

Aproximaciones al régimen de la capacidad en el Proyecto de Reforma de los Códigos Civil y Comercial de la Nación

Por

Sebastián Ignacio Fortuna*

Sumario: I. Palabras introductorias. II. Planteo inicial. La construcción de la locura III. Derecho subjetivo. Líneas teórico–argumentales de su construcción. IV. Capacidad, subjetividad jurídica, modelos normativos. V. La salud mental como derecho fundamental, humano y constitucional. Los estándares de la convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad. VI. Del modelo de sustitución de la capacidad a la plena vigencia de los derechos humanos. La evolución legal argentina y el proyecto de reforma del código civil. VII. Conclusiones.

I. Palabras introductorias

En fecha del 23 de febrero de 2011 el Poder Ejecutivo de la Nación, mediante el Decreto 191/2011, creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma de los Códigos Civil y Comercial de la Nación (en adelante *Proyecto de Reforma o Proyecto de Reforma del Código Civil*). La aludida Comisión, conformada por los doctores Aída Kelemelmajer de Carlucci, Elena Highton de Nolasco y Ricardo Luis Lorenzetti, han remitido al Poder Ejecutivo en el mes de marzo del corriente el anteproyecto encargado; que a la fecha de entrega de este trabajo se encuentra en discusión en diversas comisiones de Congreso Nacional.

Enmarcado en el Libro Primero, Título I nominado “*Persona Humana*”, Capítulo 2, se regula el régimen de capacidad y el tratamiento dado por la ley civil a las personas con padecimientos mentales. Bajo el Capítulo indicado, tres son

* Abogado por la UBA. Docente en la materia “*Familia y Sucesiones*”, Cátedra de la Dra. Lidia B. Hernández (comisión a cargo de la Dra. María Victoria Famá) en la Facultad de Derecho de la UBA. Maestrando de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia de la Facultad de Derecho de la UBA. Secretario Privado del Juzgado Nacional Civil n° 88, con competencia exclusiva en asuntos de familia, estado civil y capacidad de las personas. E-mail: sebastiani.fortuna@gmail.com

las secciones que se enumeran, de las cuáles me propongo estudiar aquellas relativas al marco regulatorio de la vida de las personas con padecimientos mentales. Concretamente, aclaró que centraré el estudio del presente trabajo en las reformas relativas al ejercicio de la capacidad de los artículos 32 y 43 del Proyecto. Las demás cuestiones se describirán, aunque de manera más sucinta.

El Proyecto de Reforma se enmarca en un momento histórico particular en la legislación argentina, ya que pretende una reforma sustancial al régimen de la capacidad existente en el Código Civil actual, y una readecuación del mismo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)¹; cuya fuerza normativa irradió con particular vigor instaurando un nuevo modelo de derechos fruto del cual se sancionó la Ley Nacional de Salud Mental n° 26.657.

Bajo un vasto número de aspectos valorativos enunciados en los fundamentos al Proyecto de Reforma, que incluyen la constitucionalización del Derecho Privado, el reconocimiento de la igualdad como base de los demás derechos y el paradigma de la no discriminación, entre otros, los autores señalan que la legislación proyectada parte de una distinción entre la capacidad de derecho de la capacidad de ejercicio, estableciéndose, modificaciones destinadas a una adecuación del derecho del Código Civil a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asimismo, se destaca que con la regulación proyectada *“se recepta el nuevo paradigma en materia de personas con capacidad restringida por razones de padecimientos mentales, de conformidad con la ley 26.657”*².

La reforma proyectada, sin dudarle, reconoce la existencia de una preocupación social y, desde el aspecto normativo, establece estándares de intervención en la salud mental sobre una matriz impuesta al Estado argentino desde la ratificación de la CDPD.

El llamado modelo social de discapacidad, eje vector de la citada Convención Internacional, ha venido a replantear la mirada sobre la que descansa la intervención del Estado en la salud de sus ciudadanos; la forma en que los interpela y reconoce el proceso de subjetivización y ejercicio de los derechos constitucionales y humanos reconocidos.

Desde aquel marco, me propongo analizar la normativa proyectada, y contrastar la misma con el modelo de discapacidad sobre el que se erige la CDPD;

¹ Firmada ante UN, junto con su Protocolo Adicional el 30 de marzo de 2007 y aprobada por Ley del Congreso Nacional n° 26.378.

² Conforme fundamentos al Proyecto de Reforma.

ello, a fin de confirmar la existencia de la correspondencia anunciada en los fundamentos al Proyecto de Reforma.

En este proceso, resultará necesario abordar, al menos de una forma sucinta, cuestiones relacionadas con la construcción histórica del reconocimiento de la subjetividad de las personas con discapacidad, como también la forma en que aquel devenir ha incidido en los diferentes cambios legislativos referidos a la temática.

II. Planteo inicial. La construcción de la locura

La concepción de la "locura", como he explicado en trabajos anteriores³, debe ser dividida en tres etapas. El análisis cronológico debería empezar en el siglo XVIII, donde la "debilidad mental" era considerada una forma de error o de ilusión⁴; la "locura" pertenece a las quimeras del mundo y se puede convivir con ella sin por ello ser separado de la misma sociedad, aunque con la condición de que esta enfermedad no adoptara formas extremas o peligrosas que implicaran la necesidad de la reclusión social. Las prácticas de aislamiento consecuentes a la locura comienzan recién en las postrimerías del S. XVIII y comienzos del siglo XIX, donde lo que hoy se llama discapacidad no era percibido tanto como una perturbación del juicio, una alteración en la manera de actuar, de querer, o de sentir las pasiones o adoptar decisiones, sino como una perturbación que implicaba un perjuicio o peligrosidad a la misma sociedad, sobre la que debían intervenir las oficinas de salud pública excluyendo al desviado mental y, de la misma forma, institucionalizando un saber, que respondiera a una verdad normalizadora de las conductas sociales.

La conciencia acerca de la enfermedad mental que prima en esta época, construye la ley sobre la que opera el discurso; por un lado se armarán los cimientos sobre la creación de un sistema de biopoder que, frente a considerar al enfermo como un peligro social, requiere la creación de instituciones adecuadas para la exclusión del anormal bajo el ropaje de la "rehabilitación". Por otro lado, será necesaria la creación de institutos legislativos que excluyan al enfermo, no solo ocultándolo en una institución, sino, también, relegándolo

³ Fortuna, Sebastián Ignacio, La nuda vida. Internaciones psiquiátricas e institución total, JA 2007-1-892; La faz protectora de la ley como mecanismo de exclusión. A propósito de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de salud mental, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2008-III-203, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008; y las obras que allí se analizan, como ser: Foucault, Michel, *Historia de la locura en la época clásica*, Tomo I, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004, pág. 81-82 y *Los anormales*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001, pág. 116-118.

⁴ Foucault, Michel, *La vida de los hombres infames*, pág. 51-59, Buenos Aires, Caronte, 1996.

cuando está presente en la vida pública y “des-subjetivándolo” en el ejercicio de derechos. Así, la enfermedad mental deja de ser una preocupación del ámbito privado y de la familia, para pasar a ser una preocupación social, una cuestión de índole público donde el higienismo social será la pauta para la construcción de la teoría⁵.

Agustina Palacios sostiene que “el ideal de la dignidad humana ha estado asociado con el modelo de ser humano ilustrado, caracterizado por la posesión de una serie de rasgos asociados a patrones estéticos y éticos (...) Así, la idea de dignidad humana, en este contexto, e apoyo en un ser caracterizado por la capacidad y por el desempeño de un determinado papel social. Y ello, se trasladó a la concepción de los derechos”⁶.

Concomitantemente, la institución del manicomio, como otra de las instituciones totales que tienen su origen en este siglo, tiene como fin inmediato el del control poblacional y la consagración de discurso propio de la organización capitalista burguesa, que en esta esfera, se valió del discurso médico con el objeto de construir las herramientas necesarias para dar forma a una sociedad en efectivo funcionamiento⁷.

Así entonces, la psiquiatría alienista basa su discurso en la existencia de anomalías propias a determinados sujetos humanos con una base física y temperamental que resultan inmodificables y que requieren de un tratamiento médico-psiquiátrico específico, no un castigo, sino la prevención social y la salud pública que justificaba el aislamiento de estos sujetos peligrosos o inservibles. En este orden, la medida a tomar es el encierro terapéutico del desviado y la consecuente reclusión de la “anormalidad”.

El discurso jurídico, a su turno, toma nota de esta psiquiatría y la hace “ley aplicable”. Se instituyen procedimientos legales, que hacen uso de esa ciencia a la hora de decidir sobre la libertad de una persona, y que legitiman su poder de excusión social. El saber de la psiquiatría se dispersa en la sociedad como dispositivo de control y marcha a través de la simbología propia

⁵ Véase: Gil Domínguez, Andrés; Famá, María V. y Herrera, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia* Tomo II, Buenos Aires, Ediar, 2006, pág. 956. Famá, María Victoria, Salud mental y derechos humanos: hacia un sistema de gradualidad de capacidades, en *Revista de Derecho de Familia “Salud Mental y Derecho de Familia”*, n° 31, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2005.

⁶ Palacios, Agustina, El modelo social de la discapacidad: orígenes y caracterización..., *Colección Cermi.es*, n° 36, Grupo Editorial CINCA, 2008, cit. en Espósito, Claudia F.A., Acceso a la justicia de las personas con discapacidad..., en *Discapacidad, justicia y Estado*, Buenos Aires, INFOJUS, 2012.

⁷ Respecto de lo explicado y de lo que continúa, puede verse Anitua, Gabriel Ignacio, *Historia de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005, pág. 141 y ss.

que se construye en función de ese saber y que se reproduce por medio de los aparatos ideológicos del Estado⁸.

La internación, como método de exclusión, comienza a recibir sus críticas a partir de la década de los cincuenta⁹, donde la locura ya no es entendida solo en términos médico-psiquiátricos, sino en función de teorías más amplias donde se vincula la enfermedad mental con "*la historia del individuo y sus avatares existenciales*". A su turno, las ciencias sociales pretenden, y lo hacen con éxito, demostrar el trasfondo sociológico que hace a la cuestión de la discapacidad, cuestionando los modelos de tratamiento que se habían gestado conforme a la perspectiva biológico-positivista del siglo anterior.

De tal manera, se da el puntapié inicial para re-construir o de-construir el mismo concepto de "*locura*", que siendo entendido como sinónimo de anormalidad o patología, se logró enraizar desde el saber médico. Se observó entonces, que las relaciones entre locura y exclusión social estaban divididas por límites tan endebles que muchas veces resultaba necesaria la justificación del encierro médicos en patologías prefijadas; aunque siempre con el fin último, no verbalizado, de propinar al depósito de todos aquellos que no encajaban en el rompecabezas diseñado para conformar una sociedad ordenada donde no fueran visibles los "*anormales*". Se comenzó, entonces, a estudiar el contexto social, donde radicaba la patología misma y donde se proponía como política pública la exclusión¹⁰.

Ahora bien, algo quedaba pendiente: el reconocimiento de la subjetividad de aquellas personas que son declaradas "*dementes*". Al respecto, la arquitectura jurídica tradicional del derecho civil, al menos de acuerdo con su redacción originaria, apuntaba a la construcción no de un sujeto de derecho, sino un objeto relegado a la autoridad de aquel que la judicatura, bajo su control, le otorgaba el poder de actuar en representación¹¹. La ecuación descripta sin

⁸ Ver Althusser, Louis, *Ideología y aparatos ideológicos del estado*, en *Ideología, un mapa de la cuestión*. Zizek, Slavoj (Comp.), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003, pág. 125.

⁹ Ver, al respecto, Galende, Emiliano, *Psiquiatría: poder, derecho y disciplinas médicas y jurídicas*, en *Revista de Derecho de Familia "Salud Mental y Derecho de Familia"*, n° 31, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2005.

¹⁰ En este orden de ideas puede verse Foucault, M., *Los anormales*, ob. cit.; Anitua, Gabriel Ignacio, *Historia de los pensamientos...* ob. cit.

¹¹ Al estudiar el tema se presentó a la vista un instituto jurídico que resulta análogo a lo descripto pero, con el avatar del derecho, sufrió importantes modificaciones. Tal como lo explican Andrés Gil Domínguez, María V. Famá, Marisa Herrera la Convención de los Derechos del Niño, y por ende la implementación de la ley 26061, vinieron a romper en forma definitiva con el paradigma del niño objeto, otorgándole la categoría de "sujeto de derecho". Este modelo, implicó entender que los niños son titulares de los mismos derechos fundamentales de los que son titulares los adultos, más un *plus*///

duda produce una desvinculación de la identidad del sujeto, que, de algún modo, queda al margen de la vida pública, de la ciudadanía y, en concreto, de la posibilidad de ejercer por sí derechos que son concebidos en el marco del presupuesto de igualdad¹².

III. Derecho subjetivo. Líneas teórico-argumentales de su construcción

Determinadas líneas de la filosofía jurídica, proponen entender la noción de Derechos Humanos partiendo de la construcción de la *"persona moral"*. Así, explican que comúnmente se suele relacionar los derechos humanos con aquella normativa que se encuentra estipulada en disposiciones de derecho positivo, sea nacional o internacional. Ahora bien, se entiende también que aquellos derechos no se identifican como los que surgen de la norma positiva, sino que constituyen la consagración o reconocimiento de derechos que no tienen ni deben corresponder su existencia a la recepción jurídica, y que tienen su origen en lo que se ha denominado *"derecho natural"*. El estatus normativo de estos derechos derivará entonces de principios morales, o bien de un *"sistema de principios morales"*¹³.

Partiendo de ello, *"decir los sujetos de los derechos humanos son todos los hombres y nada más que ellos es equivalente a sostener que los principios que establecen estos derechos tienen como única condición de aplicación referida a los sujetos normativos la propiedad de constituir un individuo humano"*¹⁴. En tal sentido, la pertenencia a la especie humana será el rasgo característico y necesario para gozar de los derechos en cuestión, siendo otras propiedades –raza, sexo, inteligencia, etc.– irrelevantes. Así, *"si la única propiedad relevante para gozar de aquellos derechos es la del hombre y si esta propiedad no es gradual, esto quiere decir que no puede haber diferencias de grado en el*

///de derechos específicos justificados por su condición de persona en desarrollo. El niño, así, deja de ser *"objeto"* de protección y de representación, por parte de sus progenitores y del estado, para ser sujeto de derecho, con la protección especial propia de su condición. Ver los autores citados en: *Derecho Constitucional de Familia*, Tomo I, ob. cit., pág. 536.

¹² Respecto de esto último, no pretendemos afirmar que igualdad implica que el trato dispensado a una persona con un padecimiento mental deba ser el mismo que el dado a quien no lo tiene. Como explica Alfredo Kraut, sostener la simple igualdad de los hombres será considerar del mismo modo a los enfermos como sanos, a los ancianos como jóvenes, lo que implica entender la igualdad *"como un aserto retórico, y conduce a soluciones injustas ya que todos los seres son diferentes como distintas sus capacidades"*, ver Kraut, Alfredo, *Salud mental*, pág. 29.

¹³ Carlos S. Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª ed. ampliada y revisada, Buenos Aires, Astrea, 2007.

¹⁴ *Ibidem*, pág. 41.

goce de los derechos en cuestión; es decir que todos los hombres deben gozar de ellos en el mismo grado”¹⁵.

Desde esta perspectiva¹⁶, se ha entendido que la constitución de la persona moral conlleva la idea de una “autoconciencia”, de una capacidad para adoptar fines y formular deseos¹⁷. En suma, parecería ser que la concesión del derecho subjetivo, propio de la persona moral, estaría determinada por la existencia de una capacidad volitiva¹⁸. Así es, que el modelo propuesto por las teorías de la voluntad apuntarán a afirmar que los derechos se definen como “poderes normativos para determinar las obligaciones de otros sujetos mediante el ejercicio de la voluntad de su titular”¹⁹, quedando configurado el derecho subjetivo por la voluntad o discreción del titular en relación con el contenido del derecho²⁰.

Ahora bien, el problema que se suscita ante esta construcción teórica es, que aquellos que no fuesen reputados capaces para el ejercicio del derecho, y que por ello se los considere carentes de capacidad volitiva, serán excluidos de la categoría “sujetos de derechos”, pasando a ser simples “objetos de derechos”, meros entes de imputación que, por sí, son incapaces de reclamar aquello que se les reconoce.

¹⁵ Nino, Carlos S., El hombre, sus derechos y el Derecho, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985, pág. 129 y ss.

¹⁶ Desde una postura menos estricta, se dirá que “Los seres humanos, por su calidad de tales, son titulares de derechos. Estos son inherentes a su condición humana y se consideran fundamentales de la persona, por lo que se denominan derechos fundamentales o humanos. La noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de las personas frente al Estado, cuyo poder debe ejercerse al servicio de estas y ser el medio para que vivan en sociedad en condiciones dignas”. Huenchuan, Sandra y Morlchetti, Alejandro, Análisis de los instrumentos internacionales y nacionales de derechos humanos de las personas mayores, en *Notas de Población*, n° 81, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/8/27108/lcg2300-P_3.pdf.

¹⁷ Ver, al respecto, el análisis realizado respecto de Sandel, Liberalism and the limits of justice, en Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, ob. cit. pág. 172, y en Vázquez Rodolfo, *Liberalismo, estado de derecho y minorías*, Buenos Aires, Paidós, 2001, pág. 50 y ss.

¹⁸ Vázquez, Rodolfo, *Liberalismo, estado de derecho y minorías*, ob. cit., pág. 50 y ss.

¹⁹ Fanlo Cortés, Isabel, Los derechos del niño y las teorías de los derechos: introducción a un debate, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, n° 9, Buenos Aires, UNICEF, 2007, pág. 167 y ss.

²⁰ Esta construcción conformó una clave del desarrollo del Derecho moderno en el pensamiento jurídico continental, donde el concepto de derecho subjetivo, como capacidad o poder de actuar del individuo, dio forma al Derecho positivo sobre el que se estructuraron los derechos del hombre, conceptos que entraron en crisis con el “resurgimiento” del Derecho natural como “estructurante” del hombre. Derechos que luego, con motivo de asegurarlos y darles una dimensión permanente y segura, se plasmaron en los procesos de positivización de las declaraciones internacionales de Derecho. Ver, al respecto, Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1994, pág. 135 y ss.

Dicho lo anterior, debe tenerse en cuenta la importancia que tiene esta categorización, ya que de la misma derivan un sin número de posibilidades para aquel que se encuentra incluido en el marco normativo. Se crea una realidad jurídica independiente de la existencia fáctica del sujeto; esa realidad, que opera desde el discurso jurídico, es la de ser sujeto de derecho.

En tal sentido, desde la institución jurídica los hombres toman conciencia de sí mismos en función de la determinación que la ley hace sobre ellos. Sobre esta estructura de constitución del sujeto, reside la estructura "ficcional" que mantiene la integridad del discurso que legitima el derecho positivo, "es como si hubiese en el origen un sujeto al cual dirigirse, al cual calificar, permitir o prohibir ciertas conductas, y porque él está primero es que, en un segundo momento La Ley lo alude; le habla; lo autoriza; lo interdicta; lo establece en algún lugar del campo de la legitimidad o lo excluye de él; le otorga la palabra o lo priva de ella"²¹. La ley, mediante su discurso, cumplirá entonces la función de determinar quiénes son personas, tipos, extensión de su capacidad, cualidades y atributos, "el derecho dota de identidad a todo aquel que instituye como sujeto. Identidad y legitimidad están ligadas"²².

De forma similar, Goffman²³ explica que la construcción de la identidad particular en la sociedad depende de la adecuación a roles prefijados que deberán interpretar cada uno de los sujetos al momento de la interacción social. En este marco, es un principio fundamental la adecuación al rol prefijado y la construcción de la identidad particular funcional a ese rol. Pudiendo el sujeto mantener el control sobre todos estos aspectos que hacen a su identidad en función de la sociedad de la que es parte y no habiendo lugar a mayores problemas que hagan a su integración social. Ahora, un desbarajuste en la identidad, "creada en función", ocasiona un trastorno social que requiere del rápido aprendizaje del individuo en la adecuación a su rol, caso contrario la estigmatización del mismo mediante la ley deviene como mecanismo sea de sanción social o de exclusión social en sus casos extremos.

Así entonces, la construcción del sujeto de derecho, como ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, queda ligada a la noción jurídica del ejercicio, o sea, a la posibilidad o imposibilidad de contraer aquellos derechos u obligaciones por sí, o bien por intermedio de un tercero que "supla" aquella capacidad "inexistente" del sujeto.

²¹ Ruiz, Alicia, Aspectos Ideológicos del discurso jurídico. La categoría del sujeto de derecho, en *Materiales para una teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1991, pág. 194 y ss.

²² Ibidem.

²³ Goffman, Erving, *La presentación de la persona en vida cotidiana*, Buenos Aires, Amorrortu, 2004.

Cuando la *persona natural*²⁴, con personalidad jurídica reconocida por la ley, actúa en el marco de una relación jurídica, se convierte técnicamente en un sujeto de derecho, o sea “*la propia persona inmersa en una concreta relación jurídica, bien como titular de un derecho o sujeto activo, o como titular de un deber, obligación o sujeto pasivo*”²⁵.

Asimismo, Alfredo J. Kraut explica que la ley prescribe que todo hombre es persona y, a la vez, ciudadano, y presume que todos poseen salud mental y agrega que “*como sujeto de derecho, merece la efectiva protección del orden jurídico. Tales apreciaciones aparecen, sin embargo, relativizadas en el caso de personas con discapacidad mental. Cuando la capacidad mental se restringe totalmente, y debe sustituirse, el ejercicio efectivo de los derechos puede llegar a disgregarse*”²⁶.

Efectuado aquel análisis teórico, veamos ahora cuáles son las principales estructuras normativas que se han adoptado en el mundo continental.

IV. Capacidad, subjetividad jurídica, modelos normativos

Sobre el marco teórico recién explicado, se observa que desde las diferentes regulaciones existentes en el mundo continental, cuatro, al menos, son los tipos de modelos que los Estados adoptan con relación al ejercicio de la capacidad²⁷. Un primer modelo es llamado “de atribución directa de incapacidad” y refiere a cuando la deficiencia es la causa directa y final de la incapacitación

²⁴ Valdez Díaz entiende que “*es persona natural el ser humano, el hombre jurídicamente considerado, al que se reconoce capacidad para ser sujeto de derecho y obligaciones y, especialmente, poseedor de atributos y cualidades que han de ser reconocidas por el derecho, puesto que tipifican si dignidad humana*”. Ver, al respecto, Valdez Díaz, Caridad del Carmen, *Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación desde la realidad cubana, en Nuevos perfiles del Derecho de Familia*; Kemelmajer de Carlucci, Aída y Pérez Gallardo, Leonardo B. (Coord.), Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, pág. 563.

²⁵ Valdez Díaz, Caridad del Carmen; “*Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación desde la realidad cubana*”, ob. cit., pág. 566.

²⁶ Kraut, Alfredo J., *Salud mental y tutela jurídica*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, pág. 68.

²⁷ Para el presente análisis se toma en cuenta el desarrollo efectuado y presentado por Francisco Barri en el seminario “*Capacidad jurídica, Discapacidad y Derechos humanos*”, 15-18 de febrero de 2012, Universidad Carlos III de Madrid. Véase: http://www.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_derechos_humanos/eventos_actividades/seminarios_cursos_jornadas_en_el_idhbc/materiales/seminario_capacidad_juridica_discapacidad_derechos_humanos. Asimismo, con mayor profundidad, el mismo autor analiza esta clasificación en *Capacidad jurídica y discapacidad: Una visión del derecho comparado*, en Palacios, Agustina y Barri, Francisco, *Capacidad, jurídica, discapacidad y derechos humanos...*, Buenos Aires, Ediar, 2012.

civil. Las legislaciones de las repúblicas de Chile²⁸, Colombia²⁹ y la redacción originaria del Código Civil argentino siguen este modelo³⁰.

Un segundo modelo, llamado “*sistema de atribución indirecta de incapacidad*”, tiene como eje central que la causa de la declaración de incapacitación se encuentra en la comprobación de ausencia de autogobierno en la persona, y no en la sola presencia de la enfermedad mental. Entre otros Estados este modelo es el adoptado por España³¹, Portugal³² e Italia³³.

El tercer modelo normativo, llamado modelo funcional, si bien guarda similitudes con el modelo de atribución indirecta, en tanto asocia una discapacidad con la imposibilidad de autogobierno, se diferencia por limitar aquella imposibilidad a funciones o situaciones muy específicas. Se ejemplifica con las legislaciones vigentes en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte³⁴, Nueva Zelanda³⁵.

²⁸ El Código Civil de Chile observa en su artículo 1446 que “*Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces*”. Inmediatamente, la norma siguiente, destaca que “*Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución...*”.

²⁹ El Código Civil de Colombia en el art. 1503 observa que “*Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces*”.

³⁰ Al respecto, Bariffi, Francisco J., *El Régimen de incapacidad del Código Civil argentino...*, *Discapacidad, justicia y Estado*, ob. cit., pp. 108.

³¹ El Código Civil español dispone en el artículo 199 que “*Nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley*”; mientras que en el art. 200 prescribe que “*Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”. Con respecto a esta regulación, puede verse: Roig, Rafael de Asís, *Sobre la capacidad, en Palacios, Agustina y Bariffi, Francisco, Capacidad, jurídica discapacidad y derechos humanos...*, Buenos Aires, Ediar, 2012, pág. 7.

³² Código Civil Portugués, art. 138 “*(Pessoas sujeitas a interdição) 1. Podem ser interditos do exercício dos seus direitos todos aqueles que por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira se mostrem incapazes de governar suas pessoas e bens. 2. As interdições são aplicáveis a maiores; mas podem ser requeridas e decretadas dentro do ano anterior à maioridade, para produzirem os seus efeitos a partir do dia em que o menor se torne maior*”.

³³ Código Civil Italiano, art. 414. “*Persone che devono essere interdette. Il maggiore di età e il minore emancipato, i quali si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, devono essere interdetti (417 e seguenti)*”. Mientras que el art. 415 señala que “*Persone che possono essere inabilite Il maggiore di età infermo di mente, lo stato del quale non è talmente grave da far luogo all'interdizione, può essere inabilitato (417 e seguenti, 429) Possono anche essere inabilitati coloro che, per prodigalità (776) o per abuso abituale di bevande alcoliche o di stupefacenti, espongono sé e la loro famiglia a gravi pregiudizi economici...*”.

³⁴ *Mental Capacity Act 2005*.

³⁵ *Protection of Personal and Property Rights Act 1988*.

Finalmente, el modelo de apoyos encuentra su eje en la necesidad de promover la autonomía de la persona con discapacidad, haciendo desaparecer las figuras tutelares de interdicción. Los ejemplos se encuentran en la Ley de Convenio de Representación del Estado de Columbia, Britania, Canadá; y la Ley sobre Apoyos y Servicios a Ciertas Personas con Deficiencias Funcionales de Suecia³⁶.

La última de estas legislaciones tiene una virtualidad trascendental para el análisis en este presente trabajo, y para pensar cómo podría reestructurarse la normativa civil argentina. Como regla general, la legislación sueca parte de establecer que todas las personas mayores de edad gozan de plena capacidad jurídica, lo que incluye la capacidad de obrar. Contrariamente a los modelos legislativos antes anunciados, en el sueco no se prevé un sistema de tutela para las personas discapacitadas, ni tampoco una declaración judicial de incapacidad, sino que se establece un régimen de "consejeros legales" o bien uno de "guarda legal" o "administración", de acuerdo con el caso concreto y a las necesidades.

La llamada Ley de Servicios y Apoyos a Personas con Ciertas Deficiencias Funcionales (1993:386)³⁷, delimita en primer lugar su ámbito personal de aplicación. Así, en su sección primera observa que la ley tiene como finalidad brindar apoyo a personas con diferentes grados de discapacidad³⁸. Luego, bajo el capítulo referido a "objetivos y orientaciones generales", señala la necesidad de promover la igualdad en las condiciones de vida y la plena participación en la comunidad por parte de las personas discapacitadas. Además, observa la que deberá impulsar el respecto a la vida privada individual y la autodeterminación³⁹. Con el fin de garantizar las óptimas condiciones de vida de aquellas personas que caigan bajo el ámbito de aplicación de la ley, se juzga necesaria la satisfacción de sus necesidades y la promoción de una vida independiente, y adoptarse medidas de apoyo especiales para la asistencia diaria de la persona discapacitada, y en la medida y extensión de sus necesidades. Concretamente, se exponen diferentes tipos de medidas que, en cierta forma, reitero, dependen de las necesidades de la persona en cuestión y podrán ser

³⁶ En idioma inglés: *Act (1993:387) Concerning Support and Service for Persons with Certain Functional Impairments*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Se mencionan las personas que: 1. Tienen en retraso mental, autismo o una afección que se asemeje al autismo, 2. Tienen una deficiencia funcional intelectual considerable y permanente, 3. Tienen otras deficiencias funcionales permanentes físicas o mentales que no se manifiesten por el envejecimiento normal, si tales deficiencias son de magnitud y causan dificultades considerables para la vida diaria.

³⁹ Secciones 5ª y 6ª.

diagramadas en colaboración con la persona de quien se trate⁴⁰. Asimismo, importa destacar que la legislación aludida establece que aquel marco de apoyos será supervisado por una autoridad pública, la que controlará el cumplimiento de las medidas de apoyo y verificará la satisfacción de las necesidades de la persona con discapacidad.

En consonancia con este régimen de apoyos, la ley civil sueca⁴¹ establece la posibilidad que, de acuerdo con el grado de discapacidad de la persona, se designe un administrador o un “*guardian ad litem*”. La primera de aquellas figuras se reserva a la administración de cuestiones concretas que serán definidas, o limitadas, por la autoridad judicial. Por ejemplo, podrá designarse un administrador para los bienes que la persona discapacitada tuviese bajo su titularidad. Asimismo, un modo menos intrusivo en la vida de la persona, se consagra la alternativa del “*guardian ad litem*”, cuya característica central se encuentra en que la persona mantiene el derecho a decidir sobre aquellas cuestiones personales, pero con la asistencia de aquel guardián.

Finalmente, y también en el marco de una alternativa de apoyo, en 1994 el Estado Sueco sancionó una ley que regula la posibilidad de que una persona con discapacidad solicite la colaboración del Ombudsman para la Discapacidad para la toma de decisiones y el reaseguro de la plena participación en la comunidad en igualdad de condiciones; todo ello, sin necesidad de transcurrir por un proceso administrativo o judicial que evalúe la existencia de padecimientos psiquiátricos⁴².

En cierta forma, este último modelo normativo es el que se ha impuesto en la CDPD, y sobre el que se ha concientizado acerca de la necesidad, en términos éticos y jurídicos, de proclamar un “*modelo social de discapacidad*”⁴³, donde se establezcan mecanismos para la protección de las personas discapacitadas y, al mismo tiempo, se garantice su autonomía.

⁴⁰ Secciones 7ª, 8ª y 9ª. Entre otras, se mencionan: consejo en el desenvolvimiento de la persona; ayuda o asistencia, tanto personal o financiera; acompañamiento; compañía en el hogar por periodos cortos; colaboración en los organización doméstica, etc.

⁴¹ Compúlese: <http://www.government.se/content/1/c6/13/83/44/12624b3b.pdf>

⁴² The Disability Ombudsman Act SFS 1994:749.

⁴³ Según el modelo social de discapacidad, las causas que dan origen a las enfermedades mentales no son ni religiosas (modelo de prescindencia) ni científicas (modelo médico-rehabilitador o médico-asistencia), sino que son preponderantemente sociales; y que “*las personas con discapacidad pueden aportar a las necesidades de la comunidad en igual medida que el resto de las personas, pero siempre desde la valoración y el respeto de su condición de personas y de la diversidad...*”. Ver, al respecto, Rosales, Pablo Oscar, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad..., en *Discapacidad, justicia y Estado*, ob. cit., pp. 7.

V. La salud mental como derecho fundamental, humano y constitucional

Los estándares de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad

No resulta una novedad que con la reforma constitucional de 1994, y la consecuente jerarquización de varios tratados internacionales de derechos humanos, ha existido un amplio avance en el reconocimiento jurídico de derechos a determinadas "minorías", como ser mujeres y niños. Ello sin duda, derivó del cambio de la perspectiva jurídica filosófica y de los movimientos sociales que fueron aconteciéndose. Cambios que, sin perjuicio de que los celebremos, esconden un discurso económico-legal basado en la "utilidad" social y mercantil de aquellos sujetos a los que se les reconoce, o se les reconocerá por el único hecho temporal de la evolución biológica, derechos concretos sobre los que las sociedades sustentan su "evolución".

Como señala calificada doctrina⁴⁴, los "locos" no han corrido con esa suerte, *"ello se debe, en parte, a que estos no pueden hacer valer sus derechos por sí mismos; y en parte también, a que por mucho tiempo nadie asumió la voz cantante de su causa. Es que los locos no deciden, no participan, no hablan y, fundamentalmente, no votan. En definitiva, esta coexistencia de factores favorece la consideración y el tratamiento del enfermo mental como objeto de protección y no como sujeto de derechos humanos"*⁴⁵.

Sin embargo, hoy hay elementos para reafirmar lo contrario y asentar, la sociedad en su conjunto, el nuevo paradigma jurídico que se reclama.

El artículo 75 inc. 23 de la Constitución Nacional consagra la obligación estadual de *"legislar y promover medidas acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de derechos reconocidos por esta constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de (...) las personas con discapacidad"*.

⁴⁴ Véase el excelente trabajo de Famá, María Victoria, Salud mental y derechos humanos: hacia un sistema de gradualidad de capacidades, ob. cit.

⁴⁵ *Ibidem*.

Por su parte, tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional reconocen el derecho a la salud⁴⁶, a *"la salud física y mental"*⁴⁷ y el derecho de aquellos que padecen un impedimento psíquico o físico a *"disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad"*⁴⁸.

Asimismo, desde el derecho internacional de los derechos humanos, y en el marco de dos Convenciones Internacionales ratificadas e incorporadas formalmente por ley interna al derecho argentino, se propone también la necesidad de reformar la mirada que el derecho ha tenido respecto de la discapacidad, encomendando al Estado argentino la restructuración normativa y la adopción de políticas públicas destinadas a la construcción de lo que se ha venido a llamar *"modelo social de discapacidad"*, fundado en que la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad⁴⁹. Las Convenciones a las que aludo son la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, cuyo incumplimiento genera responsabilidad internacional, y, en el marco de las Naciones Unidas, la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por el Congreso Nacional mediante Ley 26.378.

En concreto, la segunda de estas convenciones, *"reconoce la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones"* (art. 1º, 1º párr.), señala como propósito promover, proteger y asegurar el goce pleno y condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. Se indica 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"* (art. 1º, 2º párr.).

⁴⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 10º), Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5º), Convención Interamericana sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (art. 5º), Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 12).

⁴⁷ Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁴⁸ Art. 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴⁹ Al respecto, véase, Olmo, Juan Pablo, Capacidad Jurídica, discapacidad y curatela: ¿crónica de una responsabilidad internacional anunciada?, *La Ley*, DFyP 2012 (julio), 1/7/2012, 340; Olmo, Juan Pablo y Martínez Alcorta, Julio A., Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad..., *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, nº 40, mayo de 2011, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011.

Luego, el art. 3º consagra que son principios de aquella Convención: el respeto a la dignidad; la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión en la sociedad; la igualdad de oportunidades; entre otros.

A su vez, reconoce en el art. 5º el derecho a la igualdad y a la no discriminación, la igualdad de reconocimiento como persona ante la ley, acompañada por la implementación de todas las políticas que sean necesarias tendientes a proporcionar el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica (art. 12); asimismo, se reconoce el derecho al *“acceso a la justicia en iguales condiciones con los demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos...”*; en su artículo 14 se consagra el derecho a la *“libertad y seguridad de la persona”*, incluyendo este la prohibición de que las personas con discapacidad se vean privadas de su libertad de manera arbitraria e ilegal, y que la existencia de la discapacidad no sea justificante de dicha privación.

Se afirman también, los derechos a vivir en forma independiente y a ser incluido en la comunidad (art. 19); el derecho a la familia, incluyendo este la obligatoriedad de los Estados de eliminar aquella normativa que discriminen en aquellas cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la patria potestad y las relaciones personales que de ella deriven, el derecho a casarse; el derecho a la participación en la vida política y pública (art. 29), entre otros derechos⁵⁰.

Se estructura así un sistema que reconoce al derecho humano de la salud mental, que implica la garantía y satisfacción de aquellos derechos inherentes a su reconocimiento: el derecho a la internación, a rechazar la internación, a ser informado, el derecho al debido proceso y al reconocimiento de las garantías procesales, el derecho a la comunicación, a la seguridad, a la dignidad, a la protección del patrimonio, a la prestación de tratamientos médicos adecuados y a recibir el tratamiento menos represivo, a la resocialización, a participar en la vida pública, etc.⁵¹.

⁵⁰ En razón a la imposibilidad de explicar en detalle cada uno de los artículos mencionados, lo que debe ser objeto de un análisis individual y mucho más profundo, se han señalado aquellos que entendemos tangenciales en el desarrollo de aquellos temas que trata el presente trabajo.

⁵¹ Ver, entre tantos, Famá, María Victoria, *Salud mental y derechos humanos: hacia un sistema de gradualidad de capacidades*, ob. cit.; Cárdenas, José Eduardo; Grimson, Ricardo y Alvarez, José Atilio, *El juicio de la insania y la internación psiquiátrica*, Buenos Aires, Astrea, 1985, Cifuentes, Santos; Rivas Molina, Andrés y Tiscornia, Bartolomé; ob. cit.; Kraut, Alfredo J., *Salud mental y tutela jurídica*, ob. cit.

En definitiva, se construye un derecho a la salud mental que no niega al sujeto protegido, sino que lo integra a la normativa, le reconoce subjetividad y, por sus características especiales que lo diferencian, estructura un sistema de protección que no hace sino que cambiar los roles y los lugares desde donde las cosas eran antes vistas: la protección se da en la inclusión y la igualdad *asistida*⁵² y no en la marginación por la diferencia estigmatizada.

Es decir, la Convención Internacional propone un régimen legal que rompe con el paradigma de la sustitución en la toma de decisiones, reemplazándolo por un de asistencia en la toma de decisiones que se aplica sin distinción a todas las personas con discapacidad.

Es que, como se anunciaba al explicar el art. 12 de la CDPD, la determinación del apoyo que exige la norma obliga a pensar alternativas a cada una de las particularidades y necesidades de las personas cuyo desenvolvimiento diario se encuentre comprometido; estableciéndose así la manera para que, sin coartar aquella autonomía y libertad personal, se creen las condiciones necesarias para que la colaboración de terceras personas garanticen el desenvolvimiento diario en la vida de las personas discapacitadas.

Además, el espíritu de la norma se encuentra en la necesidad de establecer el derecho de las personas con discapacidad para asumir sus propios riesgos, reconociéndose para ello la más amplia personalidad y capacidad jurídica; *“riesgo que por otra parte es asumido por todas las personas en su vida cotidiana y que no es reconocido adecuadamente en la práctica diaria de las personas con discapacidad”*⁵³.

Aquellos apoyos variarán en razón de las necesidades de la persona con discapacidad, la extensión de sus dificultades, y las particularidades de los actos

⁵² En función de lo que se explicó en este trabajo en cuanto a la igualdad, y recordando lo expuesto en la nota al pie n° 9, Roland Dworkin distingue dos tipos de derechos *“El primero es el derecho a igual tratamiento, que es el derecho a una distribución igual de oportunidad, recursos o cargas (...) el segundo es el derecho a ser tratado como igual, que no es el derecho a recibir la misma distribución de alguna carga o beneficio, sino a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera”*. En tal sentido, utilizamos la construcción gramatical *“igualdad asistida”* porque lo que proclamamos no es una igualdad como mero aserto retórico, sino una que se encuentre basada en un trato que implique el reconocimiento de los mismos derechos y garantías que a los demás y la misma posibilidad de acceso a diferentes recursos, pero con la asistencia del Estado que, por medio de políticas públicas y legislativas, construya esa igualdad en función de la diferencia. Ver respecto de lo resaltado en la presente: Dworkin, Ronald; *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002, pág. 332.

⁵³ Rosales, Pablo Oscar, Convención sobre los derechos de las personas..., ob. cit., pp. 22.

que deban realizarse. Es decir, se propone claramente erradicar el concepto de incapacidad por completo, imponiéndose la necesidad de adoptar decisiones singulares y aplicables a la particularidad en la subjetividad de cada persona discapacitada, teniendo como principal eje su dignidad y anatomía⁵⁴.

Finalmente, y en el marco del citado art. 12, la Convención Internacional consagra la obligación por parte de los Estados de implementar medidas destinadas a asegurar y garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica y, de esta forma, evitar la existencia de abusos en el marco de la asistencia al discapacitado. Así entonces, se señala la garantía del debido proceso durante la tramitación de la causa donde se decidirá la medida de apoyo; la proporcionalidad y adecuación de aquellos apoyos a las necesidades de la persona discapacitada; y el establecimiento de un sistema de control para el ejercicio abusivo de los apoyos que establezca una sentencia⁵⁵.

Como se ha anunciado, la CDPD se ha erigido como el eje fundamental para la ruptura del “paradigma” aún vigente en nuestro Código Civil. Es que la incongruencia normativa, que por un lado reconoce la plena capacidad y por otro establece un sistema de sustitución de la aquella –como categoría de interdicción–, colisiona con la obligación internacional en reconocer la subjetividad jurídica, y pleno ejercicio de los derechos de las personas discapacitadas.

Dicho aquello, conviene continuar el presente trabajo abordando la cuestión relativa a cómo es regulado el régimen de la capacidad, y su ejercicio por parte de personas discapacitadas en la legislación argentina vigente, el Proyecto de Reforma y su correlato con la CDPD.

VI. Del modelo de sustitución de la capacidad a la plena vigencia de los derechos humanos

*La evolución legal argentina y el Proyecto de Reforma del Código Civil*⁵⁶

⁵⁴ Michael Bach observa, de manera ejemplificativa, que los apoyos a los que refiere la convención pueden constituir en: 1) asistencia para la toma de decisiones para demostrar y ejercer la personalidad jurídica, incluyendo la capacidad de obrar; 2) información y campañas de sensibilización en materia de derechos humanos, capacidad jurídica, toma de decisiones con apoyos, redes de representación en la toma de decisiones; 3) apoyo en la defensa de la persona para el ejercicio y la protección de su derecho a la capacidad jurídica 4) sistemas de apoyo comunitarios que proporcionen apoyos relacionadas con la discapacidad que sean individualizados, flexibles y responsables. Ver: Bach, Michael, *El derecho a la capacidad jurídica en la convención...*, en Palacios, Agustina y Bariffi, Francisco (Coord.), *Capacidad jurídica y discapacidad*, ob. cit., pp. 85 y ss.

⁵⁵ Véase, al respecto, Olmo, Juan Pablo y Martínez Alcorta, Julio A., Artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad..., *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 40, mayo de 2011, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011.

⁵⁶ Adelanto que el análisis del proyecto se avocará concretamente al régimen de capacidad en su marco estructural, es decir, artículos 32 y 43 del Proyecto. Las restantes previsiones se analizarán///

Dentro de un análisis histórico-jurídico acerca de cómo se ha regulado el ejercicio de la capacidad en la Argentina, podemos encontrar que el modelo que ha primado es el de *"atribución directa de incapacidad"*, o de sustitución de la voluntad de la persona discapacitada. Veamos sintéticamente porqué y cómo el mismo ha ido flexibilizándose con el paso del tiempo.

La normativa del Código de Vélez Sarsfield ha construido una ficción jurídica basada en la capacidad de hecho –como la aptitud o idoneidad para la realización eficaz de actos jurídicos– y la capacidad de derecho –entendida como la aptitud para la titularidad de deberes y derechos–.

Si bien, nadie discute la existencia de la capacidad de derecho, ya que esta hace a la mera existencia de la persona jurídica así reconocida, la capacidad de hecho presentará una variable particular. Construida esta como regla, abre lugar a la excepción; que se encuentra presente cuando la ley, y su aplicación por medio de una sentencia, la consagra al entender que determinada persona no puede actuar por sí misma, sin la intervención de terceros.

De tal forma, la ficción jurídica se implementa obstruyendo la autonomía personal, en resguardo de la seguridad del incapaz. Se estructura así, un régimen que tiene fundamento en la existencia de una *"persona dependiente, en riesgo y necesitada de un régimen de protección jurídica"*⁵⁷.

Como decía, el derecho prescripto en el Código de Vélez Sarsfield forma la categoría descripta con: los *"menores"*⁵⁸, los *"dementes"*, declarados por juez competente, y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito; clasificaciones que ponen, sin duda, en crisis la noción de sujeto de derecho, en tanto entendido como ente con capacidad de ejercicio y, por ello, capacidad jurídica plena⁵⁹.

//en forma descriptiva.

⁵⁷ Llorens, Luis, *La falta o disminución del discernimiento. ¿Constituye una incapacidad?*, LL 2007-E-1106.

⁵⁸ Al respecto, y en honor a la brevedad, véase lo analizado en la nota al pie n° 7 del presente trabajo.

⁵⁹ En un excelente texto que analiza cómo estas cuestiones repercuten en la realidad jurídica de la República de Cuba se sostiene que incapacidad y capacidad, en sede civil, no son, necesariamente, términos contrarios. Se explica, que *"la ineptitud física y psíquica no conlleva de forma ineluctable a la incapacidad, que solo procedería cuando se pruebe que aquella, la discapacidad, priva a la persona de cabal juicio, de la posibilidad real de querer y entender, y de poder manifestar y expresar su voluntad adecuadamente, pues de lo contrario no tendría este significado jurídico"*. Ahora bien, con solo observar cómo se estructura nuestro ordenamiento jurídico interno, se percibe que la realidad no es la misma que la analizada, siempre que cuando se habla de esquemas de capacidad/incapacidad que son estancos y, más aún, cuando la incapacidad declarada judicialmente implica, muchas veces,///

Respecto a los “*dementes*”, el código originario se estructuró en categorías rígidas que oscilaron entre la incapacidad, por enfermedad mental, o la capacidad plena de derecho. Por su parte, La persona que resulte declarada incapaz, quedará privada de dirigir su persona (elegir su domicilio, estudio, ocupación, etc.) o administrar sus bienes (cobrar un sueldo, la jubilación o pensión, contraer deudas, etc.)⁶⁰. Esta, es la forma de protegerlo e implica, cuando es aplicada sin debido cuidado, la sustracción de todos aquellos derechos destruyendo su identidad jurídica y conformando una nueva: la del “*demente*”.

A su vez, en el ordenamiento jurídico civil argentino, el único atisbo de quiebre con dicha estructura fue la introducción del instituto de la “*inhabilitación*” con la sanción de la ley 17.711. Instituto que establece una surte de “*graduación*” de la patología mental, donde se mantiene el principio de la capacidad de hecho, bajo determinadas condiciones, como son asistencia para la realización de actos determinados⁶¹.

Fórmula jurídica que, con la sanción de la Ley 17.711, significó un avance en la temática pero, hoy en día, resulta insuficiente a la hora de repensar una transformación integral del régimen legal de insania/inhabilitación⁶².

Esta última norma, como se observa, restringe la capacidad en forma parcial, afectando la administración de los bienes y previéndose para ello la asistencia de un curador que brinde asistencia en aquellos actos.

Es decir, el régimen del Código Civil originario, modificado por la Ley 17.711, prevé la coexistencia de un sistema de “*representación*” con otro de “*asistencia*”; donde en la primera se sustituye en forma absoluta la voluntad del afectado, mientras que en la segunda la decisión de aquel requiere estar completada o integrada por la de la persona a quien el Juez envistió en aquella función⁶³.

///la imposibilidad de realizar cualquier acto de la vida cotidiana; lo que implica quitar el significado jurídico a la persona y, en suma, borrarla del sistema jurídico. Al respecto, véase: Valdez Díaz, Caridad del Carmen, Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación desde la realidad cubana, ob. cit., pág. 570.

⁶⁰ Cárdenas, José Eduardo; Grimson, Ricardo; Álvarez, José Atilio, *El juicio de la insania y la internación psiquiátrica*, ob. cit., pág. 36.

⁶¹ Cifuentes, Santos; Rivas Molina, Andrés y Tiscornia, Bartolomé; *Juicio de Insania*. 2º ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, pág. 199 y pág. 167 y ss.

⁶² Famá, María Victoria, Salud mental y derechos humanos: hacia un sistema de gradualidad de capacidades, ob. cit., pág. 70.

⁶³ Olmo, Juan Pablo, Capacidad Jurídica, discapacidad y curatela: ¿Crónica de una responsabilidad internacional anunciada?, *La Ley DFyP*, 2012 (julio), 1/07/2012, 340.

Recién a fines del año 2010, luego de la firma de la CDPD y producto también de la fuerte presión de organismos no gubernamentales para incluir en la agenda política los derechos allí proclamados⁶⁴, se sancionó la Ley Nacional de Salud Mental n° 26.657⁶⁵.

Aquel cuerpo normativo introduce en el Código Civil el art. 152 ter, conforme el cual las declaraciones de inhabilitación o incapacidad deberán especificar las funciones y actos que se limitan; ello, teniendo como principal mirada la necesidad de resguardar mayor grado de autonomía en el afectado. La norma repercute sin dudas en ambos procesos de inhabilitación e incapacidad, estableciéndose un proceso genérico relativo a la capacidad de la persona donde la judicatura deberá especificar los actos que se encuentra limitados y, consecuentemente, establecer bien un sistema de representación o bien uno de asistencia⁶⁶.

La reforma, si bien parte de un paradigma diferente, en cuanto al reconocimiento formal de un conjunto de derechos que allí enuncia⁶⁷, no ha logrado romper con el binomio capacidad/incapacidad que preveía el Código Civil,

64 Ha sido también un motor fundamental el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Ximenes López v. Brasil", del 4 de julio de 2006, y la nota n° 8 del informe 63/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Víctor Rosario Congo v. Ecuador" del 13 de abril de 1999, los que sin duda demarcaron los límites para una necesaria discusión en la materia.

65 Un análisis extenso puede verse en Famá, María Victoria y Pagano, Luz, La salud mental desde la óptica de la ley 26.657", Adenda a: Famá, Herrera y Pagano, *Salud mental en el Derecho de Familia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.

66 Olmo, Juan Pablo, Capacidad jurídica, discapacidad y curatela: ¿crónica de una responsabilidad internacional anunciada?, ob. cit.; El fin de los procesos de insania e inhabilitación, en *Suplemento Doctrina Judicial. Procesal*, 2012 (marzo), 1/03/2012, pág. 39. María Victoria Famá y Luz Pagano, con cita de abundante doctrina coincidente, observan que de la norma se infiere con claridad que la ley no se propuso derogar el sistema de capacidad emergente del ordenamiento civil, pues en definitiva el texto alude a las "declaraciones de inhabilitación o incapacidad. Asimismo, y luego analizar el rol que juega la norma en el sistema normativo, se preguntan, si con la reforma introducida "¿subsiste la figura de la incapacidad consagrada por el art. 54 inc. 3° del Código Civil?". Al respecto, refieren que "la respuesta negativa se impone. En efecto, si toda sentencia en un proceso que busque la determinación de la capacidad jurídica de una persona requiere que se especifiquen 'las funciones y actos que se limitan', la figura de la incapacidad de hecho absoluta se encuentra reñida con la ideología de la Ley 26.657. En definitiva, reiteramos, la ley refuerza la capacidad como regla, de manera que el juez debe enunciar aquellos actos que la persona no puede ejercer por sí, siendo ello incompatible con la idea de la incapacidad absoluta". Famá, María Victoria y Pagano, Luz, La salud mental desde la óptica de la Ley 26.657, ob. cit.

67 Recuérdese que, entre otras cuestiones, la ley trae a la persona como centro de intervención. Reconoce derechos al debido proceso y al consentimiento informado; consagra la presunción de capacidad; establece la obligación de rever las sentencias dictadas; promueve la defensa técnica; la internación como último recurso terapéutico y la intervención de la judicatura a fin de garantizar los derechos reconocidos; entre otras cuestiones.

sino que simplemente ha flexibilizado las opciones normativas existentes en aquel cuerpo normativo⁶⁸.

Como decía, la construcción del binomio explicado⁶⁹, y la subsistencia de un sistema de representación en el Código Civil actual, siguen simbolizando una afrenta a la construcción de la subjetividad jurídica y la dignidad de la persona; debiendo ser reformulados si se pretende una modificación integral del régimen de la capacidad establecido en el Código Civil, y su correspondencia con la normativa constitucional existente y compromisos asumidos por el Estado argentino en materia de derecho internacional de los derechos humanos⁷⁰.

En ese marco, el Proyecto de Reforma, desde una primera aproximación descriptiva, mantiene la clasificación que distingue la capacidad de hecho de la de derecho. Es decir, si bien parte del reconocimiento que toda persona humana goza de aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos (art. 22) y que puede ejercer por sí misma sus derechos, se admiten limitaciones a aquella capacidad de ejercicio (art. 23). Entre aquellas se encuentran las limitaciones impuestas a la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión que defina aquella decisión (art. 24).

En el marco del art. 31 del cuerpo proyectado se prescriben una serie de reglas generales de aplicación para la restricción al ejercicio de la capacidad. Aquellas son: a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;

⁶⁸ En concordancia, Bariffi, Francisco J., El régimen de incapacidad en el Código Civil argentino..., ob. cit. pp. 110; Martínez Alcorta, Primera aproximación al impacto de la Ley Nacional de Salud Mental..., *La Ley, DJ*, Buenos Aires, 16/02/2011; Guhanon, Silvia y Seltzer, Martín, La sentencia en los juicios de insania e inhabilitación..., *La Ley, DJ*, 29/6/2011; Valente, Soledad, La nueva ley de salud mental y su impacto en el sistema de capacidades del Código Civil, en Clérico, L.; Ronconi, L. y Aldao, M.; *Tratado de Derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot [en prensa].

⁶⁹ Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa; *Derecho Constitucional de Familia*, Tomo II, ob. cit., pág. 958 y Famá, María Victoria, salud mental y derechos humanos: hacia un sistema de gradualidad de capacidades, ob. cit.

⁷⁰ La evolución cronológica de los documentos internacionales sobre discapacidad es: 1971 se proclama la declaración del deficiente mental; en 1975 la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba la declaración de los derechos de los impedidos; en 1989 se dicta la Declaración de Luxor sobre derechos humanos de los enfermos mentales; al año siguiente, se dicta la Declaración de Caracas, que establece la necesidad de respetar la dignidad de los enfermos mentales, sus derechos humanos y civiles. En 1993 se redactan las Normas Uniformes de las UN sobre la Equiparación de Oportunidades para las Personas con Discapacidad; en el ámbito del sistema interamericano de protección de los DD.HH., la Convención Interamericana para la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por Ley 25.280 y, nuevamente en el ámbito de UN, la reciente Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuyo texto aprobado fue abierto a su firma en marzo de 2007, entrando en vigor, para los estados que la han ratificado, el 3 de marzo de 2008. En el año 2010 la Organización Panamericana de la Salud propició el reconocimiento de los diez principios de intervención para la salud mental.

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

En el art. 32 en Proyecto de Reforma recepta el principio neurálgico para comprender el sistema de la capacidad adoptado. La norma prevé la posibilidad de *“restringir la capacidad de una persona mayor a trece años a causa de una adicción o alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, u siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”*. A párrafo siguiente, la norma prevé la posibilidad de que el juez pueda *“declarar la incapacidad”* respecto de persona de edad mayor a los trece años que se encuentra *“en situación de falta absoluta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes”*. Para ambos casos, se prevé la designación de un curador, o los apoyos que resulten necesarios, y fijar sus funciones. Se señala la necesidad de promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

Este artículo ha sido interpretado como un retroceso al camino comenzado a delinear con la Ley de Salud Mental dictada en el año 2012. Aquel retroceso, observan tanto Juan Pablo Olmo como María G. Iglesias⁷¹, 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 parte del Estado.

Debo ser consecuente con las ideas expuestas en este trabajo y adherir a los argumentos expuestos anteriormente. Creo que hubiese sido preferible la adopción de un sistema de apoyos, regulable y variable en función de las necesidades personales, evitando caer en categorías rígidas prefijadas por cuya erradicación tanto se ha proclamado; aun cuando las mismas se reserven a cuestiones extremas o de *“suficiente gravedad”*. La opción por una regulación análoga a la prevista en el sistema legal sueco era preferible; es decir, no habilitar la

⁷¹ Olmo, Juan Pablo, Capacidad jurídica, discapacidad y curatela..., ob. cit.; Iglesias, María G., Capacidad jurídica: restricciones a la capacidad en el Anteproyecto..., SJA 2012/06/20.120; JA 2012-II-148.

posibilidad de una declaración de incapacidad, la automática sustitución de la voluntad del incapaz y la promoción de la pasividad y dependencia de la persona afectada.

La razón por la cual debe sostener lo dicho, que podría entenderse excede a las diferencias prácticas entre los modelos normativos, se encuentra además en el simbolismo que la declaración de incapacidad representa tanto para la familia, como para la persona afectada.

Es que, como se ha afirmado, la realidad jurídica se construye y, en función de ella, se ordena un discurso donde la ley, como herramienta, se encarga de interpelar al sujeto, asignándole un rol, una función, *“lo autoriza, lo interdita; le establece algún lugar en el campo de la legitimidad o lo excluye de él: le otorga la palabra o lo priva de ella”*⁷². Así entonces, el discurso jurídico, impuesto por estas leyes, disecciona la sociedad; incluye, margina y legitima el acto; otorga derechos, pero los limitan en función del rol prefijado por aquella ley.

Por ello, creo que aun cuando tantas veces se ha repetido, el lenguaje no es neutro. El peso y la carga histórica de muchos institutos jurídicos tienen la fuerza de aplastar y arrasar la subjetividad de cada uno de nosotros. Por ello, mantener una figura jurídica que socialmente es concebida como un elemento de marginalidad social, y de carencia de voluntad y autonomía, no representa el avance que se pretende con la legislación proyectada⁷³.

En definitiva, creo que hubiese sido conveniente que la regulación de la capacidad de ejercicio se de en el marco del establecimiento de apoyos, con la extensión y los límites fijados estrictamente por el juez. A su vez, para casos de personas cuya discapacidad afectare con mayor gravedad su desenvolvimiento, hubiese podido preverse la designación de determinados referentes que actuaren acompañando o representando en actos muy concretos a la persona afectada, fijados aquellos en la sentencia correspondiente, sujetando la actuación al control continuo por la autoridad judicial.

⁷² Ruiz, Alicia E.C., *La criminalidad como forma de exclusión y censura, Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Del Puerto, 2007, pág. 94. Respecto de lo dicho, véase también: Ruiz, Alicia E.C., *De la deconstrucción del sujeto a la construcción de una nueva ciudadanía y la construcción social y jurídica de la verdad, Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, ob. cit.

⁷³ En el marco de las Observaciones Generales presentadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el marco del octavo período de sesiones, Ginebra, 17 al 28 de septiembre de 2012, se instó al Estado argentino a que *“el Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial elimine la figura de la interdicción judicial y que garantice en dicho proceso de revisión la participación efectiva de las organizaciones de personas con discapacidad”*.

En el art. 33 del Proyecto de Reforma se señalan quienes se encuentran legitimados para solicitar la declaración de incapacidad o la restricción de aquella. Se incluyen: al interesado; su cónyuge; al conviviente; a los parientes dentro del cuarto grado, y dentro del segundo a aquellos que son por afinidad; y al Ministerio Público.

El art. 34 prevé la adopción de medidas cautelares destinadas a restricción de la capacidad durante la tramitación del proceso.

Los arts. 35 y 36 regulan la intervención del interesado en el proceso. La primera de aquellas normas, proclama la aplicación del principio de inmediatez entre el juez y la persona afectada. El artículo siguiente, además de eliminar la figura del curador provisorio previsto en la legislación vigente, recepta el deber constitucional de que el afectado comparezca al proceso con abogado, sea por él elegido o bien suministrado por el Estado. Asimismo, se habilita a que la persona de quien se trata el proceso participe del mismo activamente ofreciendo pruebas que hagan al objeto del juicio⁷⁴.

Los artículos 37 y 38 aluden concretamente a los aspectos que deben ser abordados en la sentencia "*declarativa*" y, en consonancia con lo que prevé el art. 152 ter del Código Civil, establece que deberán indicarse cuáles son los límites o restricciones a la capacidad y los actos y funciones que la persona afectada no puede realizar por sí misma. En tal sentido, se recepta concretamente el sistema de apoyos proclamado en la CDPD, que, como se verá, es ordenado con mayor precisión en el art. 43 del Proyecto.

El artículo 40 observa que la revisión de la sentencia puede efectuarse en cualquier momento a pedido del interesado, o bien revisada directamente por el juez dentro del plazo de tres años de su dictado. Consecuentemente, en el art. 47 se prescribe el procedimiento a seguir para el cese de la incapacidad o restricción.

Los art. 41 y 42 abordan la cuestión de las internaciones psiquiátricas. Se regula concretamente la procedencia de las internaciones involuntarias, refiriendo al respecto a la Ley Nacional de Salud Mental.

El sistema de apoyos, piedra angular de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se encuentra regulado en el art. 43. La primera referencia a esta categoría de intervención se encuentra en el

⁷⁴ La modificación propuesta es en consonancia con lo previsto en el art. 22 de la Ley de Salud Mental y con lo dispuesto en el art 13 de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

art. 32, donde el apoyo es la medida adoptada en la sentencia que restringe la capacidad de la persona⁷⁵.

La segunda referencia se encuentra en el art. 43 aludido. Aquella norma define al apoyo como *“cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general”*. Destaca que la finalidad de aquellas medidas es *“promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”*.

Puede afirmarse que la idea de esta norma ha sido incluir en la regulación referida a la capacidad el modelo de intervención que ha regulado la CDPD. Aquel instrumento, como se ha explicado, incorpora la figura de apoyos y salvaguardias en el art. 12. La razón de aquel sistema se encuentra en la necesidad de establecer medidas de abordaje que no estuvieran *“preseteados”*, sino que respondieran a las necesidades y particularidades de la persona de quien se trate⁷⁶.

Los apoyos así entendidos, y razonándose los mismos a la luz de cómo aborda el ejercicio de la capacidad y el respeto de la autonomía personal la CDPD, deben ser entendidos como la puesta en funcionamiento de una maquinaria tendiente a asegurar y colaborar con el ejercicio de la plena capacidad de la persona discapacitada, y en plano de igualdad de condiciones con las demás personas. A su vez, para la garantizar que aquellos apoyos no sobrepasen los límites prefijados, y deriven en abusos e intervenciones injustificadas en la autonomía de las personas, la Convención impone la necesidad de establecer *“salvaguardias”*.

Si bien la CDPD no indica concretamente a qué apoyos refiere, se ha interpretado que los mismos podrán ser desde la elección de un asistente personal hasta el reconocimiento en la sentencia de cuáles son los deseos de la persona discapacitada. En definitiva, la CDPD no hace sino fijar las pautas que deben

⁷⁵ Iglesias, María G., Capacidad jurídica: restricciones a la capacidad..., ob. cit.

⁷⁶ Rosales, Pablo O. (Comp.), Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Ley 26. 378)..., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, pág. 164.

cumplir los Estados para el establecimiento de apoyos, pautas que tiene con ver con un sistema que se sustente en la confianza, la participación de la persona y el respecto en la metodología de intervención⁷⁷.

Lo interesante se encuentra en que la Convención no solo impone aquellas obligaciones, sino que además exige que los Estados revisen el sistema de presentación de las personas con discapacidad y de las normas sobre interdicción (conf. art. 4° CDPD).

Entonces, si tal como nos lo exige la CDPD partimos del reconocimiento amplio de la capacidad jurídica de las personas, aun cuando padecen discapacidad, debemos respetar la participación activa de aquellas en la sociedad y en la construcción de su propio plan de vida, no podemos pensar en la alternativa de sustituir la voluntad con curadores o representantes del Estado. Como se ha observado con meridiana claridad, los apoyos que reconoce la CDPD no sin curadores ni defensores públicos de incapaces, sino que *“son un complemento de la capacidad, no una regla ni tampoco una sustitución”*⁷⁸.

De lo dicho, entonces, puede colegirse que el sistema de apoyos, si bien incluido en el ordenamiento legal proyectado, no parece reflejar los intereses de la Convención. Es que, como ya se ha afirmado, aquellos se prevén como una posibilidad de intervención, manteniéndose además la alternativa de la declaración de incapacidad. El juego de los artículos 32 y 43 del Proyecto, y principalmente la forma de inclusión del sistema de apoyos en la primera de aquellas normas, resulta incómodo y parecen no reflejar un mismo espíritu⁷⁹.

A su vez, resultan también entendibles las preocupaciones expuestas por ciertos autores con relación a la inexistencia de una recepción expresa de las salvaguardias que exige la CDPD en el art. 12.4; aun cuando algunas previsiones proyectadas revistan aquel carácter: garantías del procedimiento, derecho a

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Rosales, Pablo O., Convención sobre los derechos de las personas..., ob. cit., pág. 23.

⁷⁹ En consonancia con estas ideas, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha señalado que *“urge al Estado parte a la inmediata revisión de toda la legislación vigente que, basada en la sustitución de la toma de decisiones, priva a la persona con discapacidad de su capacidad jurídica. Al mismo tiempo, lo insta a que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplace el régimen de sustitución en la adopción de decisiones por el apoyo en la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona... El Comité expresa su preocupación por las inconsistencias contenidas en el proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial con la Convención, ya que 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”*.

ser oído y a contar con asistencia letrada, revisión de la sentencia al menos a los 3 años, deber del curador de rendir cuentas, entre otras⁸⁰.

Finalmente, el *Parágrafo Tercero* de la Sección analizada prevé la normativa relativa al régimen de validez y nulidades de los actos realizados por la persona incapaz o con capacidad restringida; mientras que en el último *Parágrafo* se restringe la declaración judicial de “*inhabilitación*” a los casos de prodigalidad y frente al perjuicio que aquella conducta pueda ocasionar al cónyuge, conviviente, hijos menores de edad o discapacitados de la persona afectada.

VII. Conclusiones

La restructuración del régimen de capacidad que pretende el Proyecto de Reforma del Código Civil, si bien parte de una mirada compatible con los estándares que preve la CDPD, transitan un camino dudoso en su pleno respeto.

Mientras la CDPD propende a romper en forma definitiva con la óptica sobre la que descansan las regulaciones que restringen el ejercicio de la capacidad jurídica, la propuesta legislativa mantiene institutos jurídicos que colisionan con las previsiones convenciones a las que el Estado argentino se encuentra obligado.

Por otro lado, de sancionarse un proyecto que mantenga incólumes disposiciones como la del art. 32, podría comprometerse la responsabilidad internacional asumida por el Estado Argentino al ratificar la Convención anunciada⁸¹. Además, la eventual aplicación del régimen de incapacidad, y de sustitución de la voluntad, proyectados en aquella disposición normativa importarían la directa colisión con la CDPD⁸², la cual mantiene jerarquía supralegal conforme dispone el art. 31 de la Constitución Nacional.

Finalmente, si bien no ha sido el objeto del presente trabajo, me interesa observar que más allá de los avances normativos que pudiésemos vivenciar, los procesos de cambio que proponen una mirada diferente respecto de la capacidad jurídica no culminan con la proclamación de derechos, sino que recién allí dan su primer paso. Como se ha observado, “*uno de los principales aportes y desafíos en el campo de los derechos humanos ... reside en la capacidad*

⁸⁰ Olmo, Juan Pablo, *Capacidad jurídica, discapacidad...*, ob. cit.

⁸¹ En art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ratificada por el Estado Argentino, reza que “*un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*”.

⁸² Y con el modelo social de discapacidad allí previsto.

*de guiar con estándares y principios la actuación de los Estados democráticos en las situaciones concretas, tanto la jurisprudencia de los tribunales, a fin de determinar el alcance de los derechos, como los procesos de formación de políticas públicas, contribuyendo de ese modo al fortalecimiento de las garantías institucionales y sociales de esos derechos en los diferentes espacios nacionales*⁸³. Caso contrario, caeremos una vez más en proclamas de ciudadanía ficticias, que bajo un ropaje de inclusión perpetúan desigualdades y marginalidades históricas.

⁸³ Abramovich y Pautassi, *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Buenos Aires, Del Puerto, cit. en Acuña, Bulit y Goñi (Comp.), *Políticas sobre la discapacidad en la Argentina. El desafío de hacer realidad los derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010, pp. 25.