

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA ARGENTINA

“Santa María de los Buenos Aires”

Facultad Teresa de Ávila

CARRERA DE ESPECIALIZACION EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**“LA INCONSTITUCIONALIDAD-INCONVENCIONALIDAD DE
LA RESTRICCION DE LOS DERECHOS PERSONALISIMOS
“DERECHO A LA VIDA FAMILIAR” EN LOS PROCESOS DE
RESTRICCION A LA CAPACIDAD”**

ALUMNA: BUTUS, MARIA JOSE

COHORTE: 2017/2018

INDICE

INTRODUCCION.....	4
EVOLUCION HISTORICA DE LA CAPACIDAD.....	6
Modelo de la Prescendencia.....	6
Modelo Rehabilitador.....	6
Modelo Social de la Discapacidad.....	8
EVOLUCIÓN DEL MARCO NORMATIVO LEGISLATIVO	
CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL SOBRE LA DISCAPACIDAD....	10
Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.....	16
CAPACIDAD COMO DERECHO HUMANO.....	20
Capacidad Jurídica y evolución de su tratamiento en los procesos judiciales en el Código Civil de Vélez Sarsfield y en el Código Civil y Comercial Vigente.....	23
Capacidad jurídica en el Código de Vélez Sarsfield y la Ley 17.711.....	24
Capacidad Jurídica en el Código Civil y Comercial.....	26
Restricción a la Capacidad y Declaración de Incapacidad.....	32
¿Cuál es el propósito o fin de la restricción?.....	34
DERECHO AL IGUAL RECONOCIMIENTO COMO PERSONA ANTE LA LEY.....	35
¿QUE SON LOS DERECHOS PERSONALISIMOS?.....	36
El Derecho Internacional tuitivo de los derechos de la personalidad.....	36
DERECHO A LA VIDA FAMILIAR.....	39
La protección específica del hogar, la familia y el derecho a contraer matrimonio	39
El Derecho a contraer matrimonio.....	43

Reconocimiento de hijo.....	47
El Ejercicio de la Responsabilidad Parental.....	49
Análisis jurisprudencial de nuestra provincia sobre el tema en desarrollo.....	51
CONCLUSION.....	61
BIBLIOGRAFIA.....	63

INTRODUCCION

En el presente trabajo me enfocaré en dar cuenta de la inconstitucionalidad de la restricción de los derechos personalísimos, en relación a los derechos a la vida familiar, entre ellos el derecho a contraer matrimonio, reconocer hijos y ejercer la responsabilidad parental, de las personas con discapacidad que se encuentran transitando un proceso de restricción a la capacidad.

Advirtiendo que en la mayoría de los procesos de restricción se dictan sentencia restringiendo los mencionados derechos en abstracto, de antemano o por las dudas, no resultando ser un traje a medida, pues no tienen en cuenta la realidad por la que están atravesando las personas en el caso concreto, no respetando la voluntad y las preferencias de la persona, o incluso siendo un sinsentido, con una finalidad protectoria o paternalista devenida del modelo tutelar o médico-rehabilitador.

Para comenzar con el desarrollo de mi trabajo realizaré en un primer lugar una evolución histórica de la concepción de la discapacidad desde el modelo de la prescindencia, pasando por el modelo médico-rehabilitador, hasta la concepción actual basada en el modelo social de discapacidad. Para éste último, la persona con discapacidad es útil para la sociedad, puede aportar algo y considera que la discapacidad es producto de la interacción entre las barreras sociales y la deficiencia, encontrando las dificultades en el entorno social.

Luego realizare un análisis del marco normativo constitucional y convencional existente en la materia, principalmente la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, y los principios que rigen.

Asimismo me explayaré sobre la evolución normativa en nuestro país –desde el Código de Vélez al Código Civil y Comercial-, que es consecuencia de la evolución de los diferentes modelos y por sobre todas las cosas de la ratificación e incorporación a nuestro país de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Es con la sanción del Código Civil y Comercial que se comienza a marcar la diferencia en los procesos de restricción a la capacidad, no obstante aún permanecer en muchos casos esa impronta protectoria paternalista del modelo hegemónico o médico-rehabilitador.

Da cuenta de ello, que aún en nuestra provincia, si bien ha evolucionado con relación a algunos derechos (en general no se restringe el derecho electoral), se restringen los derechos a la vida familiar, entre ellos, el derecho a contraer matrimonio, reconocer hijos y ejercer la responsabilidad parental. En la mayoría de los casos se trata de restricciones en abstracto, de antemano o por las dudas o un sinsentido directamente (criterio paternalista).

Para demostrar ello expondré algunas sentencias de la provincia donde restringen los mencionados derechos y también fallos que por instancia de apelación han revocado la sentencia donde se restringían los derechos mencionados, cumpliendo ello con los principios constitucionales y convencionales de que todos somos iguales ante la ley y tenemos los mismos derechos.

Se trata de derechos fundamentales de la persona, que su ejercicio y la libertad de ejercerlos hacen a la dignidad de esa persona, le corresponden por el simple motivo de ser persona. La capacidad jurídica con la Convención de las personas con discapacidad dejó de ser considerada un atributo de la personalidad para ser considerada un verdadero derecho humano.

Todos tenemos capacidad jurídica independientemente de que nuestra capacidad mental sea diferente y ello no puede ser desconocido, sobre todo por las personas que tienen el poder y la facultad de restringir la capacidad, que en éstos casos y en Argentina, la capacidad de una persona sólo puede ser restringida por un juez a través de una sentencia judicial.

EVOLUCION HISTORICA DE LA CAPACIDAD

En éste punto considero importante destacar tres modelos: el modelo de la prescindencia, el modelo rehabilitador y el modelo social de la discapacidad.

Modelo de la Prescindencia:

Este modelo parte de la base de dos presupuestos, la justificación religiosa de la discapacidad, y la consideración de que la persona con discapacidad no tiene nada que aportar a la comunidad¹. En cuanto al primero de los presupuestos refiere a que las causas de las discapacidad son religiosas, ya sea por un pecado que han cometido sus progenitores o bien porque es producto de una advertencia de los dioses que dan cuenta de que se ha roto la alianza y se avecina una catástrofe. En lo que refiere al segundo presupuesto, parte de la base de que la persona con discapacidad no es productiva, es decir no tiene nada para aportar a la sociedad, considerando a su vez que es una carga que deben sobrellevar los padres o la comunidad.

Asimismo, Agustina Palacios sostiene que es posible distinguir dentro de éste modelo de la prescindencia dos sub-modelos: el eugenésico y el de la marginación. En el primero de ellos se considera que la persona con discapacidad es un ser que su vida no vale la pena ser vivida, por lo tanto de ésta manera recurrían al infanticidio del niño o niña que nacía con una discapacidad, es decir ese era el fundamento para prescindir de esa persona (eliminarla). En el caso del segundo de ellos se recurría a la exclusión, ya sea por subestimar a las personas con discapacidad y considerarlas objeto de compasión, o como consecuencia del temor o el rechazo por considerarlas objeto de maleficios o la advertencia de un peligro inminente.

Modelo Rehabilitador

¹ Agustina Palacios "El Modelo Social de Discapacidad: origen, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, págs. 37, Ed. CINCA. Año 2008

A diferencia del modelo de prescindencia, en éste las causas de la discapacidad ya no son consideradas religiosas, sino que son científicas, se refiere a la discapacidad como una enfermedad. También se diferencia del modelo de prescindencia porque las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles, sino que por el contrario se entiende que pueden aportar algo a la sociedad, en la medida de que puedan normalizarse o rehabilitarse².

Este modelo se consolida en el siglo XX, no obstante si bien con anterioridad había comenzado a gestarse, es con la segunda guerra mundial (por los soldados heridos en guerra y las catástrofes) que nace el movimiento médico y la psicología de la rehabilitación, debido a la necesidad de recuperar, de volver las cosas al estado anterior.

En virtud de que se considera que la diversidad funcional es una enfermedad, ocasionada por causas naturales o biológicas, se tiende a que la situación pueda modificarse, es decir, que la persona se recupere, se rehabilite, mejore la calidad de vida, cuente con herramientas de prevención y tratamientos de rehabilitación, debido a los avances científicos y tratamientos médicos. Recurren para ello a la educación especial y a la práctica de la institucionalización de la persona.

Por lo antes dicho, y al hacer foco en su diversidad funcional –es decir en las actividades que la persona no puede realizar- éste modelo adopta una postura paternalista, tutelar, de protección. El medio de subsistencia de la persona pasa a ser la asistencia social, en aquellos casos en que la persona no tenía capacidad para trabajar como así también en aquellos casos que debido a la subestimación por parte de la sociedad eran excluidos del mercado laboral, aunque fueran plenamente capaces para un desempeño laboral. Debido a ello, y en respuesta a la discriminación laboral que recibían las personas con discapacidad, surge el empleo protegido -a través de centros especiales, empresas protegidas o centros ocupacionales.

En el modelo de la prescindencia si un niño o niña nacía con discapacidad se recurría al exterminio, en cambio en éste modelo, como se centran en su discapacidad, es decir considerando que no son normales, se busca su rehabilitación, que se normalicen. Recurriendo para ello, además de los tratamientos médicos, a una herramienta esencial como

² Agustina Palacios “El Modelo Social de Discapacidad: origen, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, págs. 66, Ed. CINCA. Año 2008

lo fue la educación especial y a la práctica de la institucionalización, a fin de ocultar la discapacidad. Con ésta respuesta que se daba se veían vulnerados sus derechos a gozar del cariño de su familia, de jugar con otros niños y niñas de su edad, etc.

La práctica de la institucionalización en éste modelo se realizaba a los fines de evitar una carga social, en la creencia de la rehabilitación de la persona con una diversidad funcional, sobre todo en aquellas personas que padecían una discapacidad mental, práctica a la que se recurría porque se sostenía que esa persona no podía cuidarse por sí sola, quienes eran institucionalizadas aún en contra de su voluntad, de esa manera ya no tenían el control de sus vidas, viéndose vulnerados su derecho a la libertad, como así también muchísimos otros derechos básicos (derecho a ejercer la maternidad, a contraer matrimonio, derecho a un trabajo remunerado –debido a que trabajaban en la institución sin contraprestación alguna-, a la dignidad, a la intimidad, a la privacidad, a poder elegir el tratamiento a realizar, etc.), muchos de los cuales aún en la actualidad continúan vulnerándose.

En éste modelo el médico es el actor principal, es quien determina si la persona sufre una diversidad funcional, cuál es su diagnóstico y el tratamiento a seguir, si tiene que ser institucionalizada o no, y por ende es quien termina decidiendo sobre los derechos de la persona, sobre cómo tiene que transcurrir su vida. Se trata de un modelo en el que el derecho a la igualdad se encuentra vulnerado, atento a que lo que se busca es que la persona se recupere, se normalice, sea idéntico a las “personas normales” (ya que son el “modelo a seguir”) y en caso de no conseguir dicho objetivo su destino es el ocultamiento a través de la institucionalización.

Modelo Social de la Discapacidad

El modelo social tiene sus inicios a finales de la década de los años sesenta del siglo XX, en Estados Unidos a través del movimiento de “Vida Independiente”³ y en el Reino Unido –que tomaron como base el modelo de Vida Independiente⁴.

Nace como una respuesta, es decir, en rechazo a los fundamentos vertidos por el modelo rehabilitador donde la discapacidad venía siendo considerada como un cuerpo o una mente defectuosa. La diversidad funcional individual o anormalidad implicaba dependencia de la familia y de los servicios de asistencia social, muchos de los cuales debían brindarse en instituciones especializadas. En consecuencia, en respuesta a ello, las personas con discapacidad —en particular aquellas que vivían en instituciones residenciales— tomaron la iniciativa e impulsaron sus propios cambios políticos.

Agustina Palacios sostiene que los presupuestos fundamentales de éste modelo son dos: a) el primero de ellos implica que las causas de la discapacidad ya no son religiosas o científicas, sino que en éste modelo las causas son sociales, o preponderantemente sociales, es decir, son barreras sociales, las limitaciones se encuentran en la sociedad, ya sea para prestar servicios adecuados o para asegurar que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta. B) El segundo presupuesto refiere a que las personas con discapacidad tienen mucho que aportar a la sociedad. *“De este modo, partiendo de la premisa de que toda vida humana es igualmente digna, desde el modelo social se sostiene que lo que puedan aportar a la sociedad las personas con discapacidad se encuentra*

³ El movimiento de Vida Independiente tiene su origen en EEUU, fue fundado por Ed Roberts –quien tenía una discapacidad “severa” y le habían advertido que no terminaría sus estudios-. El no sólo terminó sus estudios en la Universidad que él consideró que cubriría sus expectativas para su formación profesional sino que también logró que otros chicos con discapacidad comenzaran sus estudios. Es quien redefine el concepto de independencia en un modelo que aún era considerado rehabilitador, considerando la independencia “como el control que una persona tiene sobre su propia vida”, es decir la calidad de vida que una persona podía obtener con asistencia y, no cuantas tareas puede realizar la persona sin asistencia. Fue así como las propias personas con discapacidad —el autodenominado “movimiento de vida independiente”— asumieron que quienes mejor conocían las necesidades de las personas con discapacidad no eran los médicos o enfermeras, sino las propias personas con discapacidad. Se establecieron algunos de los nuevos principios que los iban a guiar: independencia, autosuficiencia, transversalidad y la discapacidad como un problema social. El movimiento se extendió como modelo a muchos países y tuvo mucha influencia en el desarrollo de políticas legislativas sobre discapacidad. (Agustina Palacios “El Modelo Social de Discapacidad: origen, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, págs. 109 y ss., Ed. CINCA. Año 2008

⁴ El objetivo perseguido en el Reino Unido era que las personas que estaban institucionalizadas pudieran elegir su lugar en donde vivir (a diferencia de lo que sucedió en EEUU que iniciaron su vida independiente estudiando en la universidad).

íntimamente relacionado con la inclusión y la aceptación de la diferencia”. (Agustina Palacios “El Modelo Social de Discapacidad: origen, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, págs. 104, Ed. CINCA. Año 2008).

Debido a que las causas que originan la discapacidad son sociales, las soluciones y respuestas deben estar dirigidas a toda la sociedad, y no al individuo con discapacidad o deficiencia (como lo era en el modelo rehabilitador). Esto implica que se busquen las herramientas para que la sociedad afronte las necesidades de todas las personas y no en tratar de “normalizar” a la persona que tiene la deficiencia.

A diferencia de los modelos anteriores, aquí la vida de las personas con discapacidad tiene el mismo valor que las demás personas consideradas “normales”, por lo tanto se las debe aceptar tal cual son. Ello está relacionado con la inclusión y la aceptación de la diferencia, teniendo como objetivo destacar cuáles son sus capacidades. En consecuencia, y a diferencia del modelo rehabilitador, las niñas y niños con discapacidad deben tener las mismas oportunidades de desarrollo que las niñas y niños sin discapacidad, y la educación debe tender a ser inclusiva —adaptada a las necesidades de todos y todas— como regla, reservándose la educación especial como última medida. Las respuestas sociales, se basan en la búsqueda de la inclusión a través de la igualdad de oportunidades. A dichos fines se presentan una serie de medidas, entre las que se destacan la accesibilidad universal, el diseño para todos y todas, la transversalidad de las políticas en materia de discapacidad, entre otras.

EVOLUCIÓN DEL MARCO NORMATIVO LEGISLATIVO CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL SOBRE LA DISCAPACIDAD

Me parece importante destacar que la protección de las personas con discapacidad tiene rango constitucional desde la reforma de 1994. La Constitución Nacional⁵ establece en su art. 75 inc. 23, entre las atribuciones del Congreso “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por ésta Constitución y por los tratados internacionales

⁵ En adelante CN.

vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...”.

La discapacidad también se encuentra contemplada en otros documentos y Tratados de Derechos de Derechos Humanos. Se puede mencionar a dos instrumentos importantes, y que constituyeron los primeros indicios del paso de un criterio rehabilitador a uno social, superando un enfoque asistencialista para comenzar a hablar de derechos. El primero de ellos data del 20 de diciembre de 1971, aprobado por la Asamblea General y es la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental. Comienza afirmando que éstas personas deben gozar de los mismos derechos que los demás seres humanos (art. 1) y enumera los derechos que revisten importancia, como ser la educación, la capacitación y la rehabilitación y por otro lado advierte contra la posibilidad de que la mera incapacidad de ejercicio pleno de los derechos origine la eliminación completa de dichos derechos.⁶ El otro instrumento es la “Declaración de los Derechos de los Impedidos”, aprobado por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1975. La Declaración afirma que el impedido tiene los mismos derechos civiles y políticos que los demás seres humanos y a que se tomen las mismas medidas destinadas a permitirle lograr la mayor autonomía posible. En ambos instrumentos comienza a manifestarse una protección a las personas con discapacidad desde su calidad de titulares de derechos, y desde la consideración de que el ejercicio de dichos derechos debe ser ejercido en condiciones de igualdad y en respeto de su autonomía como sujetos morales.⁷

Otro documento y que fue aprobado por Argentina fue el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, sancionado por la Asamblea General de la ONU el 3 de diciembre de 1982, menciona la participación plena de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, como así también mejorar las condiciones de vida, en particular en cuanto a su situación económica y social.

En 1990, se reúne en Caracas, Venezuela la “Conferencia sobre reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina” que dicta la “Declaración de Caracas” entre cuyos términos –orientados a la revisión de las prácticas terapéuticas y fundamentalmente,

⁶ Agustina Palacios – Silvia Eugenia Fernández – María Graciela Iglesias “Situaciones de Discapacidad y Derechos Humanos” pág. 14 Ed. La Ley. Año 2020.

⁷ Ídem.

de la internación-, concluyó destacando la necesidad "...que los recursos, cuidados, y tratamientos provisionales deben: a) salvaguardar, invariablemente, la dignidad personal y los derechos humanos civiles, b) estar basados en criterios racionales y técnicamente adecuados, c) propender a la permanencia del enfermo en su medio comunitario (...) que las legislaciones de los países deben ajustarse de manera que: a) aseguren el respeto de los derechos humanos y civiles de los enfermos mentales, b) promueven la organización de servicios comunitarios de salud mental que garanticen su cumplimiento..." (puntos 3 y 4 de la Declaración)⁸.

En 1991 se aprobaron los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, conocido como los "Principios de Salud Mental". El instrumento se centra en las libertades fundamentales y los derechos básicos de las personas con discapacidad mental en el principio 1º, destacando expresamente que *"tendrán derecho a ejercer todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos pertinentes (...)"*.

Otro es la Declaración de Cartagena de Indias sobre Políticas Integrales para las Personas con Discapacidad en el área Iberoamericana, de 1992, y Argentina fue uno de los países firmantes. En la misma los Estados firmantes se comprometen a diseñar y ejecutar políticas integrales y coherentes con vistas a prevenir la aparición de deficiencias. Asimismo prevé obligaciones estatales en cuanto a la disponibilidad de recursos, servicios y medidas específicas de rehabilitación y atención integral.

También se puede afirmar que previo a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad⁹ en 2006, la mayoría de los Tratados de Derechos Humanos, si bien no tienen una especificación en materia de discapacidad, la totalidad de dichos instrumentos son plenamente aplicables a las Personas con discapacidad.

⁸ Jorge H. Alterini. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético. 2da Edición actualizada y aumentada. Tomo I arts. 1 a 224. Pág. 290. Ed. La Ley. Año 2016.

⁹ En adelante CDPD.

Entre los Tratados se puede mencionar: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI)¹⁰; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (art. 12.1)¹¹; Convención Americana de los Derechos del Humanos (Pacto de San José de Costa Rica art. 4 y 5)¹²; el Protocolo de San Salvador (art. 10 y 18)¹³; la Convención de los Derechos del Niño (art. 23 y art. 25).

También en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y en la Convención de los Derechos del Niño. En todos los casos hay referencias a los principios de igualdad y no discriminación, que obliga a los Estados firmantes a tomar medidas para eliminar cualquier trato degradante o segregación que pudieran sufrir las personas con discapacidad, como así también un compromiso para que puedan acceder a todos los servicios necesarios, educación, trabajo, beneficios de la seguridad social etc.

Con relación al Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité del Pacto ha formulado la Observación General N°5 denominada “Las personas con discapacidad”, en la cual se analiza la perspectiva de la discapacidad en relación con cada uno de los derechos recogidos en el pacto.

¹⁰ Artículo XI. – Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad. Se puede consultar en el siguiente link: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_02_declaracion_americana_derechos_hombre.pdf

¹¹ Artículo 12.1: “Los Estados partes en el presente Pacto, reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental...”. Se puede consultar en el siguiente link: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_07_derechos_economicos_sociales_culturales.pdf.

¹² Artículo 4 “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida...”. Artículo 5 “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral...” https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_10_convencion_americana_ddhh.pdf.

¹³ Artículo 10 el “derecho a la salud”: “1. Toda persona tiene derecho a la salud entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social...” y en el art. 18 “Protección de los minusválidos”: “Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene el derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad”. Se puede consultar en el siguiente link: <https://cdh.defensoria.org.ar/normativa/protocolo-adicional-a-la-convencion-americana-sobre-derechos-humanos-en-materia-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales-protocolo-de-san-salvador-6/>.

La Convención de los Derechos del Niño brinda protección en su art. 2 al establecer la obligación general de los Estados Partes de respetar los derechos enunciados en el tratado sin discriminación, donde especifica el motivo de discapacidad y en especial en su art. 23 se ocupa específicamente de los derechos de niños y niñas con discapacidad¹⁴.

El 6 de julio de 1999, se sancionó la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad¹⁵. Establece en su art. 1 diversas definiciones:

1. Discapacidad: El término "discapacidad" significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

2. Discriminación contra las personas con discapacidad:

a) 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,

¹⁴ La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, art. 23: "1. Los Estados Partes reconocen 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. 2. 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 y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él. 3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo 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 y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible. 4. 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."

¹⁵ Sancionada por la asamblea de la Organización de los Estados Americanos celebrada en Guatemala y aprobada en nuestro país por Ley N° 25.280, publicada en el Boletín Oficial el 04/08/2000.

goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

b) 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 la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación.

Si bien todos los tratados existentes abarcaban a todos los seres humanos, solo la Convención de los Derechos del Niño, en su art. 23 hizo una mención expresa a la personas con discapacidad, como lo explique anteriormente. Ello y sumado a otras razones hicieron necesario la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, ratificada por Argentina por Ley 26.378, publicada en el Boletín Oficial el 9 de junio de 2008 y con rango constitucional desde el año 2014 por Ley N° 27044 (art. 75 inc., 22 CN).¹⁶

Debo resaltar que nuestra Constitución Nacional en su art. 75 inc. 22 establece que los Tratados de Derechos Humanos, "...tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los

¹⁶ El art. 75 establece que corresponde al Congreso: inc. 22 "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 Cruelles, 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 del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional."

derechos y garantías por ella reconocidos...”. En éste sentido los derechos reconocidos en los tratados constituyen un plus que se adiciona a los declarados en el orden interno. Si el alcance de esos derechos fuese menor, prevalece el derecho interno, o, por el contrario, el del tratado que otorgue mayor protección.¹⁷

Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad

El propósito de la Convención es “...promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente...” (art. 1 primer párrafo). Desde los principios de dignidad inherente y de no discriminación persigue como objetivo adaptar las normas de los Tratados de Derechos Humanos al contexto de la Discapacidad.

Refleja el modelo social de discapacidad y reconoce el carácter dinámico del concepto discapacidad, al establecer en su Preámbulo, en el inc. e, 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.*”. Parte de la idea de que discapacidad es la interacción entre una diversidad funcional individual (deficiencia) y una barrera, no existiendo una persona naturalmente discapacitada, sino que tal situación se produce por un entorno y por actitudes discriminatorias que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Por otro lado el art. 2 de la Convención establece la definición de “discriminación por motivos de discapacidad” entendiéndolo por ello que es “*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 condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos políticos, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Esto incluye todas las formas de discriminación, y, entre ellas,*

¹⁷ María Angélica Gelli. “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada. Tomo II. Artículos 44 a 129”. pág. 227. Ed. La Ley. Año 2013.

la denegación de ajustes razonables.” Mientras que define lo que entiende por ajustes razonables “Por “ajustes razonables” se entenderán 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 libertades fundamentales.”

La Convención establece como principios generales: a) el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) la no discriminación; c) la participación y la inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y de la condición humana; e) la igualdad de oportunidades; f) accesibilidad; g) la igualdad entre el hombre y la mujer; h) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y su derecho a preservar su identidad (art. 3).¹⁸ Estos principios son de suma importancia a la hora de elaborar políticas, interpretar o aplicar sus cláusulas, como también indagar en los derechos y las obligaciones que la convención establece.

Los tres principios o valores que establece el inciso a) se encuentran íntimamente relacionados: dignidad, autonomía e independencia. La dignidad humana es la piedra fundamental sobre la que se asientan los derechos humanos. Refuerza la idea de que las personas con discapacidad tienen un papel en la sociedad que hay que atender con absoluta independencia de cualquier consideración de utilidad económica y/o social.

Los incisos engloban cuatro principios: la no discriminación (inc. b); la participación y la inclusión plena y efectiva en la sociedad (inc. c); el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y de la condición humana (inc. d); la igualdad de oportunidades (inc. e). Son diferentes facetas de la idea de igualdad. El principio de igualdad implica asumir que todas las personas poseen un valor intrínseco inestimable y son intrínsecamente iguales en lo que se refiere a su esencia, más allá de cualquier condición o diversidad física, mental, intelectual o sensorial. No obstante

¹⁸ Juan Antonio Seda “Discapacidad y Derechos. Impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” pago. 42, Ed. Jusbaire. Año 2018.

ello, las personas con discapacidad se encuentran imposibilitadas de participar en muchas actividades en una vida en sociedad y que las eliminan de la vida diaria, como ser educación, trabajo, familia, interacción social, etc.

La convención asume una concepción amplia de igualdad, es decir, no implicando un simple trato de no discriminación (igualdad formal), sino que asume la igualdad de oportunidades, que muchas veces requieren de medidas activas (igualdad material) que necesariamente debe pasar por el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana.

El otro principio que se encuentra en la Convención es el de la accesibilidad universal (inc. g). Las barreras que enfrentan las personas con discapacidad a la hora del ejercicio de sus derechos son la consecuencia del diseño de una sociedad pensada solo para una persona estándar, es decir, una persona sin discapacidad. Para eliminar éstas barreras, la CDPD brinda algunas estrategias, que requieren de una mirada amplia e inclusiva de la diversidad humana. La principal estrategia es la accesibilidad universal, que es la condición que garantiza que todas las personas puedan, accedan y participen. Es una condición que se encuentra implícita para el ejercicio de los derechos, que forma parte del contenido esencial de cada uno de los derechos¹⁹.

Para alcanzar ésta condición de accesibilidad se cuenta con dos estrategias complementarias. El diseño universal y los ajustes razonables. El diseño universal consiste en concebir o proyectar, desde el origen, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas. Mediante la técnica del diseño universal (medio, instrumento) se aspira a la realización de la accesibilidad universal (fin). Mientras que los ajustes razonables son aquellas medidas destinadas a adaptar el entorno a las necesidades específicas de ciertas personas que, por diferentes causas, se encuentran en una situación especial, que no ha podido ser prevista a través del diseño universal. Estas medidas tienden a facilitar la participación en igualdad de condiciones.²⁰

¹⁹ Agustina Palacios – Silvia Eugenia Fernández – María Graciela Iglesias “Situaciones de Discapacidad y Derechos Humanos” pág. 26/28 Ed. La Ley. Año 2020.

²⁰ Ídem.

Entonces, teniendo en cuenta lo anterior, se puede decir que la accesibilidad sería la situación a la que se aspira; el diseño universal una estrategia a nivel general y previa, para alcanzarla; y los ajustes razonables una estrategia a nivel particular, cuando la prevención del diseño universal no llega a asegurar la accesibilidad. Estos conceptos se encuentran principalmente desarrollados en el ámbito de la accesibilidad arquitectónica y comunicacional; pero respecto de la accesibilidad actitudinal, se hace necesario sumar una estrategia a la hora de aspirar a la accesibilidad universal: los sistemas de apoyo.

El modelo de apoyos estipulado en la CDPC parte de la premisa de que la persona no necesita una medida de protección que le prive del ejercicio de su capacidad jurídica, sino que lo que requiere es de medidas de promoción, destinadas a proporcionar la asistencia necesaria para potenciar el ejercicio de dicha capacidad jurídica. Ello supone crear y/o adaptar herramientas que garanticen la accesibilidad al ejercicio de la capacidad jurídica, es decir, a la toma de decisiones en nombre propio con los apoyos necesarios en virtud de sus necesidades específicas.²¹

Otro de los principios es el de la igualdad entre el hombre y la mujer, que en el caso de las mujeres con discapacidad, los derechos corren el riesgo de ser objeto de restricciones, limitaciones o vulneraciones, que son la consecuencia de una discriminación estructural e interseccional, por ende, este principio implica la obligación de adoptar medidas a fin de garantizar el disfrute pleno y en igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales.

El último de los principios es el relativo al respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad. Los niños, niñas y adolescentes, de manera gradual, van adquiriendo edad y madurez, van adquiriendo la capacidad jurídica para ejercitar sus propios derechos. Pero en el caso de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad, existe una mayor limitación en el ejercicio autónomo de sus derechos.

Para ir entrando al tema a desarrollar en el presente trabajo “la capacidad jurídica y la restricción a la capacidad” se puede decir que la aprobación de la CDPD ha impuesto el

²¹ Ídem.

mayor estándar de derechos humanos en materia de capacidad jurídica, en especial con la incorporación de su art. 12.

CAPACIDAD COMO DERECHO HUMANO

La capacidad, en términos generales, es la aptitud de la persona para ser titular de derechos, adquirir obligaciones y ejercer dichos derechos por sí misma.

La capacidad ha dejado de ser entendida como un atributo de la personalidad, tal como lo consideraba la doctrina civil tradicional. Actualmente, la concepción de la capacidad como principio, la naturaleza excepcional o restrictiva de sus limitaciones y la defensa de su ejercicio personal están a tono con la concepción que la capacidad jurídica ha adquirido en los últimos tiempos en los planos jurídicos, en especial del derecho internacional de los derechos humanos, configurándose como un verdadero derecho humano.

Tal como se establece en la Observación General N° 1 sobre el art. 12 CDPD, dictada por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, "... La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad especifican que el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley es operativo 'en todas partes'. En otras palabras, con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos no hay ninguna circunstancia que permita privar a una persona del derecho al reconocimiento como tal ante la ley, o que permita limitar ese derecho. Esto se ve reforzado por el artículo 4°, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que no es posible suspender ese derecho ni siquiera en situaciones excepcionales (...) El artículo 12 de la CDPD afirma que todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica.

Esa capacidad ha sido negada de forma discriminatoria a muchos grupos a lo largo de la historia, como las mujeres (sobre todo al contraer matrimonio) y las minorías étnicas. Sin embargo, las personas con discapacidad siguen siendo el grupo al que más comúnmente se le niega la capacidad jurídica en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo. El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe

mantenerse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. La capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y adquiere una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones fundamentales con respecto a su salud, su educación y su trabajo. En muchos casos, la negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad ha hecho que se vean privadas de muchos derechos fundamentales, como el derecho de voto, el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad”.

El Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas afirma que la capacidad jurídica excede la posibilidad de tomar decisiones por sí o por una tercera persona; guarda relación con el ser persona; de allí que las restricciones a la capacidad deben valorarse con mucho cuidado y criterio excepcional, por restringir un derecho humano: una limitación total de la capacidad jurídica por la sola existencia de una discapacidad intelectual o psicosocial viola los principios de la convención de Naciones Unidas (Agustina Palacios - Silvia Eugenia Fernández - María Graciela Iglesias. "Situaciones de discapacidad y Derechos Humanos. pág. 330. Ed. La Ley. Año 2020).

Así también lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en caso *Shtukaturov c. Rusia*. Consideró que la incapacitación de una persona constituye una injerencia en la vida privada que debe calificarse de “muy grave”, pues la incapacitación total supone la dependencia de un tutor en todos los ámbitos de su vida y se aplica por un período indefinido sin que pueda ser impugnada. Afirma asimismo el Tribunal que “la existencia de un trastorno mental, aunque sea grave, no puede ser la única razón para justificar la incapacitación total”, debiendo contemplarse una “respuesta a medida” a fin de no limitar el derecho a la vida privada “más de lo estrictamente necesario”.

En consecuencia la capacidad jurídica como principio derivado de su condición de derecho humano genera efectos que no pueden ignorarse, entre ellos:

a) El CCyC regula la capacidad jurídica en sintonía con lo dispuesto por los tratados internacionales y documentos emanados de los órganos autorizados de interpretación (en especial el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad).

b) Como legislación sobre capacidad jurídica, reglamenta un Derecho Humano, lo que afecta varios derechos que son sus derivados, contenidos entre los principios transversales de la CDPD, que son la dignidad, la autonomía, incluida la posibilidad de tomar las propias decisiones y la independencia de la persona (art. 3).

c) Toda persona con discapacidad tiene derecho al reconocimiento de su capacidad jurídica y a su ejercicio en igualdad de condiciones con las demás. El parámetro “en igualdad de condiciones” implica que la capacidad jurídica de las personas con discapacidad podría verse limitada en aquellas condiciones en las que las demás personas también podrían ver limitada su capacidad, es decir no exclusivamente por motivo de discapacidad. De allí que la eventual limitación pueda establecerse siempre referida a actos específicos y no basarse en criterios discriminatorios²².

Al modificar el anterior principio de la incapacidad civil impuesta, en todo caso, como efecto de la discapacidad mental sin distinción, el CCyC se pone a tono con las exigencias del CDPD que ha exigido que “... Los Estados partes deben examinar de manera holística todas las esferas de la legislación para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no esté limitado de modo distinto al de las demás personas. Históricamente, las personas con discapacidad se han visto privadas en muchas esferas, de manera discriminatoria, de su derecho a la capacidad jurídica, en virtud de regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, como la tutela, la curaduría y las leyes sobre la salud mental que permiten el tratamiento forzoso. Esas prácticas deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás.

Capacidad Jurídica y evolución de su tratamiento en los procesos judiciales en el Código Civil de Vélez Sarsfield y en el Código Civil y Comercial vigente.

Con dicho análisis se puede ver la tensión y la evolución que existió entre los modelos médico rehabilitador que en materia de capacidad jurídica se expresa en el modelo

²² Agustina Palacios - Silvia Eugenia Fernández - María Graciela Iglesias. "Situaciones de discapacidad y Derechos Humanos. pág. 331. Ed. La Ley. Año 2020

de sustitución en la toma de decisiones, frente al modelo social que en materia de capacidad jurídica se ve reflejado en el modelo de apoyo en la toma de decisiones.

Se debe partir de la base que nuestro Código Civil y Comercial hace una distinción entre lo que es la capacidad de goce o de derecho y la capacidad de obrar o de ejercicio. En éste sentido en su art. 22 establece que “toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados”, es la denominada capacidad de derecho. En efecto la capacidad de derecho permite ser titular de derechos y deberes jurídicos con las limitaciones que resultan de la propia ley. Se trata de una cualidad crucial, que la define y que caracteriza de manera especial a la persona, junto con su nombre, estado civil o de familia, domicilio y patrimonio, y que como atributo es innato, necesario, vitalicio e indispensable.

La capacidad de goce o de derecho sólo admite limitaciones impuestas por ley, cuya interpretación es de por sí restrictiva y no puede suplirse por representación. Dichas limitaciones sólo pueden ser relativas, es decir no se admite la existencia de la incapacidad absoluta de derecho como sucedió en su momento con la esclavitud o con la muerte civil (eliminados en nuestro país a partir de la Asamblea del año 1813 y posterior constitucionalización). Las limitaciones impuestas por ley lo son por razones graves, y nunca son dispuestas en función de las personas, sino de los hechos, simples actos o actos jurídicos determinados, o por razones de orden público o de interés general, por la moral o comunitario. Para concluir no hay personas incapaces de derechos, sino incapacidades de derecho en relación a ciertos hechos o actos, por ejemplo incapacidad de derecho para contratar en interés propio o ajeno.

En cambio la capacidad de ejercicio está regulada en el art. 23 del CCyC y establece que “toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en éste Código y en una sentencia judicial”. Este artículo implica el reconocimiento expreso como regla general de la capacidad de obrar o de hecho de todos los seres humanos, y de su carácter relativo, mediante las limitaciones únicamente impuestas por ley o por sentencia judicial. Es la aptitud de la persona humana para ejercer por sí misma los derechos de los que fuera titular.

Con ésta definición se elimina la clasificación de la capacidad de obrar que establecía el derogado código de Vélez Sarsfield, sentando el principio general de capacidad, estableciendo que sus limitaciones únicamente pueden resultar de la ley o de una sentencia judicial, en éste último caso se debe adaptar a la persona en particular, resultando la sentencia un traje a medida.

El Código en su artículo 24 establece quienes son las personas incapaces de ejercicio, enumerándolas en 1) las personas por nacer; 2) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2 de éste capítulo; y 3) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

A los fines del desarrollo de mi trabajo, me voy a detener exclusivamente en el inciso tercero del artículo 24, que trata de las personas declaradas incapaces, reconociendo como antecedente en el art. 42 de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657, que introduce en el Código derogado el art. 152 ter que otorgó al juez la potestad de flexibilizar la incapacidad resultante de su decisión, adaptándola a la persona.

Capacidad jurídica en el Código de Vélez Sarsfield y la Ley 17.711.

Las codificaciones del siglo XIX regularon el sistema de resguardo y protección de los intereses del enfermo mental, se partía de la convicción de la gravedad e incurabilidad del padecimiento mental, en consecuencia la regulación implicaba la incapacidad absoluta de ejercicio.

Vélez Sarsfield estableció un sistema extremo, la interdicción y su consecuencia “la incapacidad absoluta o la plena capacidad”.

El considerar a la persona, enfermo mental con “pronóstico de gravedad e incurabilidad” llevaba a la reclusión del enfermo en manicomios con el objeto principal de evitar que se dañara a sí mismo o a terceros. La posibilidad de recuperación o de realizar tratamiento casi no se consideraba o era de un segundo plano.

Ante ese pronóstico la normativa era una consecuencia de considerar a la persona afectada por un padecimiento mental como alguien peligroso e irrecuperable. No eran ajenos tampoco a esos enfoques, seguramente, las características “patrimonialísticas” de las legislaciones decimonónicas: se trataba de resguardar, sobre todo, los intereses patrimoniales, colocando en un segundo plano aspectos extra patrimoniales como la dignidad y la libertad del enfermo mental²³.

En esa línea, el artículo 141 original del Código de Vélez establecía “Se declaran dementes a los individuos de uno y otro sexo que se hallen en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad aunque tengan intervalos lúcidos, o la manía sea parcial”. La demencia declarada en juicio implicaba una incapacidad de obrar absoluta.

Por otra parte, la ebriedad habitual o el uso de estupefacientes no eran idóneos por sí solos para la declaración de interdicción.

La doctrina argentina gradualmente comenzó a propugnar una reforma al sistema de capacidad del Código Civil proponiendo modificaciones que limitaran la capacidad en el caso de los pródigos, los casos que abusaran de bebidas alcohólicas o los estupefacientes, los estados de semialienación y los ciegos de nacimiento, estableciendo sistemas de semicapacidad.

Con la sanción de la Ley 17711, que modificó el art. 141 e introdujo el instituto de la inhabilitación con la incorporación del art. 152 bis, se introduce el criterio biológico y jurídico. Es decir, el nuevo texto del art. 141 establecía que “se declaran incapaces por demencia a las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes”, ello implicaba englobar dentro del presupuesto psiquiátrico o biológico a cualquier enfermedad mental, pero incorporó el criterio jurídico, es decir, era presupuesto indispensable que la persona, producto de la enfermedad mental, careciera de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes.

Con la nueva incorporación la interdicción coexistía con el régimen de la inhabilitación, se trataba de un régimen de capacidad restringida, que requería la asistencia

²³ Jorge H. Alterini. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético. 2da Edición actualizada y aumentada. Tomo I arts. 1 a 224. Pág. 301. Ed. La Ley. Año 2016.

de un curador para los actos de disposición entre vivos y los de administración que el juez fijara en la sentencia. Comprendía las causales de ebriedad habitual, uso de estupefacientes, prodigalidad y disminución de las facultades mentales que no llegaban al supuesto previsto por el art. 141. Es decir coexistían el sistema de incapacidad genérica, que era suplido con el sistema de representación; y por el otro lado el sistema de capacidad genérica, salvo para los actos de importancia patrimonial, en que la restricción a la capacidad era suplida por un régimen de asistencia.

Con la aprobación por parte de nuestro país de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la ley 26657 de salud mental incorporó el art. 152 ter al C.C. En él se establecía que “las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad (...) deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”. Es decir que pese a la gravedad e intensidad de las causales de ambos institutos, se establecía para ambos un régimen de capacidad genérico, sólo limitado para los actos y funciones enunciados en la sentencia.

Capacidad Jurídica en el Código Civil y Comercial

Ante el contenido de las normas convencionales que abordan la temática de la discapacidad, y en lo que respecta al tema en desarrollo específicamente en salud mental, se vio la necesidad de que se vea reflejado en la normativa interna, todo ello conforme la actuación del control de convencionalidad y constitucionalidad de normas y prácticas internas del Estado.

Es así que la incorporación del art. 31 en el C.C.yC. que establece los principios comunes y reglas generales que regulan la restricción a la capacidad en materia de capacidad jurídica es una consecuencia del llamado proceso de “Constitucionalización” del derecho privado. Estos principios reconocen sus antecedentes en documentos internacionales y apuntan a establecer a nivel nacional un mínimo de garantías de contenido sustancial y formal, a favor de la persona cuya capacidad de obrar está cuestionada²⁴. El artículo recepta

²⁴ Jorge H. Alterini. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético. 2da Edición actualizada y aumentada. Tomo I arts. 1 a 224. Pág. 287. Ed. La Ley. Año 2016.

una serie de reglas que constituyen verdaderos derechos y garantías de las personas tuteladas, ratifican obligaciones previamente asumidas por el Estado a partir de la firma e incorporación al bloque constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos.

Los principios y reglas generales que regulan la restricción a la capacidad en materia de capacidad jurídica plasman en el Código el reemplazo de un “modelo de sustitución en la toma de decisiones” por un “modelo de apoyo en la toma de decisiones”. Ese cambio de paradigma implica que, desde la asunción de que todas las personas tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones, la pregunta deja de ser si una persona puede ejercer su capacidad jurídica, para concentrarse en que necesita la persona para ejercer su capacidad jurídica²⁵.

Es por ello que la respuesta debe basarse en una serie de principios y garantías que permiten promover la autonomía y el ejercicio de derechos de la persona, desde su consideración como sujeto de derecho, su calidad de parte en el proceso judicial, su posibilidad de participación a través de la garantía de condiciones de accesibilidad, de adopción de ajustes razonables, de promoción de medidas de apoyo, de asistencia letrada, de la intervención estatal interdisciplinaria, y de una mirada que abarca a la persona situada y contextualizada.

El CCyC regula a partir del art. 31 sobre el régimen de Restricciones a la capacidad, estableciendo cuáles son sus principios o reglas generales, aplicables tanto para el supuesto de restricción como para el de incapacidad. Dichas reglas son de orden público, deben observarse independientemente de lo que dispongan en menos las regulaciones locales.

La exigencia se fundamenta en que la limitación al ejercicio de la capacidad jurídica se trata de una de las injerencias más severas a la vida privada de una persona. Las reglas son las siguientes:

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

²⁵ Ricardo Luis Lorenzetti. “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” Tomo I Arts. 1° a 256, pág. 139 Ed. Rubinzal-Culzoni. Año 2014.

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

Para mejor desarrollo de esos principios o reglas se puede dividir en:

- Presunción de capacidad:

El inciso c) del art. 31 dispone que “la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial”... Se trata de una reiteración o especificación de los principios enunciados en los art. 3º, 5º y 7º de la Ley 26.657 (LNSM). La presunción implica la exigencia de un proceso en que debe probarse la situación contraria, puesto que la sola discapacidad no debe ser el argumento.

Este inciso reconoce que la capacidad jurídica se presume en toda circunstancia, aun cuando la persona se encuentre internada en un establecimiento asistencial, pudiendo ser limitada su capacidad de ejercicio sólo excepcionalmente con el fin de beneficiar a la persona y únicamente por sentencia judicial. Esto significa que toda persona humana ejerce por sí misma sus derechos, aun cuando se encuentre internada, debe presumirse su capacidad y garantizarse en cualquier circunstancia, independientemente de cualquier característica personal y/o diagnóstico médico.

La presunción de capacidad está en concordancia con la LNSM que en su art. 5 establece que *“la existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado”*. Asimismo el CCyC incorpora una garantía del Derecho Internacional de los

Derechos Humanos, como es la igualdad. En efecto el art. 12 de la CDPC establece que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”, es decir que las personas con discapacidad gozan de capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás. A dicha cláusula se le suma una garantía antidiscriminatoria a través del art. 2 de la Convención, que entiende por discriminación a “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 fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”. Con esto se quiere significar que la capacidad jurídica nunca puede ser restringida por motivos de discapacidad, lo contrario implicaría caer en un acto de discriminación.

- Excepcionalidad de las restricciones:

El inciso b) establece que las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona”.

Las restricciones no pueden fundarse en una característica de la persona, su discapacidad –psicológica, mental, intelectual-. No debemos olvidar que la salud mental es comprendida en el derecho argentino como un proceso determinado por múltiples y diversos componentes, históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social, con miras a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona (art. 3 LNSM)²⁶.

Por otro lado el término beneficio de la persona significa que nunca la restricción a la capacidad jurídica puede tener otro fin que no sea el de la protección de derechos, su

²⁶ Artículo 3 de la LNSM establece: “En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas. En ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de: a) Status político, socioeconómico, pertenencia a un grupo cultural, racial o religioso; b) demandas familiares, laborales, falta de conformidad o adecuación con valores morales, sociales, culturales, políticos o creencias religiosas prevaletentes en la comunidad donde vive la persona; c) Elección o identidad sexual; d) la mera existencia de antecedentes de tratamiento u hospitalización.”

respeto y la promoción de la autonomía personal. Ello se debe apreciar a la hora de establecer las medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, al establecer que ellas tienen como función “promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona” (art. 43 CCyC,) que se debe evaluar en concordancia con el art. 12.4 de la CDPD que exige asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas.

- Carácter interdisciplinar de las intervenciones judiciales y sanitarias:

El artículo en el inciso c) establece que la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial. Se corresponde con la Ley 26567 que desplaza la hegemonía médico-psiquiátrica en el abordaje de las cuestiones relacionadas con la atención de la salud mental, se toma por base la multicausalidad del concepto y el necesario multi-abordaje, según su determinación por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social. No basta con los criterios provenientes solo de evaluaciones médicas para determinar la situación de salud mental de la persona ni para establecer el impacto de ella en la capacidad para el ejercicio de sus derechos.

En tal sentido, el art. 5 de la LSNM afirma que “La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que solo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado.

Ello se corresponde con la búsqueda de una visión integral de la persona y sus circunstancias, en donde el déficit psíquico es una parte del conjunto y que debe sopesarse, a su vez, con su realidad biológica y psicológica y el entorno social, familiar, económico y cultural.

- Derecho a la información y a la implementación de ajustes:

En el inciso d) establece que “la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión”.

La dificultad o imposibilidad que muchas personas con discapacidad sufren a la hora de poder recibir información, comprender y manifestar voluntad, no surge de su condición, sino de aquellas barreras comunicacionales (falta de adecuación de los mecanismos comunicacionales) que impiden la comprensión y manifestación de voluntad, sea durante el tratamiento sanitario como también en el proceso judicial. Ni más ni menos que el concepto de barreras incluido en la Convención de Naciones Unidas, la que incluye dentro de la amplia noción de comunicación “los lenguajes, la visualización de textos de Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso.

Ello tiene relación con los ajustes razonables y de procedimiento que deben instrumentarse en el proceso judicial así como en las instancias de intervención sanitaria para facilitar la información, la comunicación y la manifestación de voluntad de la persona, garantizando un verdadero acceso a la justicia en condiciones de igualdad con las demás personas (100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en situación de vulnerabilidad).

- Participación de la persona con discapacidad en el proceso:

En el inc. e) –el derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios- guarda íntima vinculación con el derecho constitucional de acceso a la justicia en igualdad de condiciones que el resto de las personas.

La participación de la persona en el proceso y la asistencia letrada constituyen una regla general y también una garantía procesal específica al reconocerse a la persona concreto carácter de parte (art. 36 CCyC) y garantizar la inmediatez (art. 35 CCyC).

El Código Civil y Comercial revoluciona la regulación procesal tradicional a los procesos de incapacidad tradicionales, los que deben ser revisados a la luz del bloque reglamentario de fondo, con base en el derecho internacional de los derechos humanos (art. 1 y 2 C.C.yC.) optando por la legislación más protectoria de la persona a la luz del principio *pro homine*.

- Principio de menor restricción a los derechos y libertades:

En el inciso f) se establece que “deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades”. Esta regla involucra a todos los procesos, sea de control de internación involuntaria o cualquier otra medida durante los procesos de restricción a la capacidad.

Como lo establece en los principios, la capacidad sólo puede ser restringida de manera excepcional, y sin perjuicio de su justificación, la restricción puede importar una afectación al ejercicio de derechos fundamentales de la persona, y como tal, debe aplicarse bajo un estricto contralor jurisdiccional y desde un criterio de excepcionalidad.

Restricción a la Capacidad y Declaración de Incapacidad

Teniendo siempre en cuenta los principios antes explicados es importante destacar que la capacidad restringida supone que la persona conserva su capacidad, la cual es restringida sólo para determinado acto o actos. Es decir, la excepcionalidad se da también respecto del objeto, no se restringe la capacidad de la persona en términos generales, sino para un acto determinado o una serie de actos determinados y debidamente especificados en la sentencia.

El Código regula la causal de capacidad restringida en el art. 32, primer párrafo, mediante la acreditación de un supuesto legal, basado en un criterio interdisciplinario y compuesto por dos presupuestos:

- 1) Intrínseco: radica en que la persona padezca “una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad. La acreditación de ésta causal debe

ser abordada desde criterios interdisciplinarios. Asimismo, de conformidad con el artículo 1° del Código, que reconoce como fuente y como pauta interpretativa la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte, el supuesto no podría basarse exclusivamente en una característica de la persona, como puede serlo una discapacidad intelectual o mental (criterio subjetivo).

2) Extrínseco: se estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. Este criterio es esencial y limita el criterio de restricción, porque no basta con acreditar que la persona padece una adicción de gravedad, o una alteración mental permanente o prolongada de gravedad, ni que no pueda comprender total o parcialmente la naturaleza y consecuencias de determinados actos, sino que el juez debe estimar que lo anterior debe poder suponer un daño para su persona o bienes. Corresponderá restringir su capacidad para un acto o actos que se correspondan con aquellos ámbitos de derecho que pueden verse lesionados, y garantizar un sistema de medidas de apoyo que promueva y asista para el ejercicio y protección de dichos derechos.

El último párrafo del artículo 32 prevé la situación de excepción, en que la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, y el sistema de apoyos resulte ineficaz. A fin de garantizar que la imposibilidad de interacción o de expresión de su voluntad no sea por la falta de información accesible, como tampoco de la falta de realización de ajustes razonables, el Código exige que a la persona se le haya facilitado la comprensión, comunicación e interacción mediante cualquier modo, medio o formato adecuado a sus circunstancias.

En éste supuesto excepcionalísimo, el Código contempla un criterio objetivo, que no depende de la característica de la persona, sino de una situación de la persona, que es la absoluta imposibilidad de interacción y/o comunicación por cualquier modo, medio o formato adecuado. A ello se debe sumar la ineficacia del sistema de apoyos. Es decir, éste caso está únicamente previsto para aquellos casos en donde sea absolutamente imposible comunicarse o conocer la voluntad de la persona, la interacción debe ser absolutamente imposible. Se trata de supuestos en los que la persona no muestra ningún signo evidente de conciencia de sí o del ambiente, y se encuentra imposibilitada de interaccionar con los demás

o de reaccionar a estímulos adecuados. Si se reúnen los presupuestos antes explicados el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador para que lo represente.

¿Cuál es el propósito o fin de la restricción?

La restricción a la capacidad jurídica sólo puede ser en beneficio de la persona (art. 31 inc. b). El término beneficio de la persona significa que el fin de la restricción a la capacidad jurídica tiene que ser el respeto y la promoción de su autonomía y la protección de sus derechos. En éste punto se da un paso cualitativo, desde “el mejor interés” hacia “las preferencias de la persona”. El Código introduce un principio básico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, previsto en la CDPD como principio general en el art. 3 inc. a, que es “el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”. En concordancia con éste principio, el art. 12 par. 4 de la CDPD establece la obligación del Estado de asegurar que “las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona”.

El beneficio de la persona va de la mano del respeto del principio de autonomía, mediante el cual la persona deja de ser un sujeto pasivo de la relación para convertirse en activa protagonista de sus decisiones.

También se reconoce la dignidad personal, se trata de que se les garantice su privacidad, su honor, el derecho a la salud, es decir, que tengan la misma oportunidad de poder ejercer los derechos en igualdad de condiciones que los demás.

DERECHO AL IGUAL RECONOCIMIENTO COMO PERSONA ANTE LA LEY

Como ya lo exprese ut supra, las personas con discapacidad tienen el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica y, como consecuencia, a ejercer su capacidad jurídica. Estos derechos han sido históricamente limitados por el hecho de tener una discapacidad, incluso en la actualidad persisten numerosas barreras para su disfrute real.

El art. 12.1 de la CDPD reafirma que las personas con discapacidad “...tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Este derecho también se encuentra reconocido en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁷, y en el art. 16 de los Derechos Civiles y Políticos²⁸. También se encuentra reconocido en el Principio N° 13 de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental que explicita éste derecho para los pacientes que se encuentran en instituciones psiquiátricas.

Este derecho implica la consideración de la persona con discapacidad como persona desde el punto de vista jurídico y por lo tanto la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones. Es importante remarcar ello, porque aún cuando la persona con discapacidad siempre ha sido titular de derechos, con el modelo médico-rehabilitador, se las consideró como meros objetos y no como verdaderos sujetos poseedores de derechos.

Por lo tanto, el derecho al reconocimiento como persona ante la ley es una condición necesaria para la titularidad de derechos, por lo que no admite excepciones o consideraciones parciales. Es decir, o se es persona ante la ley o no se es. Es por ello, que cualquier restricción a éste derecho supone una violación del mismo.

El reconocimiento de la personalidad jurídica significa para el sujeto ubicarse, posicionarse ante la ley. Por ello la capacidad jurídica incluye la capacidad de obrar. Conlleva el concepto de capacidad jurídica universal, el que se debe fortalecer con el diseño de estrategias que posibiliten la manifestación de la personalidad y la capacidad de ejercicio. Por ello es necesaria la implementación de apoyos. La legitimidad, la igualdad, la dignidad y la honra de las personas se traducirán en el ejercicio pleno de su personalidad y capacidad jurídica sin que obste a su condición de persona con una discapacidad mental. Éste concepto de universalidad proviene del carácter propio de los derechos humanos.

El artículo 12 de la CDPD constituye un gran desafío de garantizar la igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica.

²⁷ Artículo 6.º – Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

²⁸ Artículo 16: Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Dejar atrás las limitaciones y las restricciones del modelo de sustitución que implica necesariamente la intervención de un tercero por el sujeto, significa asumir el riesgo de la libertad. Ello no quiere decir, como la propia Convención lo prevé, que no deban ajustarse y establecerse los apoyos necesarios para que las personas puedan tomar sus decisiones a través de la confianza y comprensión en la medida de su autodeterminación²⁹

¿QUE SON LOS DERECHOS PERSONALISIMOS?

Los derechos personalísimos o de la personalidad, son las prerrogativas de contenido extra patrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles erga omnes, que corresponden a toda persona por su condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte, y de las que no puede ser privada por la acción del Estado ni de otros particulares porque ello implicaría desmedro o menoscabo de la personalidad.

Se trata de derechos subjetivos esenciales que pertenecen a la persona por su sola condición humana y que se encuentran respecto de ella en una íntima conexión.

El Derecho Internacional tuitivo de los derechos de la personalidad

Nuestro país se encuentra convencionalmente comprometido en un derecho internacional protector de derechos humanos, entre los que la doctrina civilista conoce como derechos de la personalidad: derecho a la honra y a la dignidad personal, a la intimidad (art. 11, inc. 1º y 2º del Pacto de San José de Costa Rica) y otros que tienen múltiples reflejos en el derecho privado. Así como en el derecho público (derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad personal, a la asociación, a la libre expresión, reconocidos en el Pacto de San José de Costa Rica)'

También nuestro país ha reconocido la vigencia del principio de igualdad de la mujer con el hombre, al ratificar la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ello incide directamente en el derecho privado.

²⁹ Pérez Gallardo, Leonardo – Pagano Luz María. "Discapacidad y Modelo Social" Enfoques desde la doctrina y jurisprudencia. Pág. 24. Ed. Erreius. Año 2020.

Es decir la existencia de un derecho internacional al que el Estado adhiere convencionalmente, genera cuestiones relativas a su interpretación, aplicación, adecuación del derecho interno³⁰. Así lo establece la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en la que dispone que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (art. 26), y “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (art. 27).

Estas normas están incorporadas al derecho interno, por cuanto la Convención ha sido ratificada por el Estado argentino por ley 19.865 y se encuentra en vigencia. Y se debe tener principalmente en cuenta la constitucionalización de los tratados de derechos humanos según el art. 75 inc. 22 de la CN.

Esas convenciones son gran incidencia en la materia, pues la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Convención sobre los Derechos del Niño, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc, tratan de la intimidad, el honor, la imagen, la igualdad, la no discriminación, la libertad en sus diversas manifestaciones, y todo ello reflejo en el ámbito del derecho privado, pues por regla general, cabe aceptar la operatividad inmediata de los derechos reconocidos en esas convenciones, de donde: I) el derecho interno infraconstitucional debe adecuarse a ese derecho convencional ahora constitucionalizado; II) la interpretación del derecho infraconstitucional debe perseguir la armonización de éste derecho convencional; III) deviene inconstitucional el derecho infraconstitucional que no sea adecuado al derecho convencional.³¹

Por su parte la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce los derechos a la intimidad y a la vida familiar en su arts. 22 y 23.

A su vez el Código Civil y Comercial, dentro del Capítulo III, sobre derechos y actos personalísimos, establece en su art. 51 que la persona humana es inviolable y en cualquier

³⁰ Rivera Julio César “Instituciones de Derecho Civil” Parte General. Séptima edición actualizada. Tomo I, pag. 1111. Ed. Abeledo Perrot. Año 2020.

³¹ Rivera Julio César “Instituciones de Derecho Civil” Parte General. Séptima edición actualizada. Tomo I, pag. 1114. Ed. Abeledo Perrot. Año 2020.

circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad, mientras que en su art. 52 que “la persona lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...”

Una de las características de la reforma del Código Civil y Comercial es la ductibilidad de sus reglas. El CCyC se nutre profundamente de un espíritu de permeabilidad, con espacio suficiente como para alojar cómodamente en sus previsiones a todos los proyectos y diseños de vida, tanto en el aspecto personal como en el familiar y social. La resultante deseada y por tanto el desafío aún pendiente a la luz de algunos contenidos jurisprudenciales es lograr un “código de igualdad” basado en un “paradigma no discriminatorio”. Procura dar soluciones adaptadas la identidad personal. Al introducirse un sistema graduable, permeable, de conformación adecuada y ajustada a la particularidad personal de cada individuo involucrado, permite tener como finalidad u objetivo último que cada resolución o medida adoptada lo sea exclusivamente en beneficio de la persona (art. 31 inc. b CCyC), cumpliendo así con el criterio de protección de derechos humanos (arts. 1 y 2 CCyC)³²

DERECHO A LA VIDA FAMILIAR

Que sucede con el ejercicio de los derechos personalísimos por parte de las personas con discapacidad, como lo son aquellos imbricados en el Derecho Humano a la Vida Familiar.

No garantizar el ejercicio de derechos personalísimos constituye una violación grave de la justicia básica, pues están implícitos en la noción misma de dignidad humana y de una vida acorde con ella.

El principio esencial que hoy día preside el discurso de los derechos junto al de dignidad humana es el principio de igualdad y no discriminación, que en su lectura

³² Mercedes Iturburu y Rodolfo G. Jáuregui. ¿Se puede restringir el derecho a contraer matrimonio de antemano y en abstracto en los procesos de restricción a la capacidad? El dial.com. Biblioteca Jurídica Online. Editorial Albrematica S.A. Año 2020.

contemporánea parte de manera paradójica del hecho de la diferencia como caracterizador de los seres humanos, intentando indagar que diferencias son relevantes para un trato distinto y cuáles no, a fin de calificar como discriminatorio un trato diferente basado en circunstancias no relevantes³³.

La igualdad para las personas con discapacidad no se agota en soluciones basadas en la accesibilidad física o del entorno, sino que impone un cambio actitudinal, de la propia sociedad, que garantice la visualización de éstas personas como tales, como titulares de derechos de cumplimiento. La igualdad pone fin a la percepción de “deficiencias” y traslada el foco hacia la ineficiencia de los mecanismos sociales, que no son capaces de sortear dichas diferencias y permitir el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones con las demás personas³⁴.

La protección específica del hogar, la familia y el derecho a contraer matrimonio

Tal como lo he sostenido en éste trabajo, la capacidad jurídica es una cuestión de derechos humanos, es decir se trata de un derecho humano a la capacidad jurídica en el plano internacional. Ello implica en el caso de las personas con discapacidad, el reconocimiento de capacidad jurídica como posibilidad de acceso a la titularidad y ejercicio de los derechos; materializa los principios esenciales de la CDPD: la dignidad inherente, la autonomía, incluida la posibilidad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas (art. 3 CDPD).

El Código Civil y Comercial de la Nación establece que la capacidad se presume siempre y la limitación a la capacidad es excepcional, y se debe especificar para que actos en particular se debe restringe la capacidad, debiendo disponerse la designación de una persona o red de apoyo que posibilite a la persona el ejercicio de su capacidad.

³³ Agustina Palacios - Silvia Eugenia Fernández - María Graciela Iglesias. "Situaciones de discapacidad y Derechos Humanos. Ed. La Ley. Año 2020. Pag.770-771.

³⁴ Ídem.

Ahora bien, como lo exprese anteriormente no garantizar el ejercicio de derechos personalísimos constituye una violación grave de la dignidad humana y de una vida acorde con ella.

La CDPD exhorta a los Estados Partes a garantizar el derecho a la intimidad y vida familiar de las personas con discapacidad.

El derecho a la vida familiar presenta diversas perspectivas, por un lado involucra el derecho a vivir y permanecer en la familia a la cual se pertenece; el derecho a acceder a una familia en el caso en que no sea posible la permanencia en la de origen; y por el otro el derecho a la abstención de injerencias en la vida familiar diseñada a la luz del principio de autonomía personal y asunción de decisiones autorreferentes; ésta faceta conecta con la clásica noción de libertad de intimidad, reconocido en el art. 19 de la Constitución Nacional³⁵, dicho derecho personalísimo permite sustraer a la persona de las intromisiones a su vida privada y familiar, siendo éste un derecho a la privacidad³⁶, con el límite del derecho de terceros e intereses públicos. A éste respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció en su OC-17 que “el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia forma parte, implícitamente del derecho a la protección de la familia y del niño...”.

De la entidad del derecho constitucional a la vida familiar deriva la necesidad de estrictos límites a la injerencia del Estado en ésta esfera³⁷, injerencia que puede ocurrir por acción y/u omisión (respecto a sus obligaciones positivas). Así la intervención estatal

³⁵ Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

³⁶ “El derecho a la privacidad –por definición propio y exclusivo de cada persona- se extiende a situaciones en que alcanza a dos o más personas que integran un núcleo familiar erigiéndose en el derecho a la privacidad de ese grupo (artículo 11, inciso 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). En ejercicio de este derecho los progenitores pueden elegir sin interferencias del Estado el proyecto de vida que desean para su familia; sin embargo, tal derecho tendrá como límite lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional”. CS, 12/6/2012, “N.N. o U.V. s/ protección y guarda de personas”, “Corte Suprema de Justicia de la Nación. Secretaría de Jurisprudencia”. Disponible en <http://www.csjn.gov.ar/data/intsupn.pdf>.

³⁷ “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”, art. 12, Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

primaria en materia de derecho a la vida familiar no se define convencionalmente como una injerencia sustitutiva, sino de acompañamiento o asistencia al rol familiar.

En sintonía con otros tratados la Convención en su art. 23 establece: *“1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:*

a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges;

b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos;

c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás...”

Los Estados ratificantes deben adoptar “medidas efectivas y pertinentes”, a fin de que las personas con discapacidad puedan gozar de igualdad de oportunidades para contraer matrimonio y formar una familia, planificar y decidir la cantidad de hijos, tener acceso a información, educación y medios sobre salud reproductiva y planificación familiar, y disfrutar de igualdad de derechos y responsabilidades con respecto a la responsabilidad parental, la custodia, la tutela, la guarda y la adopción de niños y niñas.

En efecto, con base en el artículo 12 de la CDPD, el art. 23 avanza sobre el abordaje del tema en pie de igualdad con el resto de la comunidad. Es decir, si se declara la necesidad de igualdad de oportunidades y de trato, es necesario llevar el concepto a todos los aspectos de la vida de los individuos. Por ende, no existe una igualdad con excepciones o una libertad con ciertas prohibiciones, salvo las que surjan de la convivencia social.

Por otra parte el art. 22 de la CDPD establece que *“ninguna persona con discapacidad, independientemente de cuál sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación. Las personas con discapacidad tendrán derecho a ser protegidas por la ley frente a dichas injerencias o agresiones...”*.

Con el art. 22 la CDPD viene a proteger la intimidad privada en los términos de la Convención de los Derechos Humanos. A las personas con discapacidad, en razón de su vulnerabilidad, les es garantizada la no injerencia arbitraria, en su intimidad.

El derecho a formar una familia es amplio y comprende entre otros:

- Derecho a la libre elección de la pareja y/o para contraer matrimonio solo por su libre albedrío y su pleno consentimiento.
- Derecho a decidir libre y responsablemente el tener hijos, el número de hijos y/o hijas.

Se observa un amplio y fuerte esquema de protección sobre los derechos que constituyen uno de los fundamentos de la autonomía de la persona, planear su futuro, dependiendo sólo de su voluntad y deseos, sin recibir interferencias en su intimidad. Esto implica un cambio de lo jurídico en el mundo de las resoluciones, en los sistemas, ante la presencia del rostro y su alteridad de las personas con discapacidad en la estructura misma de las decisiones.³⁸

A continuación realizaré una mención específica sobre el derecho a contraer matrimonio, reconocer hijos y ejercer la responsabilidad parental.

El Derecho a contraer matrimonio

En el ámbito regional, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad tiene por finalidad la

³⁸ Pérez Gallardo, Leonardo – Pagano Luz María. “Discapacidad y Modelo Social” Enfoques desde la doctrina y jurisprudencia. Pág. 39-40. Ed. Erreius. Año 2020.

prevención y eliminación de cualquier signo de segregación contra las personas con discapacidad, a la vez que propicia la colaboración para su plena integración en la sociedad.

Dentro del sistema universal, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el modelo social de la discapacidad, que aparta el foco de las limitaciones individuales y busca eliminar todo tipo de barreras que impida a las personas con discapacidad ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con las demás.

Entre los principios generales que la CDPD enuncia se encuentran el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad y el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana. La visibilización de éstos derechos posiciona a la persona con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás.

A su vez, el artículo 5 de la CDPD garantiza la igualdad de todas las personas ante la ley y en virtud de ella su derecho a recibir igual protección legal; prohíbe expresamente toda discriminación por motivos de discapacidad siendo definida en el artículo 2 como “...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 fundamentales”. Por su parte, el artículo 12 reconoce que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica y de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Como correlato les garantiza el ejercicio por sí mismas de dicha capacidad, previendo que “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”. Asimismo, y a efecto de evitar influencias indebidas, dicho precepto en el párrafo cuarto expresa que “... en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias

adecuadas y efectivas (...) sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente”³⁹.

Los derechos a contraer matrimonio y a fundar una familia se encuentran garantizados en distintos instrumentos internacionales, y con relación a las personas con discapacidad se encuentran expresamente reconocidos en la Observación General N° 5 (par. 30)⁴⁰ sobre las personas con discapacidad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. También se encuentran reconocidos en el art. 23 de la CDPD titulado “Respeto del Hogar y de la Familia” que establece el deber de los Estados Partes de tomar medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que estas se encuentren en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que, entre otras cuestiones, se les reconozca el derecho a todas las que se encuentren en edad de contraer matrimonio y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges y se les respete el derecho a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, debiéndoseles ofrecer los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos.

Puntualmente, en cuanto al derecho a contraer matrimonio se debe destacar que es una decisión personalísima, por lo tanto, los motivos por los cuales llevan a alguien a querer

³⁹ Pérez Gallardo, Leonardo – Pagano Luz María. “Discapacidad y Modelo Social” Enfoques desde la doctrina y jurisprudencia. Pág. 343. Ed. Erreius. Año 2020.

⁴⁰ 30. En el caso de las personas con discapacidad, el requisito del Pacto de que se preste "protección y asistencia" a la familia significa que hay que hacer todo lo que se pueda a fin de conseguir que dichas personas vivan con sus familias, si así lo desean. El artículo 10 implica también, con arreglo a los principios generales del derecho internacional en materia de derechos humanos, que las personas con discapacidad tienen derecho a casarse y a fundar su propia familia. A menudo se ignoran o se niegan esos derechos, especialmente en el caso de las personas con discapacidad mental [xxvi]. En este y otros contextos, el término "familia" debe interpretarse ampliamente y de conformidad con las costumbres locales apropiadas. Los Estados Partes deben velar por que las leyes y las prácticas y políticas sociales no impidan la realización de esos derechos. Las personas con discapacidad deben tener acceso a los servicios de asesoramiento necesarios, a fin de poder realizar sus derechos y cumplir sus obligaciones dentro de la familia [xxvii]. Se puede consultar en <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-5-personas-con-discapacidad>.

o desear contraer matrimonio con otra persona quedan comprendidos en el principio de reserva que se encuentra garantizado en el art. 19 de la Constitución Nacional.

De ésta manera, “...pretender hacer una juicio de valor sobre la decisión de tal persona de casarse con tal otra, implica un exceso indebido del que, incluso la justicia, debe mantenerse al margen. La dignidad personal y el derecho a equivocarse juegan aquí un rol preponderante”⁴¹.

Por ende, se puede afirmar que el momento para evaluar si una persona cuenta con discernimiento para expresar su voluntad de querer contraer matrimonio es en el acto de celebración del matrimonio. Si el oficial público tuviera dudas respecto a la habilidad de alguno de los contrayentes, deberá suspender la celebración del matrimonio hasta que se pruebe la habilidad. También los legitimados por el artículo 411 del CCCN podrán deducir oposición a la celebración del matrimonio o cualquier persona mediante denuncia al Ministerio Público para que, de considerarlo procedente, deduzca oposición (art. 412 CCCN).

Si bien no es del tema en desarrollo, haré mención que allí comienza a jugar la dispensa judicial prevista en el art. 405 del CCCN, correspondiéndole al juez, previo dictamen del equipo interdisciplinario sobre las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y de la aptitud para la vida de relación por parte de la persona afectada, y luego de haber mantenido una entrevista con los futuros contrayentes, emitir la decisión judicial en uno u otro sentido. Pero no es dentro del marco de un proceso de restricción a la capacidad.

La celebración del matrimonio con el impedimento de “falta permanente o transitoria de salud mental” da lugar a la nulidad relativa del acto pudiendo ser demandada por cualquiera de los cónyuges si desconocían el impedimento, así como por determinados parientes en el plazo y forma previstos en el artículo 425, inciso b), del CCCN. El impedimento referenciado se encontrará configurado independientemente de si existe o no sentencia de restricción a la capacidad.

⁴¹ Juzgado Civil y Comercial N° 24, Córdoba, 19 de octubre de 2018 “B., I. A. – demanda de limitación a la capacidad”, eldial.com – AAAEOD, publicado el 13 de diciembre de 2018.

Por ende no se debe perder de vista que la regla es la presunción de la capacidad, siendo toda restricción a su ejercicio de carácter excepcional y en beneficio de la persona. No se puede condicionar el derecho a contraer matrimonio a la previa dispensa judicial, en abstracto y por anticipado, tornando la excepción en regla general al exigir una resolución previa que lo habilite en tanto el magistrado considere que es apto para comprender las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y para llevar adelante una vida de relación. Por ello nunca debe restringirse el derecho a contraer matrimonio a una persona con discapacidad en el marco de un proceso de restricción a la capacidad.

Ello no guarda debida proporcionalidad y se desatiende la situación concreta y presente de la persona, cayendo en un paternalismo jurisdiccional falto de justificación.

También se observa una discriminación por motivo de discapacidad en pugna con la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y con el artículo 23 de la CDPD que obliga a los Estados Partes a tomar "...medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás".

Así lo denuncia la Observación General N° 6 del Comité sobre los derechos de las Personas con discapacidad al señalar "...las personas con discapacidad son a menudo discriminadas en el ejercicio de su derecho a contraer matrimonio o en sus derechos familiares"⁴².

Si a las personas con discapacidad la CDPD les garantiza el ejercicio de éste y cualquier otro derecho en igualdad de condiciones con las demás, jamás se ha de perder de vista cuál es el principio básico y sustancial a seguir, y cuál, en todo caso es la excepción. Lo contrario implica desnaturalizar el modelo social de discapacidad.

Reconocimiento de hijo

⁴² Observación General N° 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación, párr. 61

El reconocimiento del derecho a la vida familiar o “respeto del hogar y la familia” como alude la Convención de los derechos de las personas con discapacidad involucra los actos iniciales al ejercicio de la responsabilidad parental, dados por el respeto al establecimiento legal de la parentalidad, comenzando por el ejercicio del derecho de reconocimiento de hijos.

En éste punto citaré dos fragmentos de dos fallos que son recientes, de mi provincia, en el primero, caratulado “G.D.S. S/ RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD” (6365) la Cámara Segunda –Sala Segunda- de Paraná, de fecha 16 de junio de 2021, se sostuvo con relación al reconocimiento de hijo lo siguiente: *“En el caso de la maternidad, se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. (art. 565 del CCCN). La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido. Esta inscripción debe ser notificada a la madre, excepto que sea ella quien la solicita o que quien denuncia el nacimiento su cónyuge..... no interviene la voluntad de la persona, en este último caso sólo más que para “solicitar la inscripción” lo que supone un hijo nacido, que se inscribirá en virtud de la correspondiente documentación o el cumplimiento de los recaudos a los que me referí, que tiene derecho a ser emplazado en el estado que le corresponde, con lo cual no tiene sentido práctico ni fundamento jurídico alguno restringir su capacidad para reconocer hijos a secas como lo hace el fallo, por lo cual merece la revocación...”*

El otro fallo es “S.M.S. S/ RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD” Expte. N° 11640, sentencia dictada en fecha 08/07/21 por la Cámara Segunda –Sala Segunda-, y allí se sostuvo que *“conforme la fisonomía del instituto en el derecho argentino (arts. 570, 572, 573 y ccs. del CCCN) es un acto jurídico familiar, voluntario y unilateral, puro, simple e irrevocable por el cual “una persona declara que otro es su hijo”, adquiriendo los deberes-derechos que surgen de la responsabilidad parental (639 y ccs.). Se debe distinguir como lo hace autorizada doctrina el que por sí solo resulta constitutivo del emplazamiento (571 inc. a), de aquel que trasciende como presupuesto suficiente para la constitución del emplazamiento (571, b y c). Uno importa el reconocimiento que confiere título de estado de hijo, y el otro se erige como medio de prueba de la filiación. El primero, el reconocimiento*

*constitutivo del emplazamiento, es el acto jurídico familiar que contiene una afirmación, que en el caso que nos ocupa de no restringirse la capacidad para el futuro, de paternidad/maternidad cierta respecto de determinada persona, la emplazaría a ésta en el estado de hijo y correlativamente, en el estado de padre/madre. Otorgaría eventualmente, un título de estado en sentido sustancial y también formal, y con él se perfeccionaría el estado paterno/materno-filial con los caracteres propios que le son inherentes. Esto implica en buen romance que el acto en sí, destinado a emplazar al hijo depende de la iniciativa del progenitor que reconoce y no del consentimiento o de la aceptación del hijo, pero no quiere decir que el ordenamiento niegue el derecho del hijo a ser reconocido por su progenitor, (arts. 7 y 8 de la CDN, 75 inc. 22 de la C.N.) tan es así, que ante la falta del acto jurídico del reconocimiento le otorga acción. En otros términos **de no revocarse la inmotivada restricción del derecho a reconocer hijos plasmada en autos, se condenaría a la persona protegida a ser demandada ante la omisión de reconocimiento de hijo, de lo cual no surge el beneficio para la persona, pues la conclusión es exactamente contraria.**” Afirma que **“es un derecho personalísimo que no se puede limitar sin una debida y pormenorizada justificación, independientemente de las ulteriores acciones que impetren los legitimados activos, en caso que no se configuren los presupuestos pertinentes.***

A mi entender, se trata de un derecho personalísimo que no debe restringirse, y sobre todo teniendo que como contracara de éste derecho se encuentra el derecho a la identidad de todo niño, y todo lo que ello genera en consecuencia.⁴³

El Ejercicio de la Responsabilidad Parental

El art. 23 de la CDPD inc. 2 establece *“Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos. (...) 4.*

⁴³ Debo aclarar que en virtud de que el derecho a la identidad excedería del tema elegido solo hago esa breve mención.

Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos. 5 Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar”.

La discapacidad y el diagnóstico, no debería utilizarse nunca como un argumento en los trámites legales para separar a niños o niñas de sus madres con discapacidad, o a niños o niñas con discapacidad de sus madres. El apoyo que las madres/padres con discapacidad puedan necesitar para desempeñar su rol debería ofrecerse de acuerdo con sus necesidades individuales y personales y el mejor interés del niño o de la niña.

El Código Civil derogado atributivo de incapacidades genéricas provocaba un efecto desmedido y desproporcionado, arrasaba no solo con los derechos patrimoniales de la persona sino también con sus derechos personalísimos, como el derecho al ejercicio de la responsabilidad parental.

En el nuevo régimen, la responsabilidad parental sólo se vería afectada en los casos en que la sentencia determinase específicas y expresamente restricciones a su ejercicio. Asimismo, en caso de que exista alguna restricción la misma no deben sustituir la voluntad de la persona, sino que debe actuar en carácter de asistencia al ejercicio de la función mediante la instrumentación de sistema de apoyo.

El modelo de apoyos estipulados en la CDPD requiere de medidas de promoción, destinadas a proporcionar la asistencia necesaria para potenciar el ejercicio de la autonomía y la toma de decisiones.

Ello requiere de la elaboración de un traje a medida, y en la actualidad lo que realmente se advierte en las sentencias es que se restringe el derecho al ejercicio de la responsabilidad parental en abstracto y de antemano, es decir, basados y fundándose en el diagnóstico de la persona, sin atender a la situación personal y particular, ya que en la mayoría

de los casos se trata de personas que no tienen hijos, o sus hijos ya son mayores de edad y/o no se encuentran transitando un embarazo en caso de ser mujer o esperando que su pareja tenga un bebe. Sin considerar si quiera si pudieran ejercerlo con la asistencia de un sistema de apoyo, restringiendo ese derecho por las dudas, lo cual deviene violatorio de los derechos reconocidos en la CDPD.

Además el Código Civil y Comercial tomó en consideración la advertencia las Recomendaciones del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, fundada en el art. 23 de la Convención referido al respeto del hogar y la familia. Sobre este punto “El Comité observa con preocupación la falta del reconocimiento del derecho a formar una familia de algunas personas con discapacidad, especialmente de aquellas declaradas “insanas” o “inhabilitadas”, según el artículo 309 del Código Civil del Estado parte (párr. 35).⁴⁴

Para finalizar, y previo a analizar la realidad imperante en mi provincia, se debe tener siempre presente que en ningún caso la sentencia podrá restringir el ejercicio de la capacidad jurídica sobre: a) derechos personalísimos: vida, dignidad, salud (arts. 51 a 61 del CCYCN), b) derechos políticos: especialmente el derecho a votar (art. 29 de la CDPD), c) derecho al nombre (art. 62 del CCYCN), d) derecho a contraer matrimonio (art. 62 del ccycn), e) derecho a estar en juicio, f) responsabilidad parental⁴⁵.

A su vez la Observación General N° 1 del Comité de la CDPD (párr. 29, inc. d) establece expresamente que la designación de un sistema de apoyos no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho al voto, el derecho a contraer matrimonio o a establecer una unión

⁴⁴ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Octavo período de sesiones, Ginebra, 17 a 28 de septiembre de 2012, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Argentina, CRPD/C/ARG/CO/1.

⁴⁵ Principios de interpretación del modelo de capacidad jurídica y del sistema de apoyos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El documento fue elaborado por la Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI) y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Contó con la colaboración de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) y por el Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos “Alicia Moreau” de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata (CIDDH). <https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/principios-de-interpretación-del-modelo-de-capacidad-jurídica-y-del-sistema-de-apoyos-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/> (14/1/20).

civil, fundar una familia, derechos reproductivos, responsabilidad parental, consentimiento informado, derecho a la libertad, etc.

Análisis jurisprudencial de nuestra provincia sobre el tema en desarrollo

Si bien el nuevo modelo social de la discapacidad, en concordancia con los tratados de derechos humanos y la reforma de nuestro CCyC, implica dejar de lado el sistema clínico asistencial basado sólo en el diagnóstico para pasar a uno comunitario con una visión bio-psico-social. Y que dicho cambio no sólo lo deben tener en cuenta los efectores de salud, sino también los equipos técnicos que se desempeñan en el ámbito de la justicia, los magistrados y funcionarios públicos de la misma, se puede observar con el análisis de las sentencias que es un proceso que cuesta incorporar.

Tal es así que las sentencias suelen hacer hincapié exclusivamente en las condiciones individuales, subjetivas de la persona, como el diagnóstico, sin reparar en las causas sociales de la discapacidad, es decir en las dificultades que tienen los otros en comprender los deseos y sentimientos de la persona. A raíz de ello, se dice que es la sociedad la que discapacita, y en las sentencia se les restringen derechos a la vida familiar, como lo son el contraer matrimonio, el reconocer hijos, asumir obligaciones derivadas de la responsabilidad parental, conforme ejemplos de sentencias que a continuación detallo.

Es significativo mencionar que la restricción al derecho a contraer matrimonio, reconocer hijos, ejercer la responsabilidad parental, se plasma al momento del dictado de una sentencia en los procesos restricción a la capacidad, por lo que se le quita la posibilidad a las personas de contraer nupcias , reconocer hijos, ejercer la responsabilidad parental "de antemano" o "en abstracto", ya que ni siquiera cuentan con datos respecto con quién las mismas pretenden casarse, cuándo, o dónde, si tienen hijos, o están esperando un bebé. Pese a ello, pareciera darse por sentado que las mismas cometerán un error con dicha decisión.

No obstante ello también expongo jurisprudencia que ha ido incorporando el reconocimiento de los derechos mencionados.

En el proceso "A. S., A. R. S/ RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD"(Expte. N° 9426), la magistrada del Juzgado de Familia y Penal de Niños, Niñas y Adolescente del

Juzgado 2 de Concordia resolvió: “4.- DISPONIENDO COMO SALVAGUARDIA la autorización judicial para: a) Realizar actos de disposición sobre bienes muebles registrables e inmuebles b) Realizar disposiciones testamentarias, reconocer hijos o cambiar de estado civil.-“.

Restringir la capacidad para contraer matrimonio y reconocer hijos disponiendo como salvaguardia la autorización judicial es exactamente lo mismo. Ya que se le está imponiendo el mismo obstáculo de iniciar un proceso judicial previo a dicho acto, que además es estigmatizante y discriminatorio, el cual no es "solamente" un trámite como dicen los miembros de la Cámara. Es un largo proceso al cual debería someterse la persona, con nuevas evaluaciones estigmatizantes del ETI y estar a la deriva del resultado para luego de ello, si es que le conceden dicha autorización, tener que ir al registro civil para continuar con el trámite.

En la sentencia del Juzgado de Familia y Penal de Niños, Niñas y Adolescente del Juzgado 1 de Concordia "XXXX S/ RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD" (Expte. N° 6704), el magistrado resolvió: “I.- DECLARANDO LA RESTRICCIÓN A LA CAPACIDAD del señor XXXXXXXX, para realizar los siguientes actos: - Ingresar en establecimientos militares, de seguridad y religiosos; - realizar disposiciones testamentarias y contraer matrimonio. Cuyo diagnóstico es: discapacidad intelectual moderada a grave, con pronóstico reservado, desde el nacimiento.” Ésta fue apelada y la Cámara Civil de Apelaciones Sala 2 de la Ciudad de Concordia ("V., M. Á. s/RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD" (Expte. N° 894) confirmó la sentencia declarando desierto el recurso de apelación argumentando que: “al tener el encartado a su disposición el mecanismo de dispensa previsto en la referida norma para hacer efectiva su decisión de contraer nupcias cuando así lo desee y no habiendo expresado aún su voluntad en tal sentido, no se le irroga, en términos procesales, perjuicio alguno con la restricción ordenada, por lo tanto el agravio, en las condiciones expuestas, carece de actualidad, lo cual determina que el recurso deba ser declarado desierto.” Lo que esgrimen los magistrados con ese argumento es que no hay perjuicios con la restricción al derecho de contraer matrimonio porque si desea hacerlo en el futuro puede solicitar la autorización judicial para hacerlo. Como que si ello fuera un simple trámite de corta duración.

En el caso "K., M. F. S/ RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD" (Expte. No 921FA) la jueza a del Juzgado de Familia y Penal de Niños, Niñas y Adolescente de Federal resolvió: "1. RESTRINGIR la capacidad de M. F. K, (...) calificando su cuadro como Retraso Mental Moderado, desde la infancia, que la restringe parcialmente en su capacidad para realizar por sí misma los siguientes actos: testar, legar, donar y/o celebrar cualquier otro tipo de acto de disposición de bienes a título gratuito, por sí ni con representación o asistencia de su apoyo (arts. 2465 y 2467 del CCyC); actos de disposición y administración de bienes a título oneroso (previa autorización para los actos de disposición); gestionar, promover e intervenir en actuaciones administrativas y judiciales en general, ser designado como autoridad de mesas electorales y ocupar cargos electivos, reconocer obligaciones alimentarias, realizar por sí o con representación actos que cambien su estado civil (art. 405 CCyC). (...)" . Y en el caso "A. C. M. C/ A. A. F. S/ RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD" (Expte. No14759FA)" resolvió: 1. RESTRINGIR la capacidad de A. F. A., (...) para realizar por sí misma los siguientes actos: (...) realizar por sí o con representación actos que cambien su estado civil (art. 405 CCyC); (...) todo lo cual se establece por el término de 3 años (art. 40 del CCyC)."

Por su parte, quien ejerce la magistratura en el Juzgado de Familia y Penal de Niños, Niñas y Adolescente de Chajarí en el proceso "B. S. A. S/ RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD", (Expte. No 2468/14) dispuso: "3. ESTABLECER que: S. A. B. en su capacidad no puede: 1) por sí ni mediante terceros, testar y legar (arts. 3615, 3619 y 3759 del CC, y 2467, 2465 y 2495 del C. C. y C.); 2) disponer de sus bienes, a excepción de aquellos supuestos en que, conforme al derecho positivo, puede hacerlo mediante la representación de su apoyo y bajo las pautas que el ordenamiento jurídico y/o la autoridad judicial establezcan; 3) ocupar cargos electivos públicos; 4) decidir sobre su estado civil, 5) reconocer hijos ni obligaciones alimentarias." Y en el expediente "B. M. G. S/ DECLARACION DE INCAPACIDAD" Expte. No 166/13 resolvió: "3. ESTABLECER que: M. G. B. en su capacidad no puede: 1) por sí ni mediante terceros, testar y legar (arts. 3615, 3619 y 3759 del CC, y 2467, 2465 y 2495 del C. C. y C.); 2) disponer de sus bienes, a excepción de aquellos supuestos en que, conforme al derecho positivo, puede hacerlo mediante la representación de M. I. B. y bajo las pautas que el ordenamiento jurídico y/o la autoridad judicial establezcan;

3) ocupar cargos electivos públicos, ni emitir sufragio; 4) decidir sobre su estado civil, 5) reconocer hijos ni obligaciones alimentarias.”

Como sentencias superadoras en nuestra provincia y que han impulsado al reconocimiento de derechos detallare a continuación un caso resuelto por el Superior Tribunal de Justicia y dos por la Cámara Segunda –Sala Segunda- de Paraná:

1) En el caso “I. C. S/ RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD” "(Expte. N° 7834)⁴⁶, la sentencia de Cámara Civil de Apelaciones Sala 1 de la Ciudad de Concordia confirma un fallo de primera instancia donde se le dispone como salvaguardia a la Srta. I que debe solicitar autorización judicial para contraer matrimonio argumentando que " (...) el juez hizo, ni más ni menos lo que la apelante pide en sus agravios ya que no limitó su capacidad para contraer matrimonio en abstracto sino que, abandonando en el punto el dictamen del E.T.I. y como salvaguardia (at. 12.4 de la C.D.P.D), solamente supeditó la validez del consentimiento que deba prestar a un trámite judicial previo expresamente establecido para este supuesto a fin de proteger y garantizar el ejercicio de tal derecho y evitar una eventual nulidad de matrimonio que podría celebrar (art. 425 inc. b. del CCC)."

Dicha causa fue apelada por los Asesores Letrados en procesos de Salud Mental de la ciudad de Concordia, quienes interpusieron un Recurso de Inaplicabilidad de Ley y el STJ de Entre Ríos en fecha 11/06/20 resolvió la cuestión obteniendo de manera favorable expresando que la restricción impuesta patentizó una *“aplicación sesgada de ordenamiento jurídico a las condiciones inherentes a la vida, patología, evolución y situación de la interesada”*.

Asintieron, que el informe del Equipo Técnico Interdisciplinario era contradictorio. Destacaron que la falta de fundamentación para limitar en el futuro la libre facultad de contraer matrimonio fue solapado en que “solo” es un cumplimiento de un recaudo previo, siendo ello *“jurídicamente intolerable”* y revelando un *“desconocimiento de la normativa*

⁴⁶ “I.C. S/ RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD” – Expte. N° 8183. Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos. 11/06/2020.

imperante con relación a los institutos de la capacidad y el matrimonio, esencialmente del art. 31 inc. b del CCyC”.

Sostuvieron que "las disposiciones de fondo que regulan el instituto del matrimonio expresamente prevén mecanismos tuitivos y de salvaguardia de cualquier persona que se vea privada de discernimiento para la celebración del matrimonio (arts. 403, inc. g, y 405 del CCC), acto para el cual el consentimiento no puede someterse a modalidad, plazo, condición o cargo alguno, ni contar con vicios en el mismo (arts. 408 y 409 del CCC), y frente al cual se contempla la posibilidad de oposición a su concreta celebración en caso que de verificarse alguno de los impedimentos previstos (arts. 410 y ss. del CCC), y en caso que este se hubiese llevado adelante de todas formas, la posibilidad de declarar su nulidad (art. 425, inc. b, del CCC). Frente a esto último no debe olvidarse que el acto matrimonial se celebra públicamente, con la presencia de testigos, imbuido de las demás formalidades que requiere la ley y frente al oficial público, quien de advertir la existencia del impedimento previsto en el art. 403, inc. g, -o cualquier otro-, suspenderá la celebración del matrimonio hasta que se pruebe la habilidad de los contrayentes o se rechace la oposición (art. 418 del CCC)...".

Agregaron que la carencia argumental con la que confirmaron el “recaudo previo” conlleva una arbitrariedad y la vulneración del principio reinante en la materia que procura afectar en la menor medida posible a la autonomía personal. Refirieron que las normas del CCyC prevén los mecanismos de salvaguardia para cualquier persona que desee contraer matrimonio y se encuentre privada de discernimiento.

2) En el caso “G.D.S. S/ RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD” (6365) la Cámara Segunda –Sala Segunda- de Paraná, de fecha 16 de junio de 2021, se trata de una sentencia dictada como consecuencia de un recurso de apelación interpuesto por una Asesora Letrada de la Unidad de Letrados en Procesos de Salud Mental de Paraná, en virtud de que la sentencia de primera instancia restringió a la Sra. G.D.S. “*en el punto 3.-d) para prestar su consentimiento para modificar su estado civil, reconocer hijos y/o contraer compromisos alimentarios*”.

La Cámara, con sólidos fundamentos estableció:⁴⁷

En cuanto a la restricción para prestar su consentimiento para modificar su estado civil, se remite al antecedente antes explicado “I., C. S/ RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD” (Expte. N° 7834), también la sala adoptó igual criterio que en “E. J. C. s/ RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD - (Expte. N° 6728) de fecha 21/8/2020 y en el que sostuvo que: “*Cuadra puntualizar que la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, en el Artículo 3, Principios generales, establece: “Los principios de la presente Convención serán: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.”. Asimismo en dicho precedente hace mención de la importancia del art. 12 sobre: "Igual reconocimiento como persona ante la ley.*

También funda su decisorio en lo que sostiene la Observación General N° 1 del Comité de los derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, respecto del artículo 12 de la CDPD, donde establece que “*En el punto 3 alerta que: “Sobre la base de los informes iniciales de distintos Estados partes que ha examinado hasta la fecha, el Comité observa que hay un malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados partes en virtud del artículo 12 de la Convención. Ciertamente, no se ha comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas. 4. La presente observación general refleja una interpretación del artículo 12 que se funda en los principios generales de la Convención expuestos en el artículo 3 (...).” Es contundente el punto 29. f) en el que ilustra cómo no deben utilizarse los apoyos: “El apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar*

⁴⁷ debo aclarar que cito de manera textual varios fragmentos de la sentencia en virtud de considerarlos totalmente enriquecedores con relación a la temática tratada.

otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho de voto, el derecho a contraer matrimonio, o a establecer una unión civil, y a fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad” (el subrayado me pertenece). Complementa el punto 32 advirtiendo que la discriminación por motivos de discapacidad se define en el artículo 2 de la Convención como “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 fundamentales”. (...) La negación de la capacidad jurídica no debe basarse en un rasgo personal como el género, la raza o la discapacidad, ni tener el propósito o el efecto de tratar a esas personas de manera diferente”.

También fundamenta que “El art. 23 en conexión con el art. 12 impacta de forma directa en al menos tres cuestiones fundamentales del ejercicio de los derechos de familia de las personas con discapacidad: el derecho al matrimonio; el derecho a la filiación y la protección de los derechos sexuales y reproductivos. La CDPD reafirma el derecho a la familia de todas las personas con discapacidad y añade dos elementos normativos e interpretativos de suma importancia: la garantía de no discriminación por motivo de discapacidad y la garantía al reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad en igualdad de condiciones. Con lo cual su valor innovador cobra especial relevancia cuando se vincula con el art. 12. 2. Con relación al derecho al matrimonio es importante señalar expresamente que el art. 23.1.a impone a los Estados la obligación de eliminar toda limitación al derecho al matrimonio con motivo en la discapacidad (discriminación directa). Además, su interpretación armónica con el artículo 12.2 exige que ninguna persona con discapacidad, incluyendo aquellas con discapacidades mentales o intelectuales, sea privada del derecho a manifestar su consentimiento libre y pleno para contraer matrimonio, que usualmente se ve restringido con una declaración de incapacidad. El derecho de las personas con discapacidad a vivir junto a su familia, incluye tanto el derecho de los padres a conservar la autoridad parental respecto de sus hijos, como el derecho de los hijos de no ser separados de sus padres por motivo de discapacidad de sus padres o de los hijos. Es importante señalar que los sistemas de incapacitación restringen

ilegítimamente a las personas con discapacidad el derecho a decidir libremente sobre el número de hijos/as que quieren tener y a ejercer los derechos y deberes derivados de la relación filial (art. 23. b) (www.cels.org.ar/common/documentos)”.

En el considerando 13, fundamenta con relación al reconocimiento de hijo: *“En el caso de la maternidad, se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. (art. 565 del CCCN). La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido. Esta inscripción debe ser notificada a la madre, excepto que sea ella quien la solicita o que quien denuncia el nacimiento su cónyuge. Si se carece del certificado mencionado en el párrafo anterior, la inscripción de la maternidad por naturaleza debe realizarse conforme a las disposiciones contenidas en los ordenamientos relativos al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Se aplica la ley 26413 (Art. 31).- Están obligados a solicitar la inscripción de nacimiento: a) El padre y/o la madre; b) A falta de ellos, los parientes directos de la madre o cónyuge en primer grado ascendente o colateral; c) El Ministerio Público de Menores en el caso de recién nacidos que hubieran sido expuestos. Si los nacimientos ocurren fuera del establecimiento médico sin atención médica (ley 26413, Art. 32 inc. c) será necesario certificado médico asistencial público con determinación de edad presunta y sexo y en su caso certificado médico del estado puerperal de la madre y los elementos probatorios que la autoridad local determine. Además se requerirá la declaración de dos testigos que acrediten el lugar de nacimiento en la jurisdicción de que se trata, el estado de gravidez de la madre y haber visto con vida al recién nacido, los que suscribirán el acta de nacimiento y le debe ser notificada a la madre cuando la inscripción del nacimiento no fue realizada por la madre. Quiere decir que no interviene la voluntad de la persona, en este último caso sólo más que para “solicitar la inscripción” lo que supone un hijo nacido, que se inscribirá en virtud de la correspondiente documentación o el cumplimiento de los recaudos a los que me referí, que tiene derecho a ser emplazado en el estado que le corresponde, con lo cual no tiene sentido práctico ni fundamento jurídico alguno restringir su capacidad para reconocer hijos a secas como lo hace el fallo, por lo cual merece la revocación. Anoto, además, que aunque el reconocimiento de hijo está genéricamente contemplado en el art. 680 del CCCN a partir de*

los 13 años sin autorización de los progenitores, el art.571 se refiere a la paternidad extramatrimonial por reconocimiento de hijo.

En el considerando 14 realiza la fundamentación en lo relativo a la capacidad para contraer compromisos alimentarios, *“entiendo que resulta superflua, dado que por un lado no tiene hijos por lo que resulta abstracta la cuestión y además - en caso de tenerlos- están suficientemente tutelados los eventuales derechos patrimoniales que pudieran resultar afectados por el sistema de apoyo establecido en la sentencia apelada (ver punto 4), dado que es innegable que los mismos también tienen una arista patrimonial.”*

Finalmente tampoco surge de la sentencia respecto de que se la quiere proteger o en que se la quiere beneficiar la Sra. D.S.G al restringirle en la sentencia de primera instancia los mencionados derechos que resultan ser personalísimos.

La sentencia es innovadora, pues no solo resuelve REVOCAR el punto 3 apartado d) de la sentencia de primer instancia, en cuanto restringe la capacidad de ejercicio de D. S. G. para "modificar su estado civil, reconocer hijos, contraer compromisos alimentarios"; sino que establece *“que como sistema de apoyo de la nombrada que el Equipo Tratante compuesto por las Licenciadas María Josefina Moro y Paula Alcain la asistan, orienten en todo aquello referente al suministro de la información adecuada sobre educación y salud sexual y reproductiva de un modo que pueda comprender D. S. a fines de que se apropie de elementos de ponderación para que esté en mejores condiciones para ejercer plenamente sus derechos, sin que las profesionales la sustituyan en sus decisiones y evitando ejercer una influencia indebida sobre ella (Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general 1, párr. 41)”*.

3) En el caso “S.M.S. S/ RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD” Expte. N° 11640, sentencia dictada en fecha 08/07/21 por la Cámara Segunda –Sala Segunda-, se trata de una sentencia dictada como consecuencia de la apelación automática prevista en el art. 186 L.P.F (Ley Procesal de Familia de Entre Ríos) y del art. 614 del C.P.C. y C. (Código Procesal Civil y Comercial de Entre Ríos), respecto de la sentencia de primer instancia de fecha 02/06/2020.

Como resultado en autos se revoca parcialmente la sentencia de fecha 02/06/2020, dejando sin efecto el apartado d) del punto 3 en cuanto restringe la capacidad de prestar su consentimiento para modificar su estado civil, reconocer hijos y/o contraer compromisos alimentarios.

En cuanto a los fundamentos vertidos con relación a la restricción para modificar su estado civil y contraer compromisos alimentarios me remito a los fundamentos dados en los casos ut supra referenciados, y con relación a los argumentos dados con relación a la restricción declarada para reconocer hijos me remito al fragmento transcrito en el punto explicado con anterioridad sobre reconocimiento de hijo.

CONCLUSION

La reforma constitucional que se opera en nuestro país en el año 1994 sin duda se constituye en un hito para el ordenamiento jurídico vigente hasta ese momento, puesto que en su art. 75 inc. 22 se incorporan con jerarquía constitucional Tratados de Derechos Humanos, sin carácter de números clausus puesto que deja abierta la posibilidad de que se incorporen otros, conforme el procedimiento previsto –art 75 inc. 22 última parte-. En tal sentido debemos destacar que a la fecha, se han incorporado tres tratados con esta jerarquía, entre ellos la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Ello implicó la revalorización de fuentes originadas en el Derecho Internacional, así como el deber de ampliar la mirada a la hora de reconocer las fuentes del Derecho. Es así que el Estado de Derecho Constitucional nos ofrece una multiplicidad de fuentes en el cual el derecho se formula a través de principios, valores y derechos humanos.

Esta nueva mirada que hoy se nombra como —Constitucionalización del Derecho Privado es receptada en el Código Civil y Comercial de la Nación, mostrándose la regulación que este cuerpo normativo realiza de la capacidad jurídica de las personas acorde a este paradigma.

Esta nueva realidad coloca al operador del derecho ante el desafío de abordar los casos que se le presentan, cada vez con mayores características de complejidad, recurriendo al universo del ordenamiento jurídico, el cual hoy se compone no solo de la ley, sino de principios, valores y derechos humanos. Asimismo este contexto nos enfrenta al reto de buscar la solución o respuesta que se presente como la más justa al caso concreto.

La aprobación de la CDPD ha impuesto el mayor estándar de derechos humanos en materia de capacidad jurídica, en especial con la incorporación de su art. 12. Siendo hoy la capacidad reconocida como un Derecho Humano fundamental.

Conforme lo he expresado, las personas con discapacidad tienen el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica y, como consecuencia, a ejercer su capacidad jurídica. Estos derechos han sido históricamente limitados por el hecho de tener una discapacidad, incluso en la actualidad persisten numerosas barreras para su disfrute real.

Todos tenemos derecho a tener capacidad jurídica aunque nuestra capacidad mental sea diferente, no debiendo utilizarse la capacidad mental para negarle a una persona su capacidad jurídica, aunque para su ejercicio necesite de un ajuste razonable y/o de un apoyo o sistema de apoyo.

A su vez la Observación General N° 1 del Comité de la CDPD (párr. 29, inc. d) establece expresamente que la designación de un sistema de apoyos no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho al voto, el derecho a contraer matrimonio o a establecer una unión civil, fundar una familia, derechos reproductivos, responsabilidad parental, consentimiento informado, derecho a la libertad, etc.

No garantizar el ejercicio de derechos personalísimos, como lo son los que surgen del Derecho a la Vida Familiar, reconocidos en los art. 22 y 23 de la CDPD, constituye una violación grave de la justicia básica, pues están implícitos en la noción misma de dignidad humana y de una vida acorde con ella.

Ha quedado demostrado con en análisis de jurisprudencia que hoy día continúan restringiéndose derechos derivados del derecho a la vida familiar, fundándose en un criterio meramente paternalista, proteccionista, teniendo en cuenta el diagnóstico de la persona, no vilsumbrándose cual es el beneficio o de que se los quiere proteger al restringirse esos derechos.

No obstante ello, debo reconocer que en mi provincia existen precedentes superadores y que superan el test de constitucionalidad-convencionalidad al reconocer los derechos de toda persona a contraer matrimonio, reconocer hijos y ejercer la responsabilidad parental, es decir el derecho a ejercer una vida familiar.

La decisión del ejercicio de los mencionados derechos es personalísima, debido que solo en el fuero íntimo se decide algo tan importante. Pretender hacer un juicio de valor sobre la decisión de una persona, implica un exceso indebido del que, la justicia, debe mantenerse al margen. La dignidad personal y el "derecho a equivocarse" juegan aquí un rol preponderante.

BIBLIOGRAFIA

- Agustina Palacios - Silvia Eugenia Fernández - María Graciela Iglesias. "Situaciones de discapacidad y Derechos Humanos. Ed. La Ley. Año 2020.
- Agustina Palacios "El Modelo Social de Discapacidad: origen, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ed. CINCA. Año 2008.
- Jorge H. Alterini. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético. 2da Edición actualizada y aumentada. Tomo I arts. 1 a 224. Ed. La Ley. Año 2016.
- Juan Antonio Seda "Discapacidad y Derechos. Impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", Ed. Jusbares. Año 2018.
- María Angélica Gelli. "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada. Tomo II. Artículos 44 a 129". Ed. La Ley. Año 2013.
- Pérez Gallardo, Leonardo – Pagano Luz María. "Discapacidad y Modelo Social" Enfoques desde la doctrina y jurisprudencia. Ed. Erreius. Año 2020.
- Ricardo Luis Lorenzetti. "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado" Tomo I Arts. 1º a 256. Ed. Rubinzal-Culzoni. Año 2014.
- Rivera Julio César "Instituciones de Derecho Civil" Parte General. Séptima edición actualizada. Tomo I. Ed. Abeledo Perrot. Año 2020.
- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Consultar en el link: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_coleccion_debolsillo_02_declaracion_americana_derechos_hombre.pdf.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Consultar en el link: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_coleccion_debolsillo_07_derechos_economicos_sociales_culturales.pdf.
- Protocolo de San Salvador. Consultar en el link: <https://cdh.defensoria.org.ar/normativa/protocolo-adicional-a-la-convencion-americana->

[sobre-derechos-humanos-en-materia-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales-protocolo-de-san-salvador-6/](#).

- Convención de los Derechos del Niño. Consultar en el link: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>.

- Ley Nacional de Salud Mental N° 26657.

- Declaración Universal de los Derechos Humanos. Consultar en el link: http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=1003.

- Aportes a la celebración de la Observación general sobre el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” (documento publicado en febrero de 2014 elaborado por el Centro de Estudios Legales y Sociales; Asociación para la promoción y protección de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad; Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos “Alicia Moreau”, Facultad de Derecho; Universidad Nacional de Mar del Plata; Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social -PAIIS, Universidad de los Andes y Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad) se puede consultar en el siguiente link: www.cels.org.ar/common/documentos.

- Observación General N° 5 de las personas con Discapacidad del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Se puede consultar en <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-5-personas-con-discapacidad>.

- Mercedes Iturburu y Rodolfo G. Jáuregui. ¿Se puede restringir el derecho a contraer matrimonio de antemano y en abstracto en los procesos de restricción a la capacidad? El dial.com. Biblioteca Jurídica Online. Editorial Albrematica S.A. Año 2020.

- Principios de interpretación del modelo de capacidad jurídica y del sistema de apoyos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. [https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/principios-de-interpretación-del-modelo-de-capacidad-jurídica-y-del-sistema-de-apoyos-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/\(14/1/20\)](https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/principios-de-interpretación-del-modelo-de-capacidad-jurídica-y-del-sistema-de-apoyos-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/(14/1/20)).

- Observación General N° 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

- CS, 12/6/2012, “N.N. o U.V. s/ protección y guarda de personas”, “Corte Suprema de Justicia de la Nación. Secretaría de Jurisprudencia”. Disponible en <http://www.csjn.gov.ar/data/intsupn.pdf>.
- "A. S., A. R. S/ RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD"(Expte. N° 9426), Juzgado de Familia y Penal de Niños, Niñas y Adolescente del Juzgado 2 de Concordia.
- "XXXX S/ RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD" (Expte. N° 6704, Juzgado de Familia y Penal de Niños, Niñas y Adolescente del Juzgado 1 de Concordia.
- "K., M. F. S/ RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD" (Expte. No 921FA), Juzgado de Familia y Penal de Niños, Niñas y Adolescente de Federal.
- "A. C. M. C/ A. A. F. S/ RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD" (Expte. No14759FA), Juzgado de Familia y Penal de Niños, Niñas y Adolescente de Federal.
-
- "B. S. A. S/ RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD", (Expte. No 2468/14) Juzgado de Familia y Penal de Niños, Niñas y Adolescente de Chajarí.
- “I.C. S/ RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD” – Expte. N° 8183. Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos. 11/06/2020.
- “G.D.S. S/ RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD” (6365) de la Cámara Segunda –Sala Segunda- de Paraná, de fecha 16 de junio de 2021.
- “S.M.S. S/ RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD” Expte. N° 11640, de la Cámara Segunda –Sala Segunda-, de fecha 08/07/21.