



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CUYO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**TESIS DE MAESTRÍA**

**Evolución de la determinación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad según el paradigma previsto en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Adecuación de las prácticas en los Juzgados de Familia en la Primera Circunscripción Judicial.**

**MAESTRÍA EN MAGISTRATURA Y GESTIÓN JUDICIAL**

**5° COHORTE**

**Alumna:** Berbel, Natalia Ivana

**Directora:** Lic., Prof. y Magister en Administración; Berbel, Carina Elizabeth

**Codirector:** Lic. en Sociología, Defensor de la Defensoría de las Personas con Discapacidad de la Provincia de Mendoza, González Olsina Juan Carlos.

Mendoza, Año 2022

## RESUMEN

Este trabajo se enfocará en las personas con discapacidad y como la misma ha sido estudiada a lo largo de los últimos años desde distintos enfoques, apreciándose el cambio de paradigma desde una perspectiva de derechos humanos. Dentro del enfoque jurídico se han establecidos diferentes modelos, predominando actualmente y en este abordaje el modelo social de discapacidad. Se recepcionarán normas de derechos humanos que sirven de marco a las convenciones de discapacidad y otros instrumentos legales como así también, se observará como estos instrumentos internacionales han sido incorporados en el derecho argentino. Asimismo, se abordará los cambios acontecidos en materia de la capacidad jurídica de las personas en la legislación civil de fondo, en especial, desde la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015 y posterior adecuación de las normas locales de forma en la Provincia de Mendoza. Se detectará y observará las prácticas en los procedimientos judiciales de determinación de la capacidad de las personas en los Juzgados de Familia de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, para analizar si las mismas se ajustan al paradigma ideológico contemplado en la CDPD o contribuyen a la obstaculización en el acceso a la justicia.

## DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS

En este largo caminar transitado durante el desarrollo de este trabajo, tuve la bendición de ser mamá, lo cual me cambió la vida. Mi primera gran dedicatoria es a Tomás Ignacio, mi hijo, a quien en más de una ocasión lo privé de tiempo en común por estudiar. Luego a Miguel, con quien con amor, construimos una hermosa familia y a mis padres Miriam y Raúl, quienes en la difícil etapa de maternidad en época de pandemia, extensión de horario de trabajo de manera remota y las horas extras dedicadas a la formación académica, cumplieron un rol de vital importancia en el cuidado de mi hijo para completar mis estudios.

Quiero agradecer a mis dos hermanas mayores: Carina, directora de esta tesis, quien aportó sus conocimientos y experiencia en la redacción y metodología del trabajo y a Silvina, quien con sus conocimientos como profesora de Lengua y Literatura no solo ayudó desde lo lingüístico sino también desde la metodología, dedicando ambas, días enteros de su valioso tiempo para leer, corregir, realizar sugerencias y aportes enriquecedores. Sumo a una amiga Julieta Lelio, abogada y profesora de Letras, que también contribuyó en las correcciones finales de la tesis.

Agradezco también a Juan Carlos González Olsina, mi codirector, quien con su formación profesional en sociología, salud y vasta experiencia en materia de discapacidad como Defensor a cargo de la Defensoría de las Personas con Discapacidad de la Provincia de Mendoza, y como usuario del sistema legal de personas con discapacidad, me enseñó a repensar el abordaje jurídico sobre la discapacidad y en especial, a entender que las barreras a las personas con discapacidad son impuestas por la propia sociedad. Lejos de que su discapacidad visual fuera un obstáculo, orientó mis ideas, corrigió su desarrollo metodológico, aportó conocimiento y tiempo invaluable de lectura y precisión, siendo un gran motivador ante las adversidades que se presentaban.

Por último, agradezco a la Profesora de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNCuyo, Dra Elcira Gualerzi, con quien inesperada, y afortunadamente, me crucé en este camino en el año 2019. Con su profunda formación académica contribuyó como abogada tutora en el trabajo de especialización en Gestión y Magistratura Judicial, el cual en gran medida se vuelca en el presente.

**Natalia I. Berbel**

## ÍNDICE

### Contenido

CAPÍTULO I: CAPACIDAD DE LAS PERSONAS Y DISCAPACIDAD .....	11
1.- Capacidad de las personas en el derecho moderno argentino.....	13
2.-Miradas sobre la discapacidad .....	24
3.-Evolución y cambio de paradigma en materia de discapacidad .....	34
CAPÍTULO II: RECEPCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS LEGALES INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS .....	39
1.- Sinopsis de los instrumentos legales internacionales, contexto y motivos que posibilitaron su surgimiento.....	40
2.- Normativa general para personas con discapacidad contemplada en los instrumentos internacionales mencionados .....	43
CAPÍTULO III: REVISIÓN DE INSTRUMENTOS LEGALES INTERNACIONALES ESPECÍFICOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD .....	53
CAPÍTULO IV: RECEPCIÓN DE LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y DISCAPACIDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y NACIONAL ARGENTINO .....	70
1. Evolución y cambio de paradigma en materia de la capacidad de las personas con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.....	75
a) Aportes de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657.....	76
b) Capacidad .....	88
c) Inhabilitación .....	91
d) Procesos de restricción a la capacidad jurídica en el CCyCN .....	93
e) Internaciones hospitalarias y traslados hospitalarios involuntarios.....	97
f) Cambio de paradigma en materia de capacidad .....	98
2) Procedimiento relativo a la capacidad jurídica de las personas en la Provincia de Mendoza .	102
a) Ley N° 2269 Código Procesal Civil del Codificador Dr Ramiro Podetti (29/10/1953)	103
b) Ley N° 9120 Código Procesal de Familia y Violencia Familiar (BO 21/11/2018).....	106
3) Relevamiento de Encuestas realizadas a los operadores del Fuero de Familia de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza .....	109
4) Caso jurisprudencial GEJUAF Maipú, Primera Circunscripción de la Provincia de Mendoza .....	134
CAPÍTULO V: OBLIGACIONES GENERALES ESTABLECIDAS PARA LOS ESTADOS PARTE EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	139
CONCLUSIÓN.....	143

## **INTRODUCCIÓN**

A lo largo de los últimos treinta años, se ha observado un gran avance en materia de derechos humanos, un crecimiento normativo y de políticas públicas, tanto en el orden internacional, nacional como local. Sin embargo, en la actualidad existen grupos vulnerables de personas, tales como los niños, adultos mayores, mujeres, personas con discapacidad, etc. que padecen los retrasos y fallas del sistema.

Según la Organización Mundial de la Salud<sup>1</sup>(OMS), más de mil millones de personas en el mundo viven con alguna forma de discapacidad, lo cual representa alrededor del 15% de la población mundial. Las causas aumentan debido al envejecimiento de la población y al aumento de las enfermedades crónicas a escala mundial. De estas personas, casi 200 millones experimentan dificultades considerables en su funcionalidad. Sus deficiencias físicas, mentales o sensoriales los colocan en una situación de desventaja frente a los demás miembros de la sociedad. Por ello, los derechos de las personas con discapacidad necesitan de protección especial.

En nuestro país, según la Red de Asistencia Legal y Social<sup>2</sup>, organismo que recaba los datos del último censo con medición del INDEC (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos) sobre personas con discapacidad en 2010 relevó que más de 5 millones de personas (5.114.190) tienen alguna discapacidad, lo que equivale al 12,9% del total de la población. Más de la mitad de ellas no trabaja, y en cuanto a la distinción de género, el 14% (2.851.015) corresponde a mujeres con discapacidad, contra un 11,7% de hombres (2.263.175). Del total de esa población, el 59,5% vive con discapacidad visual (Dificultad de Largo Plazo-DLP); el 20% motora inferior; el 8,4% cognitiva; el 8,3% auditiva y el 3,8%, motora superior. De ellos, el 68% padece solo una DLP y el 32% (532.797

---

<sup>1</sup>Organización Mundial de la Salud. (Consultado el 21 de enero de 2018). Recuperado de [https://www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/es/](https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/es/).

<sup>2</sup> Red de Asistencia Legal y Social. (Consultado el 21 de enero de 2108). Recuperado de <https://www.rals.org.ar/el-indec-sale-a-relevar-cuantas-personas-con-discapacidad-hay-en-la-argentina/#:~:text=Seg%C3%BAAn%20los%20datos%20del%20C3%BAltimo,dificultades%20de%20las%20m%C3%A1s%20variadas>.

personas), dos o más, incluyendo una cognitiva, con lo que tienen un alto nivel de dependencia. En nuestra provincia, alrededor del 13% de la población presenta algún tipo de discapacidad.

El pasado 28 de Mayo de 2022 se llevó a cabo un nuevo Censo Nacional Poblacional, cuyo procesamiento de datos se encuentra en curso, posiblemente sus conclusiones puedan ser informadas a más de un año de su realización. Se puede adelantar que el número total de población de la República Argentina ascendería a alrededor de 47 millones de habitantes. Aún no existen números actuales concretos de personas con discapacidad, pero debido al modelo de cuestionario utilizado en el censo, que carecía de preguntas específicas sobre los tipos de discapacidad, no podría desprenderse que la totalidad de las personas que presenten alguna limitación en su movilidad, vista, audición, o salud en general queden comprendidas en el concepto de personas con discapacidad.

Sin embargo, en razón del solo aumento poblacional que data de 2010 a 2022 en más de 7 millones de personas, las consecuencias de las secuelas dejadas por la pandemia covid-19, generadora de múltiples nuevas disfuncionalidades en algunas personas, y ciertas aproximaciones del censo podría inferirse un aumento de las personas con discapacidad, estimándose que representan más del 15% del total de la población nacional y provincial. Asimismo<sup>3</sup>, en una reciente encuesta nacional, se determina que al menos 1 de cada 4 familias tiene al menos un miembro que presenta discapacidad, del cual más del 10% correspondería a una discapacidad mental, lo que resalta la importancia de prestar atención a la problemática.

Considerando<sup>4</sup> que toda persona con alguna discapacidad requerirá probablemente de algún tipo de apoyo emocional en algún momento de su vida, según su grado de vulnerabilidad, las cifras resultan abrumadoras. Solo un 30% del total de personas con cualquier tipo de discapacidad accede a algún trabajo (incluye talleres protegidos). Se puede inferir el total desamparo de aquellas con una discapacidad mental, las que incluso suelen ser marginadas por las mismas organizaciones que bregan

---

<sup>3</sup> INDEC, Estudio Nacional sobre el perfil de las personas con discapacidad. Resultados preliminares 2018, Buenos Aires, 2018 (extraído de Kraut)

<sup>4</sup> KRAUT, A. (2020). Derecho y Salud Mental: una mirada interdisciplinaria. En KRAUT (2020). *Las personas con discapacidad mental en el sistema universal e intercambio interamericano de Derechos Humanos*. Coordinado por Sosa, G. 1° ed revisada T.I (pp- 113) Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.

por los derechos de las personas con otras discapacidades. El estigma y la discriminación suelen estar presentes allí también, producto de prejuicios basados en el desconocimiento.

Más del 75% de quienes padecen trastornos mentales, en el mundo en desarrollo, no reciben tratamiento médico ni atención<sup>5</sup>. No cabe duda alguna de que “se crea una zona de conflicto entre el discurso psiquiátrico y el jurídico. La psiquiatría asistencial ha evolucionado conceptualmente, mientras que cierto derecho normativo- impregnado por el discurso psiquiátrico forense- quedó anclado en viejas terminologías “enajenado”, “alienado”, “demente”, “peligrosidad”, “inimputabilidad”- palabras que ni el derecho ni la psiquiatría han definido con nitidez.

Según la OMS<sup>6</sup> la medida de carga de enfermedad ha definido como el impacto de un problema de salud en un área específica medida por la morbilidad y la mortalidad. Para profundizar<sup>7</sup>, la medida de carga de enfermedad, morbilidad más mortalidad, no ha variado sustancialmente entre los años 2013-2017. Los trastornos mentales severos-TMS, con un 13%, siguen siendo el principal factor de carga a nivel global. Alcohol, depresión y trastornos de ansiedad predominan en el grupo constituido, además por las psicosis, demencias, Parkinson, epilepsia, drogas no legales, trastornos de la infancia y adolescencia. El segundo grupo, con un 12% lo constituyen las lesiones: accidentes, suicidio, homicidio, violencia intrafamiliar. En tercer lugar, se encuentran las enfermedades pulmonares obstructivas crónicas, los tumores malignos. Hasta fines de 2017 no se había publicado en Argentina ningún estudio para establecer la brecha de atención, es decir total de la población afectada, cuántos acceden a algún servicio para su tratamiento y recuperación. Los pocos estudios realizados en la región demuestran que es ínfima la cantidad de personas que acceden y reciben un buen servicio.

Una de las dificultades que presentan las personas con discapacidad es la falta de reconocimiento de su personalidad jurídica en igualdad de condiciones, no obstante las normas del Código Civil y Comercial de la Nación que propician el paradigma de la capacidad como concepto fundamental. A partir de allí, en caso de existir una enfermedad mental, restringen la capacidad, en

---

<sup>5</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 314

<sup>6</sup> OMS, *Invertir en salud mental*, Ginebra, 2004

<sup>7</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 106

orden a mantener, en la medida de lo posible su autonomía personal. En síntesis, aún en la actualidad, existen barreras para el desarrollo de sus vidas, incluso en el acceso a la justicia.

Por ello, y pese a la vasta legislación proclamada a través del sistema de Derechos Humanos, los cuales son inherentes e innatos a cualquier persona por su condición de tal, ha sido necesario legislar en forma específica respecto a las necesidades especiales y el alto grado de vulnerabilidad de las personas con discapacidad. Es así como a lo largo de las últimas décadas, se ha observado en un primer momento la exclusión de las personas con discapacidad, para pasar luego a su contemplación (aunque de modo segregado) y a su posterior integración en la sociedad alrededor de la década de 1990, sin que la normativa posterior a esa fecha haya podido impactar integralmente, en la práctica, en la inclusión de los mismos.

Este trabajo recopilará algunos de los hitos más importantes que se dieron en la legislación internacional en materia de discapacidad desde la Segunda Guerra Mundial hasta la actualidad y su recepción en el derecho argentino. Se plantea desde una perspectiva ideológica que persigue la inclusión, la no discriminación y apunta al reconocimiento pleno de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad.

Se comenzará con una aproximación a la materia que abordará los conceptos de capacidad de las personas y discapacidad. Se apreciarán, de ellos, los distintos enfoques y los cambios de paradigma desde la perspectiva de los derechos humanos. El capítulo II dará cuenta de la recepción de instrumentos legales internacionales sobre los derechos humanos. En especial, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos; la Convención de los Derechos del Niño y las Reglas de Brasilia.

A continuación, en el capítulo III se revisarán los principales instrumentos legales internacionales específicos en la materia de discapacidad. Entre ellos: la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD); la Observación General sobre el art. 12 de la CDPD analizada por el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad;

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

La recepción de la legislación internacional en materia de Derechos Humanos y Discapacidad en el Derecho Argentino será abordada en el capítulo IV para reflejar el grado de jerarquización de estas normas y su preeminencia, de la mano de algunas acciones positivas que se establecen para garantizar los derechos proclamados en estos tratados.

Una vez relatada la recepción en el derecho nacional, se abordará la normativa procesal de la provincia de Mendoza para, a partir de ella, revisar las prácticas habituales llevadas a cabo en los Juzgados de Familia de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza y evaluar en qué medida las mismas favorecen o perjudican el acceso a la justicia, la autonomía de las personas con discapacidad para desenvolverse en el ámbito judicial local y si se adecuan, o no, al paradigma de derechos humanos mencionado.

Como hipótesis de este trabajo se plantea que las prácticas actuales en los procesos judiciales de determinación de la capacidad de las personas con discapacidad son inadecuadas, y que las mismas obstaculizan y dilatan el acceso a la justicia de los más vulnerables, en contraposición con el cambio de paradigma instaurado a partir de la CDPD y promovido por el CCyCN sancionado en el año 2015.

Para inferir esta hipótesis, se contemplarán y contrastarán los resultados de una encuesta realizada a distintos operadores del fuero de familia en la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza (magistradas/os, asesoras, secretarias/os, prosecretarias/os, médicas/os, psicólogas/os, trabajadores sociales, personal de derechos humanos, auxiliares, entre otros) y se hará mención de un caso práctico testigo.

Debido a que en líneas generales las prácticas discriminatorias hacia las personas con discapacidad continúan existiendo, aun cuando varios países cuentan con legislación específica en la materia, el capítulo V tratará las obligaciones que la CDPD, como normativa rectora impone a sus Estados Parte. Se pondrán de relieve las obligaciones y compromisos, asumidos en esta nueva concepción de la discapacidad, desde la óptica de los derechos humanos.

Para concluir, se reflexionará sobre una serie de inquietudes con la intención de contrarrestar las barreras y prejuicios que existen en la sociedad, intentando contribuir desde la óptica de los operadores del derecho en miras a una sociedad más inclusiva. De la mano de los ajustes razonables que sean necesarios, en la individualidad de cada problemática, en los procedimientos locales, se intentará garantizar el reconocimiento pleno de la capacidad jurídica y el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones.

## **CAPÍTULO I: CAPACIDAD DE LAS PERSONAS Y DISCAPACIDAD**

Para comenzar a analizar la regulación actual de la capacidad jurídica de la persona, cabe hacer una breve síntesis de la evolución del concepto persona en el derecho privado argentino. En el Código de Vélez se vinculó la persona física o de “existencia visible” a la familia y a las relaciones civiles. En su Libro I trataba a la persona no como un sujeto de derecho sino como un integrante de su comunidad: la familia, y como sujeto de relaciones jurídicas en las que siempre hay un otro con quien estar vinculado. Concibe a la persona como elemento de la relación jurídica, centrado en la capacidad para contratar, carente de un tratamiento de sus derechos fundamentales.<sup>8</sup> Desde ese contexto se afirmaba la concepción de la persona –preferentemente- como varón, mayor de edad y propietario, propia de la sociedad del siglo XIX.

El transcurso del tiempo y las reformas parciales no lograron variar en gran magnitud dicha regulación. A pesar de los cambios introducidos por la reforma de la Ley 17.711 al C.C. (por ejemplo en cuanto a la mayoría de edad, emancipación por habilitación de edad, figura de la inhabilitación, ampliación del término de enfermos mentales, supresión de restricciones que afectaban a las mujeres), no se consideraba el impacto científico en la concepción de la persona, los derechos personalísimos, la protección de los débiles mentales, flexibilización de categorías en materia de incapaces, etc.

Este vacío legislativo comienza a ser abordado por el Derecho Civil Constitucional, dando paso con la reforma constitucional del año 1994 al art 75 inc 22 de la CN, en la cual se incorporan tratados que inciden directamente en la fuente interna. La adaptación simultánea de diferentes normativas (Ley de Niñez y Adolescencia N° 26.061, entre otras) dan inicio a la modificación en los paradigmas estructurales que conforman el derecho civil. No solo se incorporaron a la C.N materias propias del derecho privado, sino que se estableció que los tratados y concordatos tuvieran jerarquía superior a las leyes, constituyendo de esta manera el derecho supranacional de derechos humanos.

---

<sup>8</sup> KRASNOW, A. (2015) Tratado de Derecho de Familia. Una introducción al estudio del Derecho de Familia. En KRASNOW (2015). Segunda Parte: *Persona Humana y Capacidad*. Coordinado por Di Tullio Budassi, R. y Radyk E. 1° ed (pp 857-863) Ciudad Autónoma de Buenos Aires T. I La Ley.

Como consecuencia debía adaptarse la visión del concepto de persona a una sociedad sustancialmente diferente, enfocado desde la persona considerada en sí misma. Comienza en el nuevo CCyCN a mencionarse a la persona humana, desvinculándola de la capacidad de derecho. Es decir, se tiene capacidad porque se es persona y no a la inversa.

El artículo 19 del CCyCN indica que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción”. Los derechos y obligaciones quedarán irrevocablemente adquiridos si nace con vida, puesto que si no nace con vida, se considera que nunca existió (art 21 CCyCN). Se esperaba una recepción normativa superadora a la que disponía el código anterior, no obstante se sostuvo la misma postura. El no nacimiento con vida de la persona, no debería negar retroactivamente la existencia de la persona sino de los derechos o relaciones jurídicas de los que la misma era parte, ya que el cese de su calidad de persona debería operar hacia el futuro.

En ese marco, se regula la capacidad en el nuevo CCyCN, siguiendo un criterio tradicional de la capacidad jurídica y su correlación con la titularidad de derechos subjetivos.

Una vez realizada esta introducción, resulta necesario estudiar los conceptos y enfoques a lo largo de las últimas décadas, relativos tanto a la capacidad como a la discapacidad para comprender la trascendental evolución y cambio de paradigmas en materia de discapacidad, que se han instalado en la actualidad desde una perspectiva de derechos humanos.

A continuación, se intentará mostrar que la evolución legal en la materia, no es un proceso aislado, sino que se ha construido con los aportes y las miradas de las distintas ciencias (historia, sociología, psicología, medicina, entre otras), lo que la torna compleja y sujeta a un constante estado de revisión.

Cabe aclarar también que, en cuanto a los múltiples abordajes que puedan realizarse sobre la discapacidad -por ejemplo, desde el ámbito de la salud, del desarrollo social, del plano jurídico-, aunque todos estén interrelacionados y tengan un marco legal regulatorio, este trabajo se limitará al plano jurídico.

Se abarcará un periodo del derecho moderno pleno de cambios a partir de la sanción de la Ley 17.711 (1968) modificatoria del Código Civil de Vélez Sarsfield (1871), para a continuación observar algunas de las modificaciones acontecidas en materia de capacidad y salud mental en la Ley N° 26.657 (2011) y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (2015).

Luego de una introducción en materia de capacidad, este capítulo se circunscribirá a la normativa en materia de discapacidad, teniendo en cuenta los elementos aportados por la figura de la inhabilitación en la reestructuración habida en materia de la restricción a la capacidad en el CCyCN. En dichas reformas, se entendió la necesidad de legislar y sancionar normas que a nivel nacional, patentizaran los principios contemplados en los instrumentos internacionales.

## **1.- Capacidad de las personas en el derecho moderno argentino**

Siguiendo a Jorge Joaquín Llambías<sup>9</sup>, la capacidad es la aptitud de la persona para ser titular de relaciones jurídicas. En este punto el autor hace referencia a tres especialistas: Orgaz, Arauz Castex y Borda. Orgaz define la capacidad como la aptitud que tiene la persona para ser titular de derechos y deberes; mientras que para Arauz Castex es la aptitud de la persona para adquirir derechos, y para Borda no solo es la aptitud de la persona para adquirir derechos sino también para contraer obligaciones.

Terminológicamente es muy frecuente denominar la capacidad de derecho como de “goce” o “jurídica” por oposición a la capacidad de hecho, de “ejercicio o de obrar”. Los autores italianos suelen expresar “titularidad” como característico de la capacidad de derecho.

Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica, la capacidad es un atributo inherente a la personalidad. Podría referirse a la capacidad de derecho como un “atributo” ínsito de los individuos

---

<sup>9</sup> LLAMBÍAS, J. (2001). *Tratado de Derecho Civil, Parte General, Nociones Fundamentales Personas*, 19.ª ed. Bs .As. t. I , pp. 347-349.

e inherente a la esencialidad. La capacidad de hecho es una “aptitud” de las personas naturales para actuar por sí en la vida civil.

En el Código velezano, se distingue la capacidad de derecho y la capacidad de hecho. La capacidad de derecho implica la aptitud para ser titular de determinada relación y situación jurídica (titular de derechos y deberes), es decir, se refiere al aspecto estático. La capacidad de hecho, en cambio, implica la aptitud de ejercer por sí mismo los derechos que se tienen, es decir, la aptitud que la ley le confiere al sujeto para actuar válidamente en derecho. Se refiere al aspecto dinámico.

La capacidad es susceptible de grados, sin que ello afecte la igualdad ante la ley que asegura el art. 16 de la Constitución Nacional. Podrá tenerse en mayor o menor extensión, pero no podrá dejar de tenerse capacidad en cierta medida. Es decir, las excepciones a la capacidad deben ser interpretadas en forma estricta y emanar de la ley, ya que la regla general es que toda persona se presume capaz.

La incapacidad alude a una ausencia de capacidad del sujeto y puede hacer referencia a la incapacidad de derecho (no puede ser titular de determinada relación o situación jurídica) o a la incapacidad de hecho (carece de aptitud para el ejercicio de sus derechos por sí mismo).

Según Llambías<sup>10</sup>, la incapacidad de hecho encuentra fundamento en la insuficiencia psicológica del sujeto para el pleno ejercicio de sus derechos. Por su parte, Arauz Castex (citado en Llambías, 2001) entiende que si la razón de ser de la incapacidad de hecho reside en una insuficiencia del sujeto, una vez impuesta la incapacidad podía tornarse incluso injusta por su carácter abstracto e independiente de la razón que la motivó. Por ejemplo, el menor de edad (por el solo hecho de su minoridad o inmadurez establecida por ley) quedaba en situación de incapaz cuando, comparativamente, podía estar en mejor situación que un mayor de edad rústico y atrasado en el manejo de sus asuntos. Por ello, resultaría más apropiado hablar de “insuficiencias biológicas” en lugar de “psicológicas” en el sentido que refiere Llambías.

Explica Llambías<sup>11</sup> que la incapacidad de derecho se sustenta, generalmente, en razones de orden moral, ya que se pretende mantener las relaciones humanas en un nivel moralmente más

---

<sup>10</sup> LLAMBÍAS, J., *op. cit.* pp. 350-351.

<sup>11</sup> LLAMBÍAS, J., *op. cit.* pp. 352-353.

saludable que si se permite lo que está prohibido. Por ejemplo, la veda al mandatario de adquirir los bienes de su mandante. Podría ser que el mandatario pagase un precio más que satisfactorio pero como se mencionó, una vez instituida por ley la incapacidad, adquiere un carácter abstracto y se desentiende de las circunstancias reales de tal o cual persona. En consecuencia, esta incapacidad no es susceptible de remedio, pues resulta contradictorio a la prohibición legal que se prevea algún modo de eludirla.

Mientras que la incapacidad de hecho se entiende como una medida de protección para amparar al sujeto de quienes pudieran aprovecharse de él y por ende, puede suplirse por la institución de un representante; la incapacidad de derecho se instituye contra el sujeto para prevenir incorrecciones.

Ambas incapacidades pueden dar lugar a la sanción de nulidad del acto jurídico obrado en contravención de la ley. Pero en la incapacidad de hecho, la nulidad aplicable es relativa y funciona benignamente, pudiendo ser articulada por el incapaz. En cambio, en la incapacidad de derecho, la nulidad aplicable es absoluta.

Asimismo, puede hablarse de categorías dentro de las incapacidades. La incapacidad de hecho permite la categoría absoluta en aquellos casos que no admite excepción alguna y su aplicación no implica aniquilar la personalidad, ni modificar la aptitud de la persona para adquirir derechos, sino por el contrario se impone para proteger a la persona. A modo de ejemplo, puede citarse la persona por nacer. También puede hablarse de la categoría relativa cuando existen excepciones parciales a esa condición general de la persona. Tal es el caso del menor adulto.

En cambio, la incapacidad de derecho solo permite la categoría relativa, ya que hablar de una categoría absoluta importaría una destitución para el sujeto del carácter de persona. Se refiere a cierta clase de actos, respecto de los cuales concurren algunas incapacidades de derecho, que alcanzan a ciertas personas, y que se encuentran a lo largo de todo el código con motivo de la institución legislada: el matrimonio, el parentesco, la patria potestad, la tutela, etc. Por ejemplo, la prohibición de los padres o los tutores de adquirir los bienes de sus hijos o pupilos.

A los fines de observar la legislación y evolución en materia de capacidad, se analizarán diversas normas de fondo del CC de Vélez Sarsfield con su posterior reforma por Ley 17.711, para luego acercarnos a algunas normas de derecho privado y las modificaciones realizadas en materia de salud mental que, comenzaban a receptor los principios contemplados en los tratados que menciona el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Ejemplo de ello es la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657, en el año 2010.

El Código Civil de Vélez establecía incapacidades de hecho absolutas y relativas; implicando las primeras una privación total de ejercicio para ciertas personas (personas por nacer, los menores impúberes o de 14 años, los dementes y los sordomudos que no supieran darse a entender por escrito). A modo de ejemplo, puede mencionarse cómo el art. 54 inc.3 del CC, entre las personas de existencia visible que atribuía incapacidad absoluta, incluía a los dementes. En el mismo sentido, el art. 468 del citado código, en el caso de que el demente fuere mayor de edad e incapaz de administrar sus bienes, le asignaba un curador. Por el contrario, si el demente fuera menor de 14 años no podía pedirse su declaración de demencia, ya que se trataría de una doble imposición de incapacitación.

La incapacidad de hecho relativa, en el Código Civil, se refiere a la incapacidad que pesa sobre determinadas personas para la realización de ciertos actos, como es el caso de las personas menores de edad (mayores de 14 años). El artículo 55 de Vélez Sarsfield establecía: “Son incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos: los menores adultos...” Con dicha redacción se entendía que el mayor de 14 años era capaz pero limitado para la realización de ciertos actos. Sin embargo, el sentido de la ley era el contrario, por lo que con la Ley 17.711, se invirtió el supuesto disponiendo que el mayor de 14 años era incapaz para el ejercicio de derechos (“Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar”). No obstante ello, la incapacidad no implicaba que el acto no pudiera realizarse, sino que este fuera llevado a cabo por intermedio de un representante legal sustitutivo de la persona, considerada carente de voluntad.

Podía presentarse, como se mencionó, que determinadas personas por diversas circunstancias fueran declaradas incapaces y se vieran privadas totalmente del ejercicio de sus derechos. El Doctor Jorge Joaquín Llambías<sup>12</sup> explica que podía establecerse un sistema de interdicción mediante el cual, a través de una sentencia, se determinara la incapacidad de una persona por diversos motivos tales

---

<sup>12</sup> LLAMBÍAS, J., *op. cit.* pp. 431-433.

como: alienación, semialienación, insuficiencia psíquica, debilidad de espíritu, etc. No obstante, muchos de ellos eran conceptos médicos que no se correspondían en su definición con la utilización que se les daba en el ámbito del derecho. Por lo que se prefirió llamar a los enfermos mentales en general “insanos” y una vez declarados en juicio, “interdictos”.

Para Llambías<sup>13</sup> existían diversos criterios para establecer la interdicción: 1) Médico propiciado por Molinas y Rojas: se basaba en la dolencia mental típica tuviera o no incidencia en la vida en relación; 2) Biológico-jurídico auspiciado por Salvat, Orgaz, Busso, Borda y Arauz Castex: debía existir concurrencia de ambos factores; 3) Económico-social propiciado por Spota: ineptitud para administrar sus bienes independientemente de su estado mental. La Ley 17.711 estableció el segundo criterio mixto, disponiendo en su art. 141 que podía declararse incapaces por demencia, por causa de enfermedad mental, a las personas que no tuvieran aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes.

A continuación, se realizará una breve síntesis de la regulación de algunos institutos en el CC y su posterior reforma con la Ley 17.711 para visibilizar su evolución:

a) Proceso de incapacidad o interdicción

Históricamente<sup>14</sup>, en la Argentina, la privación de la capacidad jurídica para actuar no solo ha lesionado la igualdad ante la ley, sino incluso la posibilidad de defenderse y ejercer muchos otros derechos humanos (casarse, votar, prestar consentimiento para tratamientos médicos, oponerse a una internación, ejercer la patria potestad en relación con sus hijos, adoptar, etc.)

Teniendo en cuenta los motivos mencionados en el art. 141, podía llevarse a cabo un juicio para declarar la incapacidad de una persona, previa verificación de su demencia, y declararse la misma por sentencia del juez competente del domicilio del denunciado. Esta resolución tenía efecto retroactivo en relación a la eficacia de los actos anteriores a la declaración de la interdicción (art 140).

---

<sup>13</sup> LLAMBÍAS, J., *op. cit.* pp. 432-434.

<sup>14</sup> KRAUT, A. *op. cit.* pp 331

Por su parte, el art. 146<sup>15</sup> establecía que no podía pedirse una nueva incapacidad cuando ya se hubiere denegado por sentencia judicial, salvo que sobrevinieran nuevos hechos. La declaración judicial de demencia no podía hacerse sino solo a solicitud de parte, y después de un examen de facultativos, siendo este último un elemento constitutivo y esencial del debido proceso legal.

En el supuesto de incapacidad por enfermedad mental, dicho estado de enajenación debía ser habitual o permanente (ordinario y constante aunque tuviera intervalos lúcidos- en cuyo caso tendría importancia en cuanto a su responsabilidad y validez de los actos obrados) y no existir impedimentos para la declaración. Una vez declarada la incapacidad, por sentencia judicial perduraba indefinidamente mientras el incapaz no fuera rehabilitado por otra resolución judicial posterior; lo cual podía ocurrir luego de un nuevo examen de sanidad de facultativos que comprobara el restablecimiento mental completo del interdicto (art. 150).

Por su parte, el art. 151 establecía que la sentencia sobre demencia y su cesación sólo hacían cosa juzgada en el juicio civil para los efectos declarados en el CC, mas no en juicio criminal, para excluir una imputación de delitos o dar lugar a condenaciones por la responsabilidad de las personas.

En este sentido, cabía distinguir entre la capacidad de la persona y su responsabilidad, ya que si el enfermo mental tenía discernimiento al momento de obrar podía ser responsable de sus actos. En cambio, si no lo tenía, quedaba excluida su responsabilidad por no ser imputable<sup>16</sup>. Mientras que la capacidad es una aptitud legal que se otorga al sujeto para habilitar el ejercicio por sí mismo de sus derechos (se refleja en la validez del acto); el discernimiento es una aptitud natural del sujeto (facultad de conocer), que la ley toma en cuenta para imputarle la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de sus actos.

Así el art. 1070 proclamaba: “No se reputa involuntario el acto ilícito practicado por dementes en lúcidos intervalos, aunque ellos hubiesen sido declarados tales en juicio, ni los practicados en estado de embriaguez, si no se probare que esta fue involuntaria”. Quien quiera excusar tal responsabilidad quedará a cargo de probarlo.

---

<sup>15</sup> LLAMBÍAS, J., *op. cit.* pp. 442

<sup>16</sup> LLAMBÍAS, J., *op. cit.* pp. 446

Los actos celebrados luego de ser declarado interdicto, en forma provisional o definitiva, eran considerados nulos (art 472 CC); no solo los de índole patrimonial sino también los personalísimos, tales como el matrimonio, el testamento, el reconocimiento de filiación, impugnación a la paternidad, etc. Pero aquellos obrados antes de ser declarados interdictos eran anulables, es decir susceptible de ser anulados con efectos de nulidad relativa. Así el art. 473 CC establecía que podían ser anulados, si la causa de interdicción declarada por el juez existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados<sup>17</sup>.

La ley 17711 agregó que para que la nulidad pudiera hacerse valer contra terceros de buena fe y a título oneroso, hubiera o no sentencia judicial, debía ser notoria (art. 473), siempre que no se demostrara mala fe de quien contrató con el fallecido. Si una persona fallecía, no podían impugnarse sus actos “entre vivos” por causas de incapacidad (art. 474) excepto: 1) cuando la incoherencia del acto mismo revelara la propia falta de salud mental del agente; 2) aquellos actos consumados por el sujeto denunciado como insano, después de interpuesta la denuncia pero antes de la sentencia, si sus efectos se propagaban después de ese momento (no incluía a los que hubieren agotado sus efectos). Dicha disposición no aplicaba a las disposiciones de última voluntad. En tal sentido, el art. 3616 presumía que toda persona estaba en su sano juicio mientras no se probare lo contrario, lo que debía probarse era la notoriedad con anterioridad o al momento de testar<sup>18</sup>.

Según Segovia<sup>19</sup> debió decir “por causas de demencia o insanidad” no de incapacidad, dado que la ley buscó impedir es que, después de la muerte del agente, se pretendiera argüir con su falta de salud mental para invalidar lo obrado por él. En cambio, si no es la salud mental del sujeto el motivo invocado para impugnar el acto, sino la ausencia de capacidad, por haber sido declarada la interdicción con anterioridad, ya desaparece toda razón que obstaculice la declaración de nulidad.

La modificación en el procedimiento en el CCyCN será estudiada con detenimiento en el Capítulo IV.

---

<sup>17</sup> LLAMBÍAS, J., *op. cit.* pp. 449

<sup>18</sup> LLAMBÍAS, J., *op. cit.* pp. 452-458

<sup>19</sup> LLAMBÍAS, J., *op. cit.* pp. 450

## b) Régimen de los sordomudos

Situación particular presentaban las personas sordomudas, hoy llamadas personas sordas. En lo relativo al concepto jurídico, Busso (citado en Jorge Llambías)<sup>20</sup> se refiere a los sordomudos como a aquellas personas que no pueden hablar con los demás, ni oír lo que se les dice, sin atender al origen de su deficiencia. Por ende, si no sabían darse a entender por escrito, también eran declarados incapaces absolutos para los actos de la vida civil (art. 54 inc. 4 y 153 CC), con exclusión de aquellos actos personalísimos que estaban al margen de toda posible representación (matrimonio, testamento, reconocimiento filiación, etc.). Esto no siempre fue así, existiendo variaciones en su capacidad y amplitud de derechos como por ejemplo, luego de la reforma de la ley 23.515.

Para obtener un representante debían someterse al mismo régimen que los dementes (art. 154), como también para declarar el cese de su incapacidad. Tal como refiere Jorge Joaquín Llambías<sup>21</sup>, el problema del sordomudo desde dicho enfoque era médico y pedagógico, por lo que si podía remediarse el defecto físico y restituir al sujeto a su sociabilidad natural no habrá caso jurídico alguno. Y si no podía repararse por ineptia mental, podía ser declarado interdicto pero no por la sordomudez en sí misma. De allí que varios códigos modernos, suprimieran la sordomudez como causa constitutiva de incapacidad, sin perjuicio de admitir como supuesto la incapacidad de ejercicio para la realización de ciertos actos.

## c) Traslados e Internaciones involuntarias como medidas de protección de personas con problemas de salud mental

Otro especial escenario se planteaba en los casos que era necesario adoptar medidas cautelares en protección de las personas con problemas de salud mental, tales como su internación, ya sea a modo preventivo o curativo. Así, el art. 482 del CC de Vélez Sarsfield prescribía: “El demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer que usando de ella se dañe a sí mismo o dañe a otros. No podrá tampoco ser trasladado a una casa de dementes sin autorización

---

<sup>20</sup> LLAMBÍAS, J., *op. cit.* pp. 486-487.

<sup>21</sup> LLAMBÍAS, J., *op. cit.* pp. 489-490.

judicial”. Por su parte, la ley 17.711 agrega al art. 482: “Las autoridades policiales podrán disponer la internación, dando inmediata cuenta al juez, de las personas que por padecer enfermedades mentales o ser alcohólicos crónicos o toxicómanos pudieren dañar su salud o la de terceros o afectaren la tranquilidad pública. Dicha internación solo podía ordenarse, previo dictamen del médico oficial”.

Por otro lado, a pedido de las mismas personas que podían solicitar la demencia (art. 144) y previa información sumaria, el juez podía disponer la internación de quienes se encontraban afectados de enfermedades mentales aunque no justificaran la declaración de demencia, alcohólicos crónicos y toxicómanos cuando requirieran asistencia en establecimientos adecuados, debiendo designar un defensor especial para asegurar que la internación no se prolongara más de lo indispensable y aun evitarla, si podían prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos. Su modificación acontecida por la Ley 26.657 será profundizada en el apartado pertinente (Capítulo IV).

#### d) Régimen de Inhabilitación

En otro orden y según Llambías, el derecho moderno también previó un régimen de inhabilitación o semicapacidad<sup>22</sup> para suplir las “deficiencias psíquicas” de personas médicamente normales, cuando esos defectos podían traducirse en perjuicios patrimoniales para el sujeto y su familia. Cabría nuevamente resaltar que, a modo personal, resulta más apropiado hablar de “deficiencias biológicas”, ya que podría confundirse las deficiencias psíquicas a otros supuestos en donde la ley señalaba a las “insuficiencias o deficiencias mentales” (como hacía el art. 152 bis inc. 2 del CC o en el supuesto del art. 141 del CC).

Cabe aclarar que en el supuesto de los inhabilitados a partir de la reforma de la Ley 17.711, aunque estuvieran disminuidos en sus facultades, se ponía el acento en la circunstancia que esos defectos o fallas (fueran conductuales, mentales o biológicas) pudieran traducirse en perjuicios patrimoniales, como en el cuidado de su persona o exponerlos a situaciones de vulnerabilidad. Por último, protegía el patrimonio familiar específicamente, cuando trataba la prodigalidad (art 152 bis inc. 3 del CC).

---

<sup>22</sup> LLAMBÍAS, J., *op. cit.* pp. 354-356.

Concretamente, luego de la reforma de la Ley 17.711 en el art. 152 bis<sup>23</sup>, se mencionaba que podía inhabilitarse a: 1) quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estuvieran expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio; 2) los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el art. 141 del CC, el juez estimara que del ejercicio de su plena capacidad pudiera resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio y 3) quienes por la prodigalidad en los actos de administración, y disposición de sus bienes expusiesen a sus herederos forzosos a la pérdida del patrimonio. Es decir, la función de este instituto, era la protección del patrimonio familiar.

Asimismo, en la práctica a los inhabilitados se les aplicaba las normas procesales de declaración de incapacidad para demencia y rehabilitación, como así también las normas sobre disposición de los bienes por actos entre vivos, con la conformidad de su curador designado a modo de asistente, salvo que se encontraran habilitados judicialmente según las circunstancias del caso para actos de administración.

A modo general, ya que las reformas en el instituto de la inhabilitación se explicarán con mayor detenimiento en el capítulo IV, puede decirse que tales falencias, que recaen sobre algunas personas y sobre determinados actos, habilita un sistema de contralor de otra persona solo en aquellos aspectos que pudieran significar un riesgo, por ejemplo, en actos de trascendencia e influencia económica en su patrimonio o en su persona. El inhabilitado no es un incapaz, sino que conserva su capacidad civil para todos los actos que no sean exceptuados en la sentencia de inhabilitación. Para ello, se les nombra un asistente, que debe prestar su conformidad para la realización de aquellos actos que específicamente, comprometan su persona y sus bienes. Estos actos pueden enumerarse en la sentencia por ley, o quedar sujetos a determinación, si exceden la administración ordinaria.

Los casos mencionados son algunos supuestos de semicapacidad o incapacidad de hecho de las personas para los cuales la ley establece diferentes tipos de protección.

Para la protección legal de los incapaces de hecho<sup>24</sup>, se prevé diversas categorías, tales como la representación y la asistencia. La representación implica designar a una persona para que sustituya

---

<sup>23</sup> LLAMBÍAS, J., *op. cit.* p. 356.

<sup>24</sup> LLAMBÍAS, J., *op. cit.* pp. 373-375.

al incapaz en el ejercicio de los derechos de éste y realice los actos para los cuales el titular está legalmente impedido. El representante actúa por su sola iniciativa, y sin concurso de la voluntad del incapaz, siendo reemplazado por aquel en el manejo de sus intereses. La representación es legal, necesaria, ya que no puede prescindirse de ella y controlada, en cuanto está sujeta a la aprobación judicial ante la finalización de la gestión del representante o cuando los actos son inválidos sin ella. A su vez, es dual ya que está conferida al representante legal individual (padre, tutor, curador) y al representante promiscuo de todos los incapaces: el Ministerio de Menores o Pupilar. También es conjunta ya que se inviste conjuntamente por ambos representantes.

En el sistema de asistencia, la persona con restricción a la capacidad no es sustituida por otra en el ejercicio de sus derechos, sino llamado conjuntamente con otro al desempeño de ese ejercicio. Se trata de una actividad integrada por la voluntad del titular del derecho ejercido, completada por la voluntad de la persona que desempeña su función de contralor. Si el curador (asistente), en la función de contralor se niega a dar la anuencia al inhabilitado, este puede acudir a la vía judicial para obtener la venia supletoria del juez.

Como puede observarse, la legislación civil de fondo, anterior a la entrada en vigencia en agosto de 2015 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, no se adecuaba al proceso de constitucionalización e internalización del derecho privado. No obstante, la mencionada norma del artículo 152 bis del Código Civil (Ley 17711), representó un avance en materia de capacidad de las personas con discapacidad, si entendiéramos comprendidos bajo la mirada actual a quienes padecen adicciones o con deficiencias mentales conforme la redacción originaria del inc 1 y 2.

En particular, la internalización, referida a los tratados y convenciones sobre derechos humanos en los que la República Argentina es parte, era un camino que había comenzado a recorrer la Constitución Nacional, a través de la incorporación de los mismos, en el artículo 75, inciso 22, además del rango que les otorga, previendo su supremacía en el mismo rango de la Constitución Nacional, conformando el llamado “bloque de constitucionalidad”, en palabras del maestro Bidart Campos<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Vargas Lima, Alan E. (2019). Bloque de constitucionalidad y desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad en Bolivia. *Estudios constitucionales*, 17(1), 363- 396. Doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002019000100363>.

Otro gran avance en la materia de capacidad de las personas con discapacidad, fue instaurado por la Ley de Salud Mental N° 26.657 que actuó en protección de las personas afectadas en su salud mental como una especie de “microsistema normativo específico” en relación a la legislación civil. Si bien algunos supuestos habían sido legislados en el Código Civil Argentino como se mencionara (como por ejemplo, en relación a adicciones, internaciones por salud mental y otros), no garantizaban el reconocimiento pleno de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad y sobre todo, no contemplaban en su integralidad los derechos que les asistían. Se profundizará dicha temática en el Capítulo IV.

## **2.-Miradas sobre la discapacidad**

Una vez introducido brevemente el concepto de capacidad, cabrá detenerse en otro concepto trascendental “la discapacidad” por encontrarse íntimamente relacionada en esta evolución normativa, que posibilitó un avance de derechos de las personas y en especial, de las personas con discapacidad cuando esta última acontecía como consecuencia de un problema de salud mental, incluyendo entre estos, a las adicciones.

Para comenzar resulta necesario resaltar la importancia de la utilización de las palabras, y la necesidad de nombrarlas de modo tal que su propio nombre no implique una connotación peyorativa o discriminatoria en sí misma.

La legislación nacional especial del sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de personas con discapacidad (Ley N° 22.431 del año 1981) en su artículo 2 considera persona discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente 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 su artículo 9 de la Ley N° 24.901 (1997), mantiene lo establecido en la Ley 22.431, agregando también entre personas con discapacidad a quienes padezcan una alteración motora o sensorial.

Cuando la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hace referencia al concepto de discapacidad, la define como *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* (2006, p. 1 inc. e del preámbulo). Si bien engloba a la discapacidad como el resultado entre la interacción entre la condición y el entorno, a dicha condición la denomina “deficiencia”, denotando de esta manera un “déficit” apoyado en un discurso rehabilitador de las personas ignorando su diversidad.

Por ello, resulta más apropiado como plantea Agustina Palacios<sup>26</sup> en lugar de utilizar el término “deficiencia” hacer uso de la palabra “diversidad funcional” que alude a la “condición” que genera la “situación” de discapacidad, lo cual será profundizado al explicar el pensamiento de Patricia Brogna.

Según los lineamientos de Pablo Oscar Rosales<sup>27</sup> que hace referencia a los estudios plasmados por Agustina Palacios y Patricia Brogna, se puede abordar la discapacidad desde un enfoque jurídico o desde el punto de vista sociológico. El enfoque jurídico receptó, en primer lugar, un modelo de prescindencia: con sub-modelos eugenésicos (exterminio) y de marginación (aislamiento o encierro), por cuanto entendía que las personas con discapacidad eran asumidas como innecesarias y sus vidas no merecían ser vividas por distintas razones: por no contribuir a las necesidades de la comunidad, por encerrar mensajes demoníacos, por desgraciadas<sup>28</sup>. Se sitúa históricamente en la Antigüedad clásica y el Medioevo, y se le asigna un motivo religioso a las causas que dan origen a la discapacidad.

---

<sup>26</sup> KRAUT, J. T I *op. cit.* pp 181-182

<sup>27</sup> ROSALES, P. (2012). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Una introducción al marco teórico y jurídico de la discapacidad y los Derechos Humanos. En ROSALES, P. (2012). *Discapacidad, Justicia y Estado. Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad*. Coordinado por Jorge, E. y D'Ugo, G. 1.ª ed., (pp. 3-36). Bs. As.: Infojus.

<sup>28</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 181-189

Se enmarca en la tradición demonológica, que ve a la discapacidad fruto de causas ajenas a la naturaleza humana: el pecado o un castigo de los dioses y por tanto, una situación incontrolable e inmodificable.

El primer submodelo, mencionado como eugenésico, se desarrolla en la Antigüedad clásica, en la cual la sociedad prescinde de las personas con discapacidad. La sociedad griega y romana, consideraban inconveniente el desarrollo y crecimiento de niños y niñas con discapacidad, siendo una carga arrastrada por los padres o la sociedad. El segundo submodelo, denominado de marginación, se desarrolla durante el Medioevo. Aborda a las personas con discapacidad a través de políticas que las sitúan en espacios destinados para los anormales y las clases pobres, tratándolos como objetos de caridad y sujetos de asistencia. De esta manera generaban dependencia y sometimiento, quedando signadas por un destino marcado por la exclusión.

Este modelo de tradición demonológica se acentuó durante el periodo de la Edad Media, el Primer Renacimiento y la Reforma, por lo que gran parte de las personas con discapacidad y en especial, con discapacidad intelectual y mental, fueron sometidas a prácticas brutales. Sin embargo, no fue exclusivo de dicha época sino que lamentablemente fue repetido en el siglo XX, cuando Hitler incluía también a las personas con discapacidad, entre otros grupos, como personas que carecían del derecho a la vida.

En segundo lugar<sup>29</sup>, desde el plano jurídico existió un modelo médico rehabilitador o médico asistencial. Se basa en una tradición naturalista que aborda a la discapacidad como una enfermedad producto de causas naturales, biológicas o ambientales y en consecuencia, modificable mediante tratamientos de prevención, cura, estrategias de integración, etc. El movimiento ilustrado descartó a la enfermedad como un castigo divino y entendió que el fenómeno podía ser erradicado mediante la ciencia.

Dicho modelo se sitúa en los inicios del siglo XX, al finalizar la Primera Guerra Mundial, relacionando a la discapacidad con los heridos de guerra y con deficiencias que debían ser erradicadas. Aunque, finalmente, las bases de este modelo hegemónico se desarrollan a partir de la Segunda Guerra Mundial, luego que las personas con discapacidad, en especial mentales o

---

<sup>29</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 189-192

intelectuales, sufrieran asesinatos brutales e indiscriminados, con el fin pretendido desde la experiencia nazi de “mejorar la raza”.

La filosofía que inspira el modelo médico/rehabilitador considera que las causas que originan la discapacidad derivan de las limitaciones individuales-deficiencias-de determinadas personas, a quienes se las describe a partir de un déficit orgánico o funcional. No consideraba a las personas con discapacidad psíquica, física, mental o sensorial como inútiles o innecesarias, siempre que fueran rehabilitadas. Como consecuencia de las desviaciones que la persona presentaba, se encontraba limitada o impedida para participar plenamente en la sociedad, ya que el modelo principalmente se reducía a la capacidad, o no, de poder trabajar.

Abordó la discapacidad desde el sistema de salud, fortaleció la educación especial, el empleo protegido y fomentó la institucionalización como modelo de protección. Ello debido a que la persona por su problema de salud requería cuidados médicos, asistencia y seguridad social, pilares en que se basaron las políticas públicas. Si bien este modelo fue superador al anterior y un avance en el reconocimiento de ciertos derechos de las personas con discapacidad, fue criticado por no ser integrador, al considerar a la persona desviada de un estándar de normalidad. La integración de la persona iba de la mano del ocultamiento de su diferencia, la cual era construida culturalmente por estereotipos no neutrales.

En tercer lugar, desde el plano jurídico se adoptó un modelo social de discapacidad, el cual entendía que las causas que daban origen a la discapacidad no eran religiosas ni científicas sino preponderantemente sociales y que las personas con discapacidad podían 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.

El tercer modelo de tradición<sup>30</sup> social correspondiente a las últimas décadas del siglo XX, concibe a la discapacidad como un fenómeno complejo, integrado por diversos factores sociales, el cual apunta a modificar prejuicios, prácticas o barreras que impiden la participación social en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad. Activistas con discapacidad y organizaciones de

---

<sup>30</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 192-194

personas con discapacidad, a principios de la década del 70 en EEUU, se unieron para abrir frente en el área de derechos civiles y la legislación antidiscriminatoria.

Entonces, la discapacidad es el resultado de la interacción entre la condición de una persona (diversidad física, mental o sensorial) y las barreras sociales que lo limitan y/o impiden vivir una vida en sociedad. La limitación ya no es de la persona sino de un contexto social, por lo que las soluciones deben encontrarse dirigidas a la sociedad. Entre algunas medidas destacadas de este modelo pueden mencionarse la igualdad, no discriminación, la accesibilidad y el diseño universal, los ajustes razonables, los sistemas de apoyo y la transversalidad en materia de discapacidad. Este último enfoque sentará las bases para el modelo de discapacidad desde la órbita de los derechos humanos del siglo XXI.

Desde la mirada sociológica, Patricia Brogna<sup>31</sup> plantea un modelo donde la discapacidad era entendida como “algo que le sucedía a alguien”; a su vez se lo relacionaba con un problema de salud o de desviación de lo “normal”. En la discapacidad como construcción social<sup>32</sup> se presentan tres elementos que se conjugan para la protección, promoción y garantía de los derechos humanos, los cuales se determinan entre sí y no pueden analizarse por separado sino en su interrelación. Ellos son:

- La particularidad biológica y de conducta de una persona: noción de déficit de disfuncionalidad a un único modo concebido como “normal” de ser o hacer.
- La organización económica y política: guarda relación con el modo en que se significará y tratará cada tipo de particularidad biológica y de conducta de una persona.
- La cultura y la normatividad de la sociedad en la que viven las personas con discapacidad. Existen dos supuestos de desarmonización: cuando por cambios culturales se modifican las normas para adecuarlas, y cuando se vuelven evidentes las ambigüedades o contradicciones entre unas y otras sin cambios al respecto.

---

<sup>31</sup> ROSALES, P. (2012). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Una introducción al marco teórico y jurídico de la discapacidad y los Derechos Humanos. En ROSALES, P. (2012). *Discapacidad, Justicia y Estado*.

<sup>32</sup> *Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad*. Coordinado por Jorge, E. y D’Ugo, G. 1.ª ed., (pp. 9-10). Bs. As.: Infojus.

En síntesis, Patricia Brogna distingue tres dimensiones del término “discapacidad”<sup>33</sup>. La “condición de discapacidad” es la dimensión personal de la discapacidad (no natural ni biológica) que puede definirse desde un diagnóstico pero no surgir desde un diagnóstico/deficiencia. Esa condición personal va a incidir en la identidad de la persona, de su insuficiencia, carencia o falta de autonomía que la propia persona construye mayormente a partir de su afección fisiológica y que la sociedad construye, resultando una identidad que los discapacita.

La “situación de discapacidad”<sup>34</sup> es la dimensión interrelacional, situacional y dinámica cuando entran en juego las barreras sociales (arquitectónicas, comunicacionales y/o actitudinales) que en muchos casos impiden el ejercicio de derechos sin discriminación. Así ha sido concebida en la CDPD<sup>35</sup>.

La tercera dimensión es la “posición de la discapacidad” que surge de la estructura social, producto de nuestras valoraciones, representaciones, cultura. Cada vez que se le asigna un estatus deficitario a la persona con discapacidad, le asignamos “valor” a esa condición y situación negándole así el reconocimiento de sus derechos.

Para concluir, cabe referirse a la “discapacidad mental”. Si bien suele identificársela con la “salud mental”, tal como refiere Agustina Palacios<sup>36</sup>, no puede limitarse su interpretación a un ámbito específico de la vida de las personas- su salud mental. El derecho a la salud mental no debe ser entendido en sentido restrictivo. Es parte del derecho a la salud y resulta indispensable para el ejercicio de otros derechos.

La salud según el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades<sup>37</sup>. Es un derecho inclusivo que no solo abarca la atención de salud

---

<sup>33</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 182-185

<sup>34</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 186-187

<sup>35</sup> <http://www.chruso.org>.

<sup>36</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 108-109

<sup>37</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 271

oportuna y apropiada sino que también<sup>38</sup> incluye los cuidados curativos y preventivos y por otro lado, abarca una serie de factores como por ejemplo: acceso a agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas; acceso a alimentos sanos y a nutrición adecuada; acceso a una vivienda adecuada; condiciones de trabajo sanas y seguras; acceso a un ambiente sano; acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.

Se debe considerar un núcleo duro<sup>39</sup> el derecho a la salud que comprende todos y cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales. Es decir, tal como sostiene la Observación 14 del Comité, se enuncia el principio de progresividad, en su manifestación de no regresividad. No solo es un principio del Derecho Internacional de Derechos Humanos sino que emerge de nuestra propia Constitución Nacional.

La progresividad<sup>40</sup> y no regresividad no son expresiones meramente reclamativas en derechos humanos. Se trata de principios que hacen a su propia vigencia y materialización, en tanto establecen un piso mínimo, y no un techo en camino a la realización de la persona humana en sociedad. Según él, los derechos humanos son: inherentes, irrenunciables e imprescriptibles, universales e inalienables, integrales e indivisibles, interdependientes y se relacionan entre sí, agregando que la realización “progresiva de los derechos es que los Estados tienen la obligación de asegurar condiciones que, de acuerdo a recursos materiales, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la plena realización de tales derechos. Los tratados sobre derechos humanos con frecuencia incluyen disposiciones que implícita o explícitamente, prevén la expansión de los derechos en ellos contenidos.”

La salud como parte del derecho a la integridad personal<sup>41</sup>, no solo abarca el acceso a servicios de atención de salud, en el que las personas gocen de oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud, sino también la libertad de cada individuo de controlar su salud y su cuerpo, y el derecho a no padecer injerencias, tales como no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consentidos.

---

<sup>38</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 273-278

<sup>39</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 298-299

<sup>40</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 308

<sup>41</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 307

El artículo 25 de la CDPD<sup>42</sup> reconoce el derecho a la salud de las personas con discapacidad. Señala que “Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud.

La salud mental<sup>43</sup>, como derecho, se enmarca en un cambio de percepción de la persona humana que reposa sobre su dignidad como individuo que integra una comunidad social y políticamente organizada.

Es decir, no debe confundirse el derecho a las personas con discapacidad a que se proteja su salud en general, y su salud mental, en particular, resultando más amplia la protección de la persona con discapacidad mental como sujeto de derecho consagrada en el Derecho Internacional de Derechos Humanos.

Las concepciones más avanzadas de salud mental<sup>44</sup> la definen como un fenómeno complejo que articula lo biológico, lo psicológico y lo social. Es un fenómeno codeterminado o sobredeterminado, que implica factores diversos que intervienen en un momento y contexto propio de la vida de cada persona. Para comprender y aliviar el padecimiento de una persona es necesario identificar cuáles son los factores que intervienen, qué estrategias deben articularse y cuáles son las intervenciones concretas que se deben implementar.

El hecho que sus derechos se vean afectados puede dar lugar a amparos<sup>45</sup>, con el objeto de obtener una decisión jurisdiccional oportuna que de manera urgente los restablezca. Esto está previsto en el art. 43 del CN. El amparo procede siempre que no exista otro medio judicial más idóneo contra

---

<sup>42</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 581

<sup>43</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 307

<sup>44</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 108-109

<sup>45</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 585-586

todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares. La violación puede consistir en un hecho positivo o en una omisión. Se requiere una lesión o amenaza sea arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. Si una norma de jerarquía inferior a la CN es contraria o cercena el derecho a la salud, dicha regulación se torna inconstitucional y puede ser declarada por el juez aún de oficio.

También podrían interponerse medidas cautelares si existe demora en las prestaciones de salud cuando estas puedan acarrear un perjuicio a los pacientes, incluso afectar su vida. La pronta respuesta jurisdiccional se vincula con la función preventiva de los daños que pueden derivar de la falta de asistencia oportuna o de su demora<sup>46</sup>. Cuando la medida cautelar pretendida tiene como objeto la protección de una persona con discapacidad, el criterio para analizar su procedencia debe ser más flexible, dadas las consecuencias dañosas que podrían derivarse de la demora en la satisfacción de las prestaciones.

Cuando el amparo se vuelve insuficiente para tutelar eficazmente el derecho a la salud suele ir acompañado el proceso de medidas cautelares, cuando exista temor fundado de sufrir un daño irreparable y a los fines de requerir anticipación de la tutela. En los casos de amparo de salud el objeto de la medida cautelar tiende a coincidir con el objeto del proceso de amparo, por ello suele en estos casos exigirse un cierto grado de certeza sobre el derecho invocado.

De igual modo<sup>47</sup>, también puede plantearse la tutela anticipada, que presupone la necesidad de satisfacer de manera urgente, total o parcialmente la pretensión que el peticionario formula en el proceso, antes del dictado de la sentencia definitiva por el daño irreparable que originaría cualquier dilación. Requiere de un elemento más que las medidas cautelares clásicas, no ya la verosimilitud, sino la “certeza” suficiente del peligro o la frustración del derecho.

Es trascendente destacar que la acción preventiva no es una tutela excepcional ni es de interpretación restrictiva. Es una de las funciones expresamente reconocidas de la responsabilidad civil<sup>48</sup>. Si una persona con discapacidad no recibe las prestaciones de salud que necesita, como medida cautelar puede disponerse una medida de no innovar para que la Dirección Nacional de Prestaciones

---

<sup>46</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 588-591

<sup>47</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 592

<sup>48</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 594

Médicas del Ministerio de Salud de la Nación, responsable del Programa Federal de Salud y la Agrupación de Salud Integral se abstengan de interrumpir las prestaciones de la salud alcanzadas por el convenio que han celebrado respecto de la cobertura médica y social que deben brindarle a una persona discapacitada<sup>49</sup>.

Atender a la persona en función de sus necesidades, y organizar los servicios de acuerdo a la demanda de los usuarios, en lugar de que el usuario deba someterse a la oferta de los profesionales. La pobreza, la desigualdad social, el grado de alfabetización y el nivel educativo, el género, la pertenencia a una etnia, el contexto sociopolítico, la exposición a situaciones traumáticas o guerras son factores de riesgo para la salud mental.

Resulta importante no utilizar la terminología “pacientes” cuando las personas con discapacidad no se encuentren “enfermas”, ya que ellas no actúan en la vida ni en el mundo jurídico solo en calidad de pacientes, sino por ejemplo desde el rol de familiares, justiciables, usuarias, consumidoras, etc. Se debe referir a cada persona<sup>50</sup> por su nombre, o en su defecto, refiriéndose a ella como persona usuaria de los servicios de salud mental; persona con discapacidad psicosocial; persona con padecimiento mental (utilizada por la Ley 26.657). Tampoco puede aludir a las personas reduciéndolas a un diagnóstico, cuando se trata de capacidad. Dado que las personas a las que se les ha restringido la capacidad cuentan con un plus de padecimiento a causa de estas “marcas” y al uso de la terminología inadecuada.

De esta manera, se analiza la protección de las personas con discapacidad dentro del contexto de un colectivo en situación de vulnerabilidad a los efectos jurídicos porque las barreras sociales los colocan allí dada su condición, sin importar el grado ni tipo de diversidad funcional (física, mental, intelectual y/o sensorial). Comprender la discapacidad como una cuestión de derechos humanos ha supuesto un cambio de paradigma que implica pensar tanto los problemas que enfrentan las personas con discapacidad como sus respuestas desde el respeto de los valores que sustentan dichos derechos.

Actividades como la psicoeducación a familiares, el apoyo laboral y el entrenamiento para habilidades de la vida cotidiana mejoran significativamente la recuperación. Una concepción holística

---

<sup>49</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 598

<sup>50</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 315

debe expresarse en respuestas coordinadas y requiere de alianzas con sectores como educación, salud, trabajo, justicia, vivienda, seguridad social.

Otro ejemplo, no menos importante, lo constituyen el número de especialistas en salud mental<sup>51</sup>, como si su mayor cantidad per se fuera condición para un mejor sistema de salud mental. Argentina es el país de la región que más psiquiatras y psicólogos por habitantes tiene comparado con los restantes países de la región. Alrededor de 13 psiquiatras y 120 psicólogos por cada 100.000 habitantes. Sin embargo, si se mide la población desatendida que no accede a una entrevista, en los últimos 12 meses, no es distinta en Argentina que en países que tienen 10 veces menos de psiquiatras y 20 veces menos de psicólogos.

Asimismo, se precisan especialistas formados desde un enfoque integrador, multidimensional y holístico de la salud mental, por lo que resulta importante observar que las actualizaciones en su formación profesional se realicen en ese sentido.

### **3.-Evolución y cambio de paradigma en materia de discapacidad**

La noción de discapacidad como cuestión de derechos humanos no siempre fue aceptada como tal. Como se señaló precedentemente, la concepción y actitudes sociales hacia dicho fenómeno han variado a lo largo de la historia.

En palabras de otros autores, el paso por diversos modelos, tales como el biomédico, el biopsicosocial, permitió evolucionar al modelo social de discapacidad desde el enfoque de los derechos humanos.

El modelo biomédico puso la mirada de la discapacidad desde los atributos individuales de la persona que la presentare. Al ser observada la discapacidad como una enfermedad, debía ser curada y si no existía mejora, la persona debía ser recluida. Esta medicalización de la discapacidad implicaba la imposibilidad de que la persona pudiera por sí misma dirigir su vida y adoptar sus decisiones.

---

<sup>51</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 110-112

Desde el plano legal se sustituía su voluntad mediante la representación de un curador. Se trataba de un modelo tutelar, un sistema de protección asistencialista que se extendió desde el siglo XVII a fines del siglo XIX (modelo dominante de la sociedad industrializada).

Posteriormente, se avanzó a un enfoque biopsicosocial/estructuralista donde, si bien los atributos individuales de la persona eran tenidos en cuenta, se observó que el ambiente físico/social favorecía o limitaba la funcionalidad de la persona. Según Pérez Porto y Gardey<sup>52</sup>, el concepto de biopsicosocial integra cuestiones biológicas, psicológicas y sociales. El ser humano es biopsicosocial. Su potencial está determinado por sus características biológicas (físicas), pero a su vez su accionar es influenciado por aspectos psicológicos (como deseos, motivaciones e inhibiciones) y por el entorno social (la presión que ejercen otras personas, los condicionamientos legales, etc.). Este modelo entiende que el bienestar del hombre depende de las tres dimensiones: no alcanza con que el individuo esté sano físicamente. La medicina, la psicología y la sociología se conjugan en el modelo biopsicosocial, que considera la conexión entre el cuerpo, la mente y el contexto para el tratamiento de enfermedades, trastornos y discapacidades.

El término biopsicosocial fue acuñado por un médico psiquiatra norteamericano George Libman Engel<sup>53</sup> en el año 1977, cuando buscaba un nuevo modelo médico para hacer frente al biomédico. Era un paso hacia una realidad en la cual los médicos comenzarían a tomar en cuenta la opinión del paciente antes de tomar sus decisiones, el paciente pasó de ser “objeto” a “sujeto”. Comenzó la apertura a un abordaje multidisciplinario de la discapacidad y no estrictamente médico. No obstante ello, no existían grandes avances respecto a la capacidad de las personas con discapacidad, la cual seguía restringida en la mayoría de los casos. Reconocía el valor de la prevención para la eliminación de las barreras físicas y estructurales.

Por último, se dio paso a un modelo de discapacidad<sup>54</sup> que hace foco en lo social. Este modelo reconoce que mientras algunas personas tienen variaciones físicas, sensoriales, intelectuales o

---

<sup>52</sup> PEREZ PORTO, J. y GARDEY, A. (Consultado el día 22 de enero de 2018). Definición de biopsicosocial. 2016-2017. Recuperado de <https://definicion.de/biopsicosocial/>.

<sup>53</sup> PEREZ PORTO, J. y GARDEY, A. (Consultado el día 22 de enero de 2018). Definición de biopsicosocial. 2016-2017. Recuperado de <https://definicion.de/biopsicosocial/>.

<sup>54</sup> PALACIOS, A. (Consultado el día 22 de enero de 2018). Modelo de Discapacidad 2008. Recuperado de [https://es.m.wikipedia.org/wiki/Modelo\\_social\\_en\\_la\\_discapacidad](https://es.m.wikipedia.org/wiki/Modelo_social_en_la_discapacidad).

psicológicas que pueden causar limitaciones funcionales, éstas no deben llevar a la discapacidad, a menos que la sociedad no tenga en cuenta las diferencias individuales. El modelo no niega que existan diferencias individuales que provocan limitaciones, pero ellas no son las causas de la exclusión de los individuos. Los orígenes de esta idea datan de la década de 1960, aunque el término concreto aparece en Reino Unido en los años 1980.

Para evitar los condicionamientos que las emergencias ambientales y sociales provocan en las personas con discapacidad, deben brindarse los apoyos que resulten necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones y las salvaguardias adecuadas para evitar abusos. De este modo, se pasa de un paradigma que propone un modelo sustitutivo de la voluntad a uno de derechos humanos, basado en el apoyo a la persona con discapacidad para tomar sus propias decisiones con la máxima autonomía, independencia individual y libertad posible.

El modelo social sobre la discapacidad y el concepto dinámico ha quedado plasmado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En su artículo primero, aclara quiénes se consideran personas con discapacidad: 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 los demás.

El modelo social y de derechos humanos, implica la necesidad de apartarnos de la clasificación de la discapacidad de carácter médico, articuladas según el tipo de deficiencia, así como las barreras en la noción de actividades de la vida cotidiana, en las que la diversa capacidad para llevar a cabo esas actividades está asociada a la deficiencia.

Se debe tener una perspectiva clara de los valores que sustentan la misión u objetivos de los derechos humanos<sup>55</sup>. Son cuatro valores: la dignidad, la autonomía, la igualdad y la solidaridad. La Convención considera que las causas que originan la discapacidad son mayormente sociales, por lo que el modelo social se estructura en la aceptación e inclusión de la discapacidad como parte de la diversidad humana.

---

<sup>55</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 460-462

El concepto de sociedad inclusiva propiciado por el modelo social y de derechos humanos, desafía las lógicas de las perspectivas normalizadoras de la sociedad, girando el foco de observación de las personas con discapacidad hacia las transformaciones del entorno en clave de “diseño universal”, en el que dichas personas, incluidas en el conjunto de la población, circulan y conviven, se educan y trabajan. Se entiende por diseño universal<sup>56</sup> el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El diseño universal no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten.

Dicho modelo ha generado una mirada diferente de la persona con discapacidad, centrada en la condición de ser humano en igualdad de derechos y dignidad que los demás (inclusiva de la diferencia); condición que al acompañarlo, requerirá medidas específicas para garantizar el goce y ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones que los demás.

El mayor desafío estará en cómo se concibe la discapacidad mental desde la óptica de los derechos humanos. Agustina Palacios<sup>57</sup>, enfatiza que no se reduce a una cuestión terminológica sino que produce consecuencias en los distintos ámbitos: normativo, psicológico y sociológico. Desde el ámbito normativo se observa la legislación en la temática desde dicha perspectiva, en especial la aprobación del primer Tratado de Derechos Humanos del siglo XXI de las personas con discapacidad. Desde el ámbito psicológico, nos lleva a replantearnos la idea de dignidad humana, desde una perspectiva que trascienda las capacidades o determinadas características o condiciones de las personas.

Por último, desde la dimensión sociológica, exige otra visión a la hora del diseño e implementación de políticas públicas en la materia, entendiendo la discapacidad como un elemento natural de la diversidad humana (en el mismo sentido que el género o la raza) para asumir la responsabilidad de asegurar que los derechos sean ejercidos sin discriminación por motivo de la discapacidad por parte del Estado ni de la sociedad. Debe dejarse de apreciar a las personas como objeto de políticas asistenciales, para contemplarlas como titulares y sujetos de derechos, en igualdad de condiciones con el resto de las personas.

---

<sup>56</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 462-463

<sup>57</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 194-195

Como se advierte, múltiples hechos históricos y factores analizados de la evolución de la visión de la discapacidad desde un enfoque de derechos humanos han contribuido a su recepción en instrumentos legales.

## CAPÍTULO II: RECEPCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS LEGALES INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

En este capítulo se intentará receptar las normas que alcanzan los derechos de los seres humanos en su condición de personas, y que sirven de marco a los principios sobre discapacidad que luego aparecerán contenidos en los diferentes tratados, pactos, declaraciones, convenciones y demás instrumentos legales internacionales. A su vez, se observará cómo estos instrumentos internacionales han sido incorporados en el derecho argentino. Cabe aclarar que los tratados sobre derechos humanos se fundamentan en tres grandes principios: los derechos son *universales*, es decir que conciernen a todos los seres humanos; son *indivisibles*, dado que no jerarquiza los derechos que contiene, y son *interdependientes*. En otras palabras, no hay primacía de un derecho sobre los demás, por cuanto el cumplimiento de cada uno depende de la garantía efectiva del resto.

Los derechos de las personas con discapacidad se encuentran indirectamente contenidos en múltiples tratados de derechos humanos a nivel internacional. Entre los documentos más importantes se destacan los siguientes: la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (Naciones Unidas, New York, 1948); la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (Bogotá, 1948); el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, y el *Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos* (ambos suscriptos en Naciones Unidas, New York en 1966 con entrada en vigor en 1976); la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* San José de Costa Rica, 1969 con entrada en vigencia en 1978); la *Convención de los Derechos del Niño* (Naciones Unidas, New York, 1989) y las *Reglas de Brasilia* (Brasilia, 2008). A continuación, se realizará una sinopsis de dichos instrumentos como así también del contexto y los motivos que posibilitaron su surgimiento para luego revisar la normativa en forma específica.

## **1.- Sinopsis de los instrumentos legales internacionales, contexto y motivos que posibilitaron su surgimiento**

Las primeras dos declaraciones mencionadas sobre Derechos Humanos surgen a partir de las nefastas consecuencias de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Esta fue la mayor contienda bélica de la historia marcada por la muerte de entre 50 a 70 millones de personas, el Holocausto y el uso, por primera vez, de armas nucleares en un conflicto militar que implicó a las grandes potencias del mundo, agrupadas en dos alianzas militares enfrentadas: los Aliados y las Potencias del Eje.). Luego se inauguró el periodo de posguerra (1945-1947) comprendido entre el fin de la segunda guerra mundial (que acabó con la victoria de los aliados y la caída del III Reich, la Italia Fascista y el Imperio del Japón) y el comienzo de la Guerra Fría, que enfrentó a la Unión Soviética (Pacto de Varsovia) y a Estados Unidos (OTAN), que finalizó en 1989. Estos sucesos, llevaron necesariamente a que las diversas Naciones del mundo aunaran sus esfuerzos para proclamar derechos, en pos de evitar la violación a derechos elementales de los seres humanos y de impulsar las negociaciones y planes para abordar la reorganización territorial, diplomática y económica, teniendo en cuenta las proporciones devastadoras de los daños causados.

Sin perjuicio de ello, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de fecha 10 de diciembre de 1948, solo contenía un valor declaratorio. Establecía una serie de principios y normas que los Estados creaban y se comprometían a cumplir internamente en sus naciones, pero quienes la firmaban no adquirirían la obligación de cumplir su articulado. A nivel americano y en la misma dirección de adhesión a los principios consagrados para la vigencia de derechos esenciales del hombre, se encomendó en 1945 un trabajo al Comité Jurídico Interamericano quien lo presentó en la Novena Conferencia Internacional Americana y que proclamara en 1948 la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, también como un instrumento de carácter no obligatorio. Estas dos declaraciones se encuentran incorporadas en la legislación argentina en forma expresa y con carácter supraconstitucional (art. 75 inc. 22 CN).

Con el transcurso de los años, surgen otros pactos internacionales con el objetivo de completar con fuerza jurídica las declaraciones no vinculantes. Desde la adopción de la Declaración Universal

de los Derechos Humanos, la Asamblea General pidió al Comité de Derechos Humanos preparar un proyecto de pacto que debería reunir todos los derechos humanos (económicos, civiles, políticos, sociales y culturales) y la igualdad de género para el usufructo de estos derechos. El desarrollo de este proyecto se caracterizó por un profundo desacuerdo entre los Estados y los debates ideológicos de la época. Mientras que los Estados capitalistas promovían los derechos de libertad, los Estados comunistas insistieron en los derechos económicos, sociales y culturales. Esta escisión entre los Estados obligó a que en 1951 la Asamblea General pidiera la redacción de dos pactos diferentes. Seguidamente, la comisión elaboró un pacto de Derechos Civiles y Políticos y otro sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A pesar de la persistencia de los desacuerdos entre los Estados, ambos pactos fueron aprobados el 16 de diciembre de 1966. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se sancionó el 3 de enero, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el 23 de marzo de ese año.

Los dos pactos entraron en vigor en 1976, aunque recién fueron incorporados a la legislación argentina el 17 de abril de 1986 con la sanción de la Ley 23.313, promulgada el 6 de mayo de 1986 junto a su Protocolo Facultativo. El Pacto de Derecho Civiles y Políticos propugnaba “derechos de libertad” y la no intervención del Estado en la libertad de todo ser humano (libertad individual, libertad de expresión, prohibición de tortura y esclavitud, derecho a la vida, al voto, entre otros); y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocía tales derechos considerados como “obligaciones de deuda”, lo que significaba que el Estado tenía que intervenir y tomar las medidas adecuadas para garantizar su aplicación (contrario a los derechos civiles y políticos). Estos últimos derechos garantizan a todo ser humano un nivel de vida adecuado, y promueven la mejora continua de las condiciones de vida. Incluyen también los derechos a la salud, la educación, el trabajo, la seguridad social. Ambos pactos establecían mecanismos para la protección y garantía de los derechos establecidos.

Por otro lado, el 22 de noviembre de 1969 se firmó la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, también llamada *Pacto San José de Costa Rica*. Hasta ese momento, la promoción y protección internacional de los derechos humanos de la población americana era el trabajo de instrumentos de naturaleza declarativa por lo que ninguna acción de dichos instrumentos u organismos era realmente vinculante para los estados. Luego de la entrada en vigor de la Convención Americana en el año 1978, la evolución normativa del sistema de protección de los derechos humanos

en América se vería completa con una base convencional y obligatoria. El 19 marzo de 1984, se promulga en Argentina la Ley 23.054 que aprueba la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Esta última reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención bajo condición de reciprocidad (artículo 2°). Su preámbulo, entre varios tópicos, reconoce que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos.

En otro orden, y en relación a los derechos de la infancia, los mismos estaban incluidos implícitamente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Sin embargo, posteriormente se llegó al convencimiento de que las particulares necesidades de los niños y niñas debían estar especialmente enunciadas y protegidas. Así, en 1959, se aprobaría la *Declaración de los Derechos del Niño* y en 1989 se proclamaría la *Convención sobre los Derechos del Niño*, la cual en la misma línea subrayaría aquellos derechos que se desprenden de su especial condición de seres humanos, que por no haber alcanzado el pleno desarrollo físico y mental, requerían de protección especial. Este fue el primer tratado vinculante a nivel nacional e internacional que reunía en un único texto sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. Esto quiere decir que los Estados que se adhieren a la convención se comprometen a cumplirla y a adecuar su marco normativo a los principios de esta, como así también a destinar todos los esfuerzos que sean necesarios para lograr que cada niño goce plenamente de sus derechos. Por primera vez, en comparación con tratados anteriores, la Convención sobre los derechos del niño reconoce a los niños como sujetos de derecho, pero convierte a las personas adultas en sujetos responsables. Esta Convención se aprobó en Argentina mediante la Ley N° 23.849, sancionada el 27 de setiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre del mismo año.

Para concluir la sinopsis de los instrumentos legales bajo análisis y circunscribiéndonos al plano normativo vinculado a las instituciones judiciales, se mencionarán las razones que originaron las *Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad* que fueron establecidas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en Brasilia en Marzo de 2008.

En su exposición de motivos, se destaca que el sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho. Estas reglas no solamente se refieren a la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, sino también al trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento. Exigen una serie de medidas dentro de la competencia del poder judicial y recomiendan priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, págs. 4-5).

## **2.- Normativa general para personas con discapacidad contemplada en los instrumentos internacionales mencionados**

Como se refirió, esta síntesis se enfocará en algunos artículos de instrumentos internacionales que indirectamente contemplan a las personas con discapacidad. La *Declaración Universal de Derechos Humanos* reafirma la igualdad de los seres humanos en libertad, dignidad y derechos sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (artículo 2° pto. 1). En el artículo 7 establece la igualdad de todos ante la ley y el derecho a igual protección de la ley contra toda discriminación que infrinja la Declaración o provocación a ella. Por su parte el artículo 22, refiere entre otras cosas, que toda persona tiene derecho a la seguridad social y a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad. Sin embargo, no hubo un avance significativo en la materia de discapacidad.

La *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* considera que los pueblos americanos han dignificado la persona humana, y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan

progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad; que en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana.

La vida, la libertad, la igualdad en dignidad y derechos, y la seguridad de la persona son derechos de toda persona reconocidos en dicha Declaración, como así también el derecho a la preservación de su salud, la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica acordes con los recursos públicos y los de la comunidad.

Pero aquí interesa destacar el artículo XVII que reconoce a todos los seres humanos como sujetos de derechos y obligaciones, y, principalmente, los derechos expresados en el artículo XVIII:

Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948).

El derecho de cada hombre encuentra su límite en el derecho de los demás (artículo XXVIII). Se menciona el deber de convivir con las demás personas de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad (artículo XXIX) y que toda persona tiene el deber de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad (artículo XXXVII).

La *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en su parte primera, respecto a la obligación de respetar los derechos, menciona que los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Asimismo, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

El reconocimiento de la personalidad jurídica, la integridad personal (física, psíquica y moral) y la igualdad ante la ley son derechos tratados en el Capítulo II (artículo 3 y 5 respectivamente), en el que cobra especial importancia el artículo 25 pto. 1) que garantiza la protección judicial de las personas:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica, 1969).

La Convención es clara en la defensa de la personalidad jurídica, debido a que prohíbe aún en casos extremos (guerra, peligro público o emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte) la suspensión de los derechos determinados, entre ellos al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 27 pto. 2). Por último, en el artículo 29 pto. b) queda manifestado que ninguna disposición de la presente Convención puede limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes, o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

Luego, *el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* reconoce la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana, y de sus derechos iguales e inalienables que se derivan de la dignidad inherente a la persona humana. De acuerdo con el pacto, cada Estado Parte se compromete a adoptar las medidas necesarias para la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. En otras palabras, los Estados Partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En su artículo 5, parte II, establece en su punto 1- “Ninguna disposición del presente pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos liberales reconocidos en el pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él”. En su

punto 2 establece: “No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

En diferentes artículos, se infiere el principio de igualdad y no discriminación, garantizados desde distintos ámbitos, ya sea por ejemplo en el artículo 7 inc. c) al mencionar “Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad”. Asimismo, el artículo 11 pto. 1) establece que “los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”. Este principio está adaptado a las condiciones del niño: “Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición” (artículo 10 pto. 3).

Por otro lado, en el *artículo 12 se reconoce el derecho a toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, y se refieren las medidas que los Estados Partes deberán asegurar, mencionando entre ellas la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas como así también la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* establece que “Cada uno de los Estados Partes, se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente pacto, sin distinción alguna y a adoptar las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el pacto (artículo 2 parte II). Además, el pacto expresa el derecho a la no discriminación de todo niño por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen, entre otras (artículo 24, respectivamente).

Por último, cabe destacar la igualdad y protección ante la ley que el pacto garantiza a todos los seres humanos: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas

las personas tengan protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (artículo 26). De acuerdo con este pacto, todas las personas que sufran menoscabo en sus derechos o libertades en él reconocidas, podrán interponer un recurso efectivo y las posibilidades que este recurso requiera para que la autoridad competente decida sobre el mismo (artículo 2 parte II pto. 3).

Por su parte, la *Convención sobre los Derechos del Niño* recobra importancia, ya que por primera vez se legisla la materia de derechos humanos específicamente sobre la niñez, al que define como todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad (artículo 1).

Del mismo modo que las convenciones y declaraciones anteriores, se observa en ella el principio de igualdad y no discriminación: los Estados Partes se comprometen a respetar todos los derechos enunciados en la presente declaración que comprenden a todos los niños de la jurisdicción sin distinción alguna entre ellos (artículo 2). Con el fin de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, los Estados Partes se comprometen a tomar todas las medidas legislativas y administrativas y de otra índole adecuadas que den efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención (artículo 3 pto. 2 y artículo 4).

Respecto a la opinión del menor, los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez (artículo 12 pto. 1). Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional (artículo 12 pto. 2).

A partir del artículo 23 se contempla *la situación de los niños que presentan algún tipo de discapacidad*. Los Estados Partes reconocen, en primer lugar, que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente, en condiciones que aseguren su dignidad, le

permitan llegar a bastarse a sí mismo, y faciliten la participación activa del niño en la comunidad (pto. 1).

En segundo lugar, los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales, y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite, que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él (pto. 2). En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento. Se pretende que el niño impedido reciba tales servicios con el objeto de que logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible (pto. 3).

Por último, en el pto. 4 refiere sobre la asistencia médica y de enseñanza. En él se establece que los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información, a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Los Estados Partes reconocen que deben asegurar al niño el derecho del disfrute del más alto nivel posible de salud, y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud (artículo 24 punto 1). Así, los Estados se comprometen a tomar las medidas necesarias para: a) asegurar la prestación de asistencia médica y la atención sanitaria necesarias a todos los niños prestando especial cuidado en el desarrollo de la atención primaria de la salud, b) asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres y c) desarrollar la atención sanitaria preventiva (punto 2). Además, los Estados Partes se comprometen a abolir las prácticas tradicionales perjudiciales para la salud de los niños (punto 3).

En cuanto a la internación de los niños por motivos de salud está contemplada en el artículo 25, el cual prescribe al niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental, un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

Además, los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (artículo 27 pto. 1), como así también convienen que la educación del niño deberá estar encaminada a desarrollar la personalidad, las aptitudes, y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades (art. 29 pto. 1). Finalmente, el artículo 41 asegura que nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño.

Para hacer un paralelismo en el avance en derechos humanos habido en la infancia, y para visualizar a grandes rasgos en la legislación argentina el cambio de mirada en el abordaje de la niñez y adolescencia como consecuencia de la Convención referida, se realizará una breve comparación de dos de los modelos que han existido en el país; el primero de ellos, de corte tutelar y asistencialista; el segundo, de protección integral.

La ley 10.903 -del Patronato de Menores (21/10/1919)- utilizaba el término “menores”. Hablaba de protección de menores (entendido hasta los 18 años). Estos menores eran tratados como objetos de protección, protección que surgía ante la violación o restricción de derechos. La infancia era entendida como dividida y los niños como incapaces, sin que su opinión importara. Solo abarcaba niños en situación de riesgo o peligro. Su tratamiento era en situación irregular. Existía una centralización de poderes en el juez, juez visto como padre y ejecutor de políticas sociales y asistenciales, con facultades omnímodas. Lo asistencial y penal se encontraba confundido. Se desconocen garantías, implementándose medidas por tiempo indeterminado. No hay resocialización, existe una vinculación piramidal. Es una ley de patronato del Estado en cabeza del juez, donde el interés superior del niño y las medidas de protección eran inexistentes.

Por el contrario, la ley 26.061 (21/10/2005) -actual Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes- utiliza el término “niños, niñas y adolescentes (hasta los 18 años)”. Surge la protección de derechos, y de los NNA como sujetos de derechos, y la protección para reconocer y promover derechos. La infancia es integrada y se resalta a las personas en desarrollo, siendo central su opinión y participación aún en contra de sus representantes. Se interviene ante derechos amenazados o violados. El tratamiento abarca adultos, instituciones y servicios en situación irregular. Existe descentralización de autoridades de aplicación (administrativas y judiciales). El juez solo asume actividad jurisdiccional y es exclusivamente técnico. Este último se encuentra limitado por las garantías. Lo asistencial se halla separado de lo judicial. Se reconocen todas las garantías y se delimitan temporalmente las medidas adoptadas. Se promueve la resocialización. Existe una vinculación integral transversal. Se delimita el accionar jurisdiccional al control de las medidas. Se delimita el contenido del interés superior del niño y elaboran medidas de protección ampliadas hacia la familia, organismos públicos o privados, particulares, etc.

Por último, entre la normativa internacional cabe detenerse también en las *Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad* del año 2008. Uno de los avances respecto de las convenciones anteriores es la definición de personas que se consideran en condición de vulnerabilidad, entendiéndolas como aquellas que por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad, en cada país, dependerá de sus circunstancias específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico (Capítulo I, sección 2 pto. 1).

Las *Reglas de Brasilia* retoman la definición de discapacidad aportada por la *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*, esto es, 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 (Capítulo I, sección 2 pto. 3). Según estas reglas se debe procurar 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. (Por ejemplo: se promoverá en particular la reducción de barreras arquitectónicas, facilitando tanto el acceso como la estancia en los edificios judiciales; se procurará la protección visual de la víctima al momento de su comparecencia ante el inculpado de un delito, etc.). Por ello, las reglas se destinan a los responsables del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas, dentro y fuera del sistema judicial, a jueces, fiscales, defensores públicos, abogados, policías, servicios penitenciarios, operadores judiciales, entre otros.

Resaltan la relevancia del asesoramiento técnico-jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad (Capítulo II, sección 2 pto. 1) y la importancia de la tramitación rápida, pudiendo otorgarse prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso, por parte de los órganos del sistema de justicia, cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejen (sección 4 pto. 2). En el mismo sentido, en el pto. 1 de la sección 5°, impulsa las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo, fomentando la capacitación de los mediadores, árbitros y otras personas que intervengan en la resolución del conflicto.

En lo que refiere a la celebración de actos judiciales, las reglas velan porque en todos ellos se respete la dignidad de la persona en condición de vulnerabilidad, otorgándole un trato específico adecuado a las circunstancias propias de su situación (capítulo III). Tres son los ejes que se destacan en este capítulo. El primero de ellos, versa sobre la información relevante que debe prestarse a la persona en situación de vulnerabilidad sobre su intervención en el proceso judicial, como por ejemplo: la naturaleza de la actuación judicial a participar, su papel y apoyos que puede recibir, información para la protección de sus intereses cuando sea parte. El segundo eje menciona las dificultades de comunicación que afectan a la comprensión del acto judicial, procurando que se garanticen las medidas necesarias para que la persona en situación de vulnerabilidad pueda comprender su alcance y significado. Por último, el tercer eje se focaliza en la asistencia especializada que la persona vulnerable puede recibir previa al acto judicial, ya sea la presencia de un profesional o bien un referente emocional.

Para garantizar la eficacia de las reglas, en el capítulo IV se establece el principio general de colaboración según los órganos y entidades a determinarse de acuerdo a las circunstancias propias de

cada país. A tales efectos, los principales impulsores de las políticas públicas deben poner un especial cuidado tanto para identificarlos y recabar su participación, como para mantener su colaboración durante todo el proceso. Trabajarán en conceptos claves tales como: el fortalecimiento del acceso a la justicia en forma universal; en segundo lugar, la sensibilización y formación de profesionales y; en tercer lugar, una comisión de seguimiento para la aplicación de las reglas en cada país, la cual definirá, elaborará, adoptará, fortalecerá políticas públicas y propondrá modificaciones y actualizaciones al contenido de estas Reglas.

En la Provincia de Mendoza, la aprobación de las Reglas de Brasilia se estableció mediante la Acordada N° 24023 de la SCJ y se complementó por ejemplo con la Acordada N° 24842 de la SCJMza que impuso como principal función de la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia, promover la observancia y la defensa de los derechos humanos desde el ámbito judicial.

### **CAPÍTULO III: REVISIÓN DE INSTRUMENTOS LEGALES INTERNACIONALES ESPECÍFICOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

Basados en el respeto a los instrumentos legales internacionales de Derechos Humanos, surgen nuevos instrumentos legales específicos en materia de discapacidad. Este trabajo hará foco en dos de las convenciones más renombradas en materia de discapacidad: la *Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad* y la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (CDPD), junto a alguna de las Observaciones Generales relevantes de esta última analizadas por el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Los convenios sobre discapacidad, señalan un cambio de actitudes y enfoques respecto de las personas con discapacidad, en miras de promover, proteger y garantizar el disfrute pleno de sus derechos humanos y garantizar que gocen de plena igualdad ante la ley. Este trabajo tendrá especial consideración en el enfoque legal sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Se abordará el nuevo paradigma de los Derechos Humanos plasmado en la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

Resulta importante resaltar que con la CDPD no fue la primera vez que se planteó la necesidad que la Organización de Naciones Unidas aprobara una convención internacional en materia de derechos humanos para las personas con discapacidad. A partir de la década de los años cincuenta del siglo pasado<sup>58</sup> la Asamblea General y el Consejo Económico y Social aprobaron varias resoluciones relativas a la prevención de la discapacidad y a la rehabilitación (dentro del modelo rehabilitador existente en esa época). Los primeros indicios del paso a un modelo social fueron en el año 1971 la “Declaración del Retrasado Mental” incorporada por Resolución 3.447 de la Asamblea General en el año 1975 con la finalidad de igualar los derechos civiles, políticos, económicos y sociales a las personas con discapacidad y adoptar medidas que tiendan a permitirle la mayor autonomía posible para el desarrollo de sus capacidad y la integración social de las mismas.

---

<sup>58</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 198-199

Como segunda iniciativa, puede destacarse el "Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos (1983-1992), si bien no sería vinculante, representaría el documento paradigmático en lo que concierne al tratamiento y la protección de las personas con discapacidad hasta la aprobación de la Convención vinculante. La reunión de expertos en 1987 que recomendó que la Asamblea General de Naciones Unidas debería redactar una convención internacional para la eliminar todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y las "Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad" (no obligatorias) aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1993. Se aprobó una resolución titulada "Programa de acción mundial para las personas con discapacidad"<sup>59</sup>

El sistema interamericano<sup>60</sup> cuenta también con una serie de documentos no vinculantes pero orientativos en la materia como la Declaración de Caracas aprobada el 14 de Noviembre de 1990, que busca promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad, haciendo hincapié en el respeto de los derechos humanos, dignidad personal, derecho a la salud, eliminando estigmatizaciones hacia las personas con discapacidad mental y con el objetivo de insertarlos socialmente. Dicho compromiso fue renovado en 2010 en el Consenso de Panamá, que tuvo entre algunos de sus objetivos lograr la desinstitucionalización de personas con discapacidades mentales, brindándoles una atención integral, continua, preventiva, participativa y comunitaria, evitando la privación de la libertad innecesariamente en establecimientos hospitalarios.

En el año 1991 se aprobaron los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, conocidos como "Principios de Salud Mental" que han constituido una guía de orientación y tratamiento importante en la materia. No obstante la CDPD contiene cláusulas superadoras del enfoque garantista de los Principios, específicamente en lo que se refiere a la capacidad jurídica, protección de la libertad, de la integridad física y moral y en lo referido a la prestación del consentimiento.

Luego, en el año 2000, dirigentes de las cinco principales organizaciones no gubernamentales internacionales en el campo de la discapacidad (Rehabilitación Internacional, Organización Mundial

---

<sup>59</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 199-201

<sup>60</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 250-251

de Personas con Discapacidad, la Unión Mundial de Ciegos y la Federación Mundial de Sordos), se reunieron en Pekín, China y elaboraron la "Declaración de Beijing", en la cual pidieron a los gobiernos apoyo para la convención internacional).

Otros tres informes realizados en el marco de Naciones Unidas tuvieron amplia repercusión. El primero denominado Principios, orientaciones y garantías para la protección de las personas recluidas por mala salud mental o que padecen trastornos mentales. El segundo se denominó Los derechos humanos y las personas con discapacidad. El tercer documento se titula Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad del año 2002.

En 2001, la Asamblea General de Naciones Unidas apoyó una propuesta del gobierno de México y nombró a un Comité Ad Hoc para considerar las propuestas para la elaboración de una Convención Amplia e Integral para Promover y Proteger los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad, basada en un enfoque holístico. La primera reunión se llevó a cabo en agosto de 2002, y la redacción del texto comenzó en mayo de 2004. En agosto de 2006, el Comité llegó a un acuerdo en torno al texto. Los delegados del Comité Especial representaban a las organizaciones no gubernamentales, a los gobiernos, a las comisiones nacionales de derechos humanos y a las organizaciones internacionales. Fue la primera vez que las organizaciones no gubernamentales participaron activamente en la formulación de un tratado de protección a los derechos humanos.

A continuación se analizará el aporte principal que cada convenio ha legado a la comunidad internacional. La *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad* suscripta en Guatemala en el 8 de junio de 1999, fue promulgada y sancionada en julio de 2000 en Argentina mediante la Ley 25.280. Esta Convención no goza de jerarquía constitucional en nuestro país, no obstante goza de jerarquía superior a las leyes (art. 75 inc. 22 CN).

El gran avance de esta convención radicó en la delimitación de los conceptos de discapacidad y de discriminación (no definido con anterioridad en ningún otro instrumento legal internacional). Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas; y que estos derechos, incluido el de no verse

sometidos a discriminación fundamentada en la discapacidad, emanan de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano. Por ello, los Estados Partes se comprometen a eliminar la discriminación, en todas sus formas y manifestaciones, contra las personas con discapacidad. Esta convención amplía el concepto de discapacidad tratado en la *Convención de los Derechos del Niño* donde solo se contemplaba al niño con discapacidad como aquel niño impedido física o mentalmente. La *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad* define la discapacidad en su artículo I: 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.

Esta posibilidad de que la discapacidad pudiera ser causada o agravada por el entorno, tal como alude Agustina Palacios<sup>61</sup>, ya había sido considerada en la Clasificación Internacional de Deficiencias, Incapacidades y Minusvalideces publicada por la Organización Mundial de la Salud, realizada en Ginebra en el año 1980. Mediante esta clasificación se diferenciaron tres conceptos:

- Deficiencia: cualquier pérdida o anomalía –psicológica, fisiológica o anatómica– de estructura o función. (Ej.: ceguera).
- Incapacidad: restricción o impedimento para realizar una actividad ocasionados por una deficiencia en la forma o el nivel que se considera normal para un ser humano. (Ej.: dificultades en la visión).
- Minusvalía: deficiencia o incapacidad que se traduce en una desventaja para una persona, en cuanto limita o impide el cumplimiento de una función que se considera común para esa persona según la edad, el sexo, y los factores sociales y culturales.

Como se dijo anteriormente, también se define en esta convención el concepto de discriminación contra las personas con discapacidad:

---

<sup>61</sup> PALACIOS, A. (2000). Revista Quorum del Colegio De Abogados De Mar Del Plata. *Derecho a la igualdad y medidas de acción positiva*. Id Infojus: DACF010005. (Consultado el 6 de noviembre de 2016). Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/agustina-palacios-derecho-igualdad-medidas-accion-positiva-dacf010005-2000-12/123456789-0abc-defg5000-10fcanirtcod>.

El término “discriminación contra las personas con discapacidad” significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales (artículo 1 pto. 2 a).

Asimismo, el artículo 1 precisa los límites de lo que no considera tal discriminación.

No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado Parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, esta no constituirá discriminación (artículo 1 pto. 2 b).

Por su parte, el artículo III menciona entre algunos de los objetivos a los que los Estados Parte se comprometen los siguientes: 1) adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad; 2) trabajar prioritariamente en distintas áreas como la prevención de discapacidades prevenibles, la detección temprana y la sensibilización de la población a través de campañas de educación encaminadas a fomentar la igualdad y eliminar prejuicios.

Ahora bien, para alcanzar los objetivos propuestos en la Convención, los artículos V a VII proponen diversas medidas. Entre ellas, puede mencionarse: 1) la participación de organización de personas con discapacidad en la elaboración, ejecución y evaluación de medidas y políticas de aplicación; 2) la creación de un Comité de seguimiento para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad integrado por un representante de cada Estado Parte y 3) la no interpretación de disposición alguna de la Convención que restrinja o limite el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad reconocidos por el derecho internacional consuetudinario o los instrumentos internacionales por los cuales un Estado Parte está obligado.

Según Agustina Palacios<sup>62</sup>, esta convención entendió que las circunstancias que rodean a las personas con discapacidad deben tender a que el entorno no sea un obstáculo más agregado, a su propia discapacidad; no solo se quedó en la lucha contra la discriminación, sino que además planteó la plena integración en la sociedad. La aceptación del concepto de discapacidad aportado por esta Convención significa reconocer la responsabilidad que 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.

Por otro lado, y como sostiene Jorge<sup>63</sup> en el art. I.2. inciso b) *in fine* de la Convención de la OEA necesita ser reinterpretado a la luz del nuevo paradigma del art. 12 de la CDPD. No se trata solo de analizar la perspectiva de evaluar la legislación interna de cada Estado Parte en lo que respecta a la interdicción y curatela, sino también analizar, más allá de cuestiones jurídicas, las implicancias prácticas de estas medidas estatales. No debe confundirse el régimen de capacidad/incapacidad de ejercicio de los derechos en determinadas circunstancias, con la búsqueda de un modo de representación distinto de las personas con discapacidad que sostenga la autonomía de las mismas, reconozca su plena capacidad jurídica y personalidad jurídica, y proponga un modo de apoyos y salvaguardias, sólo en los casos donde ello sea necesario.

Para concluir y en orden a la especificidad de la legislación internacional existente, se observará el primer Tratado de Derechos Humanos del siglo XXI: la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, la cual fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Se abrió a la firma el 30 de marzo de 2007 y entró en vigor el día 3 de mayo de 2008<sup>64</sup>. La Convención cuenta a la fecha con 177 ratificaciones. Previó la Comisión Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y cuenta, además, con un Protocolo Facultativo que establece un mecanismo de denuncias individuales y un mecanismo de investigación. Este Comité hará llegar sus sugerencias y recomendaciones si concluye que se ha

---

<sup>62</sup> PALACIOS, A. (2000). Revista Quorum del Colegio De Abogados De Mar Del Plata. *Derecho a la igualdad y medidas de acción positiva*. Id Infojus: DACF010005. (Consultado el 6 de noviembre de 2016). Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/agustina-palacios-derecho-igualdad-medidas-accion-positiva-dacf010005-2000-12/123456789-0abc-defg5000-10fcanirtcod>.

<sup>63</sup> ROSALES, P. (2012). Palabras Preliminares. En ROSALES, P. (2012). *Discapacidad, Justicia y Estado. Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad*. Coordinado por Jorge, E. y D'Ugo, G. 1.<sup>a</sup> ed., (pp. VIII). Bs. As.: Infojus.

<sup>64</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 224-225

producido una violación. Se incorporó a la legislación argentina mediante la Ley 26.378 el 21 de julio del año 2008 con su Protocolo Facultativo, y mediante Ley 27.044/2014 dio sanción definitiva a la ley otorgándole jerarquía constitucional.

El Comité a través de Observaciones Generales desarrolla el contenido de ciertos derechos identificados previamente. La primera Observación sobre capacidad jurídica hace referencia al art. 12 de la CDPD que proclama el “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, el cual se tomará como punto de partida del presente trabajo.

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán porque las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Resulta importante detenerse en este artículo, y en especial, en la observación general que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU hiciera en el año 2004 sobre el mismo, a los fines de analizar las obligaciones generales que se derivan de los distintos

componentes del art. 12 y concordantes. En dicho artículo no se establecen derechos adicionales para las personas con discapacidad; simplemente se describen los elementos concretos que los Estados partes deben tener en cuenta para garantizar a las personas con discapacidad el derecho a la igualdad ante la ley, en igualdad de condiciones con las demás.

La Observación General de la ONU sobre el art. 12 de la CDPD redactada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014) se funda en los principios generales expuestos en el art. 3 de la Convención: respeto a la dignidad inherente; autonomía individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer; y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad. El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 12 párrafo 1) es operativo en todas sus partes, y no solo ha sido previsto en esta Convención sino en los demás tratados internacionales de derechos humanos. Es decir, no hay ninguna circunstancia que permita privar a una persona del mismo o limitar tal derecho.

En cuanto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, los Estados deben asegurarse que no esté limitado de modo distinto a las demás personas. Históricamente, a las personas con discapacidad se les ha negado en muchas esferas de una manera discriminatoria, su derecho a la capacidad jurídica, en virtud de regímenes basados en la sustitución para la adopción de decisiones, como la legislación sobre la salud mental, la tutela y la custodia que permiten el tratamiento obligatorio. Estas prácticas, mayormente aplicadas en las personas con discapacidades cognitivas o psicosociales, deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás. La capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe defenderse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás (art. 12 párrafo 2). Esta es indispensable para el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales como así también en lo que respecta a la salud, a la educación y el trabajo.

El reconocimiento de la capacidad jurídica está vinculado de manera indisoluble con el disfrute de muchos otros derechos humanos establecidos en la Convención; entre algunos de ellos: el derecho al acceso a la justicia (art. 13), el derecho a no ser internado contra su voluntad en una institución de salud mental y a no ser obligado a someterse a un tratamiento de salud mental (art. 14), el derecho al respeto de la integridad física y mental (art. 17), el derecho a dar su consentimiento para el tratamiento médico (art. 25), etc. Los Estados partes deben abstenerse de esas prácticas, y establecer un mecanismo para examinar los casos en los que las personas con discapacidad han sido internadas en un entorno residencial sin su consentimiento expreso. Además, todo el personal de la salud y la medicina debe garantizar una consulta apropiada directamente con la persona con discapacidad, propendiendo a que los asistentes o personas de apoyo no sustituyan a las primeras en sus decisiones ni influyan de manera indebida sobre las mismas.

Se reconoce el derecho a las personas con discapacidad a recibir apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. Este debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas. Las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen, o pueden recurrir a otras formas de apoyo como la ayuda mutua y la asistencia. El tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar, variará según la diversidad de las personas con discapacidad (art. 12 párrafo 3). Además, se establece salvaguardias con que debe contar un sistema de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. El objetivo de la salvaguardia es garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Debe proporcionar protección contra los abusos en igualdad de condiciones con las demás personas (art. 12 párrafo 4). Por último, el art. 12 párrafo 5 obliga a los Estados Partes a adoptar medidas a fin de garantizar los derechos de las personas con discapacidad en lo que respecta a las cuestiones financieras y económicas, en igualdad de condiciones con las demás.

En otro orden, la CDPD en su art. 5 propone promover la igualdad y eliminar la discriminación. Al definir “discriminación por motivos de discapacidad”, entiende cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito, o el efecto, de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo; inclusive la denegación de ajustes razonables. Para que esto último no suceda, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

Respecto de ellos, se entiende las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales (art. 2).

En cuanto a los niños con discapacidad, la Convención reconoce las capacidades en su desarrollo, y exige en todas las actividades relacionadas con ellos una consideración primordial, el interés superior del niño y que su opinión sea recibida teniendo en cuenta su edad y madurez. Para ello, los Estados Parte deben examinar sus leyes a fin de velar porque la voluntad y las preferencias de los niños con discapacidad sean respetadas en igualdad de condiciones con los demás (art. 7). Por su parte, a fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso (art. 9).

En un caso emblemático, “*Furlan y Familiares vs. Argentina*” con sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recaída en fecha 31 de Agosto de 2012, se visibiliza la violación de múltiples derechos a una persona con discapacidad, entre ellos: la vulneración del derecho del niño con discapacidad a ser oído, al acceso a la justicia, al debido acceso a prestaciones de salud (para su rehabilitación física como psíquica y en vigencia de la LSM), a obtener justicia en un plazo razonable, violación a la propiedad privada (modalidad de pago de la indemnización), integridad personal, inclusión social, quebrantamiento de lazos familiares, daños comprobados a la persona con discapacidad y su entorno familiar, entre otros.

El 21/12/1988 Sebastián Furlan con 14 años, de familia y recursos económicos humildes, domiciliados en cercanía del Barrio Fuerte Apache en Buenos Aires, ingresó a un predio cercano a su domicilio perteneciente al Ejército Argentino con fines de esparcimiento. Intentó colgarse de un travesaño de las instalaciones, lo que provocó que la pieza de alrededor de 45 a 50 kg cayera sobre él, golpeándole fuerte la cabeza y ocasionándole pérdida instantánea del conocimiento. Fue internado en terapia intensiva del Hospital Posadas, fue intervenido quirúrgicamente y continuó en coma II

hasta el 28/12/1988. Recién el 23/01/2019 fue dado de alta para su atención en consultorio externo con indicación de tratamiento rehabilitador ambulatorio.

Antes del accidente Sebastián era alumno del ciclo secundario técnico de Ciudadela, jugaba al básquet, nadaba, practicaba karate. El traumatismo y estado de coma generaron un desorden orgánico post traumático y una reacción anormal neurótica con manifestación obsesiva compulsiva, deterioro de su personalidad y trastornos irreversibles en el área cognitiva y motora; todas secuelas irreversibles.

El 31/08/1989 Sebastián intentó quitarse la vida arrojándose del segundo piso de un edificio, por lo que nuevamente fue internado en el Hospital Posadas por depresión severa adolescente. Si bien se había reintegrado al colegio, padeció severas alteraciones en el habla, la motricidad y cambios profundos de conducta que desconcertaron a los docentes obstaculizando el desarrollo normal de su aprendizaje y el de los demás alumnos.

El 18/12/1990 su padre Danilo Furlan interpuso demanda en el fuero civil por daños y perjuicios contra el Ministerio de Defensa (quien sería propietario del predio del Ejército Argentino), al solo efecto de interrumpir la prescripción de la acción. Él argumentaba que no tenía los medios para tener ayuda profesional y especializada para la rehabilitación que su hijo necesitaba, y que había perdido su trabajo como consecuencia de la atención y cuidado que Sebastián necesitaba. Reclamó una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la incapacidad resultante del accidente.

El 16/04/1991 integra la demanda inicial, indica los rubros indemnizatorios, ofrece prueba y solicita se corra traslado, luego de solicitar el beneficio de litigar sin gastos que le fuera concedido. Se notificó el traslado en el año 1996, contesta el Ministerio de Defensa planteando excepción de prescripción de la acción. Para esa entonces, Sebastián ya era mayor de edad, por lo que el Ministerio Pupilar no lo representó pero asumió intervención por sus hermanos menores de edad. Sebastián ratificó la demanda y el juzgado en Noviembre de 1996 rechazó la prescripción de la acción, decisión que fue apelada por el monto de los honorarios fijados a la patrocinante. El recurso se concedió en Marzo de 1997, luego de un fracaso conciliatorio fijado entre las partes. En fecha 8 de mayo de 1997 se fijó una nueva audiencia de conciliación en la que no se presentó la parte demandada. La parte actora presentó nuevos hechos que fueron admitidos, luego cambió de patrocinio y solicitó se abriera

la causa a prueba. Las pruebas se produjeron hasta el año 2000, llamándose las partes a alegar y pidiéndose se resolviera la causa el 22/08/2000.

La sentencia de primera instancia condenó al Estado Argentino (Ejército) a pagar la suma de \$130.000, más intereses en proporción a pautas fijadas en la sentencia, imponiendo las costas a la demandada. Ambas partes en Septiembre de 2000 apelaron. La Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal confirmó la sentencia. Respecto a la imposición de costas, entendió que Sebastián Furlan debía soportar el 30% de las mismas en base a la distribución de las culpas.

En cuanto al cobro de la indemnización, el actor practicó liquidación, la puso a disposición de la contraria y quedó firme, aprobando el juez el pago de \$103.412,40. La ley 23.982 de 1991 estipulaba dos formas de cobro de la indemnización: en efectivo o con bonos a 16 años de vencimiento. Danilo Furlan optó por los bonos e inmediatamente recibidos (Marzo de 2003) los vendió para afrontar los gastos de los honorarios de sus patrocinantes y costas impuestas en Alzada, quedándole tan solo a su disposición en bonos en concepto de indemnización la suma equivalente a \$38.300.

Durante la tramitación de este juicio civil, además Sebastián Furlan debió afrontar un juicio penal en 1994 tras ser denunciado por su tío por agredir a su abuela. Quedó detenido en febrero e internado en marzo del mismo año con custodia policial por su trastorno de salud mental (derivado de las secuelas que presentaba desde el accidente en su adolescencia). Fue externado luego de múltiples informes, en mayo de 1994 bajo continuidad de tratamiento ambulatorio y seguimiento familiar.

Durante el proceso llevado adelante en la CDHH se intentó tramitarle una pensión, debiendo el Ministerio de Defensa garantizar la asistencia sanitaria al mismo (año 2005) hasta tanto se resolviera la responsabilidad ante la CIDH. Se tramitó su certificado de discapacidad en 2008 con duración por 10 años.

En Agosto de 2009, nuevamente se generan diversos intentos para que Sebastián pudiera acceder a una pensión no contributiva por invalidez, cuyo derecho recién se acredita en Diciembre de 2009. Sebastián recibe actualmente una pensión, y asignaciones por sus dos hijos. A sus 30 años logró

finalizar sus estudios secundarios, se encuentra en pareja, no pudo acceder a un trabajo formal sino que vende perfumes en la vía pública. Su casa no reúne condiciones de habitabilidad necesarias para el desarrollo de las actividades cotidianas.

La Comisión solicitó la violación de los siguientes derechos: garantías judiciales, protección judicial, obligación de respetar los derechos en perjuicio de Sebastián Furlan, derecho a la integridad personal, derechos del niño a ser oído, obligación de respetar los derechos de los familiares de la persona con discapacidad y requirió a la CIDH que ordenara al Estado la adopción de medidas de reparación. El Estado planteó diversas excepciones preliminares, y entre ellas cuestionó que los familiares no hubieran solicitado la inconstitucionalidad de la modalidad de pago de la indemnización de Sebastián Furlan (Ley 23.982).

Los representantes manifestaron que no era materia de debate la ínfima indemnización otorgada, ni la política cambiaria, sino si la tutela judicial efectiva puede consistir en esperar 25 años para la percepción de una reparación integral. Invocan la violación del art 21 en la aplicación de la modalidad de pago establecida en la Ley 23.982 y el retraso en el proceso de ejecución de la sentencia que significó el incumplimiento de un crédito indemnizatorio reconocido por decisión judicial firme, vulnerando el derecho del resarcimiento y el derecho de propiedad que garantizaba un crédito indemnizatorio de contenido reparador y alimentario.

La Corte desestima las excepciones. Reconoce las presuntas afectaciones que sufrió tanto su hijo como su familia por la demora en el proceso, y entre las cuestiones controvertidas de fondo a resolver cabe observar quién debía prestar la cobertura de salud de Sebastián Furlan (Obra Social Incluir Salud ex Profe o cuál servicio era más apropiado). Asimismo habla de vulneración de derechos de un niño con discapacidad que como consecuencia lo transformaran en adulto con discapacidad.

También trata la evolución legislativa en diversas normas aplicables respecto al cambio en la mayoría de edad (ley 26659 del año 2009), aplicación de la CDPC (en vigor desde el 2008), aplicación de la Ley de Salud Mental (26657 del año 2010), la violación de derechos referidos por la Comisión Interamericana y como punto a destacar la razonabilidad de los plazos, el cual ampliamente superó los criterios razonables en cada etapa e instancia del proceso incluida la ejecución, ya que la Corte

entiende que el proceso no podía verse culminado hasta tanto dicho pago de la indemnización no se materializara.

Entendió que el juez de la causa mantuvo una postura pasiva, y que debería haber procurado evitar la paralización del proceso, ya que incidía de manera relevante en la situación jurídica del individuo, más aún ante la discapacidad de la persona. Toda la prolongación del proceso y el retraso en obtener su indemnización, derivó en que Sebastián Furlan no pudiera recibir los tratamientos necesarios con la frecuencia y continuidad requerida para permitirle mejores posibilidades de auto valimiento en su adultez, e incluso que intentara quitarse su vida, o atravesara internaciones hospitalarias posteriores, en razón del estado de su salud mental. El sistema de prestaciones de salud PROFE no cubrió sus necesidades.

Existía un vínculo directo y significativo entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro. Esto también se vio evidenciado en la modalidad de pago en bonos para cobrar la indemnización, la cual disminuía sustancialmente el valor actual del dinero al momento del pago. De modo que la indemnización no fue completa, ni integral ni efectiva, generando su desprotección. Ello sin perder de vista la situación económica del país (crisis del corralito financiero y suspensión de pagos) que influyó también en detrimento de su derecho de propiedad. Esta situación debió ser prevista por la autoridad administrativa para generar un impacto menos lesivo en la forma de ejecución y menos perjudicial para la persona con mayor vulnerabilidad. También hubo negligencia en la falta de intervención del Ministerio Pupilar durante la minoría de edad de Sebastián, cuya intervención hubiera sido trascendente en su defensa.

Se afectó el derecho de toda la familia en la falta de asesoramiento, en la angustia emocional que el accidente y consecuencias jurídicas dilatorias generaron. Los afectó en su integridad psíquica y moral, y en el acceso a la justicia, quebrantando los lazos familiares (separación de los padres del causante).

La Corte estableció un sistema de compensaciones por los daños sufridos y acreditados por Sebastián y sus familiares directos, sea por el daño emergente, gastos por atención médica, lucro cesante, daño inmaterial (padecimiento emocional sufrido). Le ordenó al Estado Argentino resarcir los gastos y costas en que hayan incurrido las presuntas víctimas, y sus representantes en los

procedimientos tramitados en el ámbito tanto nacional como internacional y también reintegrar a un fondo existente en la comisión para garantizar a las personas el acceso a la instancia internacional. Se exigió el pago en dólares estadounidenses o su equivalente en pesos argentinos vigente en la bolsa de Nueva York al día anterior al pago.

La sentencia de fecha 31 de Agosto de 2012 condenó al Estado Argentino por incurrir en responsabilidad en múltiples violaciones a derechos humanos, debiendo reparar económicamente y brindar diversas respuestas asistenciales ante situaciones similares a las del caso tratado precedentemente.

A modo de síntesis, puede decirse que según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el presente caso se relaciona con la responsabilidad internacional del Estado por la “falta de respuesta oportuna por parte de las autoridades judiciales argentinas, quienes habrían incurrido en una demora excesiva en la resolución de una acción civil contra el Estado (13 años), de cuya respuesta dependía el tratamiento médico de la presunta víctima, en su condición de niño con discapacidad”.<sup>65</sup>

La Corte Interamericana afirmó<sup>66</sup> que las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad”. Y que en el marco de dichas medidas, “el debido acceso a la justicia juega un rol fundamental para enfrentar dichas formas de discriminación”.

La segunda Observación de la CDPD<sup>67</sup> elaborada por el Comité se refiere a la Accesibilidad Universal, es decir aplicación práctica de las normas de accesibilidad y la legislación pertinente. En cambio, la tercera Observación aborda la situación de Mujeres y Niñas con Discapacidad. Refiere a una fuerte evidencia de las barreras que ellas enfrentan en la mayoría de las áreas de la vida, creándose situaciones de discriminación múltiple e intersectorial. Se destaca la perspectiva transversal de género profundizándose en tres ámbitos principales: la especial situación de vulnerabilidad de las mujeres

---

<sup>65</sup> Corte IDH, 31 -8-2012, “Furlan y Familiares vs. Argentina”

<sup>66</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 256

<sup>67</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 226-227

con discapacidad con relación a la violencia, la explotación y el abuso; la salud sexual y reproductiva, incluyendo el respeto por el hogar y la familia. Ejemplo de ello puede configurar la esterilización de mujeres y niñas con discapacidad mental sin su consentimiento o la privación del ejercicio del rol materno por el solo hecho de su discapacidad.

En relación a este último supuesto puede mencionarse un fallo que llegó a la CSJN caratulado “*J. M. I. por insania*”<sup>68</sup>. Una mujer que se encontraba en un hospital psiquiátrico dio a luz un bebé, informando una trabajadora social que se encontraba en una grave situación de vulnerabilidad. El Ministerio Público promovió un trámite especial de protección del niño, que derivó en la separación del niño recién nacido de su madre y en la institucionalización en un hogar.

La junta evaluadora del hospital psiquiátrico determinó que la joven se encontraba en condiciones de convivir y realizar el cuidado de su hijo, bajo control y supervisión periódica, y que por iniciativas de la madre se realizaron gestiones para lograr un alojamiento conjunto con el hijo.

Tanto la primera como segunda instancia declararon el estado de abandono y adoptabilidad del niño. El caso llega a la Corte y la Procuradora General Subrogante el 4 de mayo de 2016, dictamina que corresponde revocar la sentencia y disponer el reintegro del niño a su madre. El Ministerio Público Fiscal dictaminó, además, que la Dirección General de la Niñez del Gobierno de la CABA debía monitorear el proceso, y adoptar las previsiones necesarias para garantizar los derechos del niño. La CSJN se remite en su fallo del 7 de junio de 2016 a dicho dictamen.

Contiene importantes estándares sobre el derecho de las personas con discapacidad mental<sup>69</sup> a ejercer su parentalidad, y sobre todo el interés superior de niños, niñas y adolescentes. Menciona que debe evitarse discriminar en todas las cuestiones relacionadas con la familia, entre ellas brindar asistencia apropiada para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.

Concluye el dictamen que no está habilitado para acudir al instituto de la adopción sin haber intentado efectivamente la prestación de servicios de apoyo y ajustes adecuados a los/las progenitores/as con discapacidad, y debe implementarse medidas activas para asegurar servicios de

---

<sup>68</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 633-634

<sup>69</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 634-635

apoyo orientados a incrementar el nivel de autonomía y adaptar esos servicios a las necesidades de cada persona en el ejercicio de la parentalidad.

Por último, el acceso a la justicia de las personas con discapacidad está contemplado en el art. 13 de la CDPD cuando menciona que los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas en todos los procedimientos judiciales. Esto abarcaría aquellos procedimientos en que las personas con discapacidad deban intervenir o participar como parte o bien, aquellos en que las mismas puedan desempeñar funciones esenciales en la administración. Para garantizar el acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario. Se busca sensibilizar a los miembros de esas profesiones para que garanticen los mismos derechos a las personas con discapacidad que aquellas que no tienen discapacidad alguna y realicen los apoyos necesarios a tales efectos. Ej.: ajustar procesos, métodos de comunicación, etc.

#### **CAPÍTULO IV: RECEPCIÓN DE LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y DISCAPACIDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y NACIONAL ARGENTINO**

A pesar de la contemplación que los tratados internacionales de derechos humanos mencionados han tenido sobre las personas con discapacidad, ha sido necesario legislar en forma específica para una mayor protección de este grupo de personas vulnerables. A continuación, se pondrá el foco en la incorporación de estas normativas internacionales en el derecho argentino para finalmente regresar a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y enumerar las obligaciones que compele a los Estados Parte a cumplir.

Cabe mencionar que el derecho argentino se compone de un “bloque de constitucionalidad”, entendiendo por tal a la Constitución Nacional en forma conjunta con los tratados de Derechos Humanos que esta ha incorporado, y a los cuales otorga rango de jerarquía constitucional. El Artículo 75 en su Inciso 22 de la CN, detalla entre algunas de las atribuciones del Congreso lo siguiente.

- Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos *tienen jerarquía superior a las leyes*.
- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, *tienen jerarquía constitucional*, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional,

previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

- Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara *para gozar de la jerarquía constitucional*.

Por otro lado, el Inciso 24 añade entre las atribuciones del Congreso:

- Aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supra estatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia *tienen jerarquía superior a las leyes*.
- La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

Según la Constitución Argentina (art. 75 inc. 22) y tal como sostiene Ricardo Luis Lorenzetti<sup>70</sup>, los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes y a las otras disposiciones del derecho interno.

Se distinguen 6 subtipos:

- 1) Los tratados y concordatos ordinarios del art. 75 inc. 22 *in limine* que tienen jerarquía superior a las leyes. Podrían ser declarados inconstitucionales.
- 2) Las declaraciones, convenios y tratados referentes a Derechos Humanos explícitamente mencionados en el art. 75 inc. 22 párrafo segundo. Tienen jerarquía constitucional.
- 3) Los demás tratados y convenciones que se aprueben en el futuro, en materia de Derechos Humanos, sobre ciertas mayorías calificadas en el Congreso. Tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 párrafo tercero).
- 4) Tratados relativos a procesos de integración latinoamericana, tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75 inc. 24 párrafo segundo)

---

<sup>70</sup> LORENZETTI, R. (2014). Título Preliminar. En LORENZETTI, R. (Dir.) (2014). Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, t I, Coordinado por De Lorenzo, M. y Lorenzetti, P. 1.<sup>a</sup> ed. (p 30). Santa Fe: Rubinzal - Culzoni Editores.

- 5) Tratados concernientes a procesos integrativos con países de otras áreas, con un trámite distinto al anterior. También son superiores a las leyes (art. 75 inc. 24 párrafo segundo).
- 6) Convenios internacionales que celebren las provincias, con conocimiento del Congreso Nacional, a tenor del art. 124 CN. Se encuentra bajo la Constitución, las leyes y demás normas federales.

Respecto de los instrumentos internacionales legales revisados en los capítulos anteriores y según la clasificación detallada anteriormente, se puede verificar que: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional.

Por su parte la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad no tiene rango constitucional en nuestro país, por lo que rige el principio general del art. 75 inc. 22 de la CN que ha le otorgado jerarquía superior a las leyes. Sin perjuicio de ello, de fecha posterior y mayor especificidad en la materia se consagra la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual reviste jerarquía constitucional, tras haber sido aprobado en el país por las mayorías calificadas requeridas por ley.

En lo que se refiere a la Observación general de la ONU sobre la CDPD, se trata de un proyecto redactado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para alentar a los Estados Parte a estudiar y elaborar mejores prácticas. Recuérdese que la CSJN considera a los Comités creados en virtud de los tratados del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas como “los intérpretes autorizados de los tratados en el plano universal”: “Aquino” (Fallos, 327:3753), “Vizzoti” (Fallos, 327:3677), “Maldonado” (Fallos, 328:4343), “Torrillo” (Fallos, 332:709, 31/03/2009), G.,M.G. s/ protección de persona, 16/09/2008<sup>71</sup>.

Por último, las Reglas de Brasilia, han sido elaboradas con el apoyo del Proyecto Eurosocial Justicia y aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, con la participación de la

---

<sup>71</sup>VILLAVARDE, M. (2012). Participación en el proceso de niñas, niños y adolescentes con discapacidad. Garantías adicionales del debido proceso. En ROSALES, P. (2012). *Discapacidad, Justicia y Estado. Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad*. Coordinado por Jorge, E. y D’Ugo, G. 1.ª ed., (p.72). Bs. As.: Infojus.

Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana de Ombudsmán y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados, quedando a cargo de estas redes someterlas a la aprobación de sus respectivos órganos de gobierno.

Lorenzetti<sup>72</sup> manifiesta en su obra, que los tratados de Derechos Humanos proveen un contenido valorativo relevante para el sistema. La incorporación de los tratados sobre Derechos Humanos especificados en el art. 75 inc. 22 de la CN no puede ser discutida por los poderes constituidos. La función de los jueces es interpretativa, basada en un juicio de ponderación, con base en los principios de armonización, complementariedad, y pleno significado de todas las disposiciones.

Pero resulta insuficiente la proclamación de derechos en estos tratados si los mismos no establecen acciones positivas para garantizarlos. En este sentido, Agustina Palacios<sup>73</sup> resalta algunas acciones positivas. Explica que en estos instrumentos, si bien la totalidad reconoce el derecho a la igualdad de los seres humanos, resulta oportuno mencionar por ejemplo a la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual en su art. 24 establece: “Todas las personas son iguales ante la ley”. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a la igual protección de la ley”. Por su parte, la Convención Americana de DDHH y la Convención de los Derechos del Niño (artículo 23), asume la responsabilidad de garantizar los derechos reconocidos y de tomar las medidas apropiadas a dicho fin.

Algunas medidas de acción positiva en nuestra legislación se encuentran contenidas en el art. 75 Inciso 23 de la CN. Lo que se intenta es conectar la igualdad jurídica con la igualdad real. La regla de la igualdad no es absoluta ni obliga a los legisladores o jueces a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que pueden presentarse a su consideración. La reforma constitucional del año 1994 introdujo distintas disposiciones para garantizar la igualdad real, algunas de las cuales se transcriben a continuación en su parte pertinente:

---

<sup>72</sup> LORENZETTI, R. (2014). Título Preliminar. En LORENZETTI, R. (Dir.) (2014). Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, t I, Coordinado por De Lorenzo, M. y Lorenzetti, P. 1.ª ed. (p.36). Santa Fe: Rubinzal - Culzoni Editores.

<sup>73</sup> PALACIOS, A. (2000). Revista Quorum del Colegio De Abogados De Mar Del Plata. *Derecho a la igualdad y medidas de acción positiva*. Id Infojus: DACF010005. (Consultado el 6 de noviembre de 2016). Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/agustina-palacios-derecho-igualdad-medidas-accion-positiva-dacf010005-2000-12/123456789-0abc-defg5000-10fcanirtcod>

- Art. 37: establece la igualdad real de oportunidades entre hombres y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará mediante acciones positivas.
- Art. 75 inc. 17: impone la obligación del Congreso de reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural.
- Art. 75 inc. 19: encomienda al Congreso la promoción de políticas diferenciadas que tiendan a igualar el desigual desarrollo entre provincias y las distintas regiones de nuestro país.

Específicamente, el art. 75 inc. 23 establece que corresponde “legislar y promover medidas de acción positivas 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 DDHH, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”. El Estado debe eliminar las barreras para tomar las medidas diferenciadas en ventaja del sector vulnerado.

Ahora bien, una vez enumerada en este capítulo y los anteriores, la diversidad del plexo normativo en materia de derechos humanos y discapacidad, las leyes mediante las cuales los instrumentos legales internacionales han sido incorporados a nuestro ordenamiento y el grado de jerarquización de dichas normas, se retornará al tema central de esta tesis: la capacidad jurídica de las personas.

De esta manera, podrá entenderse con mayor claridad el contexto histórico y legislativo que por un lado, posibilitó el cambio de paradigma en materia de la capacidad de las personas y al mismo tiempo, estableció el procedimiento actual para determinar la restricción de la capacidad o declarar la incapacidad de las personas en razón de su discapacidad mental.

Asimismo, se observará la adecuación realizada en las normas procesales de Mendoza (Ley 9120 que entrara en vigencia en Diciembre de 2018 y en toda la Provincia alrededor de Febrero de 2020 para la adecuación de las salas previstas para el sistema de oralidad) para regular tales procedimientos, y a través de ellas prestar atención a las prácticas llevadas a cabo en los Juzgados de

Familia de la Primera Circunscripción Judicial, para así cotejar si estas últimas siguen los legados establecidos en la CDPD a modo de garantías para las personas con discapacidad.

## **1. Evolución y cambio de paradigma en materia de la capacidad de las personas con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación**

Manuel Cobas<sup>74</sup> siguiendo a Tobías ha sostenido que la capacidad es la aptitud o el grado de aptitud de la persona humana para ser titular de derechos por el solo hecho de serlo. La capacidad de goce (también conocida como “capacidad de derecho o jurídica”), refleja un atributo que solo reconoce limitaciones derivadas o impuestas por ley restrictivamente, no pudiendo suplirse por representación. Pero dichas limitaciones, o graduaciones, solo pueden ser relativas y en modo alguno revestir el carácter de absolutas, o determinar la existencia de una incapacidad absoluta de derecho.

En consecuencia, la capacidad de derecho para Tobías importa la aptitud para ser titular de derechos subjetivos<sup>75</sup>. No puede desconocerse por otro lado, que un importante sector de la doctrina comparada, entiende que esta mirada es reduccionista, ya que hoy se reconocen intereses al sujeto por su condición de tal, que no se corresponden con el modelo de derecho subjetivo. Por lo que concluyen que es más adecuado hablar de capacidad de derecho como la aptitud potencial de ser titular de intereses tutelados por el derecho y no solo de derechos.

El pensamiento de José Tobías era generalizado de la doctrina civilista más destacada. No obstante que su postura fue expuesta en el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, no fue el criterio tradicional que efectivamente quedó plasmado en dicho cuerpo normativo. Cabría aclarar que el CCyCN alude a la capacidad de derecho como la aptitud para ser titular de derechos y de deberes jurídicos. Como atributo es innato, necesario, vitalicio e indisponible.

---

<sup>74</sup> COBAS, M. (2014). Capacidad. En LORENZETTI, R. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. I, 1.ª ed. (pp. 105-106). Santa Fe: Rubinzal - Culzoni Editores.

<sup>75</sup> KRASNOW, A. op cit. pp 863-864

Por lo que a los fines de evitar caer en confusiones conceptuales, y teniendo en cuenta la importancia que las palabras denotan en la materia de capacidad que pretende explicarse, se aclara que para abordarla se seguirá en esta oportunidad como bibliografía de referencia al Código Civil y Comercial de la Nación Comentado por Caramelo y otros<sup>76</sup>.

a) Aportes de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657

Hecha esta aclaración, habiéndose anticipado en los subtítulos 2 y 3 del Capítulo I los conceptos de capacidad y discapacidad y evolución de los mismos, importantes para comprender el cambio de paradigma, se realizará una síntesis de los aportes que introdujo la Ley N° 26.657 del año 2010. Se analizará a la par el impacto legislativo que atravesó el Código Civil en la materia, y cómo se convirtió dicha Ley de Salud Mental en un antecedente trascendental para la reforma del CCyCN.

El primer aspecto fundamental como punto de partida consiste en que la ley delimita como objeto 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 habitan en el país, y cuyo reconocimiento se encuentre en instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de regulaciones más beneficiosas que podrían establecerse en la Nación.

La ley define a la salud mental desde una mirada interdisciplinaria, ya que la considera como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona (art. 3).

Incorpora a las adicciones como parte integrante de las políticas de salud mental. Este aspecto es interesante, ya que cuenta con un antecedente en el derecho nacional: el artículo 152 bis del Código Civil Argentino, en el que se puso especial atención.

---

<sup>76</sup> CARAMELO, G, HERRERA, M; PICASSO, S. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo I Título Preliminar y Libro Primero Artículos 1 a 400*. 2.ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.

Parte de la presunción de capacidad de todas las personas y en ningún caso, se realizará un diagnóstico de salud mental sobre la base exclusiva de: un status específico, demandas externas, elección o identidad sexual, o meros antecedentes de tratamiento u hospitalización (art. 3). Un diagnóstico en salud mental, no autoriza a presumir riesgo de daño o incapacidad, sino que habrá que analizar cada situación particular en un momento determinado (art. 5).

Entre algunos de los derechos que detalla de las personas con padecimiento mental pueden mencionarse los de: a) recibir atención sanitaria y social integral y humanitaria con acceso gratuito, igualitario y equitativo a las prestaciones e insumos necesarios para la recuperación y preservación de su salud; b) disponer del tratamiento terapéutico más conveniente y menos restrictivo de sus derechos y libertades; c) asistencia por persona de confianza o letrado; d) recibir supervisión periódica por el órgano de revisión en caso de ser sometido a una internación voluntaria o involuntaria; e) no ser identificado ni discriminado por un padecimiento mental; f) obtener información adecuada y comprensible de sus derechos y de todo lo inherente a su salud, tratamiento y normas de consentimiento informado; g) tomar decisiones respecto a su atención y tratamiento dentro de sus posibilidades.

Entre las modalidades de abordaje, promueve que la atención en salud mental esté a cargo de un equipo interdisciplinario y el proceso de atención se realice preferentemente fuera del ámbito de internación hospitalaria, respetando como principio el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones. Asimismo, los equipos asistenciales deben tener capacitación permanente en pos de la protección integral de la salud y el desarrollo de políticas específicas, siendo la internación un recurso terapéutico de carácter restrictivo y solo viable cuando aporte mayores beneficios terapéuticos.

La Ley de Salud Mental fijó además un procedimiento legal específico para el supuesto de realizarse internaciones voluntarias o involuntarias por salud mental, ya sea para mayores o menores de edad (con protección integral de niños, niñas y adolescentes), delimitando la finalidad, la duración, lugar de realización, asistencia, control de las mismas, externalización y correspondientes derivaciones.

Ampliando el párrafo que antecede, pueden mencionarse algunas de las especificidades procesales, que establece la ley especial una vez realizada una internación involuntaria. Dentro de las cuarenta y ocho horas debe reunirse un dictamen profesional de al menos dos profesionales de distintas disciplinas que determine: 1) la situación de riesgo cierto e inminente; 2) la ausencia de otra alternativa eficaz para el tratamiento de la persona y 3) un informe de las instancias previas implementadas si las hubiera (art. 20).

No obstante ello, en el término de diez días debe notificarse al juez la internación, quien a su vez en tres días, debe evaluar si autoriza (declara la legalidad) o no la misma, o si debe solicitar un informe ampliatorio. Si la deniega, inmediatamente debe ordenar la externación de la persona o puede incluso exigir por sí la internación si cumplidos los recaudos legales, el servicio de salud se niega a realizarla (art. 21). Con excepción del último supuesto, el alta, la externación, los permisos de salud son facultades del equipo de salud, quienes deben comunicar estas situaciones al juez al igual que si la internación involuntaria se transformara en voluntaria (art. 23).

La sentencia que aprueba la internación debe contener: 1) la especificación de la finalidad de la decisión del equipo de salud (evalúa la situación de riesgo cierto e inminente); 2) la duración lo más breve posible de la internación; 3) la periodicidad de la revisión de la situación con los plazos máximos establecidos por ley.

Una vez autorizada la internación involuntaria, el juez debe recibir, en no más de treinta días corridos, un informe periódico de la situación de salud para evaluar la continuidad o prórroga de la legalidad o si hubiese correspondido la externación del paciente. Si transcurren noventa días de la internación involuntaria y existe un tercer informe que peticiona la prórroga de la legalidad, el juez debe pedir al órgano de revisión que designe un equipo interdisciplinario, que no haya intervenido anteriormente, para obtener una nueva evaluación, eligiendo siempre la alternativa menos restrictiva de la libertad en caso de divergencia profesional (art. 24).

A los siete días de la internación involuntaria, el juez debe dar intervención al órgano de revisión para el control de legalidad, y en los casos de niños, niñas y adolescentes seguir el procedimiento para la protección integral de sus derechos (arts. 25 y 26).

El órgano de revisión (OR)<sup>77</sup> es una instancia original y única de las Américas. Se constituye en un factor innovador para control de la aplicación de la legislación en salud mental. Es el encargado de realizar informes de gestión y proveer detalladamente descripción de sus acciones. Puede actuar de oficio o a partir de denuncias (anónimas o no) de familiares. Se constituye en una instancia privilegiada de los sistemas y servicios de salud mental en Latinoamérica. Se enmarca dentro del Ministerio Público de la Defensa. Se ha creado en 8 provincias OR locales, lo cual refleja una consolidación de la iniciativa a nivel regional. Algunos de ellos funcionan en el ámbito del Poder Ejecutivo, lo que limita sensiblemente su poder como instancia auditora. Realiza un seguimiento de los casos judiciales a los fines de revisar la labor jurisdiccional. A la fecha no ha sido creado en todas las provincias de la Argentina por falta de políticas públicas concretas.

Estará integrado<sup>78</sup> por asociación de usuarios y familiares, profesionales y otros trabajadores del sistema de salud y ONG, dedicadas a la defensa de los derechos humanos (art 39 Ley 26657). El OR va de la mano de la defensa técnica prevista en el art 22 de la LSM, por lo que en aquellas provincias que a la fecha no se creó el OR, se “suple” con la intervención de patrocinio letrado para la persona internada, pudiendo darse intervención a un Defensor Oficial<sup>79</sup>, en caso de que no concurra con patrocinio particular, quien deberá velar por el respeto de los derechos de las personas internadas; ejercer el contralor de la legalidad de su internación y patrocinar sus intereses en estos procesos, siempre en base a la voluntad expresada por quien está en situación de internación involuntaria.

La función de la ORN (Órgano de Revisión Nacional)<sup>80</sup> de requerir, solicitar, intervenir, recomendar, monitorear, supervisar, dictaminar y controlar, debe entenderse en proporción a la incidencia funcional que tiene para hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades. Es obligatorio que se ajuste razonablemente con las personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad, a fin de asegurar su dignidad en igualdad con los demás.

---

<sup>77</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 118-119

<sup>78</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 360

<sup>79</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 440

<sup>80</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 420

Entre las principales funciones del OR<sup>81</sup> se refieren: desarrollar capacitaciones, seminarios, reuniones intersectoriales, con especial dedicación a uno de los objetivos generales del ORN en capacidad jurídica y apoyos en dos áreas: una, la política pública para promoción de políticas que instrumenten los derechos económicos y sociales, implementando modelos de vida independiente, acordes con el art 19 de la CDPD. La segunda, de carácter integral, elabora informes para el Ministerio de Defensa que se presentan ante los organismos internacionales de DDHH.

El Comité de la ONU<sup>82</sup> en su reciente evaluación a Argentina recomienda “promover en todo el país la defensa técnica especializada para personas internadas en forma involuntaria para que su caso sea revisado regularmente”, en línea con la solicitud para que se adopten “medidas para prevenir y abordar actos de malos tratos en todos los establecimientos de salud mental”.

En el caso de las internaciones voluntarias y dado el consentimiento de la persona, esta puede en cualquier momento abandonar la institución. No puede durar más de sesenta días corridos. Si se prolonga más de ese tiempo, el equipo de salud debe comunicarlo al juez en cinco días para evaluar el carácter voluntario o involuntario de la misma con las garantías de esta última. No puede prolongarse una internación por razones de orden social y siempre debe externarse a la brevedad posible (art. 18).

La discapacidad<sup>83</sup> no puede constituir el límite del derecho de autodeterminación y autonomía, sino que en pos de la igualdad de la persona debe ser informada sobre su diagnóstico y tipo de tratamientos viables para que pueda prestar o no su consentimiento (salvo incapacidad de manifestarse o emergencia justificada, de lo que deberá dejar constancia). De lo expuesto se colige que tener una discapacidad no implica la pérdida del derecho a informarse, ni el deber de recabar el consentimiento informado. Por supuesto, este derecho conlleva el de negarse a recibir tratamiento.

Uno de los grandes problemas que se plantea a la hora de conciliar el principio general del consentimiento del paciente, en toda la actividad médica, lo constituye aquellos casos en que la propia

---

<sup>81</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 415-416

<sup>82</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 457

<sup>83</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 385

enfermedad mental del paciente que requiere tratamiento, lo lleva a rechazarlo<sup>84</sup>. La difícil solución a este problema viene del cumplimiento de una doble exigencia: el respeto, en la mayor medida posible, de la libertad del paciente y la garantía de la máxima eficacia terapéutica del tratamiento psiquiátrico, que presupone “una alianza terapéutica entre el psiquiatra y el paciente en la cual está implícita una comprensión y una aceptación por parte del paciente del programa curativo prescrito”.

Del mismo modo, el tratamiento ambulatorio ha de anteponerse a la internación. Y ciertamente, es necesario estimular la prevención en todas sus facetas: el psiquiatra ha de evaluar la racionalidad del rechazo de una determinada medicación, o establecer si el tratamiento intramuros resulta más adecuado y menos restrictivo para los momentos críticos. El carácter excepcional<sup>85</sup> y restrictivo de la pérdida de la libertad ambulatoria halla su fundamento en el derecho humano fundamental de la autonomía personal. Cualquier privación al derecho mencionado fundada en el peligro “potencial” (no inminente) y no real resultaría inconstitucional e inconvencional.

Entre los principales aportes de la Ley de Salud Mental, puede mencionarse la eliminación de la internación policial y manicomial, que históricamente estigmatizó, por razones de “urgencia” y “seguridad”, a la persona que tenía padecimientos mentales o con discapacidad ; la prohibición de la creación de nuevos manicomios, neuropsiquiátricos o instituciones de internación monovalentes públicas o privadas (art 27) y la disposición del cierre definitivo de las existentes hasta el año 2020 (lo cual nunca sucedió) ; la sustitución o adaptación de las instituciones existentes a dispositivos alternativos; el establecimiento de la recepción de internaciones de salud mental en hospitales generales, siendo un acto discriminatorio el rechazo de atención a tales pacientes; la responsabilidad de los profesionales de la salud de denunciar cualquier irregularidad en el trato indigno o inhumano de personas bajo tratamiento o limitación de su autonomía. En consonancia con el CCyCN, la internación es independiente de la condición y capacidad de la persona.

En este sentido, sustituyó estas acciones por traslados dispuestos por autoridades públicas y la desjudicialización de las internaciones por razones de salud mental. Refleja la importancia de la colaboración de las fuerzas de seguridad y servicios públicos de salud para prestar auxilio inmediato

---

<sup>84</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 100-101

<sup>85</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 393

a la persona, en lugar de la internación por sí que con la legislación civil anterior llevaban a cabo (art. 42).

El rol de la justicia en este nuevo escenario es el control de la internación, que abarca el de su fundamentación o justificación, motivos legítimos, condiciones, duración y revisión periódica. El juez debe controlar su legalidad en pos de cuidar a la persona, cuya salud se encuentra en riesgo cierto e inminente, con el propósito de que el encierro evite daños y le provea un tratamiento adecuado para su enfermedad. Asimismo, no ordena la internación sino que la aprueba, garantizando el debido proceso. Su rol no es decidir políticas, tratamientos o internaciones sino ser garante de los derechos de las personas.

De este modo, el ingreso de una persona en el ámbito hospitalario para el tratamiento de su afección solo puede ser determinado por el equipo interdisciplinario sanitario, previa evaluación de la existencia de riesgo cierto e inminente —en el caso de las internaciones involuntarias— o previo consentimiento informado del paciente—en caso de internación voluntaria—. Según la ley nacional, las internaciones se clasifican en voluntarias e involuntarias, siendo el factor determinante la existencia del consentimiento de la persona y su mantenimiento durante la internación, pues cuando este se pierde, la medida se torna involuntaria. También se torna involuntaria como efecto del tiempo, la internación consentida en su origen, transcurrido el plazo predeterminado por la norma especial<sup>86</sup>.

Por último y entre sus disposiciones complementarias, la Ley 26.657, ejerció importantes modificaciones en la legislación del Código Civil Argentino. Por un lado, agregó el art. 152 ter. el cual estableció:

Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.

En segundo lugar, sustituyó el art. 482 del CC, el que quedó redactado de la siguiente manera:

---

<sup>86</sup> CAMELO, G, HERRERA, M y PICASSO, S. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo I Libro Primero. Parte General - Título I. Persona humana*. 2.<sup>a</sup> ed. (pp. 104-105). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.

No podrá ser privado de su libertad personal el declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones, salvo en los casos de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, quien deberá ser debidamente evaluado por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial con posterior aprobación y control judicial. Las autoridades públicas deberán disponer el traslado a un establecimiento de salud para su evaluación a las personas que por padecer enfermedades mentales o adicciones se encuentren en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros. A pedido de las personas enumeradas en el art. 144 (las que pueden solicitar la demencia), previa información sumaria, el juez podrá disponer la evaluación de un equipo interdisciplinario de salud para las personas que se encuentren afectadas de enfermedades mentales y adicciones, que requieran asistencia en establecimientos adecuados de incapacidad o inhabilidad.

Sin embargo, en la práctica, pese a existir dicha base normativa que con gran esfuerzo pretendía achicar la brecha en pos de garantizar los derechos de las personas con discapacidad o problemas de salud mental, se advierte una gran distancia entre los derechos reconocidos convencionalmente y su efectiva aplicación.

Quienes defienden el viejo paradigma, porque en verdad se centran más en intereses sectoriales y corporativos, dirán que la ley es de imposible aplicación e implementación. Pero la ley es de cumplimiento posible y además absolutamente necesario. Su no aplicación (parcial) es producto de la falta de voluntad política o en cierta medida, de las resistencias (comunitarias e institucionales) que supone toda una transformación de un paradigma que lleva siglos<sup>87</sup>.

Desde el conocimiento práctico<sup>88</sup>, la experiencia señala que los principios no se cumplen porque, sin que ello implique generalizaciones, médicos, otros profesionales de la salud mental, proveedores de servicios y funcionarios públicos les niegan a las personas con enfermedades mentales la oportunidad de hacerse oír y de tomar decisiones por sí mismas. A ello, se suma un grado de complacencia formal por parte de los operadores jurídicos, partícipes necesarios en los triunfos y derrotas del sistema de salud mental.

---

<sup>87</sup> KRAUT, A. (2020). Derecho y Salud Mental: una mirada interdisciplinaria. En KRAUT (2020). *Las personas con discapacidad mental en el sistema universal e intercambio interamericano de Derechos Humanos*. Coordinado por Sosa, G. 1° ed revisada T.II (pp- 24-25) Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.

<sup>88</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 327

El compromiso del Estado y el sistema de salud es justamente el cuidado y la ayuda, pero al organizarse sobre la falsa idea de luchar contra la enfermedad mental, que en esos caso consiste en la atención asilar, deja afuera la condición de ciudadano y la complejidad de la existencia que requiere, para hacer efectivo el cuidado, articular en las prácticas asistenciales una visión de esta complejidad, en la cual lo biológico, lo social, lo cultural, y lo psicológico están integrados en el sujeto y deben a su vez ser integrados en el proceso de atención<sup>89</sup>.

La política pública de salud mental es el primer paso. En cuanto a los parámetros establecidos en la Ley de Salud Mental, para la transición de un modelo asilar hacia centros de atención primaria de salud u hospitales generales para las internaciones en caso de crisis, debe otorgarse los recursos económicos que permitan instrumentar el cambio. Deben asegurarse nuevos dispositivos y prácticas de cuidado, inmersos en un plan integral de salud mental, con la debida planificación de los servicios territorializados, y vinculados con la comunidad para garantizar su eficiencia y eficacia.

Para poder planificar, además se necesita indagar y conocer estadísticas de la población involucrada en la problemática, por ejemplo por intermedio de censos periódicos (art 35 LSM). No se puede gestionar y proyectar si no se conoce la población que utilizará los servicios de salud. El 1° de Agosto de 2019 se presentaron los resultados del primer censo nacional<sup>90</sup> de personas internadas por salud mental en todo el país. Los resultados fueron alarmantes: pacientes internados durante años, tanto en el sector público como privado. Muchos de ellos tenían viviendas, pero no podían disponer de las mismas; otros no tenían solucionado su problema habitacional; mientras que gran parte de ellos, contaba incluso con cobertura de salud.

La rehabilitación psicosocial<sup>91</sup> es un proceso que facilita la oportunidad a individuos, con deterioros, discapacidades o desventajas sociales como consecuencia de un trastorno mental, para alcanzar el máximo nivel posible de funcionamiento independiente en la comunidad. Implica a la vez la mejoría de las competencias individuales y la introducción de cambios en el entorno, para lograr

---

<sup>89</sup> KRAUT, A. T II *op. cit.* pp 33

<sup>90</sup> KRAUT, A. T II *op. cit.* pp 357-359

<sup>91</sup> KRAUT, A. T II *op. cit.* pp 89

una vida de la mejor calidad posible para la gente que ha experimentado un trastorno psíquico, o que padece un deterioro de su capacidad mental que produce cierto nivel de discapacidad.

Los avances en materia de promoción y protección de derechos de personas con padecimientos mentales, no parecen corresponderse con el afianzamiento de sistemas de atención que permitan alcanzar la implementación de tales postulados.

No resulta un detalle menor que se necesitan decisiones políticas de las autoridades de salud de turno para la aplicación de la ley. No es posible llevar adelante los objetivos propuestos por la ley si no se acompaña una partida presupuestaria acorde a su realización. Por Ley 26.657 se estableció que debía destinarse el 10% del presupuesto nacional para salud mental, sin embargo, en la práctica a veces no alcanza ni a un 2%.

Los primeros años de aplicación de la ley<sup>92</sup> se destinó una mayor partida pero no se orientó a la reconversión y reorientación del presupuesto de hospitales psiquiátricos a los hospitales generales y centros comunitarios. Del programa de destino a salud mental tampoco se desprende que sus recursos se orienten a la efectiva implementación de la ley. Es necesario incorporar políticas de transparencia y rendición de cuentas sobre los fondos y establecer criterios que permitan desagregar la información para seguimiento y control presupuestario de fondos destinados específicamente a promover derechos de grupos desventajados.

Se asignan fondos millonarios a los hospitales psiquiátricos<sup>93</sup>, los cuales no se auditan con frecuencia y denotan carencias materiales o abandono que no deberían existir por las sumas que destinan a ellos. Otro rubro de presupuesto se destina a la actividad de “Apoyo y Promoción de la Salud Mental” para talleres y actividades de capacitación diversa. Ante la falta de información suficiente y de indicadores de resultado adecuados, impide medir si las capacitaciones fueron efectivas para el objetivo que perseguían y en qué medida su realización impactó en la LSM.

---

<sup>92</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 120-124

<sup>93</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 122-123

La falta de decisión política de las autoridades de la salud<sup>94</sup> y falta de dispositivos para la rehabilitación y la no apertura de camas para la internación en hospitales generales hicieron que las intervenciones mencionadas carecieran de operatividad. El drama del abandono o el encierro permanece prácticamente inalterados.

Por otro lado, resulta fundamental la formación de los profesionales de la salud de la LSM. Muchos se resisten ya que sienten que se cuestiona su identidad profesional; otros ven sus intereses afectados (por ejemplo la psiquiatría- modelo de la medicalización). Según el trabajo final de un alumno de psicología de la UBA<sup>95</sup> sorprende en sus consideraciones que de las 22 asignaturas de carácter obligatorio de la carrera, solo en 3 se identificó la incorporación en su contenido curricular de conceptos tales como enfoque de derechos, salud comunitaria e interdisciplina.

El nuevo paradigma basado en el enfoque de salud mental y derechos humanos, en correspondencia con el modelo comunitario de atención, implica nuevas concepciones que presumen a toda persona capaz y como sujeto de inclusión social. Un postulado filosóficamente aceptado por gran parte del espectro profesional, aunque con frecuencia omitido en su implementación o instrumentado desde el cuerpo de conocimientos correspondientes al paradigma anterior y al modelo clínico-asistencial.

Los especialistas en salud mental carecen o tienen pobre conocimiento del enfoque epidemiológico comunitario en salud pública, a pesar de que trabajan en sistemas públicos de salud, y los que se capacitan en salud pública no cuentan con una perspectiva de salud mental en formación. El primer derecho a ejercer por los que estudian es el derecho al conocimiento. No es posible pedir que se realicen intervenciones profesionales para las que no se ha sido capacitado.

Finalmente<sup>96</sup>, una dimensión básica que plantea el enfoque de Derechos es la inclusión de los usuarios y familiares en las instancias de decisión y elaboración de políticas, planes y programas así como en la labor cotidiana de los servicios. Los déficits en la formación impiden esta integración en

---

<sup>94</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 132

<sup>95</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 125-127

<sup>96</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 128

las prácticas cotidianas de los servicios de salud mental, a pesar de estar presente de manera reiterada en los discursos y escritos técnicos.

Urge<sup>97</sup> además la actualización en la formación de los especialistas, y del personal de salud en general, como así también de los profesionales del campo del Derecho, a fin de promover el impulso de nuevas prácticas y generar una oferta innovadora. El cambio de paradigma es transversal a los diversos partidos políticos; involucra a todos los actores que intervienen; requiere de un cambio de actitud de los profesionales; se aprende con la vivencia de nuevas prácticas. Al ser un cambio cultural, no hay un modelo para copiar; el modelo se construye.

Hay una deuda no saldada en la reivindicación de los derechos de las personas con padecimiento mental, por lo que se tornó necesario no solo adecuar la legislación de fondo a tales convenciones sino realizar relevamientos para conocer los grupos vulnerables que pudieran hallarse en situación de desamparo.

Para conocer estos últimos grupos, en la Provincia de Mendoza, la Acordada 29210 de la SCJMza de fecha 30/04/2019 dispuso que la Dirección de Derechos Humanos de la Corte ejecutara las acciones pertinentes a los efectos de garantizar, en un plazo razonable, el derecho de acceso a la justicia con plena observancia de las garantías judiciales de todas aquellas personas adultas mayores, con discapacidad y/o usuarios de salud mental que se encuentren en situación de vulnerabilidad, pudiendo constituirse en los lugares donde se encuentren a los efectos de realizar las gestiones pertinentes. Esta acordada puso especial énfasis en personas que pudieran encontrarse institucionalizadas en forma irregular, y sin cumplir las normativas legales vigentes, debiendo por ello concurrir a hogares y/o residencias para indagar, constatar situaciones, obtener pruebas, confeccionar informes y registro de personas inmersas en dicha problemática, modificar situaciones visualizadas que menoscaben derechos y promover la capacitación, coordinación e intercambio con los organismos relacionados intervinientes en la protección de derechos de los sujetos involucrados.

En cuanto al Proceso de Internaciones Involuntarias explicado detalladamente ut supra en la Provincia de Mendoza fue regulado mediante la Acordada N° 25684 (15/05/2014), Resolución de Presidencia N° 28213 de la SCJMza (que realizó algunos ajustes en la presentación a los jueces de

---

<sup>97</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 133-134

informes y plazos por parte de los efectores de salud vía mail a los correos institucionales, mediante diversos formularios “A, B, C, D y E” según la finalidad y tipo de solicitud y de internación) y la Resolución del Ministerio de Salud N° 002035 (28/10/2016) que aprobó dicho procedimiento.

A continuación, se analizará la evolución de los supuestos de inhabilitación, restricción a la capacidad e incapacidad. El CCyCN parte del principio general de presunción de capacidad “de hecho” de toda persona y define qué entiende por capacidad de derecho y capacidad de ejercicio, cuya regulación constituye materia de orden público.

#### b) Capacidad

El concepto de capacidad de derecho se refiere a la aptitud que toda persona inviste para adquirir derechos y contraer obligaciones, sin importar quien la ejerza. Como tal, las incapacidades de derecho se instituyen no en referencia a la persona sino en relación con ciertos hechos, simples actos o actos jurídicos y en protección de ciertos intereses (art. 22). Por otro lado, la capacidad de hecho o mejor dicho de ejercicio, es la aptitud para el ejercicio de tales derechos por sí mismo, con excepción de las limitaciones que deberán estar expresamente previstas en este código y en una sentencia judicial (art. 23).

De ese modo<sup>98</sup>, las restricciones a dicha capacidad importan la limitación a un derecho humano, limitación que nunca puede implicar la desnaturalización o extinción del derecho, y en caso de ser necesarias, deben interpretarse con carácter restringido. Al tratarse de limitaciones al ejercicio de la capacidad, se direccionan a determinados actos, por lo que la persona no es incapaz ni total ni parcialmente. Se trata de un régimen excepcional, revisable periódicamente, reservándose la incapacidad para casos extremos y excepcionales ajustados a requisitos exigentes (art 31 y 32 del CCyCN).

El Código Civil de Vélez, tal como se adelantó en el Capítulo I, establece incapacidades de hecho absolutas y relativas. Las primeras implican una privación total de ejercicio para ciertas personas (personas por nacer, los menores impúberes o de 14 años, los dementes y los sordomudos que no supieran darse a entender por escrito) y las segundas se refieren a la incapacidad que pesa

---

<sup>98</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 473-474

sobre determinadas personas para la realización de ciertos actos, como es el caso de las personas menores de edad (mayores de 14 años). Este último supuesto del art. 55 del CC fue modificado por la reforma de la Ley 17.711, ya que invirtió el supuesto, dado que con la redacción anterior (“Son incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos: los menores adultos...”) se entendía que el mayor de 14 años era capaz pero limitado para la realización de ciertos actos; mientras que para dicha ley, el mayor de 14 años era incapaz para el ejercicio de derechos (“Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar”). No obstante ello, la incapacidad no implicaba que el acto no pudiera realizarse sino que este fuera llevado a cabo por intermedio de un representante legal sustitutivo de la persona, considerada carente de voluntad.

Por su parte, el CCyCN al referirse a la capacidad de ejercicio para la realización de los actos jurídicos, establece el principio de capacidad para toda persona, por lo que comprende a todos los sujetos, aún aquellos para los cuales se restringía la capacidad y se los consideraba incapaces, ya sea en razón de su edad, enfermedad mental, discapacidad intelectual o psicosocial.

Al modificar la incapacidad civil, impuesta en el Código velezano, contempla el derecho humano de igual reconocimiento como persona ante la ley, receptando las exigencias de no distinción de las personas a raíz de una discapacidad mental previstas en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Asimismo postula el principio de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes previsto en la Convención de los Derechos del Niño (CDN), estableciendo solo algún tipo de limitación para estos últimos cuando deban valerse de medidas de protección especial.

El nuevo Código prevé distintos niveles en las restricciones a la capacidad, un sistema graduable, permeable y ajustado y en beneficio de la particularidad de cada persona involucrada: a) Personas con capacidad restringida; b) Personas con incapacidad que comprende supuestos excepcionalísimos e c) Inhabilitados.

El art. 24 establece como personas incapaces de ejercicio a: a) las personas por nacer, b) las personas que no cuentan con edad y grado de madurez suficiente y c) las personas declaradas incapaces por sentencia judicial, previendo para suplirlas un representante.

Cabe aclarar respecto a las primeras que no obstante establecerse que hay vida desde la concepción, los derechos y obligaciones adquiridos en favor del concebido durante ese periodo, solo quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida, siendo sus representantes legales sus padres.

En cuanto a las segundas, se elimina la categoría etaria del Código Civil de Vélez, distinguiéndose ahora la categoría de adolescente a partir de los 13 años, no obstante no ser un requisito único para determinar la aptitud para ciertos actos, sino que deberá complementarse con la madurez suficiente para llevarlos a cabo en el caso concreto.

En relación a las terceras, se trata de una respuesta residual, excepcional y restrictiva (art. 31), y en la medida que sea la alternativa menos gravosa ante una persona que se encuentre imposibilitada absolutamente para interactuar con su entorno y expresar su voluntad, siendo insuficiente el sistema de apoyo que pudiera prevérsele a tales efectos (art. 32). Lo que el código exige es un criterio objetivo<sup>99</sup>: la absoluta imposibilidad de actuar y/o comunicarse por cualquier modo, medio o formato. La persona se encuentra en ausencia de conciencia de sí, de su alrededor, imposibilitada de comunicarse con el entorno. Surge la figura de un curador como representación pura.

En consonancia con ello, el actual art. 32 del CCyCN prevé que el juez pueda restringir la capacidad de ejercicio para personas mayores de 13 años para determinados actos si padecen una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, grave, de cuya realización pudiera resultar un daño a su persona o sus bienes. En esos casos, les designará apoyo/s y realizará ajustes razonables para la toma de decisiones autónomas según las necesidades y circunstancias de la persona protegida.

No es suficiente el diagnóstico<sup>100</sup>, incluso interdisciplinar; se exige una valoración contextual dada por las circunstancias personales y/o sociales de la persona; se requiere que la persona se encuentre o pueda encontrarse en situación de daño, o eventual daño, a su persona o a sus bienes. Es decir, no se basa en la discapacidad intelectual o mental sino en las posibilidades de comprensión de la naturaleza y consecuencias del acto por parte de aquella.

---

<sup>99</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 475-476

<sup>100</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 480

Sea que se trate de personas mayores con capacidad restringida o niños, niñas y adolescentes, tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente, cuya opinión debe ser tomada en cuenta y valorada según su grado de discernimiento, y la cuestión debatida en el proceso (art 707 CCyCN).

Cabe aclarar que el art 2 de la CDPD<sup>101</sup> establece como ajustes razonables, las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio en igualdad de condiciones con las demás. El ajuste razonable es lo que vuelve operativo el principio de igualdad. Es decir se trata de medidas adecuadas en función de necesidades de cada situación concreta. La adaptación es razonable en el sentido de eficaz y proporcional a los costos. Para conseguir una igualdad real, se requiere un tratamiento diferenciado que tome en cuenta las circunstancias personales de los destinatarios de la norma, diferenciar para igualar.

Hay que recordar que la ley parte de la presunción de la capacidad general de ejercicio, aun cuando la persona se encuentre internada en un establecimiento asistencial. En tales casos, las limitaciones deben ser excepcionales y establecerse en beneficio de la persona, de la mano de una intervención estatal interdisciplinaria durante el tratamiento y el proceso judicial, con el debido y adecuado acceso a la información para su comprensión, y asistencia letrada durante proceso judicial, debiendo priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades (art. 31 CCyCN).

### c) Inhabilitación

Esta normativa, sin dudas es superadora del CC Vélez que preveía la incapacidad civil total para las personas mayores de edad que, por causa de salud mental, se encontraran en situación de riesgo para otorgar actos perjudiciales a su persona y/o patrimonio, a quienes les asignaba un curador para la celebración de dichos actos.

Asimismo, el CCyCN supera a la Ley 17.711, que modificó el Código Civil, al establecer en el art 152 bis el régimen de inhabilitación para ciertas personas que por sus deficiencias conductuales

---

<sup>101</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 402-405

(producto del consumo de drogas o alcohol) mentales (sin caer en el supuesto de insania) o de prodigalidad les asignaba un curador asistente. En cuanto a las posteriores modificaciones inmersas, más recientemente por la ley 26.657 (art. 152 ter y 482 CC), si bien se avanzó en materia de inhabilitación e incapacidad, resultaba aún insuficiente a la luz de la doctrina y jurisprudencia de los derechos humanos imperante en las convenciones internacionales sobre discapacidad, la cual finalmente fue establecida por el Código Civil y Comercial de la Nación.

Como explicáramos, el art. 152 bis del Código Civil, preveía un sistema en el cual aplicaba a los inhabilitados las normas de declaración de incapacidad y también para la rehabilitación.

En cambio, el nuevo Código Civil y Comercial, por un lado, elimina las categorías de inhabilitados previstos en el anterior art. 152 bis inc. 1) Quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estuvieran expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio e inc. 2). Los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el art. 141 del CC, el juez estimara que del ejercicio de su plena capacidad pudiera resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio.

Esta supresión se justifica en virtud de la reestructuración realizada en materia de capacidad, ante la adopción de la regla general de presunción de capacidad de ejercicio y restricciones puntuales ante actos limitados. En el nuevo Código Civil y Comercial, las adicciones quedan comprendidas en el supuesto del art. 32 del CCyCN (“*personas mayores de 13 años que padecen una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, grave de cuya realización pudiera resultar un daño a su persona o sus bienes*”).

Por otro lado, el Código Civil y Comercial, modifica parcialmente el inc. 3) del artículo 152 del Código Civil Argentino. La prodigalidad se refiere a los actos de gestión de los bienes del pródigo que expusiesen a su cónyuge, conviviente y los hijos menores o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. Este es el único supuesto de inhabilitación previsto en el artículo 48 del Código Civil y Comercial.

Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, 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. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes.

Es interesante destacar que en el artículo se modifican las personas a quienes puede perjudicar la gestión de los bienes por parte del pródigo. A diferencia del art. 152 bis, y en consonancia con las normas del nuevo Código, no sólo se refiere al cónyuge, sino también al conviviente y sólo a los hijos menores de edad o con discapacidad.

La norma merece ser analizada pues proporciona un concepto de discapacidad, cuya dimensión trasciende y permite que sea transversal a otras instituciones previstas en el Código, como por ejemplo, en materia sucesoria.

En definitiva, la figura de la inhabilitación en el nuevo ordenamiento, no tiene en cuenta la causa sino la condición objetiva que involucra el actuar de la persona y que la exponga a la amenaza de la pérdida del patrimonio en mira a las personas protegidas. Pareciera ser que la nueva redacción no tiene en cuenta la protección del daño del propio pródigo.

A tal efecto, el pródigo será evaluado para determinar el resultado de su conducta. En caso que el mismo sea perjudicial, deberá designársele al inhabilitado un apoyo para la asistencia en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y en los demás actos que el juez fije en la sentencia (art. 49 del Código Civil y Comercial). Del mismo modo, ante la desaparición de las personas protegidas, el juez que declaró la inhabilitación podrá disponer el cese de la restricción, previo examen interdisciplinario que dictamine sobre su restablecimiento.

Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con apoyo (art. 50). El interesado podrá solicitar la revisión de su sentencia, la cual deberá ser evaluada por el juez.

#### d) Procesos de restricción a la capacidad jurídica en el CCyCN

En otro orden, habiéndose tratado en el Capítulo I, el juicio para declarar la incapacidad de una persona según el CC reformado por la Ley 17.711, se explicarán a continuación los cambios

interesantes introducidos por el CCyCN en el procedimiento de determinación de la capacidad de las personas, tanto de restricción a la capacidad como de declaración de incapacidad propiamente dicha, en concordancia con las convenciones internacionales.

Puede enumerarse la limitación a los legitimados para accionar en comparación con el régimen anterior. Se limita al cónyuge separado de hecho como así también el cónsul o cualquier persona del pueblo. Sin embargo, se legitima al cónyuge no separado de hecho o conviviente mientras no haya cesado su convivencia; contempla los parientes dentro del cuarto grado o dentro del segundo grado si fueran por afinidad; al Ministerio Pupilar y por otro lado, amplía la legitimación al propio interesado en el marco de su derecho de defensa (arts. 33 y 36 CC y C).

Cumplidos los recaudos procesales<sup>102</sup>-presentación de demanda y acreditación sumaria de los hechos-se dicta el “auto de apertura” o bien el rechazo in limine de la acción. Previa vista al Ministerio Pupilar para que dictamine. El juez debe ordenar durante el proceso medidas cautelares en caso de ser necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona, incluidos los derechos personalísimos y aquellos que atañen a su salud, pudiendo para ello definir asistencia, apoyo/s, redes, curador, etc.; como así también garantizar durante el proceso la inmediatez (mediante la entrevista personal en presencia del Ministerio Público y un letrado que asista al interesado sea particular o Defensor Oficial) Asimismo, la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa (art 36).

El juez debe imprimir los ajustes razonables que permitan eliminar las barreras que obstaculicen la accesibilidad y garanticen la inclusión real y el ejercicio de los derechos procesales en igualdad de condiciones que los demás. Es decir, tomar las acciones positivas en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, sea por su condición personal o por la situación específica de discapacidad.

En cuanto a la sentencia, el CCyCN siguiendo el modelo social de la discapacidad, las normas de la CDPD y las aproximaciones de la ley N° 26.657 (art. 152 ter. CC), dispuso que solo puede dictarse luego de la intervención de un equipo interdisciplinario e imposibilita la declaración de incapacidad civil o restricciones en razón únicamente del diagnóstico. La evaluación a diferencia

---

<sup>102</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 488-489

del régimen anterior no queda en manos de un médico psiquiatra sino que la ley habla de un grupo de profesionales (2), pudiendo conformarse por psicólogos, trabajadores sociales.

La sentencia deberá precisar: a) diagnóstico y pronóstico de la persona interesada; b) época en que la situación se manifestó; c) recursos personales, familiares y sociales existentes; d) régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible (art. 37). Además deberá determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible (art. 38). Cuenta para ello<sup>103</sup> con creatividad y especialización en el tema, herramientas jurídicas flexibles de apoyos, la adecuación a cada persona, conforme su realidad.

La sentencia debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas al margen del acta de nacimiento para que determinados actos produzcan efectos contra terceros a partir su inscripción o cancelación registral (art. 39). Según sugiere Silvia Eugenia Fernández<sup>104</sup> debería remitirse a los registros de bienes registrables y en su caso, al de actos de autoprotección local, como así también sería aconsejable crear una registración a nivel nacional de los distintos apoyos que pueden dictarse a favor de la persona.

De esta manera, el ordenamiento prevé: a) la nulidad de los actos posteriores a la inscripción de la sentencia de incapacidad de una persona o con capacidad restringida cuando contraríen lo dispuesto en la sentencia (art. 44), ya que respecto de los actos no prohibidos rige el principio general de capacidad; b) la posibilidad de declarar nulos los actos realizados con anterioridad de la inscripción de la sentencia cuando la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto, quien contrató con él era de mala fe o el acto es a título gratuito (art. 45); c) la imposibilidad de declarar nulos los actos entre vivos anteriores a la inscripción de la sentencia luego del fallecimiento de la persona salvo que se cumplan los extremos del art. 45 (art. 46).

Respecto del artículo 46 del CCyCN cabe realizar una aclaración dado que no siguió con exactitud la fuente utilizada, puesto que el artículo 474 del CC preveía: “después que una persona

---

<sup>103</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 497-498

<sup>104</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 488-489

haya fallecido, no podrán ser impugnados sus actos entre vivos, por causa de incapacidad... a no ser que ésta (debe entenderse la insania) resulte de los mismos actos, o que se hayan consumado después de interpuesta la demanda de incapacidad”. Se observa que el articulado actual condiciona la ineficacia del acto entre vivos no al fallecimiento de la persona sino a que se haya realizado la inscripción de la sentencia de incapacidad con anterioridad al fallecimiento de la persona.

Para mayor garantía, la sentencia puede revisarse en cualquier momento y a pedido del interesado (art. 40), y de manera obligatoria de oficio tras un nuevo procedimiento en un plazo no superior a tres años en los supuestos del art. 32. También podrá disponerse el cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad de la persona ante su restablecimiento total por el mismo juez que la declaró, previo examen de un equipo interdisciplinario o si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de su curador o apoyo (art. 47).

En cuanto al sistema de apoyo previsto para el ejercicio de la capacidad, el art. 43 entiende como tal:

A cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite la toma de decisiones a una persona para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar los actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

El apoyo es el mecanismo o herramienta que tiene por fin la instrumentación del derecho a la libertad, a la toma de las propias decisiones por la persona con discapacidad. Busca potenciar al máximo las posibilidades de ejercicio de los derechos. Existen distintos tipos de apoyo<sup>105</sup>. La doctrina los clasifica en apoyos voluntarios o forzosos (impuestos por resolución judicial); o apoyos materiales para la emisión de la declaración de la voluntad (ej: lenguaje de los signos) o sustantivos para la formación de la voluntad. Hay apoyos de todo tipo: apoyos físicos y/o tecnológicos, formas de asistencia animal, servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo a la

---

<sup>105</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 503-504

comunidad, incluida la asistencia que sea necesaria para facilitar la inclusión en la comunidad y evitar su aislamiento o separación de esta de las personas con discapacidad (art 19), apoyos personales, de pares (art 26), familiares y red social y apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica (art 12). A modo de ejemplo, se puede implementar apoyos para viajar, asociarse a un club, celebrar derechos personalísimos como votar, celebrar matrimonio, reconocer hijos, ejercer la responsabilidad parental. De ahí que no pueda redactarse fórmulas universales aplicables a todos por igual.

e) Internaciones hospitalarias y traslados hospitalarios involuntarios

En cuanto a los cambios acontecidos en materia de internación y traslado de las personas, hay que resaltar que el CCyCN sigue la regulación de la ley especial 26.657, sin perjuicio de incorporar normas concretas en los arts. 41, 42 entre otros y los arts. 152 ter. y 482 ya analizados. El art. 41 refiere:

La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede sólo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas generales de esta Sección. En particular: a) debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad; b) solo procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros; c) es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente; d) debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica; e) la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión. Toda persona con padecimientos mentales, se encuentre o no internada, goza de los derechos fundamentales y sus extensiones.

El art. 42 del Código Civil y Comercial, por su parte establece el traslado dispuesto por autoridad pública, evolución e internación, mencionando que:

La autoridad pública puede disponer el traslado de una persona cuyo estado no admita dilaciones y se encuentre en riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros, a un centro de salud para su evaluación. En este caso, si fuese admitida la internación, debe cumplirse con los plazos y modalidades establecidos en la legislación especial. Las fuerzas de seguridad y servicios públicos de salud deben prestar auxilio inmediato.

f) Cambio de paradigma en materia de capacidad

En síntesis, las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida. No puede limitarse su capacidad jurídica o ser tratados diferencialmente por tener una discapacidad. No obstante, cabe distinguir la capacidad jurídica de la capacidad mental. El Estado debe asegurar todas las medidas pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad mental.

En esta diferenciación se muestra principalmente, uno de los grandes avances y cambios en materia de la capacidad de las personas con discapacidad. En el derecho moderno, se veía confundida la capacidad jurídica de las personas (de hecho o de derecho) con la capacidad mental. Las deficiencias en esta última posibilitaba la restricción jurídica de las personas con discapacidad. Esto traía como consecuencia que la voluntad de las personas con discapacidad, fuera suplida por entender que no podían tomar por sí mismas las decisiones que afectarían su propia vida.

La nueva mirada sobre la discapacidad permite comprender la distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad mental, y las consecuencias jurídicas que de ello se derivan. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones. Los déficits en la capacidad mental que pueden variar por muchos factores (ambientales, sociales, etc.) y que guardan relación con la mirada social sobre la discapacidad, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica ni los derechos establecidos a las personas con discapacidad.

Por el contrario, estos déficits exigen que se proporcione apoyo en su ejercicio, respetando los derechos, voluntad y preferencias de las personas con discapacidad. La no discriminación en el reconocimiento de la capacidad jurídica restablece la autonomía y respeta la dignidad humana, e incluye el derecho a obtener ajustes razonables en el ejercicio de la capacidad jurídica.

Según la Observación general sobre el art. 12 de la CDPD, que formulara el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se consideraba que si una persona tenía una aptitud deficiente para adoptar decisiones como consecuencia de una discapacidad cognitiva o psicosocial se le retiraba, en consecuencia, su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta. Esto era

decidido simplemente en función del diagnóstico de una discapacidad (criterio basado en la condición), o cuando la persona adoptaba una decisión que se consideraba que tenía consecuencias negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se consideraba que la aptitud de la persona para adoptar decisiones era deficiente (criterio funcional). En todos estos criterios, la discapacidad de la persona era un motivo legítimo para negarle la capacidad jurídica y rebajar su persona ante la ley. Este tipo de discriminación ha quedado vedada a partir de la nueva legislación en la materia, en particular en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Ejemplo de ello, era la veda del ejercicio de derechos políticos<sup>106</sup>. Se les prohibía votar, participar plena y efectivamente en la vida política por el solo hecho de sus padecimientos mentales. Entre las acciones llevadas a cabo por la Unidad de Letrados de Salud Mental en el año 2013, se habilitó a ejercer el derecho al sufragio activo a las personas internadas a causa de un padecimiento mental, *siempre que este derecho no haya sido restringido expresamente por vía de sentencia judicial*. No obstante ello, el derecho al voto<sup>107</sup> no es un acto de privilegio sino un principio democrático. Cabe al legislador decidir qué procedimiento adoptar para evaluar la aptitud de voto de las personas con discapacidad mental. Sin embargo una prohibición absoluta por la sola circunstancia de hallarse bajo representación legal por incapacidad, independientemente de sus facultades reales, excede el margen de apreciación estatal.

Un fallo de la CSJN que marcó precedente sobre la violación a los derechos políticos y el impedimento para el ejercicio del derecho al voto, vulnerando la aplicación de la CDPD y de los principios del CCyCN, fue “*F., H. O. s/Artículo 152 ter*”<sup>108</sup>. El causante cuestionaba la restricción establecida en el artículo 3° a) del Código Electoral, pedía ser incluido en el padrón electoral a los efectos de quedar habilitado para emitir sufragio. Al existir una sentencia firme que previamente había decretado su incapacidad jurídica en el año 2000, conforme el derogado art 141 del CC, su pretensión fue rechazada en primera y segunda instancia hasta llegar a la Corte Nacional, tras el planteo de recurso extraordinario incoado por la curadora del señor en el año 2011, entendiéndose que se había realizado una interpretación inadecuada del derecho federal.

---

<sup>106</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 449

<sup>107</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 505

<sup>108</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 541-545

El Procurador General de la Nación refiere que el caso debió decidirse a la luz de los principios y garantías inherentes al modelo social de discapacidad adoptado por la CN, y que las normas reglamentarias imponían realizar una evaluación pormenorizada, y específica, sobre la capacidad de FHO para votar, y designarle apoyos en caso de concluir que presentaba alguna dificultad para el ejercicio autónomo de ese derecho. El art 75 inc 22 de la CN incorporó y jerarquizó la CDPD, la cual en su art. 12 dispone que las personas con discapacidad mental tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás, y que se debe disponer un sistema de toma de decisiones con apoyos y salvaguardas proporcionales, y revisables periódicamente.

Desde una interpretación armónica de la Ley 26.657 y los arts 5 y 42 concluye que la misma proporciona la base legal que fundamenta la petición del Sr FHO. En base al CCyCN, el Procurador realiza una visión en perspectiva histórica de cómo las personas han sido objeto de exclusión sistemática del cuerpo electoral, y la discapacidad mental ha sido considerada históricamente como un factor determinante para negar el ejercicio de la ciudadanía política. De allí que el modelo social de discapacidad obliga a todo el aparato del Estado a avanzar gradualmente en la superación de las barreras sociales, culturales y jurídicas que impiden la plena participación de las personas con discapacidad mental en el proceso electoral.

El Procurador entiende que el Sr FHO es capaz para ejercer el derecho al voto y su restricción es de carácter excepcional. Asimismo, refiere que ninguno de los informes obrantes en la causa abordó o aconsejó la limitación del derecho al sufragio, y la profesional interviniente por el PAMI sostuvo también que era una limitación excesiva a sus derechos la imposibilidad de emitir su voto.

El 10 de Julio de 2018 se expide la CSJN declarando admisible el recurso extraordinario planteado por el recurrente. Entiende que le asiste razón por cuanto la sentencia impugnada no hizo una interpretación adecuada del Derecho federal que invoca. Según el nuevo CCyCN, la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, y la limitación a la capacidad para realizar determinados actos jurídicos es de carácter excepcional y se impone en beneficio de la persona (art 31 y 32).

Pese a que el Sr FHO fue incapacitado por el viejo art 141 del CC, el fallo ordena la revisión de la sentencia de incapacidad para adaptarla al nuevo régimen vigente en los términos del art. 40

del CCyCN. Las restricciones al ejercicio de los derechos políticos deben estar establecidas por ley y basarse en criterios objetivos y razonables. Sin embargo, la entrada en vigencia de la CDPD no permite excepción razonable alguna con respecto a ningún grupo de personas con discapacidad. Por lo tanto, la exclusión del derecho de voto sobre la base de una discapacidad psicosocial o intelectual percibida o real, incluida la restricción derivada de una evaluación individualizada, constituye una discriminación en el sentido del art 2 de la Convención.

El nuevo código exige que la privación al voto de personas limitadas, o privadas de su capacidad jurídica sólo pueda disponerse en la medida que exista una evaluación específica que, además de analizar las aptitudes concretas del sujeto para ejercer sus derechos políticos, prevea la adopción de ajustes razonables y apoyos como primera herramienta de superación de barreras.

El dictamen del Procurador General de la Nación, entre otros aspectos, sostuvo que al ser excepcional la restricción al ejercicio del derecho al voto de las personas con discapacidad, debe ser fundada “a través de evaluaciones que brinden las razones concretas por las cuales esa persona no se encuentra en condiciones de ejercer su derecho al sufragio de manera autónoma, y explicitar por qué esa restricción resulta beneficiosa para su persona y para la protección de sus derechos<sup>109</sup>.”

Claramente, el Código Civil y Comercial recoge el cambio de paradigma, cuyo camino abrió la Ley de Salud Mental, que no consiste en una mera adecuación terminológica en la legislación nacional sino en la necesidad de implementación de políticas públicas por parte del Estado, que permitan sostener el sistema, con la intención de lograr un ejercicio inclusivo y no sustitutivo de la capacidad jurídica, acompañado de la capacitación de los operadores que permita modificar los patrones de conducta arraigados.

La única situación que podría entenderse aún como inadecuada desde la perspectiva del paradigma de derechos humanos, es la legislada en el art 32 del CCyCN cuarto párrafo, al contemplar la posibilidad de declarar la incapacidad de una persona y designarle un curador. A pesar que la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, ello importaría una destitución para el sujeto del carácter de persona.

---

<sup>109</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 629

Por eso siempre se enfatiza en el régimen de apoyos complementándolos con las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos que aseguren las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica. Estas deben ser proporcionadas al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Por último, es importante destacar que el modelo social de la discapacidad<sup>110</sup>, exige un examen severo. No cabe juzgar situaciones estáticas sino dinámicas, ya que el estado psíquico de una persona puede modificarse con el transcurso del tiempo.

## **2) Procedimiento relativo a la capacidad jurídica de las personas en la Provincia de Mendoza**

Teniendo en cuenta la reforma civil N° 17.711 ya analizada en relación a la capacidad de las personas, se explicará resumidamente el proceso de determinación de la capacidad en el anterior Código Civil y Código Procesal Civil de la Provincia de Mendoza (ley 2.269) y el nuevo Código Procesal de Familia y Violencia Familiar de Mendoza (ley 9.120).

El Código Civil contenía ciertas disposiciones de índole procesal relativas al juicio de insania como: la verificación judicial; el examen de facultativos y su dictamen médico; sujetos legitimados para denunciar; curadores y efectos jurídicos de la declaración, entre otras. No obstante, el procedimiento en sí estaba regulado en el Código Procesal Civil de la Nación y en las respectivas legislaciones de cada una de las provincias.

Como algunos de los procedimientos locales<sup>111</sup> se encuentran desfasados a la luz de lo establecido en el CCyCN, se volvió una exigencia que los mismos fueran reformulados desde su propia denominación hasta el contenido íntegro del proceso. El hecho de no haber sido aún

---

<sup>110</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 515

<sup>111</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 482

modificadas las regulaciones procesales locales, no exime los ajustes procesales necesarios sea proponiéndolos o adoptándolos según los diversos roles procesales.

A continuación, se detallarán las normas procesales anteriores y posteriores a la entrada en vigencia del CCyCN.

a) Ley N° 2269 Código Procesal Civil del Codificador Dr Ramiro Podetti (29/10/1953)

A modo de síntesis<sup>112</sup>, puede decirse que la verificación judicial tenía que ver con la declaración judicial de la demencia o enfermedad por juez competente y solo a solicitud de parte. Se entendía por legitimados a: 1- el esposo o esposa no separados personalmente o divorciados vincularmente; 2- los parientes del demente; 3- el Ministerio de Menores; 4- el respectivo cónsul si el demente fuese extranjero; 5- cualquier persona del pueblo, cuando el demente sea furioso o incomode a sus vecinos. Previo a la declaración, debía practicarse un examen de al menos dos médicos que expidieran certificado del estado de salud mental del presunto incapaz que denotara su peligrosidad y calificara el carácter de la demencia (total, parcial, habitual, permanente). Durante el juicio y hasta el dictado de su sentencia, se nombraba dos tipos de curadores, uno encargado de la representación y defensa del presunto incapaz en el pleito (ad litem) y otro encargado de cuidar los bienes (provisorio). Respecto a algunos efectos jurídicos, serán analizados en la legislación actual.

En cuanto al procedimiento local, el Código Procesal Civil de Mendoza (ley 2269 en vigencia desde Diciembre de 1953), en tan solo 4 artículos establecía el proceso de declaración de insania y rehabilitación de insanos, siguiendo la línea de lo establecido en la ley de fondo.

En primer lugar, mencionaba los sujetos legitimados para promover o intervenir en dichos procesos en interés del insano ya sea: el cónyuge, los ascendientes y descendientes sin limitación de grado, los hermanos y el ministerio pupilar. También habilitaba a los demás parientes y al cónsul si el insano fuera extranjero para denunciar la demencia o su cesación y a cualquier persona cuando la

---

<sup>112</sup> GIANELLA H. (2009). Código Procesal Civil de la Provincia de Mendoza. Tomo II. 1.ª ed. Buenos Aires. La Ley, pp 1069-1077

demencia traía aparejada molestias o peligros (art. 305 CPCMza). Los primeros tienen el carácter de litigantes y pueden actuar a lo largo de todo el proceso, siendo pasible de condena en costas (legitimación ad proces-sum); los segundos no, solo pueden denunciar.

Ahora bien, para solicitar la rehabilitación del insano se legitimaba además al curador definitivo y en caso de pedirla el propio insano, el juez podía tomar medidas previas. Si intervenían diversos parientes debía seguirse las reglas de las tercerías y unificar personería cuando fuera necesario.

Por su parte, el art. 306 del mismo cuerpo legal, imponía además de los recaudos comunes a las demandas, que se denunciara el nombre y domicilio de los parientes del demandado de grado más próximo al actor si los hubiera y que se acompañara un certificado médico que acreditara el estado mental del insano.

En cuanto al trámite procesal estaba previsto en el art. 307 mediante un procedimiento sumario adaptado, donde una vez cumplidos los recaudos de la demanda, se designaba un curador provisorio de la lista de abogados, el cual no podía ser el propio demandante, salvo el caso del menor de edad, el cual será representado por sus padres o tutores.

Cabe aclarar que este sistema fue regulado por la Acordada N° 15.796 de la SCJMza<sup>113</sup>, la cual estableció que las demandas por insania o inhabilitación debían ser iniciadas por el Ministerio Pupilar, por lo que los legitimados debían denunciar o solicitar el inicio del proceso ante el Ministerio Pupilar. Además, existe una confusión terminológica y cuando habla de curador provisorio se refiere al curador ad litem, cargo que no podrá ejercer el demandante sino un Defensor Oficial.

Antes de la Acordada, el cargo podía ejercerlo un abogado de la lista si la demanda se entablaba con patrocinio letrado particular. Luego de la misma, al ser instado el proceso por el Ministerio Pupilar, el curador ad litem a cargo de la defensa del presunto insano estaría en cabeza del Defensor Oficial en turno. No obstante, también existía un curador provisorio que ocupaba un rol diferente: como persona de apoyo del presunto insano a lo largo del proceso. El curador ad litem no

---

<sup>113</sup> GIANELLA H. T II *op. cit.* pp 1072

impedía la participación del presunto insano, quien gozaba de su capacidad legal mientras no existiera sentencia.

Previo a designar el curador, el juez podía solicitar un informe técnico a los médicos de tribunales (Cuerpo Médico Forense o Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario). Luego se corría traslado de la demanda al curador provisorio (ad litem) y se ponía en conocimiento del insano y los parientes denunciados. El juez en cualquier estado del proceso podía adoptar medidas en protección de la persona o bienes del presunto insano y debía además escuchar personalmente a este último, admitiendo las medidas de prueba idóneas ofrecidas. Resultaba indispensable para declarar la insania que existiera un dictamen concordante de al menos “dos peritos médicos”.

El proceso no se extinguía por desistimiento del actor y debía ser instado en tal caso por el curador o el ministerio pupilar. Era obligatoria la intervención de un representante del ministerio pupilar, quien debía apelar para su revisión a la sentencia y además podía ser el propio actor en aquellos supuestos del art. 305 en que los denunciados no fueran litigantes.

Si bien la sentencia no tenía efectos de cosa juzgada material, no podía promoverse un nuevo proceso por hechos anteriores a la declaración de insania, rehabilitación o su negatoria. Por último, el art. 308 disponía que la sentencia debía contener la decisión expresa y categórica sobre la capacidad o incapacidad del demandado (sistema binario), y designar un curador definitivo, pudiendo imponer o eximir de costas en el caso concreto según el resultado del juicio y la conducta de los intervinientes, con excepción del ministerio pupilar.

Por último, el art. 309 hacía referencia al procedimiento de remoción de curadores, adopción, autorizaciones y venias supletorias para realizar actos referentes a la persona o bienes de los incapaces que no tramiten acumulados o incidentes de otro proceso. Cualquier persona podía poner en conocimiento el hecho ante el Ministerio Pupilar y se sustanciaba por procedimiento sumarísimo y el juez debía escuchar personalmente al interesado en el proceso y adoptar providencias precautorias si fuera necesario.

Este tipo de procedimiento podía ser promovido por los parientes o quienes ejercieran la curatela, padres o tutores que debían realizar el acto cuya autorización judicial solicitasen, el

adoptante, el propio menor si fuere adulto y el ministerio pupilar (art. 310), explicando el art. 311 con quiénes se sustanciaría el proceso específico.

b) Ley N° 9120 Código Procesal de Familia y Violencia Familiar (BO 21/11/2018)

En consonancia con el CCyCN, cabe destacar el procedimiento previsto en el nuevo Código Procesal de Familia y Violencia Familiar de Mendoza (ley 9.120), vigente desde el 21 de Diciembre de 2018, pero que recién se implementó en toda la provincia alrededor de Febrero de 2020 (Acordada 29.433 de fecha 29/11/19) debido a la necesidad de adaptación e instalación de las salas de audiencias previstas para el sistema de oralidad.

Luego, debido a la pandemia, se suspendió la tramitación de gran cantidad de procesos (Acordada 29500 y ss) durante el año 2020, y se suspendieron los plazos procesales para los operadores judiciales desde 2020 aproximadamente hasta Marzo de 2021, como así también, se declararon inhabilidades varias entre los meses de Mayo a Junio de 2021, tras la implementación del nuevo sistema informático IURIX FLEX, que requería la capacitación de los operadores y migración de expedientes al sistema digital.

El trámite de determinación de la capacidad se estableció en el CPFlia en los arts. 118 y siguientes. El art. 118 remite a los legitimados para demandar previsto en el art. 33 del CCyCN, quienes deberán: 1) exponer los hechos, su motivación, diagnóstico y pronóstico, época en la que se presentó en la situación, recursos personales, familiares y sociales existentes, régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible; 2) acompañar dos certificados de profesionales de la salud que den cuenta del estado de salud mental; 3) proponer un sistema de apoyos o curatela. En caso que el trámite no hubiera sido iniciado por el Ministerio Pupilar, el juez deberá correrle vista de la demanda a dicho Ministerio para que sea contestada en dos días.

A diferencia de la legislación anterior, en la cual el juez debía contar de manera necesaria y condicionante con el dictamen de al menos dos médicos que constataran la enfermedad mental del “presunto insano” y su incidencia de la vida en relación, el nuevo código hace referencia a dos profesionales de la salud. Es decir, no se requiere un dictamen médico sino que puede valerse por ejemplo de licenciados en psicología, trabajadores sociales, etc.; ya que por un lado, la capacidad

jurídica no puede ser cuestionada desde la enfermedad o discapacidad y por otro, porque desde la interdisciplinariedad se debe pronunciar sobre la situación individual, contextual, los recursos con que cuenta la persona que mejor protejan sus derechos y promuevan su autonomía.

Por otro lado, el art. 119 prevé que las notificaciones de los documentos que deban ser realizadas durante el proceso lo sean por medios electrónicos o informáticos con firma digital. Asimismo, se establece que el interesado del proceso sea notificado personal y adecuadamente tanto de la petición inicial, de la fijación de audiencia, la audiencia que disponga la producción de la prueba, como de las sentencias que decidan sobre la declaración de su capacidad, incapacidad, cese de la incapacidad o restricción a la capacidad, desestimación de la petición y cualquier otra que disponga expresamente el juez.

Durante el proceso el juez deberá ordenar las medidas de protección necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales del beneficiario del proceso (art. 120).

Una vez notificada la demanda al interesado, por medio fehaciente y adecuado, se le correrá traslado por diez días para que comparezca y conteste, y se le hará saber que podrá presentarse con asistencia letrada para el ejercicio de sus derechos. En caso de no contar con patrocinio letrado o los medios para contratarlo, se le designará un Defensor Oficial para su asistencia o representación en juicio.

Luego de contestada la demanda, o vencido el plazo para hacerlo, el juez ordenará un informe psico-social que deberá ser presentado en cinco días y contendrá: a) diagnóstico; b) la fecha aproximada en que la situación que da fundamento al proceso se manifestó; c) pronóstico; d) abordaje aconsejable para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible; e) recursos personales, familiares y sociales existentes y f) toda información relevante para la causa (art. 122).

Por su parte, el art. 123 indica que desde que se incorpora el informe interdisciplinario el juez deberá, en no más de diez días, fijar una audiencia que quedará registrada, para entrevistar personalmente al beneficiario y en presencia también del Ministerio Pupilar -bajo pena de nulidad- y el demandante. Dos días después de realizada, decidirá sobre la proponibilidad o desestimación de la demanda.

El juez puede desestimar la demanda y en caso de existir vulneración de derechos económicos, sociales y culturales notificar a los organismos estatales que correspondan para adoptar medidas pertinentes (art. 124). Por el contrario, si el juez considera que la demanda es proponible, resolverá sobre la admisibilidad de la prueba y ordenará su producción, pudiendo aceptarse otros medios de prueba idóneos y pertinentes (arts. 125 y 126).

Una vez producida la prueba, ordenará dictar sentencia realizándolo en cinco días desde dicho llamamiento (art. 127), momento en el cual toda discusión quedará cerrada (art. 128). La sentencia deberá notificarse de oficio por medios electrónicos, o informáticos, dentro de las veinticuatro horas hábiles de su dictado (art. 129) por el Secretario (art. 131 in fine).

En caso que la sentencia restrinja la capacidad, deberá precisar: 1) la extensión y el alcance de la limitación; 2) los actos que la persona no puede realizar por sí misma; 3) designar el o los apoyos necesarios, los cuales pueden ser propuestos por el beneficiario; 4) el abordaje aconsejable para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible, teniendo en cuenta el mejor interés de la persona beneficiaria y que las medidas no resulten discriminatorias a su dignidad. Puede designarse redes de apoyo institucionales y personas que actúen con funciones específicas por un periodo de tiempo, quedando el sistema de apoyos designado sujeto a contralor judicial con intervención del Ministerio Pupilar (art. 130).

Si la sentencia declara la incapacidad para ejercer por sí los derechos, designará uno o más curadores como representantes estableciendo el alcance y extensión de sus funciones. Podrá designar uno o varios apoyos y funciones representativas en interés del beneficiario. Los actos realizados en representación estarán sujetos a contralor judicial, con intervención del Ministerio Pupilar (art. 131).

La sentencia deberá registrarse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y anotarse al margen del acta de nacimiento (art. 132). Asimismo, será susceptible de recurso de apelación con carácter abreviado por el beneficiario, el curador y el Ministerio Pupilar (art 133). Podrá revisarse en cualquier momento la designación de los apoyos, curadores, redes, personas específicas designadas (art 134). También podrá la sentencia ser revisada por el interesado en todo momento y al menos, cada tres años de oficio por el juez interviniente (art. 135).

En caso que se aplique costas al beneficiario del proceso, no podrán exceder el 10% del valor de sus bienes, mientras que los gastos causídicos serán a cargo del solicitante de la declaración cuando hubiera existido malicia o error inexcusable (art 136).

Una vez introducida la cuestión legislativa en los procesos de determinación de la capacidad jurídica en Mendoza, se dará paso a la parte práctica de este trabajo de investigación que, puntualmente, evaluará situaciones concretas que pueden presentarse en este tipo de procesos, y cómo las mismas pueden repercutir positiva o negativamente en ellos.

### **3) Relevamiento de Encuestas realizadas a los operadores del Fuero de Familia de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza**

Cabe aclarar que la siguiente investigación, elaboración de cuestionario, gráficos y conclusiones que se presentan a continuación, son de autoría de la tesista. El muestreo que se utilizó es no probabilístico, no todos los individuos tienen la misma probabilidad de ser elegidos y no todas las muestras pueden ser seleccionadas con la misma probabilidad. Si bien no sirve para realizar generalizaciones (estimaciones inferenciales sobre la población), porque no tiene certeza de que la muestra extraída sea representativa, y que todos los sujetos de la población tengan probabilidad de ser elegidos, se intenta en general, seleccionar sujetos siguiendo determinados criterios procurando, en la medida de lo posible, la mayor representatividad de la muestra.

Dentro del muestreo no probabilístico se tomó una muestra intencional o de conveniencia, esforzándose por incluir en la muestra grupos supuestamente típicos. El investigador selecciona directa e intencionalmente los individuos de la población, el caso más frecuente, es a los individuos que tenga fácil acceso.

A los fines de recabar información de las prácticas en materia de discapacidad y en especial en los procesos de determinación de la capacidad, se dirigió una encuesta a 105 operadores judiciales en forma anónima, entre ellos a: personal de Derechos Humanos de la SCJMza, Jueces, Asesoras, Funcionarios Civiles (Secretarios y Prosecretarios) y Auxiliares de los Juzgados de Familia, personal

del Programa Red Asistencial, Mesa de Informes y miembros del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (médicos, psicólogos, trabajadores sociales).

Los destinatarios fueron seleccionados, teniendo en cuenta la actividad registrada de los mismos en el fuero de familia, obrante en la guía judicial, la cual no siempre se encuentra actualizada y procurando que los seleccionados, en especial, prestaran tareas en el fuero mencionado. Se indicó que quienes no se avocaran en el ejercicio de sus funciones a dicha temática, no completaran la encuesta.

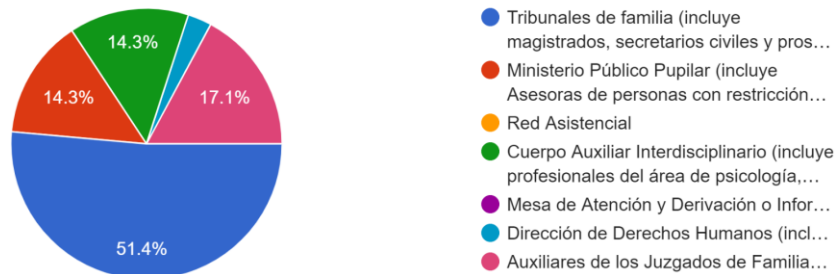
Se realizaron 24 preguntas, las cuales para su abordaje serán agrupadas, no por orden numérico, sino por relación de temática. De esta manera, se intentará realizar aclaraciones, o conclusiones más relevantes, según los temas agrupados por selección de preguntas.

Se acompañarán los gráficos que tabulan las respuestas del formulario, aclarando a los lectores que, por tratarse de imágenes insertadas, puede que observen que la letra seleccionada no se adecue a las establecidas formalmente para la presentación del trabajo (Times New Roman N° 12 o Arial N° 11). Para el caso de que no pudieran leerse en forma completa las respuestas de cada gráfico, por el mismo motivo (inserción de imágenes de gráficos), sus conclusiones suscintamente serán explicadas y valoradas. Además, los lectores podrán también acceder al siguiente link: <https://www.dropbox.com/s/tt7pbbsecw9xv44/Respuestas%20de%20Encuestas%20tesis.pdf?dl=0> donde visualizarán el listado completo de preguntas, respuestas, gráficos y las respuestas de cada uno de los operadores que participaron, a modo de confirmar la fidelidad de la realización de las encuestas y sus correspondientes resultados.

De los 105 encuestados, solo respondieron el formulario 35 personas, representando el 33,33% del total. El 2,9% que respondió pertenece a la Oficina de Derechos Humanos; 51, 4% a personal de los Tribunales de Familia (jueces y funcionarios); 14,3% fueron Asesoras; 14,3% miembros del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario y 17,1% auxiliares de los Juzgados. De los demás sectores encuestados no se recibió respuesta. Ello se refleja en el siguiente gráfico:

Señale el ámbito en el que desempeña sus funciones en el Poder Judicial de Mendoza dentro de la Primera Circunscripción Judicial

35 respuestas



Cabe aclarar que la cantidad de muestras elevadas por sector no era igualitaria, por ser diferente el número de personal en cada área. A modo de ejemplo, puede mencionarse que en el fuero existen 14 Jueces de Familia, 12 Asesoras, alrededor de 30 trabajadores sociales, etc en la Primera Circunscripción Judicial.

Como primera dificultad puede mencionarse que las encuestas se enviaron a los correos laborales del Poder Judicial de los destinatarios, el cual cuenta con escasa capacidad de memoria. Algunos participantes plantearon dificultades para acceder al formulario de Google Drive, ya que no todas las computadoras del Poder Judicial tienen todos los accesos habilitados o actualizados, por lo que se les aclaró a todos que debía responderse desde algún dispositivo o correo electrónico que no tuviera bloqueado Google Drive. Se colocó fecha límite de cierre para el procesamiento de datos 20 de Agosto de 2022.

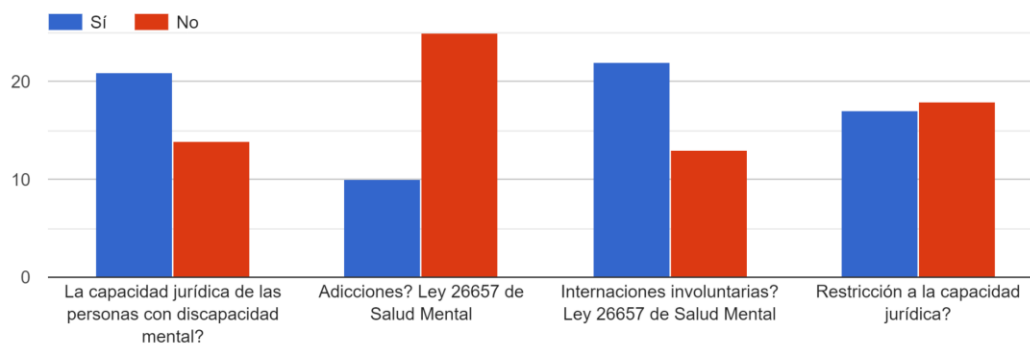
Ante las reiteraciones del envío o difusión de formulario por otros medios informáticos en común, por ejemplo vía whatsapp, otros operadores explicaban los inconvenientes técnicos que habían tenido, su olvido o posibilidad de participación una vez ya cerrada la encuesta. Ante dichos requerimientos e inconvenientes técnicos, se extendió la fecha de cierre del formulario hasta el día 30 de Agosto de 2022.

Entre las impresiones iniciales podría presumirse la falta de interés por la temática, evidenciada en la falta de participación de los agentes. Sin perjuicio de ello, puede descontarse personal que se encontrara de licencia; no se avocara a dichas tareas a quienes se les sugirió no

responder; quienes no contaran con dispositivos electrónicos habilitados para responder. Tampoco se desconoce que en ocasiones, el personal es reticente o poco colaborativo en brindar información por temor a ser controlado en el modo de realización de sus tareas cotidianas.

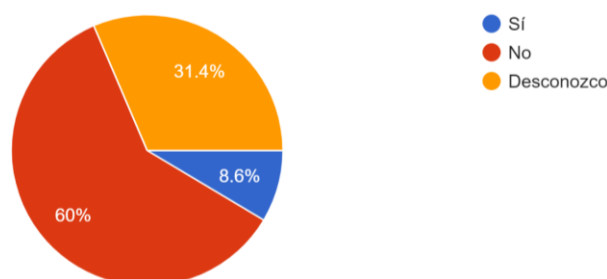
Al ser consultados sobre si han recibido capacitaciones en determinadas temáticas de capacidad jurídica o salud mental en forma general por sus tareas cotidianas, o específicas por su cargo (por ejemplo: peritos), las respuestas fueron dispares, predominando el desconocimiento sobre si los operadores que atienden personas con discapacidad se capacitan o especializan en la materia o en el trato respetuoso y paciente que deberían ofrecer.

¿Ha recibido alguna capacitación desde el Poder Judicial de Mendoza acerca de:



¿Tienen a su alcance los peritos o agentes judiciales capacitaciones o formación en herramientas comunicacionales necesarias para el trato con el público y en especial, con personas con discapacidad?

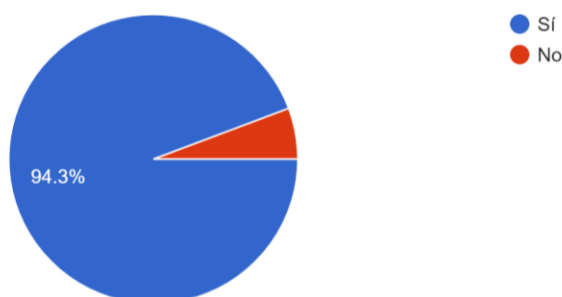
35 respuestas



Sin embargo, la mayoría de los agentes judiciales estimó conveniente recibir capacitaciones. Es importante mencionar que el Poder Judicial de Mendoza constantemente realiza cursos, jornadas,

conversatorios, incluso otorgando en alguno de ellos puntaje a modo de estímulo de los participantes. No obstante, al no ser cursos obligatorios, queda sujeto a la voluntad de los empleados realizarlos.

¿Le parece necesario realizar capacitaciones en la temática interpelada en el cuestionario para que los operadores judiciales tomen conciencia y visibilicen su implicancia en una eficaz aplicación tanto de la técnica legislativa como en su aplicación práctica interdisciplinaria?

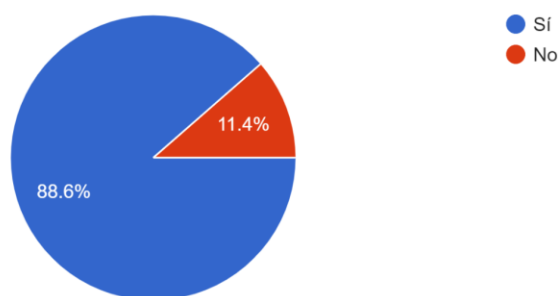


Teniendo en cuenta la modificación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad (en especial en relación a salud mental, adicciones e internaciones en razón de salud mental) acontecidas con la Ley 26657 de Salud Mental y su recepción posterior en el CCyCN, ¿ha visibilizado en los operadores u oficinas judiciales ajustes necesarios en los procedimientos relacionados a dicha temática que garanticen el acceso a la justicia, el debido derecho de defensa y la autonomía de las personas con discapacidad? Marque la respuesta que más se aproxime a su parecer.



Los ajustes en los procedimientos pueden ser tan variados y particulares, tanto como requiera el caso concreto. Pero resulta difícil que agentes que no se capaciten, ya sea voluntaria u obligatoriamente, o no se actualicen, puedan brindar mejoras en su calidad de servicio. Por otro lado, aún en situaciones similares, los operadores no aplican las mismas prácticas. No pueden estandarizarse procesos, pero tampoco puede depender el trato o experiencia del usuario, según a dónde acuda, no garantizándose el acceso a la justicia en igualdad de condiciones.

¿Entiende que el Ministerio Público de la Defensa (Asesores y Defensores) como así también los Tribunales deben ejercer un rol más activo en la representación, defensa técnica e impulso de los procesos judiciales de restricción a la capacidad jurídica por la vulnerabilidad de los sujetos protegidos?



La respuesta arrojada, respecto a un rol activo de los diferentes intervinientes en el proceso de determinación de la capacidad jurídica, se impone y se torna indispensable por la vulnerabilidad de los sujetos en cuya protección se realiza la tramitación del proceso. El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>114</sup> es muy amplio y despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero al acceder a la justicia, segundo durante el desarrollo del proceso y finalmente al tiempo de ejecutarse la sentencia. El juez se convierte así en la máxima garantía de la tutela judicial efectiva, la cual también comprende los principios de concentración y celeridad que derivan del principio de economía procesal. El principio de oficiosidad recoge esta característica y comprende el impulso de oficio, las facultades del juez en materia de prueba, de medidas ordenatorias e instructorias y la eliminación del principio de disposición de hechos del proceso.

El juez de familia<sup>115</sup> es un verdadero director del proceso con amplios poderes de impulso; quien en forma acentuada no debe ser un mero observador neutral, sino que su papel debe ser activo, instalándose con su imperio en medio de la familia en crisis, apoyándola, poniéndole límites, entrenándola en el proceso de organización y reorganización en que se encuentre. La tutela judicial efectiva, solo puede hacerse efectiva para las personas vulnerables, con una actividad directa del órgano judicial y del Ministerio Público, aunque no exista particular alguno que solicite la intervención estatal. Ello surge de compromisos internacionales expresamente receptada por el CCyCN en los artículos 707 y 35, asegurándose la accesibilidad y los ajustes razonables. El Poder Judicial<sup>116</sup>

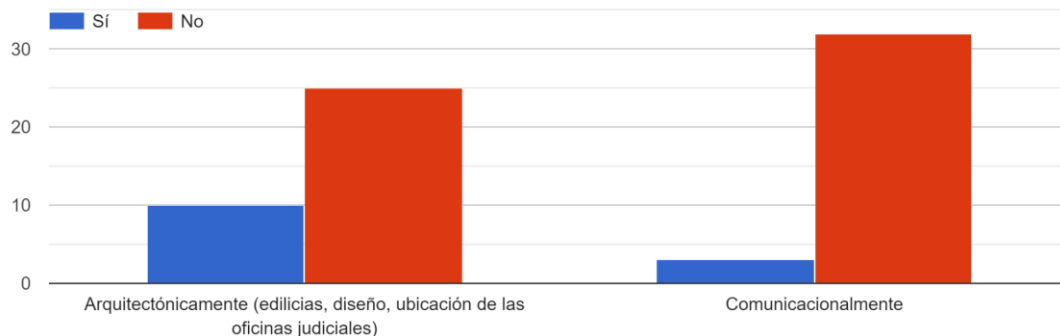
<sup>114</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 642-643

<sup>115</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 644-645

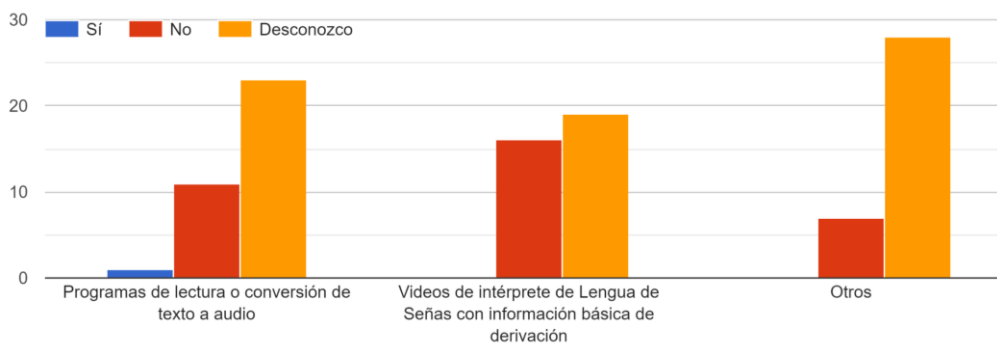
<sup>116</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 661

tiene no solo la facultad, sino el deber de actuar de oficio ante la inacción o acción irregular de los demás poderes del Estado.

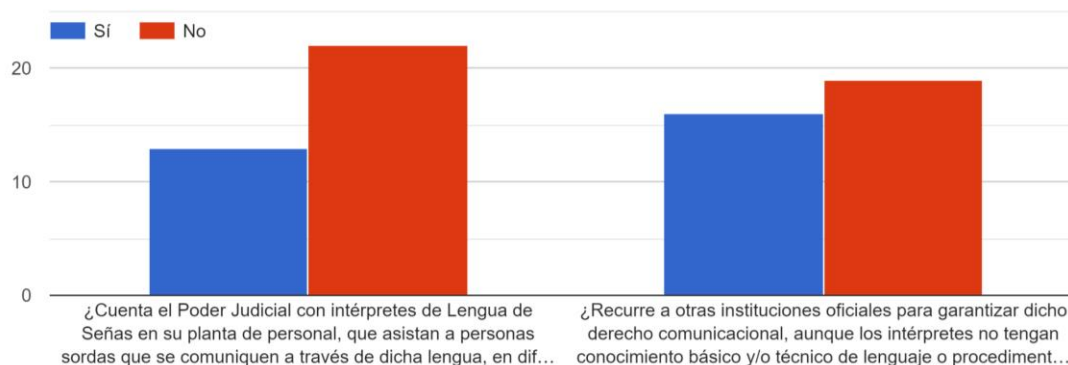
¿Cuenta su oficina de trabajo con instalaciones accesibles para personas con discapacidades asociadas a la intelectual (por ejemplo Personas Sordas, Ciegos, con disminución visual, auditiva u otra limitación física)?



En relación a la pregunta anterior: ¿Conoce si la página del Poder Judicial de Mendoza posee accesos de herramientas informáticas para personas con discapacidad sensorial (Personas Sordas, Ciegos, o con disminución auditiva o visual)?



En relación a los intérpretes de Lengua de Señas: ¿Cuenta el Poder Judicial con intérpretes de Lengua de Señas en su planta de personal, que asistan a personas sordas que se comuniquen a través de dicha lengua, en diferentes procesos judiciales? O ¿Recurre a otras instituciones oficiales para garantizar dicho derecho comunicacional, aunque los intérpretes no tengan conocimiento básico y/o técnico de lenguaje o procedimientos jurídicos?



En las tres respuestas anteriores, se expresa con claridad las barreras institucionales que existen al momento de brindar el servicio de justicia a personas con discapacidad, sean las mismas arquitectónicas, actitudinales o comunicacionales. Ello deviene en un trato desigualitario, discriminatorio que dificulta el acceso a la información, lo cual se torna aún más ineficiente si los operadores judiciales no tienen un trato sensible y formación en la materia.

A modo de ejemplo, si se analiza la situación de una persona Sorda que no sea analfabeta o aún si lo fuera, suele entender las palabras “literalmente”. Muchas de las personas con discapacidad auditiva, además cuentan con discapacidad intelectual, producto quizás de las propias barreras que les impiden desarrollarse o tener los apoyos y ajustes necesarios para su mejor educación, estimulación e inclusión social. Su educación se basa en construcciones de conceptos o ideas para poder comunicarse. Difícilmente pueda comprender una citación, o comunicación formal institucional, si no puede decodificar su significado. De allí la importancia que sean las instituciones las que adecuen y garanticen el acceso a la información y a la Justicia principalmente.

Cabe resaltar que el Poder Judicial de Mendoza viene trabajando en los últimos años para que todos los justiciables accedan a información en un formato simple con lenguaje de fácil comprensión. Para garantizar el efectivo acceso a la Justicia se dictó la Acordada 28243 de fecha 01/08/2017 que implementó una Política de notificaciones accesibles para la Justicia. Estas deben contener determinados requisitos y aportar entre ellos, la ubicación y teléfono de la Oficina de Informes, en caso de tener dudas el interviniente, para poder realizar consultas.

En especial, se contempló la situación de las personas con discapacidad según el tipo de discapacidad que presenten, a través de la Acordada 28457 de fecha 24/10/2017 que dispuso que debía implementarse un plan de notificaciones accesibles y crearse un registro de personal de Tribunales que estuviera interesado en participar en las notificaciones al poseer herramientas comunicacionales adquiridas (por ejemplo: conocimiento en lengua de señas, conocimiento de braille). También estableció que podía utilizarse lenguaje braille para transcribir una disposición judicial, y entregársela a personas no videntes que se comuniquen a través de dicho medio, o notificarlos con lectura a viva voz si no comprendieran braille.

A pesar de los esfuerzos, la barrera comunicacional no ha podido ser sorteada por la Institución del Poder Judicial. Sin embargo, puede destacarse la impronta del Ministerio Público Fiscal que invita a sus agentes a recibir cursos básicos de Lengua de Señas (Resolución N° 53/2022 de fecha 04/03/2022) con la finalidad de que al menos parte de su plantel pueda comunicarse con personas sordas o con disminución auditiva, que pueden darse a entender solo a través de esta lengua. Se otorga puntaje para incentivar a los participantes y se los evalúa para que adquieran un mínimo de contenidos indispensables para la comunicación.

Resulta una buena práctica que debiera replicarse en otros sectores del Poder Judicial, e imponerse incluso de manera obligatoria, para garantizar la comunicación y comprensión en cada proceso al que deba asistir una persona con este tipo de discapacidad.

En una de las respuestas a la pregunta 9, si bien, se realizó ante la pregunta equivocada, un agente respondió que se le impidió realizar el curso de Lengua de Señas por razones de servicio. Esto resulta grave, debido a que si algún operador, voluntariamente, solicita capacitarse en la temática, debiera permitírsele participar y arbitrarse los medios a los fines de no resentir la prestación del servicio de justicia. A modo de ejemplo, podría planificarse cursos en distintos días y horarios para que quienes no puedan realizarlo en horario laboral, si así lo desean puedan acceder en horario extralaboral o establecer en horario laboral, días y horarios específicos a la semana o al mes para capacitarse en las temáticas que el fuero requiera.

Se advierte que el Poder Judicial de Mendoza debería mejorar la accesibilidad principal de la población a los contenidos obrantes en su página web, e incursionar en diferentes formatos para que la información, al menos básica, y de derivación de atención pueda ser entendida por personas con distintos tipos de discapacidades (personas sordas, ciegas, con disminución auditiva o visual).

Al no contar con intérpretes de Lengua de Señas en la planta de personal, cada vez que se requiere los servicios de intérpretes debe concurrirse a efectores que brinden tales servicios, por ejemplo, las áreas de discapacidad de los distintos municipios, o peritos que pudieran encontrarse inscriptos en el listado de profesionales de la SCJMza. Pero, no obstante la utilización de la Lengua por parte de los intérpretes, estos suelen no ser abogados ni tener conocimiento técnico jurídico, por lo que se dificulta la transmisión de la información procesal, ampliándose la barrera comunicacional.

Esto se torna un obstáculo en la medida que se convierte en una cadena de sujetos intervinientes a los efectos de transferir un mensaje a la persona con discapacidad en el habla, o por ella a los operadores, sea en el ámbito judicial o extrajudicial (reflejo de ello en la Provincia fue el “Caso Próvolo”). Podrían existir posibles errores de comprensión, o de interpretación, que produzcan consecuencias jurídicas graves, resultantes de la comunicación de una persona que utilice Lengua de Señas. A modo de ejemplo, puede mencionarse un caso que permanentemente ADAJUS hace referencia porque debió intervenir, en el cual una chica sorda denunció abuso de su empleador. El hombre terminó juzgado y condenado por “abuso sexual”. Cuando ADAJUS intervino y tomó contacto con la víctima, pudo a través de sus peritos, determinar que lo que la persona sorda refería como “abuso” no hacía referencia a lo “sexual” sino “explotación laboral” ya que le daba excesiva carga de trabajo. Finalmente, la sentencia condenatoria en sede penal fue revocada.

Para complementar la información, cabe mencionar brevemente una nueva normativa dispuesta recientemente por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, la cual se incorpora al presente trabajo con posterioridad a la presentación formal de la tesis en el mes de Octubre de 2022. Se trata de la Resolución ministerial N° 496/2023, publicada en el Boletín Oficial el 11 de abril de 2023<sup>117</sup>, la cual crea el RENAFAJU “Registro Nacional de Facilitadores de la Comunicación para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad”. Este se desarrollará en el marco del Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS- creado mediante Decreto 1375/2011 del PEN) y establecerá un registro al que toda la Nación (provincias, municipios y organizaciones no gubernamentales) pueda solicitar asistencia y auxilio, en los casos que sea necesario, a un cuerpo de especialistas dirigido a juezas, jueces, fiscales, defensoras, defensores y auxiliares de la justicia en el marco de procesos judiciales que involucren a personas con discapacidad.

El objetivo<sup>118</sup> es acercar el proceso judicial a las personas con discapacidad a través de profesionales capacitados en la mediación comunicacional y fortalecer el pleno ejercicio del derecho de defensa en los procesos judiciales, brindando asistencia a través de guías, lectores, intérpretes profesionales de la lengua de señas, señalización en braille y formatos de fácil lectura y comprensión.

---

<sup>117</sup> <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resluci%C3%B3n496-2023-381934/texto>

<sup>118</sup> <https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-ministerio-de-justicia-y-derechos-humanos-puso-en-funcionamiento-el-primer-registro>

El nuevo registro “obliga” a ajustar el procedimiento judicial para que todas las personas puedan ejercer el derecho de defensa. Es un hito histórico para eliminar las barreras que las personas con discapacidad encuentran al momento de acceder a la justicia en cumplimiento de la CDPD, colaborando mancomunadamente con el derecho de que sean independientes y tengan plena autonomía para ser su propia voz.

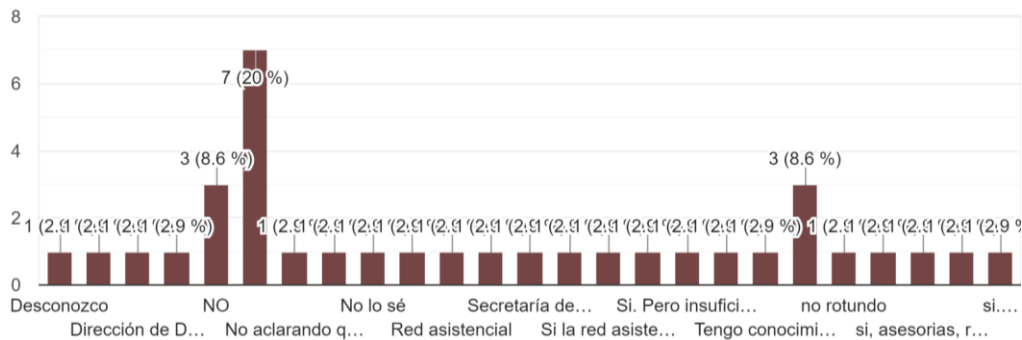
Tal registro se comprenderá de personas que voluntariamente se inscriban para integrarlo, siempre que cumplan los requisitos establecidos en la normativa, entre ellos: acreditar las competencias suficientes para el desempeño de la mediación comunicacional; ser mayores de edad; argentinos nativos, por opción o naturalizados; no encontrarse afectado por inhabilitación administrativa o judicial para ejercer cargos públicos; presentar certificado de antecedentes penales actualizados; aprobar un examen de idoneidad; acreditar la capacitación que exija ADAJUS y cumplir demás exigencias que se establezcan.

ADAJUS, previo examen de las circunstancias podrá designar los inscriptos, una vez que se encuentre operativo el RENAJUS, el cual está previsto en el término de un año desde la fecha de la resolución ministerial, para que se desempeñe como facilitador en el caso concreto. La medida no implica erogación presupuestaria alguna para el Ministerio.

Se celebra esta nueva iniciativa que seguramente contribuirá a mejorar las falencias que existen en la actualidad en todo el país y se irá mejorando a medida de su puesta en funcionamiento a partir de la experiencia práctica.

¿Tiene el Poder Judicial de Mendoza una red articulada de dependencias o efectores internos para gestionar las derivaciones con efectores externos, en el caso de personas con restricción a la capacidad jurídica sin red de contención? Ej: que posee escasos recursos económicos, carencia de cobertura de salud o problemas habitacionales? Indique sí o no. En caso afirmativo, mencione un ejemplo.

35 respuestas



Las respuestas a la anterior pregunta N° 9 fueron variadas. Alrededor de un 9% respondió rotundamente que NO hay redes articuladas entre efectores internos con efectores externos ante situaciones de extrema vulnerabilidad de los beneficiarios. Otros que respondieron NO, aclararon que no es el Poder Judicial como estructura quien ha articulado redes entre efectores sino que son oficinas de abordaje específicos quienes han generado acuerdos con efectores para la derivación de casos. Algunos encuestados mencionaron que no hay redes articuladas y por lo general se recurre a las áreas municipales, centros de salud, obras sociales, Dirección de Discapacidad.

Entre quienes dijeron que sí hay efectores internos, mencionaron a la Dirección de Derechos Humanos, Asesorías, Red Asistencial o los propios magistrados como áreas que en algunos casos buscan o coordinan gestiones con efectores externos al Poder Judicial. Por otro lado, un 5% aproximadamente de los encuestados mencionó que desconoce la respuesta a la pregunta realizada.

Cabe resaltar que muchas personas con padecimientos de salud mental<sup>119</sup>, se encuentran en situación de calle, lo que a veces retroalimenta el padecimiento hasta situaciones límites de descompensaciones, generando hetero o autoagresiones. Ante ello, los servicios de emergencia trasladan a la persona al servicio de guardia de un nosocomio, la compensan y a las pocas horas o días la vuelven a la calle, donde nuevamente, el frío, el hambre y el desamparo pueden generar una nueva internación, agresiones a terceros o penalización de sus conductas. Se necesitan dispositivos de medio camino que puedan dotar a estas personas de los elementos necesarios para que puedan

<sup>119</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 648

reintegrarse a la comunidad, con los debidos acompañamientos terapéuticos para lograr su plena eficiencia.

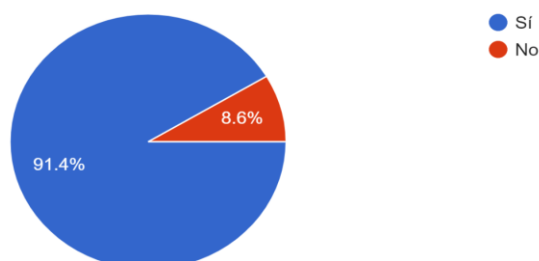
El Estado<sup>120</sup> es garante de recursos previsionales, de salud o prestaciones sociales específicas para las personas que sufren padecimientos de salud mental o forman parte del colectivo de adultos mayores, por lo que cualquier restricción, menoscabo o disminución en las garantías, resulta inconstitucional y compromete la responsabilidad internacional del Estado argentino.

No obstante ello<sup>121</sup>, resulta útil recordar que el sistema de prestaciones básicas instaurado por la Ley 24.901, contempla la cobertura integral de todas las acciones de prevención, asistencia, promoción y protección a favor de las personas con discapacidad. Las obras sociales tendrán a su cargo, con carácter “obligatorio” la cobertura total de las prestaciones enunciadas en dicha norma, cada vez que sus afiliados las necesiten.

La obligación de cobertura al 100% de la internación geriátrica, no solo compete a las obras sociales, sino que también corresponde imponer esta carga a las empresas de medicina prepagas que los familiares abonan para obtener mejores prestaciones, y a los agentes de salud estatales (tanto provinciales como nacionales), tales como los institutos provinciales de salud, PAMI, INCLUIR SALUD (ex PROFE), etcétera.

A continuación se transcriben las preguntas 10, 11 y 12 con sus correspondientes resultados para arribar a algunas conclusiones:

¿Tiene conocimiento que el Poder Judicial de Mendoza cuenta con un registro de personas de apoyo inscriptas para asistir a personas con capacidad jurídica restringida o incapaces que no cuenten con red familiar o afectiva de contención?

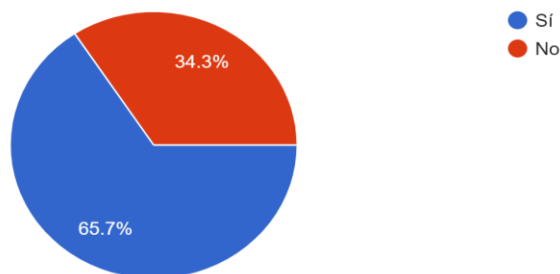


<sup>120</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 656

<sup>121</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 657

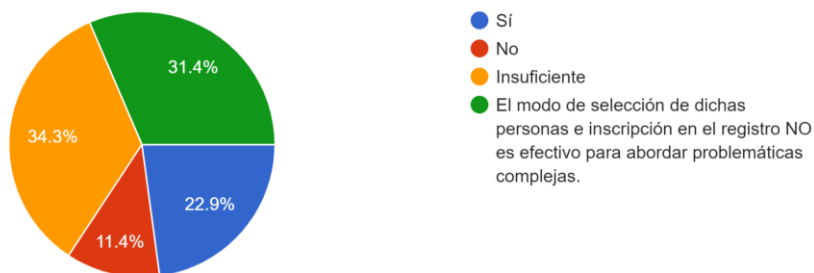
¿En su experiencia práctica, ¿ha tenido la oportunidad de observar la actuación de personas seleccionadas como apoyo de dicho registro?

35 respuestas



En relación a su respuesta anterior, ¿Ha resultado útil la intervención de las personas seleccionadas del Registro de Personas de Apoyo de la SCJMza? Marque la respuesta con la que más se identifique.

35 respuestas



A modo informativo, hay que mencionar la existencia de la Acordada 29.167 de fecha 12/03/2019 que crea el “Registro de Apoyos de Personas con Capacidad Restringida”, el cual podrá integrarse con aquellas personas interesadas, que cumplan con una serie de requisitos esenciales: como por ejemplo no encontrarse comprendidos en las causales del art 110 CCyCN ni en el Registro de Deudores Alimentarios, tener domicilio en la provincia, formalizar la inscripción, aprobar instancias de evaluación psíquica y capacitaciones. Dicho registro dependerá del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario. Estas personas podrán ser nombradas curadoras o personas de apoyos, de personas excepcionalmente declaradas incapaces o restringidas en su capacidad, para los actos que el juez expresamente determine en el juicio. Su nombramiento puede ser revocable. Sus actuaciones son controladas por el Ministerio Pupilar. Se establece un régimen de pago previsto en el art. 128 y ss del CCyCN. Deben rendir cuentas trimestralmente.

Luego en la Acordada 29.212 de fecha 30/04/2019 se modifican (elimina cantidad de 10 intervenciones que pueda asumir como máximo cada integrante del registro) o complementa algunas

cuestiones reguladas en la Acordada 29167. Refiere que las personas de apoyo deben actuar respetando los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona en cuyo interés intervienen. En líneas generales, agrega que debe relevarse antecedentes socio comunitarios de las personas inscriptas, disponerse una convocatoria anual y durante el primer semestre a cargo del Poder Judicial para la inscripción en el registro.

De las respuestas observadas de los encuestados, pocos conocen la existencia del Registro de Personas de Apoyo o pocos han tenido contacto con su intervención. Pero lo que resulta destacable es, que quienes sí han seguido su intervención en las causas, entienden que su desenvolvimiento ha sido insuficiente (34,3%) o ineficaz por el modo de selección de sus participantes (31,4%) ante problemáticas complejas. Es en ellas donde más se necesita personas de apoyo idóneas, ya que en supuestos en que los beneficiarios cuentan con red familiar o socio-afectiva de contención, probablemente no se recurra a este Registro. Se solicita su intervención ante la falta de redes y la mayor vulnerabilidad del sujeto protegido en el caso concreto.

Por lo que resultaría útil que se revisen las pautas para integrar este registro, actos habilitados y cualquier adaptación que el mismo requiera, a los fines de que no quede en una mera expresión de deseos su constitución sino en una verdadera ayuda en la práctica para los sujetos vulnerables. Esta sugerencia deberá ser tenida en cuenta por la Dirección de Derechos Humanos y Cuerpo Auxiliar Interdisciplinarios quienes coordinan tal registro de personas de apoyo.

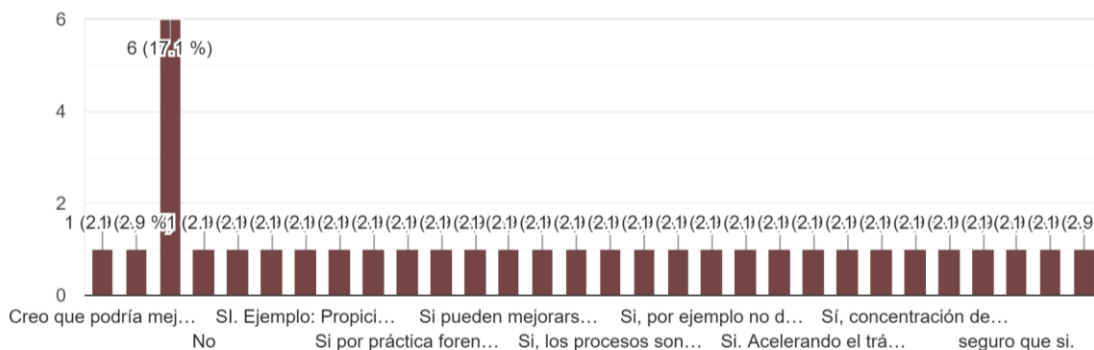
Cabe señalar que este Registro de Personas de Apoyo replicado luego por la SCJMza, fue diseñado tomando en cuenta un proyecto piloto impulsado por la Segunda Asesoría de NNyA y personas incapaces o con capacidad restringida a cargo de la Asesora Dra Elizabeth Ornat. En este y con la ayuda interdisciplinar y conjunta de otras áreas, como el Programa Red Asistencial del CAI Trabajo Social, del cual una integrante era docente en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, se trasladó la inquietud hace unos años a un grupo de jóvenes alumnos universitarios para que realizaran tales tareas, en especial en supuestos en que no existiera red familiar o de contención para las personas con discapacidad. En algunos casos, se posibilitó que los apoyos cobraran un emolumento u honorarios por la labor desempeñada y los gastos insumidos, que en ocasiones implicaba una gran dedicación tanto de tiempo como de dinero para trasladarse hasta los domicilios u hogares en que se encontraban las personas a quienes apoyaban.

Si bien actualmente, se prevé que las personas de apoyo puedan recibir un pago por sus funciones (art 128 CCyCN), en algunos casos prácticos, las sumas pueden resultar exiguas, si por ejemplo dependen de un porcentaje que pudiera corresponder de la pensión no contributiva de la persona con discapacidad, si no contara con mayor caudal de bienes. Por lo que entiendo que, aparte debería el Estado arbitrar los medios para destinar partidas presupuestarias específicas que permitan solventar casos excepcionales, en los cuales la persona con discapacidad no cuente con otros bienes o en los que, tomar parte de su pensión con discapacidad como medio de pago para la persona de apoyo, en razón de su escaso monto previsto por ley en el contexto actual de nuestro país, pudiera resultar perjudicial por limitar los ingresos que se destinen a la cobertura de sus necesidades básicas.

En la pregunta 13 se consultó sobre la posibilidad de mejorar las prácticas forenses:

¿Considera que en los procesos de restricción a la capacidad jurídica puede mejorarse las prácticas forenses que benefician el goce y ejercicio de derechos de las personas con discapacidad? Indique sí o no y en caso afirmativo, señale un ejemplo.

35 respuestas



Entre las respuestas, un 2,1% del personal dijo que no es posible mejorar las prácticas, mientras el resto del personal dijo que sí. Varían en la observación gráfica, ya que algunos SÍ además ampliaron con ejemplos o supuestos a tener en cuenta para mejorar.

Muchos de ellos se focalizaron en el factor tiempo. Manifestaron que los procesos son muy lentos, largos, que poco se impulsan o revisan de oficio, imposibilidad material con el personal que cuentan las dependencias en realizar un control o revisión periódica de las causas, y en muchos casos, además que hasta ha ocurrido la muerte del causante durante el juicio por la demora excesiva en su

tramitación. Además la dificultad que aporta el nuevo sistema informático que no permite un seguimiento efectivo de los casos.

Entre aquellos encuestados que respondieron que sí podían mejorarse las prácticas, se transcriben algunas respuestas textual y anónimamente por la riqueza de las mismas:

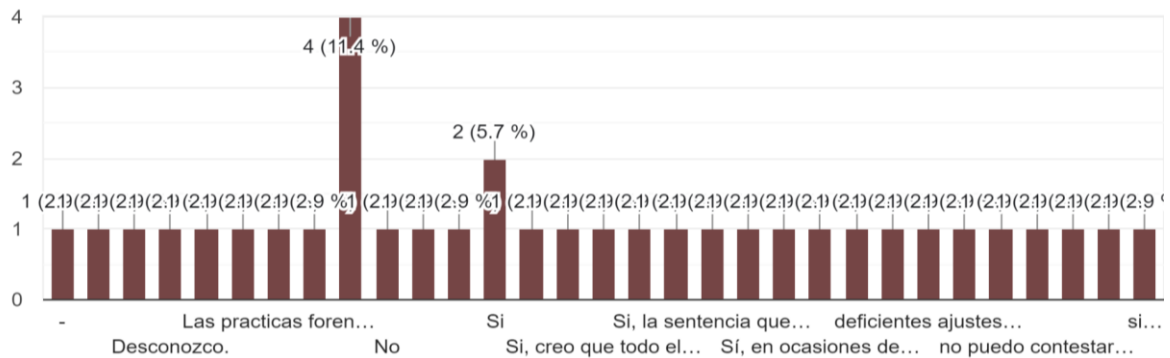
- Creo que podría mejorar la celeridad en los procesos, si se designaran abogados específicos para intervenir por el causante o su apoyo, ya que normalmente los procesos los inicia la Asesoría de NNA y PCR, quienes intervienen en muchas causas y no puede realizar una adecuada revisión de los expediente de determinación de capacidad para darles impulso; y si bien, intervienen las Defensorías Oficiales, tienen el mismo inconveniente que ocurre con las Asesorías, intervienen en infinidad de causas, y es difícil realizar un seguimiento e impulso oportuno de los casos; y para el Juzgado, el ejercicio de la oficiosidad se ha visto limitado para el impulso de estos procesos, al implementarse el expediente digital y al día de hoy no haberse establecido un correcto sistema de control y seguimiento de causas. Todo esto, puede generar que un expediente quede paralizado durante mucho tiempo, si el propio causante o su apoyo no concurren al Juzgado o Asesoría en busca de información. Normalmente, en estos procesos, los causantes y los apoyos no cuentan con un abogado específico designado para otorgar asesoramiento y revisión del expediente. Creo que esto sería algo positivo, que podría sumarse a la práctica forense.
- SI. Propiciar la efectiva participación activa de las personas causantes a través de la formación técnica en lengua de señas y braille como obligatorios para todo el personal interviniente en el proceso
- Si por práctica forense se entiende toda actividad jurisdiccional, sin duda existen prácticas obstaculizadoras. Creo que falta capacitación y entendimiento sobre estas temáticas
- Si pueden mejorarse las prácticas forenses. Las medidas de apoyo y salvaguarda son un terreno poco explorado. Por ejemplo una práctica forense a mejorar es el uso de lenguaje sencillo y trato acorde en las entrevistas con las personas con discapacidad (ex audiencia de visu), concentración de actos procesales para agilizar los procesos, la disposición, además de la designación de personas de apoyo, de medidas de salvaguarda que mejor garanticen los derechos de este grupo de personas, como por ejemplo derivaciones para acceder a derechos de salud, asistencia económica, que asistan a talleres para aprender algún oficio acorde a su patología, etc.

- Si. Acelerando el trámite de notificación de las demandas de determinación por ejemplo.
- Sí, concentración de actos procesales para agilizar el trámite.
- Sí, creo que puede mejorarse su defensa técnica en caso de que el causante no opte por designar un abogado particular, y se le designe un defensor oficial, el que considero podría involucrarse más, a los fines de conocer y defender los intereses de su representado.
- Sí, patrocinio letrado en todo el proceso.
- Si, implementar procesos que en lugar de restringir la capacidad, para poder gozar de beneficios del Estado, se den directivas, por ej en ANSES, y que no deba restringirse la capacidad de una persona que gozando con CUD perfectamente puede acceder a dicho beneficio que por ley corresponde, sin judicializarlo, entre otros tantos ejemplos.
- Si, por medio de ajustes que, principalmente, mejoren el acceso a la información de la persona cuya capacidad va a determinarse y de sus posibles apoyos
- Si - salud mental realice técnicas específicas y no apele a las habilidades sociales
- Si, podría brindarse algún certificado único o credencial que les facilite los trámites en dependencias como ANSES, BANCOS, etc.
- Si puede mejorarse las prácticas pero la diversidad y cúmulo de trabajo en los juzgados produce una invisibilización del caso concreto...falta tiempo para conocer el caso y trabajarlo, ordenarlo y terminarlos en un tiempo razonable...al igual que en los procesos de revisión
- Si por práctica forense se entiende toda actividad jurisdiccional, sin duda existen prácticas obstaculizadoras. Creo que falta capacitación y entendimiento sobre estas temáticas
- Puede mejorarse mucho. Por ejemplo solicitando informes respecto de las actividades y asistencias recomendada en las sentencias
- Si puede mejorarse. Que rápido obtenga la persona interesada la designación de persona de apoyo provisoria.

En la pregunta 14 a contrario sensu, se consultó sobre la existencia de prácticas que obstaculicen el ejercicio de derechos de las personas con discapacidad.

¿Entiende que existen prácticas forenses en los Juzgados de Familia de la primera circunscripción judicial que obstaculizan el reconocimiento pleno de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad o restringen sus derechos, que deben modificarse a fines de garantizar el art. 12 de la CDPD? ¿Cuáles?

35 respuestas



Se transcriben algunas respuestas por la variedad de su contenido. Quien respondió que NO dijo: No, creo que el obstáculo está en facilitar el ejercicio de la capacidad y no en su reconocimiento No judicialización para trámites administrativos.

Entre quienes respondieron SÍ, aclararon:

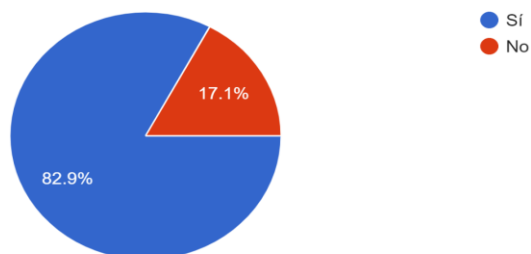
- Deficientes ajustes razonables en los procesos judiciales y condiciones edilicias, barreras comunicacionales, fragmentación de los abordajes que dificultan el acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad psicosocial
- Sí, el intento compulsivo de institucionalizar a los mismos, la letanía en la resolución o avance de los expedientes...
- Si, teniendo en cuenta las respuestas anteriores, considero necesario un replanteo o revisión de las prácticas forenses en relación a la temática de discapacidad.
- Si, la sentencia que determina el grado de restricción de la capacidad jurídica tendría que ser lo bastante flexible a los fines de pensar en infinitas posibilidades, en lugar de una sola figura fijada por ley. Ellas pueden ir desde un administrador, para casos muy graves, y con una actividad muy regulada legalmente; hasta simples cuidadoras domiciliarias sometidas a control judicial que asistan o supervisen al sujeto en la vida diaria durante algunas horas.
- Si bien las evaluaciones son interdisciplinarias (solo dos profesionales), no son integrales (nunca los equipos son completos) y no contemplan todos los aspectos de la salud de la persona

- Las prácticas forenses obstaculizan el reconocimiento pleno de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad. En primer término, no obstante el tiempo transcurrido desde la entrada en vigencia de dicha convención, aún se continúa denominando a estas personas como insanos, u otros términos obsoletos que distan mucho del reconocimiento de su capacidad. Aún no se ha internalizado el principio de que este grupo de personas goza de capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto de la sociedad. Generalmente son discriminados.
- Si. Se encara el proceso como un formalismo estandarizado, sin dar herramientas efectivas para el desarrollo pleno de la persona causante
- Discordancia con efectores de salud
- Sí, creo que todo el personal debería estar capacitado para vincularse con esas realidades y procurarle un buen servicio de justicia al/la solicitante.
- Sí, por ejemplo la elección voluntaria de la persona de apoyo, someter nuevamente a una pericia psíquica cuando es requisito para iniciar la demanda 2 informes expedidos por especialistas en salud. Revisión de sentencias anualmente.
- Falta de formación y ausencia de instituciones de apoyo estatal
- La toma de audiencias, los informes interdisciplinarios, las notificaciones
- Si, en algunos tribunales como medida previa se pericia sin correr traslado
- Si, el abordaje interdisciplinario al momento de su acceso al Órgano Judicial
- Lo que obstaculiza en la realización de sentencias generales sin realizar un exhaustivo traje a medida por cada caso.

En las preguntas siguientes se tuvo en miras al preguntar situaciones que se pusieron en marcha a partir de la situación de pandemia covid 19, sea en materia legislativa, reglamentaciones, prácticas, herramientas virtuales y cómo estas repercutieron en las personas con discapacidad, en especial en los procesos en los cuales interactúan.

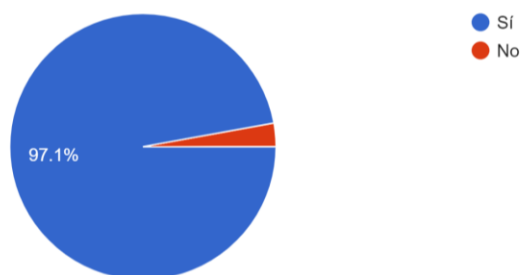
¿Considera que durante la situación pandémica COVID-19 hubo disposiciones legislativas o administrativas que afectaron directamente a las personas con discapacidad?

35 respuestas



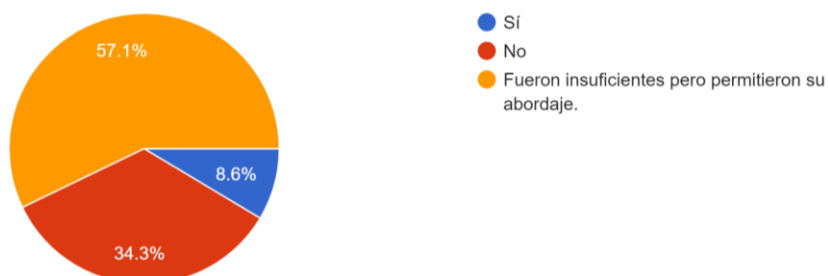
En relación a su respuesta anterior, ¿cree que los procesos de restricción a la capacidad jurídica se vieron dilatados por las consecuencias de las medidas legislativas, ejecutivas o judiciales adoptadas? Ej: libre circulación (acceso a la justicia), aislamiento social, limitación de tramitación de causas judiciales (emergencia sanitaria), restricción de realización de pericias o entrevistas presenciales de las personas con discapacidad, prohibición de visitas en lugares de internación.

35 respuestas



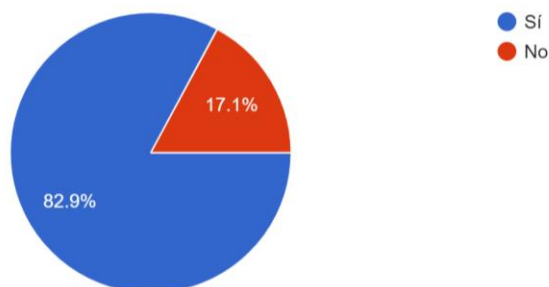
Entiende que las herramientas tecnológicas virtuales utilizadas e implementadas de manera urgente e improvisada durante la pandemia, pudieron responder adecuadamente para garantizar los derechos de las personas con discapacidad.

35 respuestas



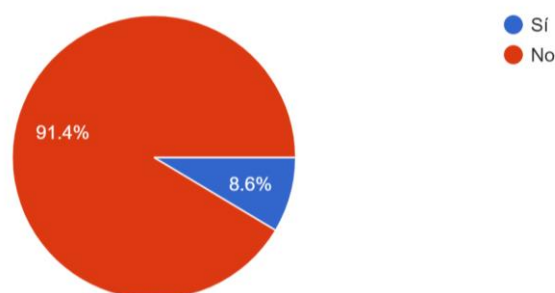
¿Estima que la sustitución de actos judiciales presenciales mediante actos realizados virtuales (como por ejemplo pericias, entrevistas personales o encuestas ambientales realizadas por medios audiovisuales) pudo afectar el efectivo derecho de las personas con discapacidad?

35 respuestas



Teniendo en cuenta los recursos materiales, humanos, tecnológicos y nuevos sistemas informáticos con que cuenta el Poder Judicial de Mendoza en la actualidad: ¿Considera que las personas con discapacidad pueden ejercer sus derechos en los procesos judiciales en igualdad de condiciones que otros usuarios sin discapacidad?

35 respuestas



A modo informativo, se explica al lector que durante la pandemia covid 19 (Marzo 2020 e incluso hasta fines de Mayo de 2021) se implementó, y utilizó en el fuero de familia el sistema informático REDMINE que permitió sortear las dificultades del trabajo remoto y llevado a cabo desde la virtualidad por los agentes que se encontraban imposibilitados o exceptuados de trabajar en forma presencial. También, durante el primer periodo del aislamiento obligatorio, se limitó la tramitación de algunos procesos (Acordada N° 29500 y cc de la SCJMza), dándose curso solo a los procesos urgentes o que los jueces estimaran necesario habilitar, ante la imposibilidad de dar respuesta al servicio de justicia, debido a las condiciones anormales de circulación y de emergencia sanitaria que atravesaba el país.

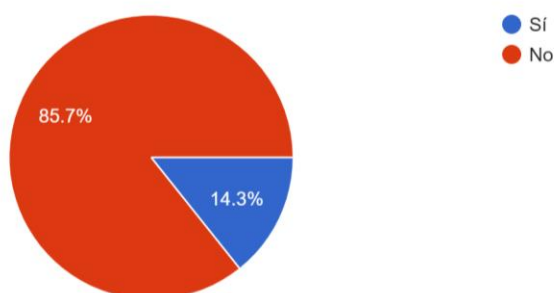
Luego, el fuero de familia a partir del 31 de Mayo de 2021 implementó un nuevo sistema informático denominado IURIX FLEX, el cual, a pesar de tener como principal ventaja, la digitalización y despapelización de los expedientes, no ha podido responder de manera ágil, ni

eficiente, ante expedientes iniciados en soporte papel, virtual, mixtos (papel/virtual/digital) o digitales. Esto dificultó el acceso a la visualización de los expedientes, por cada uno de los operadores intervinientes de diferentes sectores, con un gran colapso de algunas áreas en detrimento principal de los justiciables por la dilación de sus causas.

Como mencionara una de las personas consultadas en preguntas anteriores, el sistema no permite un correcto seguimiento de casos porque por ejemplo, no cuenta con alarmas o agenda que pudieran advertir el control de la realización o espera de ciertos actos procesales. Tampoco se cuenta con personal suficiente en los juzgados de familia que se avoque estrictamente a estas tareas. Por lo que se prioriza diversos tipos de urgencias con los recursos humanos y materiales que se cuenta.

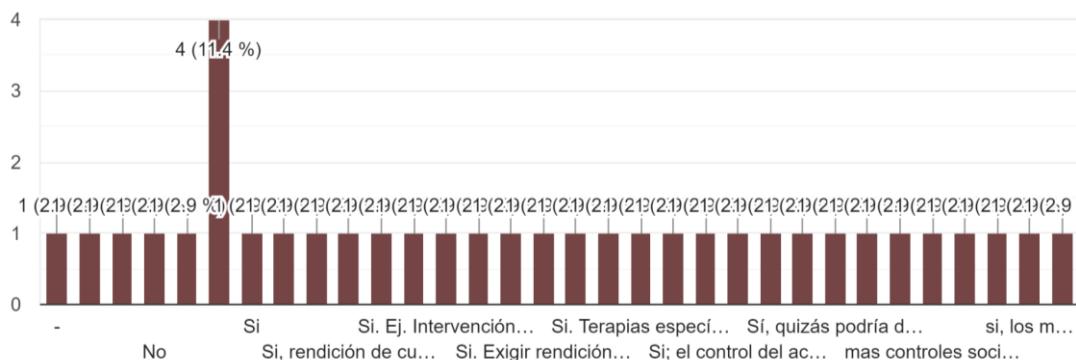
De acuerdo a las limitaciones existentes en el Poder Judicial de Mendoza en el acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual, ¿Cree usted que a la fecha, se garantiza el derecho a la no discriminación de manera adecuada?

35 respuestas



¿Piensa que deben implementarse más salvaguardias a modo de prevenir abusos contra las personas con discapacidad dentro de los procesos de restricción a su capacidad jurídica? Ej: rendición de cuentas? Indique sí o no. En lo posible, refiera otra respuesta.

35 respuestas



El menor porcentaje de los encuestados respondió que NO o que dependía del caso concreto, ya que si partimos del principio de la capacidad jurídica, siendo las restricciones directamente proporcionales a las limitaciones para ejercer los actos en forma autónoma, y por otro lado rige el respeto de la voluntad de la persona interesada, muchas restricciones podrían hacer incurrir en un paternalismo estatal indebido. También se sugirió que no era necesaria la rendición de cuentas cuando se administra pensiones no graciabiles y no se vislumbra mala administración.

Varios encuestados no respondieron, estimándose que por desconocimiento del concepto de salvaguardia.

Respecto a los que respondieron que SÍ, uno de ellos respondió que los mecanismos de seguimiento son escasos o nulos. Como alternativa diferente a una rendición de cuenta periódica (incluso de oficio) mencionaron:

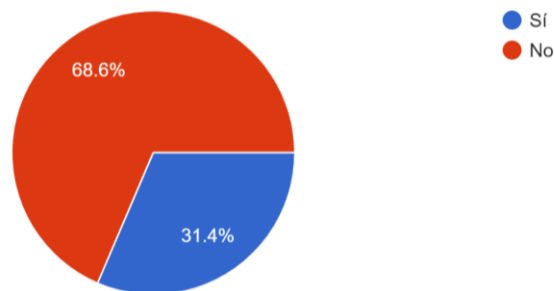
- Entrevista previa a la designación de la figura de apoyo definitiva con familiares y personas allegadas para evitar abusos de quien se propone para ejercer esa función
- Podría disponerse un control social en el domicilio del causante, posterior a la sentencia que restringe su capacidad, a los fines de verificar su situación general.
- En muchos casos (ya sea por naturalización, ignorancia, discriminación, etc.) considero necesario que los integrantes del grupo familiar o red de apoyo de la persona con discapacidad reciban una capacitación adecuada que permita concientizar aspectos relacionados al trato, atención y cuidados de una persona con capacidades especiales, como así también la visualización y consideración como sujeto de derechos. No solo a nivel social o institucional, sino también en el ámbito intrafamiliar se observan numerosas situaciones que vulneran los derechos de las personas con discapacidad
- La realización de controles sociales en algunos es fundamental, a fin de acompañar y garantizar el acceso a recursos institucionales necesarios para atender la salud de la persona, por ejemplo.
- Intervención o auditoría externa en relación a los sistemas de apoyos, revisión de causas conforme lo establece el CPF, etc.
- Control de estudios médicos, entrevistas periódicas con el/la causante, escucha activa

- Evaluar la posibilidad de realizar un seguimiento acerca de cómo se lleva a cabo la función que cumplen las personas designadas como apoyos de las personas cuya capacidad se ve restringida, ya que su labor es fundamental para el bienestar del/la causante.
- Control del acceso a la salud, de asistencia a sus controles médicos indispensables para su problemática y rehabilitación
- Mayor control por parte de las defensorías
- Terapias específicas, actividades que ayuden a adquirir nuevas capacidades
- Mayor control sobre la persona de apoyo, curador, a cargo de un organismo externo
- Podrían dictarse muchos tipos de salvaguardias como la rendición de cuentas (en casos que el causante posea bienes de cuantiosa onerosidad, o en caso que, habiéndose realizado encuestas ambientales se denote que el dinero percibido del causante no estaría siendo utilizado en su favor), o también derivaciones a organismos administrativos a fin de tramitar diversos beneficios, pensiones, subsidios, insumos terapéuticos, acompañamiento terapéutico o social, etc. Pero insisto, para poder disponer adecuadamente estas salvaguardias, es necesario un estudio y seguimiento profundo de cada caso que se presenta en el Tribunal, lo cual es complejo, ya que se cuenta con muy poco personal de planta, poca especialización o capacitación en la temática, y, además, el Juzgado tiene una competencia muy amplia en cuestiones de familia, todo lo cual impide un adecuado ejercicio de estas funciones.

La última pregunta del formulario fue la siguiente:

¿Observa que el tratamiento, seguimiento y revisión actual que se les da a los procesos con restricción a la capacidad jurídica de las personas en Juzgados de Familia de la Primera Circunscripción Judicial se enrola plenamente en el modelo social de discapacidad y de derechos humanos adoptado por la legislación local, nacional e internacional vigente?

35 respuestas



De la lectura generalizada de los resultados de las encuestas pueden verificarse la existencia de grandes barreras del Poder Judicial como Institución a la hora de garantizar el acceso a la información, a una comunicación accesible, el acceso a la Justicia. Se observa como las herramientas tecnológicas con las que se cuenta, en lugar de favorecer el acceso y aceleración de los procesos, por el contrario, en muchos casos han dificultado su continuidad y control de seguimiento. Al no poder cumplirse con estas pautas mínimas, se refleja la discriminación de las personas con discapacidad, ya que no se garantiza la igualdad de condiciones de los justiciables, ni se realiza el esfuerzo previsto convencionalmente para ajustar razonablemente los procedimientos, y brindar las salvaguardias que las personas con discapacidad desde su individualidad requieran en el caso concreto.

#### **4) Caso jurisprudencial GEJUAF Maipú, Primera Circunscripción de la Provincia de Mendoza**

A partir de estas aproximaciones de las prácticas en la Provincia de Mendoza, se abordará un caso testigo de un proceso de determinación de la capacidad de una anciana (FN 28/06/1926) que llegó declinado desde la Provincia de Buenos Aires a la Gestión Asociada de Familia de Maipú, en el cual lamentablemente, quedó inconcluso o terminado tras el fallecimiento de la persona a proteger.

Se trata de los autos n° 522/21/3F caratulados “*AV POR DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD*” cuya derivación de causa por mail con alrededor de 700 fojas, se ingresó digitalizado por sistema MEED del Poder Judicial de Mendoza bajo el identificador WHTLK31633, en caso que quisiera consultarse por el lector. Se inicializa para resguardar la privacidad de la persona como de su grupo familiar.

La demanda fue iniciada por una de las hijas con representante (con poder para actuar en juicio- abogado con habilitación de matrícula en la Provincia de Buenos Aires), exponiendo la situación de salud mental de su progenitora y los actos para los cuales se encontraba impedida en razón de su deterioro cognitivo-senilidad- y discapacidad motriz, quien requería de cuidados básicos cotidianos de asistencia. La causante se encontraba en compañía de una hermana, quien luego abandonó dicho inmueble y en el mismo se instaló una conocida de la hermana, presuntamente con el consentimiento de la Sra AV, pero con oposición de la hija (actora), debido a que según exponía esta última en el escrito de demanda, existían situaciones de abuso en la disposición de la vivienda

(hacían ocupación o se subalquilaba a terceros no conocidos por la propietaria), administración de los fondos y cuidados de la adulta mayor.

Se imprimió el trámite de ley en fecha 06/07/2018, notificándola recién en fecha 29/08/2019 del inicio de la causa. No obstante que el traslado, según constancia de autos se habría decretado en fecha 30/04/20. Se nombra como persona de apoyo, a la persona mencionada en el párrafo que antecede, ya que de informes sociales se denota que la causante tampoco tenía una relación fluida con su hija. Con el curso de la causa es removida de su cargo de apoyo provisorio “la conocida” de AV, por constatarse algunas de las irregularidades denunciadas por su hija, en especial con el cobro, manejo y retiro de fondos no autorizados de la jubilación de la causante y de la pensión que cobraba por el fallecimiento de su esposo, tras rendirse prueba informativa a UDAI de Morón, ANSES. Se nombra provisoriamente como apoyo a la actora, su única hija.

Ante la falta de contestación de la demanda por AV se da intervención a la Defensoría Oficial N° 5, asumiendo como curadora oficial la Dra Mónica María Butzomi. Es importante destacar la gran demora en cada etapa del proceso, a pesar de las diligencias permanentes del apoderado de la actora para arribar a la sentencia, debido a la complejidad para llevar a cabo los actos procesales en la Provincia de Buenos Aires, en razón de la extensión de su territorio y dependencias que intervienen por zona (por ejemplo derivación a Defensoría, sorteo posterior para que asuma una Curadora, derivación de la causa a tal Curadora, pericias, etc).

Se incorporaron a la causa nuevos informes interdisciplinarios con posterioridad al desplazamiento de cargo de “la conocida”, luego que la anciana fuera internada en un hogar geriátrico. Con posterioridad a ello, se realizaron gestiones para que la misma fuera trasladada a la Provincia de Mendoza donde también fuera internada en un hogar, ya que tenía familiares domiciliados en Luzuriaga Maipú (nietos), quienes colaborarían con el traslado y los cuidados que la situación de salud de ella requería. Debido a la edad avanzada también de la hija de la causante, se propuso que se cambiara el apoyo y se designara a su nieta. Se autorizó dicho traslado y como consecuencia del cambio de residencia de la causante, la causa fue declinada a la Provincia de Mendoza, ingresándose en Mayo de 2021 en un contexto de pandemia covid 19.

Al recibirse la causa, la nueva persona de apoyo propuesta aún no aceptaba el cargo, el apoderado que impulsaba la causa no se encontraba habilitado para ejercer en la Provincia de Mendoza y a pesar de las pericias interdisciplinarias obrantes en la causa, las mismas no constataban la situación actual en el nuevo hogar geriátrico. Por otro lado, debía dársele intervención al Ministerio Pupilar y Defensoría Oficial de la Provincia de Mendoza, ya que la causante solo contaba con representación de la Curadoría Oficial en la Provincia de Buenos Aires.

El Juzgado de Maipú, de oficio, citó y nombró a la nieta como persona de apoyo provisorio el 12/05/21, de la cual debía recabarse los informes requeridos por el art 110 del CCyCN, a quien se la autorizó a realizar gestiones básicas en nombre de su abuela, incluso para el cobro de sus haberes y manejo de gastos indispensables, ya que debía abonarse el pago del geriátrico. Al haberse iniciado la causa con abogado particular, quedaba a su cargo la realización de los informes, pero existía la imposibilidad legal que el apoderado Dr. D'Angelo actuara en la Provincia.

Se anunciaba que la causante se había quebrado por lo que debía ser operada y se solicitaba liberación de fondos para cubrir los gastos de cuidadora hospitalaria. Ello sin el marco de un patrocinante que instruyera los actos útiles en nuestra Provincia.

Con el correr de los meses, el Dr. D'Angelo comparece con patrocinio letrado en Mendoza de la Dra. Sidanelia Bravi pero en nombre de la nieta, cuando esta no era la actora. Habiéndose realizado tal observación, luego comparece la actora, hija de la causante con el mismo patrocinio de la Dra. Bravi. Sin embargo, no se impulsó la informativa de la última persona de apoyo nombrada, ni se impulsó la solicitud de informes interdisciplinarios actuales, no se realizaron actos que impulsaran la sentencia de restricción a la capacidad jurídica.

Las presentaciones del Dr. D'Angelo en esta instancia fueron al solo efecto de solicitar la regulación de honorarios por todo lo actuado en la Provincia de Buenos Aires, ya que en Mendoza no podía seguir impulsando la causa.

En fecha 13/06/21 se acreditó el fallecimiento de la Sra. AV a sus 95 años, por causas respiratorias, por lo que la causa devino en abstracto, sin haberse dictado sentencia que hubiere establecido su restricción a la capacidad, y por tanto limitado el ejercicio de sus derechos, disponiendo

el apoyo, ajustes y salvaguardias necesarias que el caso concreto ameritaba; sino resolución que disponía el archivo de la causa y regulación de honorarios a favor de la Dra. Bravi.

En cuanto a la regulación de honorarios del Dr. D'Angelo se le indicó que debía solicitarse en la Provincia de Buenos Aires (bajo el número de causa originaria y acreditando la defunción de la causante), por no poder aplicarse la Ley de Honorarios correspondiente a la Provincia de Mendoza por las actuaciones labradas por su actuación profesional en otra provincia.

Este es un caso en donde los hechos y actos procesales por sí mismos muestran la letanía de la Justicia, para dar respuesta a situaciones urgentes, y como toda Justicia que llega tarde no es Justicia. Cabe preguntarse, según el principio contenido en el art 4 inc. b) del Código Procesal de Familia de Mendoza "OFICIOSIDAD" y las Reglas de Brasilia que imponen actuar en protección de sujetos con vulnerabilidad, si el Juez de Familia de Maipú y el Ministerio Pupilar pudieron llevar adelante más actos oficiosamente, evitando dilaciones innecesarias que paralizaran la causa, supliendo la negligencia de las partes, en este caso de la parte actora, quien iniciara el proceso y quedara a cargo de su impulso. Podríamos pensar que sí, ya que a partir de la constitucionalización del proceso civil de familia<sup>122</sup>, consagrado en el CCyCN, se deduce que la participación activa del juez en el proceso es una consecuencia necesaria de la garantía convencional de tutela judicial efectiva.

Pero cuánto más, si se recibió la causa en Mayo de 2021 y en Junio de 2021 falleció la causante. Además, en el Código Procesal de Familia vigente, se establece un trámite diferente para causas de determinación de la capacidad iniciadas directamente por el Ministerio Pupilar, donde el mismo tiene un rol, seguimiento e impulso activo de la causa; de aquellos procesos iniciados por otros sujetos legitimados como sería el caso de marras, en el cual son los interesados quienes deben llevar a cabo todas las diligencias útiles para avanzar con el correspondiente control de intereses de la causante por el Ministerio Pupilar, y la defensa técnica a cargo de la Defensoría Oficial de la Provincia de Mendoza, la cual en el caso concreto, no alcanzó a asumir intervención.

Lo reprochable es, que estando la causa en estado de resolver en la Provincia de Buenos Aires, se declinara sin resolver a un nuevo juez en Mendoza, contrariando el principio de inmediación

---

<sup>122</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 642

llevado a cabo durante todos los años anteriores, debido al cambio de residencia de la anciana por el traslado a otro centro geriátrico. Podría haberse resuelto en Buenos Aires, para brindar un marco legal protectorio (por ejemplo a fines futuros: procesos sucesorios, administración de bienes de las personas de apoyo, etc) e inmediatamente recibida la causa en Mendoza, haberse realizado nuevos informes interdisciplinarios que dieran cuenta de su situación actual, e informes de la nueva persona de apoyo y de ese modo revisar la sentencia, la cual según establece el art. 135 del CPFlia, puede revisarse en cualquier momento por el interesado y/o de oficio por el juez, y de esa manera, adaptar la resolución a la situación actual.

Entre los obstáculos en la tramitación de la causa, no puede desconocerse el desarrollo de la pandemia COVID 19, que en todo el país influyó en los procesos y su agilización, teniendo en cuenta la limitación de causas que tramitaban, restricción de medidas domiciliarias, informes o pericias virtuales, restricción o prohibición de visitas a los geriátricos, entre otras medidas. No obstante, las medidas sanitarias más restrictivas se adoptaron desde Marzo de 2020 y principios del año 2021, mientras que esta causa tuvo inicio en el año 2018.

Esto evidencia la demora excesiva en todos los trámites llevados a cabo en la Provincia de Buenos Aires por la complejidad de la causa (multiplicidad de bienes, jubilación, pensión, abusos de personas en el manejo de fondos previsionales ajenos, remoción de personas de apoyo, ocupación ilegítima de la propiedad de la causante, situación de deterioro cognitivo y motriz de la causante, retardo y multiplicidad de informes interdisciplinarios, demora en la derivación de la causa para defensa oficial, etc.) y lo escaso que hubiera podría haberse llevado a cabo en la Provincia de Mendoza, desde la recepción de la causa ante el fallecimiento de la Sra A.V. a un mes del ingreso local.

El fallo que antecede, como tantos, refleja las falencias de los Poderes Judiciales del País, para dar respuestas rápidas, en pos de la protección de derechos de los más vulnerables. Por lo que el siguiente y último capítulo se dirigirá nuevamente a la CDPD,<sup>123</sup> a modo de recordar esa suerte de control preventivo de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales que tiene como principal objetivo el de evitar la responsabilidad internacional del Estado.

---

<sup>123</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 666

**CAPÍTULO V: OBLIGACIONES GENERALES ESTABLECIDAS PARA LOS ESTADOS**  
**PARTE EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON**  
**DISCAPACIDAD**

Aunque algunos países han promulgado una detallada legislación en materia de discapacidad, muchos no lo han hecho. Debido a que las prácticas discriminatorias siguen existiendo fue necesaria una norma universal jurídicamente vinculante para asegurar que los derechos de las personas con discapacidad se garanticen en todo el mundo. La CDPD marca un cambio en el concepto de discapacidad, pasando del enfoque de bienestar social a una cuestión de derechos humanos, que reconoce que las barreras y los prejuicios de la sociedad constituyen en sí mismos una discapacidad.

Para contrarrestar estos obstáculos, puntualmente el art. 4 de la convención impone a los Estados Parte una serie de compromisos diferenciados por objetivos. El primero, guarda relación con asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. Para ello, los Estados Partes deben:

- a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;
- b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;
- c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad;
- d) Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella;
- e) Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad;
- f) Empezar o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención, que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promover su disponibilidad y uso, y promover el diseño, universal en la elaboración de normas y directrices;
- g) Empezar o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible;

- h) Proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo;
- i) Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos.

El segundo objetivo apunta a resguardar los derechos económicos, sociales y culturales. Para garantizarlo los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos. Por otro lado, el tercer objetivo se enfoca en la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la Convención y la toma de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad. En tal sentido, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.

Por último, tampoco debe perderse de vista algunos de los aspectos que los Estados Parte consensuaron en el preámbulo de la Convención y que se mencionan a continuación:

- Reconocer la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.
- Proclamar que toda persona tiene los derechos y libertades enunciados en esos instrumentos, sin distinción de ninguna índole.
- Reafirmar la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación.
- Recordar 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.
- Reconocer la importancia que revisten los principios y las directrices de política que figuran en el Programa de Acción Mundial para los Impedidos y en las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad como factor en la promoción, la formulación y la evaluación de normas, planes, programas y medidas a nivel nacional, regional e internacional destinados a dar una mayor igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad.
- Destacar la importancia de incorporar las cuestiones relativas a la discapacidad como parte integrante de las estrategias pertinentes de desarrollo sostenible.
- Reconocer que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano.

- Reconocer la diversidad de las personas con discapacidad.
- Reconocer la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso.
- Observar que, pese a estos diversos instrumentos y actividades, las personas con discapacidad encuentran barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y se vulneran sus derechos humanos en todas las partes del mundo.
- Reconocer la importancia de la cooperación internacional para mejorar las condiciones de vida de las personas con discapacidad en todos los países, en particular en los países en desarrollo.
- Reconocer el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de sus comunidades, y que la promoción del pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad y de su plena participación tendrán como resultado un mayor sentido de pertenencia de estas personas y avances significativos en el desarrollo económico, social y humano de la sociedad y en la erradicación de la pobreza.
- Reconocer la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones.
- Considerar que las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que les afectan directamente.
- Reconocer la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición.
- Reconocer que las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación.
- Reconocer también que los niños y las niñas con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y recordar las obligaciones que a este respecto asumieron los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño.
- Subrayar la necesidad de incorporar una perspectiva de género en todas las actividades destinadas a promover el pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad.
- Destacar el hecho de que la mayoría de las personas con discapacidad viven en condiciones de pobreza y reconocer, a este respecto, la necesidad fundamental de mitigar los efectos negativos de la pobreza en las personas con discapacidad.
- Lograr la plena protección de las personas con discapacidad, en particular durante los conflictos armados y la ocupación extranjera, en condiciones de paz y seguridad.
- Reconocer la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

- Procurar, por todos los medios, que se promuevan y respeten los derechos reconocidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos.
- Proteger las familias de las personas con discapacidad para que puedan contribuir a que estas últimas gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones.
- Promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad y promover su participación, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil, política, económica, social y cultural, tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados.

La Convención se aplicará a todos los Estados federales, sin limitaciones ni excepciones, y nada de lo dispuesto afectará las disposiciones de un Estado Parte o el derecho internacional en vigor en dicho Estado que pueda facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Tampoco se restringirá ni derogará ninguno de los derechos humanos, ni las libertades fundamentales reconocidas o existentes en los Estados Partes de la Convención, con el pretexto de que en la presente Convención no se reconocen esos derechos o libertades, o se reconocen en menor medida.

Siendo que la CDPD regula derechos humanos, resulta importante para concluir, recordar sus principios base<sup>124</sup>:

- *Principio de autoejecutoriedad*: autoaplicación de tratados o convenciones en general y sobre derechos humanos en particular. Implica la posibilidad de aplicar las disposiciones convencionales directamente en el Derecho interno, sin necesidad de exigir su desarrollo legislativo previo.
- *Principio de progresividad*: una vez ingresado un determinado derecho al sistema significa alcanzar un estadio que no puede ser desconocido en un futuro y que debe ser respetado por el Derecho internacional e interno.
- *Principio de la irreversibilidad*: consiste en la imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana.
- *Principio de la opción más favorable a la persona*: significa que frente a una colisión de derechos prevalecerá la fuente (interna o internacional) o la norma que mayor cobertura depare a la persona.

---

<sup>124</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 651-652

## CONCLUSIÓN

Como ha podido reflejarse, a lo largo de las últimas décadas se ha avanzado en materia de discapacidad, aunque quedan muchas situaciones no resueltas. Se intentó en este trabajo, desde la evolución de conceptos y de legislación, explicitar los cambios de paradigmas habidos en materia de capacidad y discapacidad. Se observó la implicancia de toda la sociedad en este camino evolutivo y de construcción colectiva, existiendo responsabilidad de los Estados para evitar actos que generen discriminación contra las personas con discapacidad.

Cada Estado es responsable de eliminar las barreras, en los casos concretos, en que las personas con discapacidad se hallen impedidas, o limitadas, en el goce de sus derechos. Para hacerlo podrán tomar las medidas diferenciadas que sean necesarias en ventaja del sector vulnerado, que le permitan su pleno reconocimiento de sus derechos, dado que estos inciden directamente en su vida en relación, laboral, en su status social, y en definitiva, en su vida cotidiana. Es responsabilidad del Estado, en caso de convergencia de normas de diversa fuente, hacer primar a la CDPD, por el compromiso asumido de garantizar el más elevado nivel de salud de los sujetos con discapacidad.

Si se parte de la discapacidad definida en el preámbulo de la CDPD, se observa que 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. Es decir, conjuga la diversidad funcional de una persona pero que se ve limitada, no por su condición de discapacidad, sino por las barreras que su entorno coloca y le impiden, o dificultan, su plena participación en igualdad de condiciones.

Puntualmente, el abordaje del trabajo se centra en los procesos de determinación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental, para observar si en ellos, las prácticas judiciales son inadecuadas, obstaculizan y dilatan el acceso a la justicia de los más vulnerables;

generando, en consecuencia, su falta de reconocimiento de la personalidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás personas.

Las aproximaciones de la investigación permiten “presumir” que la hipótesis inicial planteada se materializa en la práctica. Es decir, las barreras que se imponen mediante las prácticas actuales, en muchos casos, afectan la dignidad y la autonomía personal de las personas con discapacidad, contraponiéndose al modelo social de discapacidad y paradigma de derechos humanos receptado en la CDPD, con rango de jerarquía constitucional, cuyos postulados fueron incorporados en el actual CCyCN.

Teniendo en cuenta todo el material legislativo procesado en la presente investigación, los resultados obtenidos de las encuestas de los propios operadores judiciales y los casos jurisprudenciales analizados nacionales o provinciales, se refleja que deben aunarse esfuerzos de todos los sectores del Estado, no solo del Poder Judicial, para que cada individuo desde el lugar o rol que ocupe, minimice o elimine, en la medida de sus posibilidades, las barreras que sufren las personas con discapacidad.

Se observan limitaciones en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, quienes al querer ejercerlos para acceder a la Justicia, se encuentran como primera barrera la falta de herramientas del Poder Judicial de Mendoza, lo que genera una mayor burocracia estatal o lentitud en los procesos, que son realizados en pos de su beneficio personal, y protección de sus derechos.

Entre las principales barreras que se constataron surgen las arquitectónicas, las actitudinales y las comunicacionales. No solo nos encontramos con edificios de los Juzgados de Familia de la Primera Circunscripción de Mendoza que no reúnen condiciones de accesibilidad para personas con todo tipo de discapacidades, principalmente motrices o visuales, sino que además encontramos operadores que no siempre tienen la debida formación, capacitación y trato sensible para brindar el servicio de justicia a este colectivo vulnerable.

La situación se complejiza aún más, cuando quienes acuden a la Justicia, son personas con alguna discapacidad auditiva (sordos) o visual (ciegos), ya que nuestra Institución no cuenta con herramientas tecnológicas, dispositivos web, intérpretes de lengua de señas, personas que puedan

escribir o leer braille, para así poder entablar una comunicación inmediata y directa con las personas con discapacidad que se comunican a través de dichos medios, al momento de requerirse los servicios.

Los encuestados refieren que, solo algunos, han recibidos capacitaciones en materia de discapacidad, procesos de restricción a la capacidad, salud mental o afines. Se muestran abiertos a capacitarse en estos ámbitos. Sin embargo, a la hora de hacerlo, si se trata de cursos voluntarios, el número de participantes es relativamente bajo.

En algunas áreas del Poder Judicial como iniciativa, se ha dispuesto el cursado obligatorio de determinados cursos o se ha incentivado a su personal con puntuación en el escalafón administrativo, para quienes accedan voluntariamente para obtener conocimientos específicos. Por ejemplo, en el Ministerio Público Fiscal, se ha implementado esta estrategia para que sus agentes aprendan Lengua de Señas, propendiendo a la inclusión de las personas con discapacidad en los procesos judiciales, mediante operadores que adquieran determinadas habilidades comunicacionales. Este es un ejemplo de una buena práctica que, a mi consideración, podría imitarse en los demás sectores del Poder Judicial e incluso, de modo obligatorio.

Es imprescindible que los operadores judiciales se capaciten, ya que muchos continúan realizando sus intervenciones desde el antiguo paradigma biologizante (médico-rehabilitador), partiendo de un sistema asistencialista, en lugar de ser promotores de derechos humanos. El operador jurídico<sup>125</sup> tiene tanta responsabilidad como los operadores de la salud. Se debe evitar que la actividad jurídica se desplace “desde la adquisición del conocimiento a su comunicación persuasiva, desde la comprensión a la argumentación, omitiendo asumir un rol social y carácter eminentemente práctico”.

Por otro lado, se suma la dificultad del lenguaje técnico jurídico, propio de nuestras disciplinas, que es de difícil interpretación para la media de la población. Si pensamos en personas con discapacidades intelectuales o sensoriales, se incrementa la falta de acceso a la información y su comprensión, por no contarse con medios idóneos, por ejemplo, herramientas tecnológicas facilitadoras de la comunicación, o recursos humanos que puedan comunicarse a través de dichos.

---

<sup>125</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 635

Pero, independientemente del medio de transmisión de la información, se falla también, en la forma de transmitir la misma por su complejidad jurídica.

Esto ha sido tenido en cuenta por el Poder Judicial, quien desde un par de años a la fecha viene implementando políticas de debido acceso a la información, a la justicia e inclusión de personas con discapacidad. Para ello, ha dictado acordadas reglamentarias, en las cuales exige un lenguaje claro y sencillo de los operadores judiciales en el marco de un proceso judicial, como así también enfatiza la comprensión del mensaje a personas con diferentes tipos de discapacidad, previéndose la posibilidad de recurrir a recursos para su implementación (por ejemplo: intérpretes de lengua de señas, textos transcritos a braille, entre otros). Existe múltiple normativa nacional e internacional que obliga a las instituciones a garantizar el acceso de servicios a los grupos más vulnerables.

El modelo social de discapacidad nos impone realizar nuevas prácticas transversales, que contengan los ajustes necesarios y adaptaciones, que no se conviertan en una sobrecarga indebida para su cumplimiento. Para garantizar la igualdad de condiciones de las personas con discapacidad, necesariamente debe “diferenciarse para igualar”, en el sentido de que los ajustes deberán ser acordes a cada caso concreto, y otorgar apoyos para sobrellevar los déficits personales que le permitan a cada individuo desarrollarse con la mayor autonomía posible.

Otra observación derivada de los resultados de las encuestas, tuvo en cuenta las herramientas tecnológicas y sistemas informáticos utilizados, de manera improvisada, durante la pandemia Covid-19, a los fines de brindar el servicio de justicia en las condiciones sanitarias, legales, administrativas y judiciales en que se encontraba nuestro país. Se implementó un sistema virtual de procesamiento y seguimiento de causas, que permitía el trabajo de los operadores que se encontraban bajo la modalidad remota, por encontrarse exceptuados de asistir presencialmente a sus puestos de trabajo. Este sistema virtual se utilizó desde Marzo de 2020 hasta fines de Mayo de 2021.

A su finalización, y una vez retomado el trabajo presencial, el 31 de Mayo de 2021 se implementó un nuevo sistema informático digital con el objetivo de digitalizar las causas y contribuir a su despapelización. A pesar de las ventajas que, a primera vista, podría pensarse que tuviera, su puesta en marcha anticipada, sin contar con la totalidad de las funcionalidades informáticas habilitadas para su óptimo funcionamiento, derivó en una mayor demora en la tramitación de las

causas, viéndose sobrecargados los operadores judiciales. Particularmente, se perjudicó a los justiciables tanto por las dilaciones como por la imposibilidad material, de con los recursos existentes, realizar un seguimiento activo de las causas.

La falta de herramientas en el Poder Judicial se transforman en obstáculos para las personas con discapacidad si no puede garantizarse: el acceso a la información, a obtener una comunicación clara y simple, recibir un trato respetuoso, personalizado y sensible, acceder a la justicia, ser tratados en igualdad de condiciones. Si no se cuenta con las herramientas necesarias (educación, formación, capacitación, habilidades comunicacionales, recursos humanos, materiales, tecnológicos, etc.), o no se realizan los ajustes necesarios individuales, que cada caso requiere, durante la prestación del servicio, se incurre en discriminación, por no poder garantizarse un trato igualitario al resto de la población sin discapacidad.

Otra gran necesidad que surge en los procesos judiciales en los que intervienen personas con discapacidad, en especial en aquellos en los cuales se determine su capacidad jurídica, es la asunción de un rol más activo y oficioso de los operadores judiciales. Deben sumarse órganos de control en la aplicación de las leyes vigentes para garantizar su efectivo cumplimiento.

Para contribuir al postulado anterior, debe dotarse a cada área de mayores recursos presupuestarios para la implementación de las políticas públicas, a los fines de realizar los ajustes que fueran necesarios. Los magistrados (entiéndase en sentido amplio: jueces, asesores, defensores), deben contar con una estructura funcional adecuada para cumplir con sus roles. En algunos casos, cobra relevancia la tarea jurídica por encima de las necesidades reales de los usuarios, por la falta de medios administrativos que poseen para desenvolverse.

Debe otorgarse a cada sector, la cantidad suficiente de personal, para realizar tareas constantes y comprometidas con los casos concretos: revisión periódica de las causas, impulso de oficio, concentración de actos procesales y todo aquello que permita, a los más vulnerables, acceder a un resultado judicial en un plazo razonable y eficiente en protección de sus derechos. Ello implica el respeto de las reglas del debido proceso consagradas constitucionalmente, entre las cuales, los sujetos deben ser oídos para determinar sus derechos y obligaciones.

Se debe contar con equipos profesionales multi-inter y transdisciplinarios para el abordaje de la discapacidad como modelo social. Resulta necesario capacitar a los operadores estatales, y no gubernamentales, para que puedan realizar su labor desde un enfoque de derechos humanos intersectorial. La interdisciplina, en forma gratuita e independiente de los otros poderes del Estado, es imprescindible para garantizar la tutela judicial efectiva.

Por otro lado, en los procesos de determinación de la capacidad jurídica, podemos encontrarnos con las más variadas situaciones, no solo de salud de los causantes sino también patrimoniales. Esto, ya sea ante la carencia de patrimonio como ante su abundancia, dificulta, en ocasiones, el avance de las causas. Cuando el patrimonio abunda, suelen existir múltiples interesados en ser designados como apoyos de la persona con discapacidad, sean parientes o no, debido al beneficio o rédito que podrían obtener de dicha situación económica durante el desarrollo de sus actos de asistencia. O por el contrario, falta de interesados en cuidar a la persona con la intención de institucionalizarla en un hogar o clínica de salud mental. Por ello, y ante los abusos que podrían originarse, deben implementarse las debidas salvaguardias para prevenir los mismos, sin perder de vista que el proceso tramita siempre en beneficio de la persona con discapacidad, a quien debe oírse y tenerse en cuenta su voluntad, sin perjuicio de las medidas de protección que pudieran implementarse.

En cambio, cuando la persona sobre quien se va a determinar su capacidad, no cuenta con red familiar, afectiva o comunitaria de apoyo, sumado una situación económica modesta o de pobreza, mayores inconvenientes se generan para la Institución del Poder Judicial. Si bien no es el órgano encargado de implementar políticas públicas sociales o asistenciales, debe velar por los intereses de esta persona. Existen casos en que no hay persona alguna que pueda ejercer un rol de apoyo. Entonces se plantean diversas estrategias. El Poder Judicial de Mendoza, al igual que varios Poderes Judiciales o Políticos del resto del país, ha creado un registro de persona de apoyo integrado por voluntarios, que puedan cumplir esta función de asistencia, en los actos que específicamente la persona con discapacidad lo requiera y sean determinados en sentencia por el juez. Pero la realidad de nuestra provincia, es que los mismos no cobran adecuadamente y en algunos casos, no cobran, por la labor desarrollada. Al observar el resultado de la encuesta, se evidencia que sin desmerecer el esfuerzo realizado por el Poder Judicial, no ha sido el registro de apoyo una herramienta lo suficientemente

útil, sobretodo, ante problemáticas complejas de salud mental, cuando suele haber reticencia por la persona con discapacidad a ser asistida o controlada en sus acciones.

Cabe preguntarse, si existe una manera más eficiente en que el Poder Judicial de Mendoza pueda proteger a las personas con discapacidad ante la violación de sus derechos y si las salvaguardias establecidas en la práctica son suficientes. Como respuesta al interrogante y compartiendo lo sostenido por Mariano Laufer Cabrera, la defensa del acceso a la salud mental<sup>126</sup>, desde un enfoque comunitario y de derechos humanos depende de la labor diaria de todos los actores que participan en este campo, y fundamentalmente, de que la voz de las propias personas con discapacidad psicosocial sea oída cada vez más claramente por el colectivo social.

Es decir, debe existir un trabajo conjunto de todos los Poderes del Estado, de la mano de la correspondiente capacitación de todos sus agentes (educadores, judiciales, fuerzas de seguridad, medios de comunicación, personal de salud, etc), en la visión de la discapacidad desde los derechos humanos. Existen transversalidad y diseños universales que deben establecerse para poder brindar respuestas eficientes y eficaces. La sociedad también juega un rol importante en la inclusión, y no en la mera integración, de las personas con discapacidad, partiendo del respeto y la no discriminación en virtud de la diversidad.

Encontrándome comprendida en el trabajo de campo en el fuero de familia, como Secretaria de un Tribunal, tuve la intención con este trabajo, desde diversas ópticas, de reflejar la complejidad que la temática de los procesos de determinación de la capacidad jurídica plantea, y los graves errores cometidos en el ámbito del derecho, realizando una selección de un par de fallos judiciales renombrados, los que demuestran la violación de diversos derechos de personas con discapacidad mental y como los mismos, a lo largo de la historia, han sido discriminados y excluidos del pleno reconocimiento de su personalidad jurídica y ejercicio de su capacidad jurídica.

Sin dejar de tener una mirada crítica, e insuficiente, del abordaje que se brinda a las personas con discapacidad desde el Poder Judicial, intenté brindar humildes apreciaciones al analizar principalmente la parte práctica de la tesis (relevamiento de encuestas, fallo local), reconociendo

---

<sup>126</sup> KRAUT, A. T I *op. cit.* pp 457

también los esfuerzos que desde la Institución se han llevado a cabo, para contrarrestar algunas falencias, que en ocasiones, son ajenas a la misma (por ejemplo: falta de partidas presupuestarias suficientes).

Mucho queda por hacer como Institución, como miembro de ella, como sociedad para garantizar el derecho a las personas con discapacidad mental a ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que los demás. Se debe partir de que el concepto de igualdad supone incluir el derecho a ser diferente y a partir de allí, por supuesto, no discriminar a las personas en razón de su diversidad funcional. En consecuencia, no puede excluirse en la toma de las decisiones jurídicas y políticas a sus propios actores y tal como recita el lema que expusieron en el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en Naciones Unidas: “NADA SOBRE NOSOTROS SIN NOSOTROS”.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACORDADA N° 25684 SCJMZA (15/05/2014) *Aprobación del Convenio Específico entre el Poder Judicial de Mendoza y el Ministerio de Salud para el Procedimiento de Internaciones Hospitalarias por Ley de Salud Mental*

ACORDADA N° 28243 SCJMZA (01/08/2017) *Implementación de notificaciones accesibles para todo el Poder Judicial de Mendoza*

ACORDADA N° 28457 SCJMZA (24/10/2017) *Notificaciones accesibles para personas con discapacidad*

ACORDADA N° 29210 SCJMZA (30/04/2019) *Relevamiento de la Dirección de Derechos Humanos de grupos vulnerables (personas con restricción a la capacidad, salud mental, institucionalizaciones, etc.)*

ACORDADA N° 29167 SCJMZA (12/03/2019) *Creación Registro de Apoyos de Personas con Capacidad Restringida*

ACORDADA N° 29212 SCJMZA (30/04/2019) *Modificatoria de la Acordada N° 29167*

ACORDADA N° 29433 SCJMZA (29/11/2019) *Aplicación obligatoria en todo el territorio de la Provincia de la Ley 9120 (CPFyVF) a partir del 01/02/2020*

CARAMELO, G, HERRERA, M y PICASSO, S. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo I Título Preliminar y Libro Primero Artículos 1 a 400*. 2.ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.

CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. Y Legislación Complementaria. (2003). Compilado por Luis F. P. Leiva Fernández y actualizado por Redacción Anales de Legislación Argentina. Buenos Aires: La Ley. Congreso de la Nación Argentina. Aprobado por Ley 340.

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. República Argentina. (2015). Con prólogo de Aída Kemelmajer de Carlucci. 1.ª ed. Mendoza: EDIUNC. Congreso de la Nación Argentina. Aprobado por Ley 26994.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE LA PROVINCIA DE MENDOZA. Comentado, anotado y concordado con los Códigos Procesales de la Nación, San Juan y San Luis. Tomo II (2009). Coordinador Horacio C. Gianella. 1.ª ed. Buenos Aires. La Ley.

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2009). *Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos e informes de la oficina del alto comisionado y del secretario general. Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, A/HRC/10/48, 26/1/2009. Recuperado desde [A/HRC/10/48 09-10458 – Ohchr.](https://www.ohchr.org/)*

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, 11° período de sesiones, 30 de marzo a 11 de abril de 2014. *Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley*, CRPD/C/11/4. Recuperado desde [CRPD/C/11/4 – OHCHR](#).

COMISIÓN EUROPEA PARA LA COOPERACIÓN ENTRE EUROPA Y AMÉRICA LATINA. Programa para la cohesión en América Latina. Barreras, buenas prácticas/recomendaciones específicas para el trato de las personas que operan en el Sistema de Justicia hacia las personas con discapacidad. En: Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad. Propuestas para un trato adecuado. Colección Documentos de Política n° 2 Área Justicia. Recuperado desde [http://www.sia.eurosocial-ii.eu/files/docs/1396257787-Protocolo\\_Argentina\\_acceso%20a%20la%20justicia%20de%20personas%20con%20discapacidad.pdf](http://www.sia.eurosocial-ii.eu/files/docs/1396257787-Protocolo_Argentina_acceso%20a%20la%20justicia%20de%20personas%20con%20discapacidad.pdf).

CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA. Ley 23054. (Promulgada 19 de marzo de 1984). *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto San José de Costa Rica). Recuperado desde <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>.

CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA. Ley 23313. (Promulgada 6 de mayo de 1986). *Aprobación de los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo*. Recuperado desde <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/resaltaranexos/20000-24999/23782/norma.htm>.

CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA. (Promulgado 16 de octubre 1990). Ley 23849. *Convención de los Derechos del Niño*. Recuperado desde <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>.

CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA. Ley 25280. (Promulgada 31 de julio del 2000). *Aprobación de una Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*. Recuperado desde <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/63893/norma.htm>.

CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA. Ley 26061. *Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*. (Promulgada de Hecho el 21 de octubre del 2005). Recuperado desde <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/63893/norma.htm>.

CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA. (Promulgado 6 de junio 2008). Ley 26378. *Aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006*. Recuperado desde <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141317/norma.htm>

CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA. Ley 26657. (Promulgada 10 de diciembre del 2010). *Derecho a la Protección de la Salud Mental. Disposiciones complementarias. Derógase la Ley N° 22.914*. Recuperado desde <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/175977/norma.htm>.

CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA. (1994). Recuperado desde <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 31-8-2012, “*Furlan y Familiares vs. Argentina*”

CSJN, Fallos: 341:745. 10-07-2018, “*F., O. H. s/Artículo 152 ter*”.

CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. *Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*. Aprobada por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, en las que participaron las principales redes iberoamericanas de operadores y servidores del sistema judicial: la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana del Ombudsman y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados. Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008. Recuperado desde <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7034.pdf>.

KRAUT, A. (2020). *Derecho y Salud Mental: Una mirada interdisciplinaria*, 1° ed revisada. Santa Fe T. I y T. II: Rubinzal - Culzoni Editores.

KRASNOW, A. (2015) *Tratado de Derecho de Familia. Una introducción al estudio del Derecho de Familia*, 1° ed Ciudad Autónoma de Buenos Aires. T. I: La Ley.

LLAMBÍAS, J. (2001). *Tratado de Derecho Civil, Parte General, Nociones Fundamentales Personas*, 19.ª ed. Bs .As. t. I.

LORENZETTI, R. (Dir.) (2014). Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, t I, Coordinado por De Lorenzo, M. y Lorenzetti, P. 1.ª ed. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni Editores.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Recuperado desde [http://www.infoleg.gob.ar/?page\\_id=1003](http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=1003).

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. (2006). *Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CRPD/Pages/disabilitiesconvention.aspx>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2014). Observación General art. 12 de la *Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Recuperado de <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Recuperado desde <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. (1948). *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*. Recuperado desde <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (1995). *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*. Recuperado desde <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Recuperado de [https://www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/es/](https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/es/).

PALACIOS, A. (2000). Revista Quorum del Colegio De Abogados De Mar Del Plata. *Derecho a la igualdad y medidas de acción positiva*. Id Infojus: DACF010005. (Consultado el 6 de noviembre de 2016). Recuperado de <http://www.saij.gov.ar/agustina-palacios-derecho-igualdad-medidas-accion-positiva-dacf010005-2000-12/123456789-0abc-defg5000-10fcanirtcod>.

PALACIOS, A. (Consultado el día 22 de enero de 2018). Modelo de Discapacidad 2008. Recuperado de [https://es.m.wikipedia.org/wiki/Modelo\\_social\\_en\\_la\\_discapacidad](https://es.m.wikipedia.org/wiki/Modelo_social_en_la_discapacidad).

PEREZ PORTO, J., GARDEY, A. (Consultado el día 22 de enero de 2018). Definición de biopsicosocial. 2016-2017. Recuperado de <https://definicion.de/biopsicosocial/>.

PODER EJECUTIVO NACIONAL. Ley 17711. *Código Civil. Modificaciones*. (Publicada en el Boletín Oficial el 26 de abril de 1968). Recuperado desde <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verVinculos.do?modo=1&id=103603>.

PODER EJECUTIVO NACIONAL. Ley 10903. *Código Civil. Patronato de Menores*. (Publicada en el Boletín Oficial el 27 de octubre de 1919). Recuperado desde <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=103606>.

PODER EJECUTIVO NACIONAL. Ley 22431. *Sistema de Protección Integral de los discapacitados* (Sancionada y Promulgada Buenos Aires 16/03/1981).

PODER EJECUTIVO NACIONAL. Ley 24901. *Sistema de Prestaciones Básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad*. (Sancionada 05/11/1997. Promulgada 02/12/1997).

PODER EJECUTIVO NACIONAL. Ley Nacional de Salud Mental N° 26657 (Promulgada por la Presidenta de la Nación Cristina Fernandez de Kirchner el 2 de Diciembre de 2010, Publicada en el Boletín Oficial N° 32041 el 3 de Diciembre de 2010. Extraída de la Edición del Ministerio de Salud Presidencia de la Nación Año 2011).

PODER LEGISLATIVO PROVINCIAL. Ley 9120 Código Procesal de Familia y Violencia Familiar (Sancionado 15/11/2018. Promulgado 20/11/2018. Publicado en Boletín Oficial 21/11/2018. Entrada en vigencia 21/12/2018. Entrada en vigencia para toda la Provincia 01/02/2020- Acordada 29433. Cita Online: AR/LEGI/9NUB

RED DE ASISTENCIA LEGAL Y SOCIAL. (Consultado el 21 de enero de 2108). Recuperado de <https://www.rals.org.ar/el-indec-sale-a-relevar-cuantas-personas-con-discapacidad-hay-en-la-argentina/#:~:text=Seg%C3%BAn%20los%20datos%20del%20C3%BA%20tmo,dificultades%20de%20las%20m%C3%A1s%20variadas>.

RESOLUCIÓN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN N° 496/23 (11/04/2023) *Creación del Registro Nacional de Facilitadores de la Comunicación para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad- RENAFAJU-*. Recuperado desde <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-496-2023-381934/texto>.

RESOLUCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE LA PROVINCIA DE MENDOZA N° 53/22 (04/03/2022) *Capacitación del personal en Lengua de Señas*.

RESOLUCIÓN DEL MINISTERIO DE SALUD DE LA PROVINCIA DE MENDOZA N° 002035 (28/10/2016) que aprobó el *Procedimiento de Internaciones Involuntarias* establecido mediante RP N° 28213 y Acordada 25684.

RESOLUCIÓN DE LA ONU 46/119 *Principios de las Naciones Unidas para la Protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental* (NO.49. 17 de Diciembre Año 1991) integrantes de la Ley 26657.

RESOLUCIÓN DE LA SCJMZA N° 28213 en concordancia con Acordada N° 25684. *Dispone Procedimiento para las Internaciones Hospitalarias*. Descarga web de los formularios en: <http://www.jus.mendoza.gov.ar/> Guía de trámites/Formularios de interés/Internaciones hospitalarias

RESOLUCION DE LA SCJMZA N° 34178 (09/11/2016) *Aprobación del Procedimiento de Notificaciones Electrónicas entre los Efectores de Salud (Resolución N° 002035) y los Juzgados de Familia*.

ROSALES, P. (2012). *Discapacidad, Justicia y Estado. Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad*. Coordinado por Jorge, E. y D'Ugo, G. 1.ª ed. Bs. As.: Infojus.

SECRETARÍA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. (2014). *Sistematización de normativa sobre Discapacidad*. Recuperado desde <http://www.jus.gob.ar/media/836248/Sistematizacion%20de%20Normativa%20sobre%20Discapacidad.pdf>.

VARGAS LIMA, A. (2019). *Bloque de constitucionalidad y desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad en Bolivia*. *Estudios constitucionales*, 17(1), 363- 396. Doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002019000100363>.