

## La restricción a la capacidad, el modelo social de la discapacidad y los derechos humanos

La igualdad real y la no discriminación son dos de los principios y derechos fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos. Íntimamente conectados con la dignidad humana, constituyen la piedra angular del resto de los derechos.<sup>3</sup> En su virtud en los procesos de restricción de la capacidad se buscan soluciones que se adecuen a la identidad, singularidad y unicidad de cada persona, afectando lo menos posible su autonomía, como expresión de libertad. Lo contrario significaría una injerencia estatal ilegítima, un abuso en el marco de un paternalismo hoy injustificado cuyo resultado es la violación de sus derechos, sin un beneficio concreto.

La Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad -CDPD- se erige como el marco normativo más específico en la materia, fue una tan efectiva como espléndida innovación para el tratamiento de los derechos de las personas con diversidad funcional. El Estado Argentino abandonó el modelo biomédico de comprensión de la discapacidad. Paralelamente adhirió al modelo social de la discapacidad mediante la armonización de leyes, políticas públicas y prácticas institucionales, el que está en plena construcción.

El Código Civil y Comercial -CCyC-, en los artículos 1 y 2, establece las fuentes para resolver los conflictos, entre ellas se destacan la Constitución Nacional y los tratados internacionales. Es decir, que inserta el derecho civil y comercial argentino en el paradigma constitucional-convencional<sup>4</sup>. Gracias al “diálogo de fuentes”, opera la denominada “constitucionalización del derecho privado”.

El nuevo -o no tan nuevo- modelo regula la discapacidad o diversidad funcional a partir de la plena capacidad de ejercicio de los derechos de las personas (art. 12 CDPD, art. 23 y 31.a del CC y C), respetando la autonomía personal y la posibilidad de actuar por sí misma.

---

<sup>1</sup> Abogada. Escribana. Mediadora. Diplomada en Desmanicomialización. Diplomada en Procesos por Audiencia Civil, Familia y Laboral. Profesora y tutora de posgrado en la UNLP y UNER. Disertante de Cursos del Instituto de Capacitación Dr. Juan Bautista Alberdi; Excmo. Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos. Asesora Legal de la Unidad de Letrados en Procesos de Salud Mental dependiente de la Defensoría General de Entre Ríos.

<sup>2</sup> Abogado. Especialista en Derecho de Familia. Mediador. Profesor titular de Derecho Civil V (Facultad de Cs. Js. y Sociales UNL). Profesor de Posgrado UNL, UNNE, UCASAL, UCA. Capacitador del Instituto de Capacitación Dr. Juan Bautista Alberdi; Excmo. Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos. Miembro del Centro de Estudios de Derecho Comparado del Mercosur. Vocal a cargo del Despacho de la Cámara II, en lo Civil y Comercial, sala II, Paraná.

<sup>3</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación.

<sup>4</sup> Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación Argentina Comentado, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2014, p.26.

Subyace la idea que considera que la mayoría de las causas que originan la discapacidad son sociales, fruto de la interacción entre la condición de una persona (una diversidad física, mental, intelectual o sensorial) y las barreras sociales (culturales, jurídicas) que la limitan y/o impiden vivir una vida en sociedad. Por ende, las soluciones no deben apuntar en exclusiva a la persona sino que también deben comprender a la sociedad<sup>5</sup>, la que debe favorecer la inclusión social, resguardando los nombrados derechos humanos esenciales. La pobreza, la desigualdad social, el analfabetismo, la exposición a situaciones traumáticas, las guerras, etc- son factores de riesgo para la salud mental. El anhelo u objetivo del ordenamiento es que la persona con discapacidad pueda desenvolverse en la sociedad en igual medida que las personas sin discapacidad, valorando y respetando las diferencias.

Surge por pura lógica entonces, la eliminación de cualquier tipo de barrera que impida el desarrollo de la autonomía de la persona con discapacidad para decidir en su propia vida por sus preferencias, elecciones, gustos, a los fines de garantizar una igualdad de oportunidades. En efecto, el artículo 12 de la CDPD, que tiene como título "igual reconocimiento como persona ante la ley", es coherente con la referida premisa, que aparece allí reflejada. Deben removerse todos los obstáculos que impidan ejercer los derechos de los que es titular cada sujeto en un plano de igualdad con las demás personas.<sup>6</sup>

La Observación general N° 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU<sup>7</sup>, propone una lectura en consonancia con los principios referenciados de las normas procesales y sustanciales que rigen los procesos, sintetizando el espíritu imperante. En el párrafo 3 ensaya una crítica constructiva con meridiana claridad, la que invita a no repetir errores del pasado, virogizando y promoviendo la autonomía: que los estados no han *"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."*

Tampoco se deben perder de vista las reglas enunciadas en el art. 31 del CCyC. En especial reparamos en el contenido de su inciso b): *"las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona"*. Valiosa pauta hermenéutica y regla de oro que permite en cada caso desbrozar el beneficio que se debe fomentar de la sobreprotección que se debe evitar: restringir no es proteger.

El CCyC en el art. 23 dispone el principio general en materia de capacidad de ejercicio: *"(t)oda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones*

---

<sup>5</sup> Cfr. PALACIOS Agustina, Las personas con discapacidad mental en el sistema universal e interamericano de derechos humanos en Derecho y Salud Mental. Una mirada interdisciplinaria, Tomo 1, Director: Kraut, Alfredo Jorge, Editorial Rubinzal Culzoni, Primera edición, Santa Fe, 2020, p. 193.

<sup>6</sup> Guía de trabajo para los operadores del sistema de justicia. "La práctica pericial respetuosa de los derechos de las personas con discapacidad psicosocial", CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales). 1ra edición, Buenos Aires. Pág 38.

<sup>7</sup> Observación general N° 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11º período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014.

*expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial*". Con lo cual, la capacidad es la regla y su restricción la excepción, y de interpretación restrictiva. Requiere como garantía una causa extraordinaria, fundada y limitada para determinados actos, sólo establecidos por sentencia judicial, convocando al poder judicial en su rol de garante último de los derechos.

La restricción se fundamenta en una situación que requiere de la conjunción de dos presupuestos que surgen del art. 32 (1: adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad y 2: que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes), y no reposa jamás en una característica personal. En conclusión, en el CCyC no existe restricción por motivo de discapacidad ya que estaría violando el principio de no discriminación.<sup>8</sup>

El proceso de restricción tiene como fin determinar qué necesita la persona para poder ejercer su capacidad, por lo tanto sólo se puede restringir la capacidad de una persona en la medida que sea indispensable y beneficioso para ésta.

Con respecto a la incapacidad el art. 32 del CCyC la prevé como situación de excepción, y dispone "*la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, y el sistema de apoyos resulte ineficaz*". Los requisitos que establece el CCyC son clarísimos: la comunicación o interacción debe ser absolutamente imposible, y no simplemente difícil. Apunta a aquellos casos en los que la persona no evidencia signos de conciencia de sí o del entorno, y posee una imposibilidad de interactuar con otras persona o de reaccionar a estímulos adecuados.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - FERNANDEZ, Silvia E. - HERRERA, Marisa. "Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código". Publicado en: LA LEY 18/08/2015, 18/08/2015, 1 - LA LEY2015-D, 1073 . Cita Online: AR/DOC/2518/2015.

<sup>9</sup> PALACIOS Agustina y KRAUT Jorge Alfredo, Código Civil y Comercial Comentado. Tomo I. Dirigido por Lorenzetti, Ricardo Luis. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni. Santa Fe 2014 Pág. 130.