codificación unificada no se hace referencia a otros derechos de las personas con discapacidad o sus garantías más allá de estos dos artículos que tratan la protección del patrimonio familiar (Art. 48) y una mejora o protección patrimonial a favor del heredero con discapacidad (art. 2448).

Además, es necesario esclarecer que bajo el régimen normativo actual, la discapacidad es una circunstancia fáctica que, eventualmente, puede estar acreditada mediante un Certificado Único de Discapacidad, independientemente de que a la persona se le haya restringido o no el ejercicio de su capacidad jurídica de una sentencia. Ante esto es que se puede afirmar que hay personas a las que se les ha restringido su capacidad jurídica y sin embargo no tienen discapacidad, por ejemplo por motivo de adicciones (art. 32 párr. 1º) mientras que a la inversa, hay personas con discapacidad (por ejemplo, física) y que, sin embargo, ello no amerita una sentencia que restrinja su capacidad jurídica, pero las hace beneficiarias, por ejemplo, de la "mejora a favor del heredero con discapacidad" (art. 2448), ya que esta norma se aplica cuando hay discapacidad, independientemente de que haya o no una sentencia sobre la capacidad jurídica.

La incorporación del término discapacidad en dos artículos del CCyC, como si se insinuara una categoría distinta a persona con incapacidad o con restricción a la capacidad, nos permite analizar la posibilidad de que el legislador considere diferentes situaciones y afecciones a la hora de categorizar a las personas que de una u otra manera no son

¹⁰¹ OLMO, Juan Pablo, *Salud mental y discapacidad. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación – Ley 26.994*, Buenos Aires: Dunken, 2015. Pág. 147.

¹⁰² MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Julio Cesar Rivera y Graciela Medina*, 1ª ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2014. Tomo VI: Pág.407.

enteramente capaces. La posible distinción de estas tres categorías es sumamente importante ya que a partir de ello es que se puede establecer qué normativa aplica a cada una, qué procedimiento se debe efectuar para su categorización y de qué manera proteger sus derechos y garantías.

Creo, personalmente, que el Código Civil y Comercial de la Nación, al no usar una terminología uniforme, permite dudar sobre la incorporación de persona con discapacidad como un tercer género. Por otra parte, la definición del artículo 48 no logró incorporar de manera correcta y sencilla a la persona con discapacidad y, al momento de hacerlo, incluyó meramente una definición que se ve contrapuesta a otras normas lo cual se analizará más adelante.

Estará en la jurisprudencia y doctrina dilucidar si la discapacidad establecida mediante el CUD resulta un presupuesto para la restricción de la capacidad o una consecuencia de la resolución judicial dictada conforme los parámetros del art. 32 y si la definición de discapacidad que brinda el CCCN es un parámetro que puede usar el juzgador para la designación de apoyos en caso de que la restricción no sea total, sin perjuicio que mediante la ley 25.504 y la resolución 675/2009, el discapacitado ya obtuvo los beneficios y protección de los derechos en gran medida; o si dicha definición debe tomarse en cuenta para la declaración de incapacidad.

La situación actual nos genera ciertas incertidumbres como ser:

- i) Definiciones de discapacidad: Quizás la definición de discapacidad del Código es únicamente para los casos puntuales de los artículos 48 y 2448, pero entonces ¿el resto del código debería usar otra definición de discapacidad?, ¿Cuál de todas las definiciones se debería emplear?, ¿será realmente que los arts. 48 y 2448 hacen referencia a una discapacidad natural como dice la Dra. Maritel M. Brandi Taiana¹⁰³?, ¿podrá considerarse a la discapacidad en cierto grado equivalente a la restricción a la capacidad o

¹⁰³ BRANDI TAIANA, Maritel M., *¿Protección? De las personas con discapacidad y de la legítima en el Proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Revista del Notariado 914 p. 121-139, 2013.

incapacidad?, ¿es posible que la discapacidad se vea limitada obligatoriamente? ¿si es así, se vería limitado por una restricción a la capacidad o de incapacidad? Esto en algún punto lo responde el Dr. Lorenzetti al afirmar que “No todo discapacitado requiere necesariamente ser incapacitado ya que esto último radica en la necesidad de protección del individuo que no ha logrado los atributos necesarios para desenvolverse por sí mismo y a riesgo propio. En palabras de George Ripert y Jean Boulanger, “casi todos los casos de incapacidad se imponen con el fin de proteger a la persona que el legislador considere inepta para el comercio jurídico, lo que en nada implica vinculación necesaria con la minusvalía”¹⁰⁴, pero quizás los juristas lo interpreten de manera distinta y, además, hay muchas otras cuestiones que no son esclarecidas y que deberán ser resueltas mediante la interpretación de los jueces.

- ii) CUD y jueces: ¿requerirá la persona discapacitada realizar primeramente el CUD y luego acceder a la justicia para analizar su caso?, ¿será que con el CUD se decidirá el grado de discapacidad y se dictaminará si es una persona que requiere de apoyo o curatela? Si es así, ¿quién decide el grado de discapacidad? ¿se reemplazaría el equipo interdisciplinario por el CUD?, ¿una persona declarada incapaz o con restricción a la capacidad requiere el trámite del CUD para obtener los beneficios que de él emanan?

- iii) Luego de la sentencia: ¿podrá la persona con discapacidad (aquella establecida por el CUD) cesar con esta categorización si su situación se considera equivalente a una restricción de capacidad o incapacidad dictada judicialmente? En caso de que sea así, ¿quién decidirá que esta persona ya no requiere de la protección superior emanada del Certificado Único de discapacidad si no fue definido por un juez (sino que fue definido por el

¹⁰⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 1ª ed., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014. Pág. 22.

CUD)?, ¿podrá suceder que esta persona sufra una disminución/incremento de la discapacidad y se configure dentro de una restricción de capacidad menor/mayor y pase de tener un CUD con beneficios a un apoyo o viceversa?

Estos y muchos otros cuestionamientos saldrán a la luz y será el Poder Judicial quien deberá dilucidar las cuestiones, tanto de fondo como procesales, a la luz de la normativa vigente. Sin embargo, nos cabe a nosotros preguntarnos, ¿no hubiera sido preferible que el legislador omitiera la definición de discapacidad (aún cuando la emplea en torno a la protección familiar que merece por el art.48) y guiarnos con la CDPD con jerarquía supra constitucional y las normas nacionales que están vigentes para complementarla?

c) Cómo se correlaciona el nuevo código con la ley de Salud Mental y la CDPD

Es importante recordar que la Ley de Salud Mental (ley n° 26.657, 2010) fue sancionada a partir de la ratificación y posterior incorporación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley n° 26.378, 2008), con el objetivo de actualizar el Código Civil derogado y a favor de una evolución normativa que tendiera a una unificación de los criterios legislativos. En agosto del año 2015 entró en vigencia la nueva codificación civil y comercial, la cual convive con las normas en la ley de Salud Mental, la Convención y otras relacionadas a la persona con discapacidad.

En este apartado analizaremos la correlación entre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2008 y 2014), Ley de Salud Mental (2010) y el Código Civil y Comercial de la Nación (2015) en materia de capacidad y discapacidad, ya que estas normas se encuentran vigentes actualmente (junto a otras normas que son más específicas o de menor rango normativo) y son las que deberán emplearse a favor de estructurar un nuevo paradigma en materia de la discapacidad de la persona.

La ley 26.657 significó un cambio rotundo en materia de las personas con discapacidad a partir de la determinación de que las personas deben acceder a sus derechos y garantías en un marco de igualdad y no discriminación. Junto con la CDPD, ambas normas "...reconocían el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, a la dignidad y a la autonomía, a la libertad, a la integridad personal, a la igualdad y no discriminación, al acceso a la información, a la intimidad, a la identidad, a la integración comunitaria" y el Código Civil y Comercial de la Nación deja entrever en los motivos, que su objetivo era adecuarse a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales que de ella emanan, además de receptar el nuevo paradigma relacionado con el modelo social de la discapacidad. Esto fue, en parte, aprehendido por el código, aunque hay situaciones en las que no necesariamente sigue este modelo. En materia de incapacidad total, es importante resaltar que el nuevo código mantiene vigente esta figura, aun cuando es excepcional, lo que implica, al menos en términos generales, que se contraponen a las obligaciones contraídas mediante la CDPD. Fue el Comité de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad el que "...expresó su preocupación por las inconsistencias que, a su entender, contenía el por aquel entonces proyecto de reforma del Código Civil (hoy el Código Civil y Comercial de la Nación) con la Convención, ya que se "conserva la figura de la interdicción judicial y deja a total discreción del juez la decisión de designar un curador o de determinar los apoyos necesarios para la toma de decisiones de las personas con discapacidad"¹⁰⁵. En cuanto a esto, es importante considerar que "...hay autores como Iglesias que sostienen que la incapacidad absoluta, aún prevista en el C.Civ.yCom., podría interpretarse incluso como un retroceso respecto de la reforma introducida por la Ley Nacional de Salud Mental que, al acotar la declaración de incapacidad a actos determinados, tendía a eliminar la privación absoluta de la capacidad"¹⁰⁶ además, el retroceso "...se vislumbra al permitir la norma declaraciones de incapacidad absoluta; opción aquella que parecía tender a eliminarse con fundamento en el nuevo modelo de discapacidad que propone la CDPD. Aquellos autores, refieren incluso que la reforma podría contradecir disposiciones constitucionales, y la responsabilidad internacional por

¹⁰⁵ AMENDOLARO, Roxana, LAUFER CABRERA, Mariano, SPINELLI, óp.cit., pág. 48

¹⁰⁶ Loc.cit.

parte del Estado”¹⁰⁷. Quizás, a sabiendas de esto, es que los legisladores decidieron implementar un criterio subjetivo y restrictivo para el establecimiento de la incapacidad absoluta, el cual se encuentra plasmado en la norma y consta de dos requisitos: a) la absoluta imposibilidad de la persona de interactuar y expresar su voluntad, y b) la ineficiencia de los apoyos.

Además, “...el CCyC no establece restricciones a la capacidad fundadas en la condición de discapacidad [lo que se encuentra en sintonía con la Convención que afirma] [...] que toda persona con discapacidad tiene derecho al reconocimiento de su capacidad jurídica y al ejercicio de esta capacidad —de hecho o de obrar— en igualdad de condiciones con las demás”¹⁰⁸.

Entrando en el detalle de la normativa, se puede observar que el nuevo código tiene, por momentos, matices del modelo médico/rehabilitador del Código Civil de Vélez el cual se erradicó con el CDPD a través del modelo social. Esto puede verse cuando el C.C.yC. hace referencia a los términos “diagnóstico” y “pronóstico”, lo que se contrapone con el postulado de la Convención y se aleja significativamente del modelo que afirma que la discapacidad no es una cuestión médica sino más bien una construcción social .

En contraposición a esto y en concordancia con la CDPD, el nuevo código establece un conjunto de principios generales en el artículo 31, como la presunción de la capacidad de ejercicio, aun cuando la persona esté internada, el carácter interdisciplinario de la intervención estatal en materia del tratamiento y el proceso judicial, el derecho al acceso a la información, derecho a participar del proceso mediante una entrevista personal con asistencia letrada y la priorización de las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades. Además es interesante recordar que en materia de capacidad jurídica y, más precisamente, considerando la internación psiquiátrica, el nuevo Código regula esto “[...] en forma articulada con la CDPD y la LNSM [ya que] establece en su texto los principios de legalidad, inclusión, no discriminación y ciudadanía de las personas con

¹⁰⁷ FORTUNA, Sebastián Ignacio, *Aproximaciones al régimen de la capacidad en el Proyecto de Reforma de los Códigos Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES) – Revista Jurídica n°17, 2013. pág. 225.

¹⁰⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; FERNÁNDEZ, Silvia E. y HERRERA, Marisa, *Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código*, Buenos Aires: La ley, 2015. Pág. 3.

sufrimiento mental, con la mira puesta en un acceso efectivo a sus derechos. Es decir, que dejen para siempre de ser derechos retóricos, puramente declamados, y tengan efectivo cumplimiento (Bobbio)”¹⁰⁹

En adhesión a esto, se puede observar que en el artículo 43 del Código Civil y Comercial de la Nación, se “[...] recepta el sistema de apoyos basado en un modelo de derechos humanos acordes a la CDPD. La norma define al apoyo como cualquier medida, de carácter judicial o extrajudicial, que facilite a la persona que la necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general [...]. Los apoyos, como medida menos restrictiva y acorde a los estándares internacionales de derechos humanos, deben ser siempre la primera alternativa al momento de resolver sobre la capacidad jurídica de las personas. Aun cuando ello no surge expresamente contemplado en el C.Civ.y.Com., una interpretación acorde a la referida normativa internacional no podría apartarse de esa consideración. En el mismo sentido, a fin de compatibilizar la normativa civil con la CDPD, el juez debe garantizar que la persona ejerza el derecho a elección de su sistema de apoyo para la toma de decisión y, cuando lo proponga, deberá brindarle opciones para que cuente con el apoyo necesario para ejercer su capacidad jurídica”¹¹⁰. Aun cuando hay algunas diferencias en materia de apoyo entre las tres normas analizadas, se podría decir que la realidad es que la derogación del Código de Vélez y su posterior aprobación representaron un avance significativo considerando este modelo. Esto es así, ya que el código incluye el sistema de apoyo relacionado con la restricción a la capacidad de las personas y “...consolida los avances introducidos por la Ley Nacional de Salud Mental, al fortalecer la promoción del mayor grado de autonomía posible, así como la determinación concreta de los actos jurídicos para los cuales se limita la capacidad”¹¹¹.

¹⁰⁹ KRAUT, Alfredo Jorge, *La discapacidad mental es una cuestión de derechos humanos*. Buenos Aires: Opinión del Diario Página 12, 2014. <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/La-discapacidad-mental-es-una-cuestion-de-derechos-humanos-Por-Alfredo-Kraut.pdf> consultado 12/06/2016. Pág. 3.

¹¹⁰ AMENDOLARO, Roxana, LAUFER CABRERA, Mariano, SPINELLI, Gabriela, óp.cit., pág. 53.

¹¹¹ AMENDOLARO, Roxana, LAUFER CABRERA, Mariano, SPINELLI, Gabriela, óp.cit., pág. 46 y 47.

Teniendo en cuenta la sentencia de restricción de la capacidad, “el Código Civil derogado, luego de la modificación efectuada por la Ley de Salud Mental, establecía la obligación de revisar las sentencias de incapacidad e inhabilitación cada tres años. Ello provocó un debate doctrinario sobre si ése era un plazo de caducidad y, por ende, de no cumplirse con la revisión la persona recuperaba su total capacidad de manera automática por el transcurso del tiempo, o si era un plazo que suponía la revisión para ver si se mantenía, agravaba o morigeraba el régimen de capacidad pero su no cumplimiento y no ocasionaba la pérdida de efectos de la sentencia dictada con anterioridad. La posición mayoritaria se enroló en esta última tesis”¹¹², y actualmente el código aclara esto al establecer que la revisión de la sentencia puede ser a pedido del interesado en cualquier momento y que, además, el juez debe revisarla en un plazo máximo de tres años (art. 40).

En términos generales y a partir de la realización de un análisis a posteriori, se puede vislumbrar que el C.C.yCom. tiene algunas diferencias con la CDPD y la Ley de Salud Mental. Sin embargo, es menester afirmar que hay una evolución, considerando el régimen anterior y se deberá, a través de la jurisprudencia, ajustar estas normas a favor de un sistema normativo unificado en sus bases y disposiciones.

Universidad de
San Andrés

¹¹² RIVERA, Julio César, CROVI, Luis Daniel, óp.cit, capítulo 10, pág. 297.

Capítulo VI: BREVE ANÁLISIS SOBRE EL CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD EN LA ARGENTINA

Así como adelantamos con anterioridad, es de suma importancia tener en cuenta la definición de persona con discapacidad con el objetivo último de poder individualizar a la persona, a fin de proteger sus derechos y garantías. A lo largo del presente trabajo se pudo observar que hay una amplia variedad de definiciones, tanto en la normativa nacional como en la internacional, lo que podría resultar en una complicación a mediano y largo plazo. Si bien es cierto que el concepto de discapacidad fue evolucionando y algunas normas fueron derogadas, la realidad es que hoy en día se encuentran vigente dos definiciones diferentes sobre personas con discapacidad (CDPD y C.Civ.yCom.). Antes de analizar estas normas, es menester recordar el principio del derecho que hace referencia a la derogación y vigencia de las leyes y establecer que hay dos formas de derogar las normas: de manera explícita (por ejemplo como sucede en el caso de la ley 24.901 que deroga expresamente la ley 22.431) o de manera tácita. Esta colisión de normas se podría resolver mediante el principio de que toda ley posterior deroga la anterior. A continuación veremos todas las definiciones que representan la evolución normativa desde 1981 hasta 2015 y, finalmente, se explorará la diferencia entre las que se encuentran vigentes.

La primera definición de discapacidad plasmada en el plano normativo en la Argentina se vio dada en una ley nacional de carácter específico que hacía referencia al Sistema de Protección Integral del Discapacitado (ley 22.431) y que fue incorporada en 1981 y derogada posteriormente. Esta norma definía a la persona con discapacidad como “...toda persona que padezca una alteración funcional o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.

En 1997 mediante la ley 24.901, “Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad”, se modifica la definición anterior y se afirma que persona con discapacidad es “toda aquella que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar,

social, educacional o laboral”. Esta ley y su definición derogó expresamente la anterior y posteriormente fue derogada de manera tácita. Se puede observar en el articulado que en relación a la ley 22.431, incorpora la idea de que una alteración funcional puede ser permanente, motora y sensorial, lo que demuestra que hay una ampliación de la figura de persona con discapacidad, incorporando la posibilidad de que haya, bajo esta denominación, más personas representadas.

Tres años más tarde, y a comienzo de siglo, se incorpora el primer tratado en materia de derechos humanos al derecho interno mediante la ley 25.280, la cual se encuentra aún vigente. Es importante resaltar que esta norma no tiene jerarquía constitucional. Allí se plasma la definición de discapacidad de la siguiente manera: “discapacidad significa una 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”. Al ser una ley nacional, deroga tácitamente la definición que figuraba en la ley 24.901. Es interesante remarcar que se pasa de definir a estas personas con una “alteración funcional” a “deficiencia”, las “desventajas considerables” pasaron a ser límites en la capacidad y que para que tenga desventajas estos límites que lo caracterizan ya no hace falta tener en cuenta la edad y medio social. Asimismo, en vez de plasmar una enumeración, considerando los aspectos que se veían afectados (“...integración familiar, social, educacional o laboral), se pasa a tener en cuenta una idea general al establecer “[...] que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria” y, además, agrega dos causas o agravantes como el entorno económico y social.

En el año 2008, a partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad mediante la ley 26.378, se derogó tácitamente la norma analizada con anterioridad y se comenzó a considerar a las personas con discapacidad como “...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. La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva

en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Esta norma fue, como se dijo con anterioridad, ratificada e incorporada a la lista taxativa de tratados internacionales en materia de derechos humanos del artículo 75, inciso 22 de la Carta Magna, lo que nos permite inferir que no se encuentra derogada y que tiene una jerarquía supra-legal. Sí es cierto que esta norma, en el año 2008, derogó aquella establecida en la ley 25.280 y esto representó un avance importante en materia de discapacidad. La ley que incorporaba la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, suscripta en Guatemala, tenía en cuenta la deficiencia física, mental o sensorial y se agrega a esto la deficiencia intelectual (lo que permite, en parte, que con posterioridad se trate la Salud Mental mediante una ley específica como lo fue la 26.657) la cual en vez de poder ser permanente o temporal pasó a importar que fuera a largo plazo. En adhesión a esto, la ley avanza sobre los aspectos subjetivos que afectan la discapacidad en la vida de la persona, ya que en vez de tener en cuenta que la deficiencia puede “limitar la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria”, ahora implica que “puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad”, y esto es muy importante ya que la norma sale del plano de la vida privada de la persona para considerar su accionar en la sociedad. La norma también amplía las causas o agravantes de la discapacidad ya que la ley anterior tenía en cuenta el entorno económico y social y la norma vigente actualmente hace referencia a la interacción con diversas barreras (es decir, más allá de lo económico y social). Finalmente reitera, de alguna manera, la importancia social considerando las personas con discapacidad e introduce el modelo social en la definición al agregar y establecer que las barreras “evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás” plasmando también un principio central en materia de discapacidad que es la igualdad de derecho y condiciones para con el resto de la sociedad.

Posteriormente, y aun cuando el Protocolo Facultativo de Certificado Único de Discapacidad que incorpora el sistema CIF (2009) no deroga la Convención de la ley 26.678, no por ser una norma supra constitucional (ya que para el año 2009 no lo era), sino por tener un rango jerárquico inferior, es importante establecer que este protocolo agrega una definición de persona con discapacidad que podría generar cierta confusión. El protocolo afirma que la “discapacidad engloba las deficiencias, limitaciones en la actividad,

o restricciones en la participación”, abarcando aun más aspectos de la vida de las personas con discapacidad y alejándose de la posibilidad de puntualizar estas cuestiones. El protocolo es importante a efectos del proceso y, es menester tomarlo desde ese ángulo y emplearlo en la práctica a favor de la identificación, en parte, de estas personas. Esta norma no deroga ni es derogada pero considero que, en términos generales, tampoco tiene una gran importancia en nuestro régimen interno.

Las 100 Reglas de Brasilia incorporada a partir de la acordada n°5/2009 de la Corte Suprema de Justicia Nacional es una norma con un rango jerárquico inferior, la cual establece que “se entiende por discapacidad la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”, retornando a la definición dada en la ley 25.280. Nos remitimos a ella para su análisis y, vale aclarar, que esta acordada no fue derogada ni deroga norma alguna. Creo correcto afirmar que el objetivo de la Corte no era que se tuviera en cuenta esta definición (aunque posiblemente podría haber, de alguna manera, ratificado la misma) sino más bien introducir las reglas que en ella se plasman para incorporarla y guiar las posteriores resoluciones judiciales.

Finalmente, nos toca analizar la última norma que incorpora al derecho interno una nueva definición de discapacidad como es la del Código Civil y Comercial de la Nación (2015) que colisiona, efectivamente, con la definición de la Convención Sobre las Personas con Discapacidad que tiene rango supra-legal (2014). La codificación determina que “...se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral” (art. 48 y 2448), retornando a la ley 22.431 del año 1981. A sabiendas, ya que fue analizado en capítulos anteriores, es que la Convención tiene como objetivo perfilar las disposiciones legales en materia de protección a la persona con discapacidad en torno al modelo social que significaría una evolución legislativa y social a favor de estas personas; volver a una definición empleada en el siglo pasado que claramente hace referencia a cuestiones medico-rehabilitadoras (es decir, al modelo anterior que se encontraba en el Código Velezano)

implica una involución en torno de las personas con discapacidad. Es interesante preguntarnos por qué razón el legislador habrá optado por emplear la primera definición, determinada mediante una norma nacional, de la discapacidad cuando ya se había observado un avance importante en la normativa interna mediante las normas posteriores a la ley 22.431. Es cierto que la incorporación de la Convención al artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional (obteniendo una jerarquía supra-constitucional) fue unos meses más tarde, siendo que el Código fue aprobado en octubre del 2014 y la Convención incorporada en diciembre del 2014. Sin embargo, es posible considerar que, desde el pedido de incorporación de la convención al artículo 75 inciso 22 hasta el momento en que fue aprobado (diciembre 2014), el legislador haya podido disponer y conocer que era posible que esto sucediera, ya que a procesalmente a partir que el Congreso aprueba la posibilidad de incorporarlo, el proyecto deriva a la Cámara de Diputados y Senadores y requiere de cierta aprobación (dos terceras partes – art.75, inc. 22 CN) para que obtenga la jerarquía constitucional, lo que lleva tiempo realizar. La incorporación de este artículo al código fue una clara deficiencia en el marco de la protección de las personas con discapacidad y estará en los jueces establecer la definición que vale a la hora de identificar y establecer quienes son consideradas personas con discapacidad.

Más allá de lo dicho en este capítulo, es interesante tener en cuenta que el concepto de persona con discapacidad continuará evolucionando a favor de establecer fehacientemente quienes son denominados bajo este instituto y quiénes no. Nacionalmente, ya no hay manera de incorporar una definición diferente a la de la Convención Sobre las Personas con Discapacidad ya que tiene una jerarquía constitucional y su empleo es obligatorio y su derogación dificultosa. Se verá con el tiempo, siempre y cuando haga falta, cómo la jurisprudencia suplirá esto.

CONCLUSIONES

A partir de lo expuesto en el presente trabajo, se podría concluir que los objetivos fueron cumplidos al momento de mostrar la evolución normativa nacional en materia de discapacidad, la cual pasa desde un modelo medico-rehabilitador hacia un modelo social de derechos humanos.

En el plano de la capacidad de la persona humana en el nuevo código y la restricción a la capacidad, se puede ver cómo la misma avanzó en términos generales teniendo en cuenta el Código Velezano, y en base a la Ley de Salud Mental vigente desde el 2010 y la Convención sobre las Personas con Discapacidad vigente desde el 2008 y con jerarquía constitucional desde el 2014. Sin embargo, se pudo observar que en materia de incapacidad y discapacidad la codificación unificada no se correlaciona enteramente con la CDPD, ya que permite, que en ciertos casos puntuales, se pueda configurar una restricción total de la capacidad. Considerando la discapacidad, el Código vigente desde el 2015 involuciona en torno a su definición y poco hace referencia a los derechos y garantías de este sector vulnerable de la sociedad, lo que obliga a los jueces y doctrinarios a complementar esta norma con otras específicas al igual que como venía sucediendo antes de la reforma.

Asimismo, se plantearon algunos de los interrogantes que podrían darse a partir del análisis del instituto de la restricción de la capacidad, incapacidad y discapacidad según la forma en la que fueron plasmados en el C.Civ.yCom. de la Nación, el Certificado Único de Discapacidad y el Protocolo de Evaluación y Certificación de la Discapacidad y el modelo de Certificado Único de Discapacidad. Estos interrogantes giran en torno a la parte práctica o procesal del asunto.

Lamentablemente dado que estas normas son recientes, hay escasa jurisprudencia que permita analizar la tendencia de los juristas a la hora de enfrentar alguno de los interrogantes (u otros) tenidos en cuenta en el presente trabajo. Por lo que es menester reiterar que serán los jueces quienes deberán disipar las dudas y problemáticas que se presenten, manteniendo una estricta relación con las normas y principios internacionales reconocidos y ratificados por la Constitución Nacional y los diversos tratados incluidos en

el derecho interno. Además, consideramos que el análisis a fondo de las normas y jurisprudencia en torno a las personas con discapacidad en la Argentina será el aporte de futuras generaciones.

Referencias

Bibliografía empleada:

- AGUADO DÍAZ, Antonio León, *Historia de las Deficiencias*, Madrid: Escuela Libre Editorial Fundación Once, 1995.
http://www.repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/428/Art_AguadoD%C3%ADazAL_HistoriaDeficiencias_1995.pdf?sequence=1%20
consultada 22/04/2016.
 - AMENDOLARO, Roxana, LAUFER CABRERA, Mariano, SPINELLI, Gabriela, *Salud Mental y Código Civil Argentino en el Siglo XXI: Cambio cultural interdisciplina, capacidad jurídica, internación – De cómo las prácticas modifican las visiones y las visiones de las prácticas*. Buenos Aires: Revista Interdisciplinario de Doctrina y Jurisprudencia – Derecho de Familia n°69, Ed. Abeledo Perrot, 2015.
 - BENAVIDEZ, Espefanía y VALL, Ana Elizabeth, *Discapacidad en la Argentina* Curso Anual de Auditoria Médica – Hospital Alemán, 30 de Noviembre de 2010. URL:
<http://auditoriamedicahoy.net/biblioteca/Discapacidad%20Benavidez.pdf>
consultado 27/03/2016
- BERIZONCE, Roberto O., *Normas procesales del Código Civil y Comercial de la Nación. Personas con capacidades restringidas.*, Buenos Aires: La Ley, 12 de mayo de 2015.
- BRANDI TAIANA, Maritel M., *¿Protección? De las personas con discapacidad y de la legítima en el Proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Revista del Notariado 914 p. 121-139, 2013.

- BORINSKY, Marcela y TALAK, Ana María; “Problemas de la anormalidad infantil en la Psicología y la Psicoterapia”, en: El Seminario, www.elseminario.com.ar, 2005.
- Cámara de Diputados de la Nación, *Sesiones ordinarias 2002 – Orden del día n°1654: Comisiones de Discapacidad y de Acción Social y Salud Pública*, 2002.
URL: <http://www4.diputados.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-120/120-1654.pdf> consultado 14/02/2015
- CAPRIA, Luciana, DÍAZ FORNIS, María Fernanda, FRÍAS, Javier, GARZÓN, Ana Cecilia, GIMENEZ, Mauro, GIOJA, Luciana, OSZURKIEWICZ, Juan Pablo, ZUBIARRAIN, Patricia Alejandra, SABINA BARESI, Mariana, *Capacidad Jurídica: El derecho a ejercer derechos* Buenos Aires: Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones del Ministerio de Salud de la Nación, 2012. URL: http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000000089cnt-2013-05_capacidad-juridica.pdf consultada 04/03/2016.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General n°1 – Artículo 12: Igual reconocimiento ante la ley*, 11° período de sesiones: abril 2014. Artículo 12, párrafo 2 y 3. Pág. 3 y 5. URL: <http://www.villaverde.com.ar/es/assets/investigacion/discapacidad/Comite-ONU/CRPD-og1-castellano.pdf> consultado 15/04/2016
- CROVI, Luis Daniel, *La capacidad de las personas con padecimientos mentales*, Buenos Aires: La Ley, **2011**.
- CROVI, Luis Daniel, *La capacidad de las personas con padecimientos mentales*, Buenos Aires: La Ley, **2011**.

- CUÑADO, Betina, *Recomendación del Observatorio de Derechos Humanos del Senado de la Nación sobre leyes nacionales en materia de derechos humanos*. Buenos Aires: 2014. URL: <http://www.senado.gov.ar/bundles/senadomicrositios/pdf/observatorio/RecomendacionLeyesOrdenPublico.pdf> Consultado 24/02/2016.
- FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia, *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial bajo la lupa de los derechos humanos*, Buenos Aires: RCCyC, 2015.
- FORTUNA, Sebastián Ignacio, *Aproximaciones al régimen de la capacidad en el Proyecto de Reforma de los Códigos Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES) – Revista Jurídica n°17, 2013.
- FUENTES, Patricia, *Tesina: Discapacidad en la República Argentina. Aspectos normativos*, Instituto Universitario de Ciencias de la Salud: 2014. URL: <http://www.barcelo.edu.ar/greenstone/collect/tesis/index/assoc/HASH01ad.dir/Tesina%20Fuentes%20Patricia.pdf> consultado 18/11/2015
- GARRO MORENO, María Belen, *Una aproximación a la política pública de discapacidad*, Paraná: XXVII Congreso Nacional de Trabajo Social - Universidad de Entre Ríos, 2014. URL: <https://www.aacademica.org/maria.belen.garro.moreno/2.pdf>
- GELLI, María Angélica; “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, 4ta edición ampliada y actualizada.-4ª ed. 4ª reimp.” Buenos Aires, La Ley: 2011
- GEORGION, Agustín Eduardo, *La cuestión de la “jerarquía constitucional” de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos – situación antes de la*

reforma constitucional de 1994 – La intención del constituyente al incorporarlos a la constitución – La interpretación posterior. URL: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-cuestion-de-la-jerarquia-constitucional-de-los> Consultada 03/03/2016

- GIOVANETTI, Patricia S. y ROVEDA, Eduardo G., *La revisión periodica del art. 152 ter. El derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable.* Buenos Aires: DFyP, 16 de febrero del **2015**
- GÓMEZ MONTES DE OCA, Valeria, *Capítulo III: Antecedentes Sobre la Discapacidad*, México: Universidad de las Américas Puebla (UDLAP) – Colección de Tesis digitales, 2005. URL: http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/gomez_m_v/capitulo3.pdf consultado 02/01/2016.
- HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado – Título Preliminar y Libro Primero (Artículos 1 a 400)*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – Presidencia de la Nación y Infojus Sistema Argentino de Información Jurídica, Tomo I: 2015.
- HITTERS, Juan Carlos, *La reforma de la Constitución Argentina de 1994 y los tratados sobre Derechos Humanos a 20 años de su vigencia – Homenaje al Vigésimo Aniversario de la Reforma Constitucional de 1994*, Buenos Aires: Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. U.N.L.P., 2014.

JUNYENT DE DUTARI, Patricia, *Nuevos paradigmas en materia de derechos humanos y personas con padecimiento mental. Respeto a su autodeterminación y articulación de modos de apoyo superadores de la curatela.* Buenos Aires: L.L. RDFyP, n°10, noviembre 2014.

- KAMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; FERNÁNDEZ, Silvia E. y

HERRERA, Marisa, *Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código*, Buenos Aires: La ley, **2015**.

KRAUT, Alfredo J. y DIANA, Nicolás, *Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria*, Buenos Aires: Revista Jurídica Argentina La ley, 8 de junio 2011.

- KRAUT, Alfredo Jorge, *La discapacidad mental es una cuestión de derechos humanos*. Buenos Aires: Opinión del Diario Página 12, 28 de octubre del 2014. <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/La-discapacidad-mental-es-una-cuestion-de-derechos-humanos-Por-Alfredo-Kraut.pdf> consultado 12/06/2016.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil: parte general / Jorge Joaquin Llambias; actualizado por Patricio Raffo Benegas*, 23^a ed.- Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil: parte general*, actualizado por Patricio Raffo Benegas, 23^a ed. Buenos Aires: 2010.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 1^a ed., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014.
- MAZZINGHI, Gabriel M., *La ley de Salud Mental: un paso atrás (o varios)*, Buenos Aires: DFyP, **2014**
- MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Julio Cesar Rivera y Graciela Medina*, Tomo VI - 1^a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2014.
- MUÑIZ, Carlos, *Personas con incapacidad y con capacidad restringida por*

razón de discapacidad mental en el anteproyecto de Código Civil y Comercial.

URL: http://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/material_curso/26-13-JORN%20ACT%20DER%20CIVIL%20PERSONAS/Personas%20con%20inca-pacidad%20y%20con%20capacidad%20restringida%20por%20raz%20C3%B3n%20de%20discapacidad%20por%20Carlos%20MU%20C3%91IZ.pdf consultado 02/02/2016

- Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad*. URL: <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=497> consultado 12/03/2016.
- OLMO, Juan Pablo, *Capacidad jurídica, discapacidad y curatela: ¿Crónica de una responsabilidad internacional anunciada?*, Buenos Aires: DFyP, **2012**.
- OLMO, Juan Pablo, *Salud mental y discapacidad. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación – Ley 26.994*, Buenos Aires: Dunken, 2015.
- OLMO, Juan Pablo, *Ver o no ser: la entrevista personal con el juez en la revisión de la sentencia sobre el ejercicio de la capacidad jurídica – Fallo comentado: [Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A~P. S., E. I. s/ art. 152 ter del código civil~2014-06-06](#)*, Buenos Aires: DFyP, **2015**.
- Organización Mundial de la Salud, Organización Panamericana de la Salud y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales – Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad. Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud – Versión abreviada*. Grafo, 2001. URL: http://aspacenet.aspace.org/images/doc/cif_2001-abreviada.pdf consultado 02/06/2016.
- PALACIOS, Agustina, *Derecho a la igualdad y medidas de acción positiva*.

Buenos Aires: Revista Quorum – Revista del Colegio de Abogados de Mar del Plata, diciembre del 2000.

- PALACIOS, Agustina, *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid: Ediciones Cinca, 2008.
- PEYRANO, Guillermo F., *El art. 152 bis del Código Civil. Avance notorio en la consideración de las personas afectadas en su salud mental, que requiere ser nuevamente actualizado.* URL: http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/elart.-152-bis-del-c.c.-avance-notorio-de-la/at_download/file. consultada 12/04/2015
- Real Patronato sobre Discapacidad, Universidad Autónoma de Madrid, Fundación General de la Universidad Autónoma de Madrid, Centro de Psicología Aplicada de la Universidad Autónoma de Madrid, Grupo UAM-Fácil Lectura, *Convención Internacional de Naciones Unidas sobre el Derecho de las Personas con Discapacidad – En fácil lectura.* URL: http://www.ungs.edu.ar/ms_ungswp-content/uploads/2011/10/ConvencionLecturaFacil.pdf consultada 14/5/2016
- RIVERA, Julio Cesar y HOOFT, Irene, *La nueva ley 26657 de Salud Mental*, Buenos Aires: Abeledo Perroy, 2011.
- RIVERA, Julio César, CROVI, Luis Daniel, *Derecho Civil – Parte General*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016. Capítulos: 8, 10 y 11.
- ROBLES, Gabriela Leticia, *Salud Mental – Implicancias de la ley 26.657 y el nuevo Código Civil y Comercial. Derechos Humanos. Declaración de Inimputabilidad.* Pensamiento Penal. URL: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/doctrina41808.pdf>

consultada 16/03/2015.

- VALENCIA, Luciano Andrés, *Breve Historia de las personas con discapacidad: de la Opresión de la Lucha por sus Derechos*, 2014. URL: <http://www.rebelion.org/docs/192745.pdf> Consultado 12/02/2015.

Bibliografía consultada

- Agdconsultora, El principio de igualdad y la discriminación positiva del art. 75 inc. 23 de la Constitución Argentina. Agosto 2014. URL: <http://underconstitucional.blogspot.com.ar/2014/08/el-principio-de-igualdad-y-la.html> consultado 11/03/2016.
- BIDART CAMPOS, Germán J, Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2005.
- Buenos Aires Ciudad, *Certificado de Discapacidad*. URL: <http://www.buenosaires.gob.ar/tramites/certificado-de-discapacidad> 13/06/2016
- Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Buenos Aires: DFyP, 2012.
- FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia, *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial bajo la lupa de los derechos humanos*, Buenos Aires: RCCyC, 2015.
- FERNANDEZ IGLESIAS, J., *La imagen social de las personas con discapacidad. (1ª Ed.)* Madrid: Cinca, 2008.

- GIORDANO, Verónica, *La reforma del Código Civil: pasado y presente desde una perspectiva de género*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Mora, 2015.
- KRAUT, Alfredo J. y DIANA, Nicolás, *Apuntes sobre la reglamentación de la ley 26.657*, Buenos Aires: DFyP, 2013.
- LAFERRIERE, Jorge Nicolás y MUÑIZ, Carlos, *Directivas anticipadas en materia de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado*, Buenos Aires: DFyP, 2015.
- MAYO, Jorge y TOBIÁS, José W., *La nueva ley 26.657 de salud mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil*, Buenos Aires: DFyP, 2011.
- MAZZINGHI, Gabriel M., *La ley de Salud Mental: un paso atrás (o varios)*, Buenos Aires: DFyP, 2014.
- Resumen extraído de Estudio de Germán J. Bidart Campos, *El artículo 75, inciso 22 de la Constitución y los derechos humanos – Relación Derecho Internacional – Derecho Interno.* URL: faviofarinella.weebly.com/uploads/8/7/.../derecho_internacional.-derecho_interno.doc Consultado 23/03/2016.
- RIVERA, Julio César, MEDINA, Graciela, *Derecho Civil – Parte General*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016. Capítulo 9
- ROSALES, Pablo Oscar, *Un estudio general de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.
- ROSALES, Pablo Oscar, *La discapacidad en las leyes 22.431 y 24.901 y leyes*

modificatorias: la persona con discapacidad como sujeto de derecho. 2010.
URL: <http://legislacionpersonasnee.blogspot.com.ar/2010/09/la-discapacidad-en-las-leyes-22431-y.html> consultado: 07/06/2016.

- SANCHEZ, Tatiana, *La evolución del derecho para la persona con discapacidad*, Diario El Tribuno: 22 de diciembre 2013. URL: <http://www.tribuno.info/la-evolucion-del-derecho-la-persona-discapacidad-n357637> consultado 08/02/2016.
- SCHNEIDER, Mariel V., *Protección jurídica de los adictos. Incidencia de la Ley de Salud Mental*, Buenos Aires: DFyP. 2014.
- SOJO, Lorenzo A., *La regulación privada de la discapacidad*, Buenos Aires: DFyP, 2015.
- TAIANA DE BRANDI, Nelly A., *Designación de curador. Modificación del Código Civil*, Buenos Aires: Sup. Act, 2006.
- VILLAVERDE, María S., *La respuesta judicial a las personas con discapacidad (El señorío de la llamada del otro a mi responsabilidad respecto a él) Doctrina*. Argentina: LexisNexis Jurisprudencia (JA 2002-II-1421), 2002.

Normas et.al.:

- Código Civil – ley 340 (1871)
- Código Civil y Comercial de la Nación – ley 26.994
- Constitución Nacional (1994)
- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad de la OEA – ley 25.280 (2000)
- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

de la ONU

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003, Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos - Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. URL: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf consultado 12/04/16
- Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad Acordada n°5/2009
- Ley 24.309
- Ley 25.507 (2001), su Protocolo Facultativo (2009)
- Ley 26.378 (2008)
- Ley 27.044 (2014)
- Ley 27.077
- Ley de Salud Mental - Ley 26.657 (2010)
- Ministerio de Salud, *Sistema de Protección Integral a Favor de las Personas con Discapacidad - Resolución 558/2016*. URL: <https://www.boletinoficial.gob.ar/pdf/linkQR/NTF5dWtJaElsejQrdTVReEh2ZkU0dz09> Consultado 04/05/2016
- Protocolo de Evaluación y Certificación de la Discapacidad y el modelo de Certificado Único de Discapacidad - Resolución 558/2016.
- Reforma al Código Civil – ley 17.711 (1968)
- Resolución 675/2009
- Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad – ley 24.901 (1997).
- Sistema de Protección Integral al Discapacitado – ley 22.431 (1981)

Fallos

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, “P.S., E. I. s/ art. 152 ter del código civil”, 06-06-2014 (F.C. J-83)

- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, 07-07-1992 (Fallos 315:1492).
- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires “Z., A. M. Insania”, 07-04-2014 (C. 115.346)
- Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, “Garate Garate, Gladys c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios”, de 2015 (causa C.108.934)
- Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, “Gonzalez, Andrea Marina s/ Insania y Curatela. Con sus acumuladas C.118.473 G., J.E. s/ Abrigo" y C.118.474