

## **¿Las Facultades de Derecho hablan de esto? Derecho privado y derechos humanos: una articulación necesaria para repensar el problema de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad**

VALERIA BERROS<sup>1</sup> y PABLO SLAVIN<sup>2</sup>

### RESUMEN

El objetivo del presente trabajo consiste en construir una reflexión acerca del abordaje que se realiza sobre el tema de las personas con discapacidad y su capacidad jurídica en el proceso de enseñanza-aprendizaje en las Facultades de Derecho. En la Primera y Segunda Partes se reconstruye cómo se indaga sobre el tema a partir del análisis de la codificación civil y las obras generalmente utilizadas para su estudio, a fin de detectar la perspectiva que traducen sobre la discapacidad: el denominado “modelo médico”. En la Tercera Parte se realiza similar ejercicio respecto de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad que presenta una perspectiva diferente sobre el tema, el llamado “modelo social”. Ésta, al formar parte del ordenamiento jurídico vigente, exige de una importante revisión al momento de abordarse la cuestión de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, invitando a un diálogo necesario entre Derecho Privado y Derechos Humanos.

### PALABRAS CLAVE

Personas con discapacidad - Capacidad jurídica - Derecho privado - Derechos humanos - Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.

<sup>1</sup> Centro de Investigaciones en Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (UNL) y CONICET.

<sup>2</sup> Estudiante de Abogacía, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral.

## **Do Law Schools talk about this? Private Law and Human Rights: a required articulation to re-think the problem about the legal capacity of persons with disabilities**

### **ABSTRACT**

The objective of the present work is to reflect on the different approaches that exist towards the legal capacity of people with disabilities in the teaching and learning process in Law Schools. In the First and Second Parts, the enquiry concerning the topic is rebuilt from the analysis of the civil codification and the scholarly works that are generally used for the study of this topic, in order to identify the perspective that they adopt about the disability: this is the “medical model”. Next, in the Third Part, a similar reflective exercise is done about the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which presents a different approach about the topic: the “social model”. The Convention, being part of the current legal system, demands a profound revision in addressing the issue of the legal capacity of the persons with disabilities, and invites to dialogue between Private Law and Human Rights.

### **KEYWORDS**

Persons with disabilities - Legal Capacity - Private Law - Human Rights - Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

### **INTRODUCCIÓN**

*“Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes” (art. 141, Código Civil).*

*“Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida” (art. 12.2, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).*

El diálogo entre estos dos textos legales inscriptos en el ordenamiento jurídico contemporáneo en la Argentina –que traducen perspectivas, miradas, abordajes muy diferentes sobre la problemática de las personas con discapacidad– permite construir algunos interrogantes en torno a la enseñanza del Derecho:<sup>3</sup>

¿Qué se enseña cuando se trabaja con el problema de la capacidad jurídica?

¿Cuáles son las discusiones que se iluminan y aquellas que permanecen opacadas en el proceso de enseñanza sobre este tema?

¿Qué articulaciones es necesario revisar entre derecho privado y derechos humanos a la hora de pensar en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad?

Esta enumeración de inquietudes se constituye como el eje que enhebra esta contribución, cuyo objetivo consiste en poner de relieve la problemática específica de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Se trata de identificar la manera en que es abordada, en términos generales, dentro del ámbito del proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho. Este espacio, el “aula” y lo que allí sucede, integra un complejo “entramado”<sup>4</sup> en el que se enlazan normas, instituciones, saberes, arquitect-

<sup>3</sup> Estos interrogantes han sido compartidos y discutidos en una pluralidad de ocasiones con los y las integrantes del Proyecto de Extensión “*Hacia la autonomía y participación social de las personas con discapacidad*” de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, del cual ambos autores formamos parte desde el año 2012. Agradecemos a ese espacio las reflexiones continuas sobre este tema y la construcción de alertas sobre nuestras propias prácticas al interior del proceso de enseñanza-aprendizaje en el campo jurídico.

<sup>4</sup> La idea de “entramado” se inspira en el concepto de dispositivo de Michel Foucault que se presenta como red que une un conjunto heterogéneo de discursos, instituciones, instalaciones arquitectónicas, decisiones reglamentarias, leyes, medidas administrativas, enunciados científicos, proposiciones filosóficas, morales, filantrópicas, que dan cuenta tanto de “lo dicho” como de “lo no dicho” y que, en su obra, se vinculan con sus conceptos de poder y saber. Vid: FOUCAULT, Michel, “El juego de Michel Foucault”, entrevista publicada en la revista *Ornicar*, nro. 10, julio 1977; AGAMBEN, G., *Qu'est ce-qu'un dispositif?*, Paris, Éditions Payot & Rivages, 2006; DELEUZE, Gilles, A. GLUCKSMANN, M. FRANK *et al.*, *Michel Foucault filósofo*, Barcelona, Gedisa, 1990.

turas que colaboran, refuerzan, robustecen la construcción del problema de la discapacidad en un determinado sentido.

La tarea que nos proponemos implica, por una parte, interrogar sobre los materiales de estudio que hoy se utilizan para aproximarnos al Derecho. Materiales que, en buena medida, son anteriores a la Convención y, por tanto, también traducen una perspectiva diferente sobre el tema: el denominado “modelo médico”. Asimismo, involucra una aproximación a los contenidos fundamentales de ambos textos normativos a fin de individualizar las tensiones existentes entre ellos. Por último, exige una revisión del vínculo entre derecho privado y derechos humanos al interior del proceso de enseñanza-aprendizaje.

A efectos de llevar a cabo la propuesta, en la Primera y Segunda Partes del trabajo se efectúa un abordaje de la regulación que nuestro derecho privado ha desarrollado sobre el tema. Con ese fin, se efectúa un recorrido por el sistema que propone el Código Civil actualmente en vigor así como sobre el plexo de discusiones doctrinarias que suelen articularse al momento de indagar en la cuestión de la discapacidad. De este modo se intenta mostrar cuáles son las preguntas, interrogantes, planteos que adquieren mayor visibilidad y que parecen reforzar la dicotomía entre capaces/incapaces (o, también, “normales”/“anormales”) dentro de la arquitectura legal.

En la Tercera Parte, el acento se dispone sobre lo que denominamos “costado invisible”: el contenido de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad que, entre una heterogénea cantidad de temas, aborda la cuestión de la capacidad jurídica desde una perspectiva que se presenta al interior del llamado “modelo social”. Es decir, se legisla desde una manera de pensar diferente del modelo médico que inspira nuestro Código Civil. Se ilumina la construcción social de la discapacidad y no la “anormalidad” de las personas con discapacidad que, por encontrarse dentro del grupo de “diferentes”, requieren de un representante que supla su voluntad, un representante ubicado del costado de los “normales”, todo lo cual implica no sólo suplir voluntades y quitar capacidad para el ejercicio de los derechos que se titularizan sino y, sobre todo, invisibilizar la diversidad humana.

## I. LO VISIBLE: LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL RÉGIMEN LEGAL VIGENTE

Debemos recordar que, en lo referido a este aspecto, el texto del Código Civil se mantiene sustancialmente igual desde su sanción original. Ello explica su obsoleta terminología, si bien, como veremos, esta obsolescencia no es la única ni la más grave.

La regulación legal es escueta. La primera mención al tema surge en el Libro Primero, Sección Primera, Título II. Allí, tras establecer que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción,<sup>5</sup> se incluye dentro de tal excepción a aquellos que el texto legal denomina “dementes”<sup>6</sup> (conforme a la terminología del texto aún vigente). Se los considera, en consecuencia, incapaces absolutos de hecho.

El mismo Título consagra una serie de disposiciones que son genéricas para todos los casos de incapacidad. En conjunto, establecen un método de representación necesaria, sustitutiva y de origen legal, ejercido en este caso por los curadores. Es a través de éstos –dispone el Código Civil– que los incapaces pueden “*adquirir derechos o contraer obligaciones*” (art. 56, CC).

Es el Título X de la misma Sección y Libro el que refiere específicamente a los *dementes e inhabilitados*. Del artículo 141, allí ubicado, podemos derivar una definición de los *incapaces por demencia*: aquellos “*que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes*” (art. 141, CC).

El resto de las disposiciones se refieren a cuestiones procesales que actúan a manera de garantía, ya que –recordamos– la capacidad de las personas físicas es considerada la regla, y se procura protegerla ante avasallamientos arbitrarios. En tal sentido, se dispone que la incapacidad sólo puede ser determinada por sentencia judicial (art. 140, CC), se limita la legitimación activa (art. 144, CC), se prohíbe la declaración de oficio, se impone la prueba pericial (art. 142, CC), etc.

<sup>5</sup> Ello se desprende del art. 52, CC: “*Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este código no están expresamente declarados incapaces*”.

<sup>6</sup> Art. 54, CC: “*Tienen incapacidad absoluta (...) 3º Los dementes; 4º Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito*”.

Por incorporación de la Ley 17.711, se regula también en este Título, en el art. 152 bis, el instituto de la inhabilitación. El mismo abarca un conjunto amplio y heterogéneo de sujetos, que comprende a los adictos al alcohol o las drogas (inc. 1º), los “*disminuidos en sus facultades mentales*” (inc. 2º) y los llamados “*pródigos*” (inc. 3º). Todos ellos, y bajo ciertas condiciones, están sujetos a una limitación en su capacidad jurídica menos drástica que la sufrida por los incapaces. En lugar de estar sometidos a representación sustitutiva, lo están a un régimen de asistencia. Conforme a este sistema, si bien existe designación de un curador, éste no actúa expresando su voluntad en lugar de la persona, sino que se exige su conformidad para la celebración de ciertos actos. Es decir, para que determinados actos jurídicos sean celebrados válidamente, se exige la voluntad concurrente del inhabilitado y su curador asistente.

Como cierre del Título, y por incorporación de la Ley Nacional de Salud Mental (2010), se establece una nueva garantía para las declaraciones de incapacidad e inhabilitación. Conforme a este artículo, se exige que la evaluación para el dictado de la sentencia no sea sólo médica sino interdisciplinaria, además de establecerse una limitación temporal a su validez (que no puede exceder de tres años) y una directiva expresa para que se procure afectar la autonomía personal en la menor medida posible.

A través de este régimen legal sucintamente descripto, el Código Civil pretende de alguna manera dar una solución a lo que considera un problema. Ahora bien, resulta importante, analizando dicho régimen, obtener la respuesta a dos preguntas. En primer lugar, *cuál es ese problema*. En segundo lugar, *de quién es ese problema*. Las respuestas que inductivamente intentaremos construir en relación con estos dos cuestionamientos revelarán que la ley vigente se enmarca en una determinada perspectiva (o “modelo”) de la discapacidad. Esta perspectiva comienza en los últimos años a entrar en crisis, generándose nuevas formas de responder aquellas preguntas y obligando, por tanto, a repensar las soluciones que el Derecho brinda.

Aunque la curatela es pensada como una institución protectora del declarado incapaz (art. 58, CC: “*Este código protege a los incapaces...*”), a poco de recorrer los artículos que la regulan puede percibirse que el modo en que se instituye la figura trasluce una concepción de la persona

con discapacidad mental (usando una terminología más adecuada a nuestra época) como portadora de una deficiencia generadora de incomodidades y problemas para sí misma, para sus familiares y hasta para “los vecinos”.<sup>7</sup>

Al entender la discapacidad como una deficiencia, esto es, un problema individual del sujeto “escrito” en su cuerpo (en este caso, en su mente), el código no hace sino reflejar la comprensión general que existía sobre la materia en la época de su redacción. Esta visión se enmarca en lo que se ha dado en llamar el “modelo médico de la discapacidad”. Aquí está la respuesta a la primera pregunta que planteamos. El problema a resolver, en la concepción del codificador, es la demencia o manía (en la vieja terminología de Vélez Sársfield) o la enfermedad mental (conforme a la un poco más “aggiornada” Ley 17.711) considerada *en sí misma*. La enfermedad, como anormalidad, debe ser corregida. La herramienta escogida para ello es la privación de la capacidad jurídica.

Nos queda aún encontrar respuesta a la segunda pregunta: *de quién es ese problema*. Desde una primera perspectiva, el problema es del propio portador de la deficiencia, y hacia él se dirige por tanto la supuesta protección que el régimen de curatela brinda. Esto no es sino una consecuencia del propio modelo médico: la persona con discapacidad es tal por sus características individuales, por un defecto en su cuerpo o en su mente. En la definición de la discapacidad, la sociedad y sus barreras no cumplen ningún papel.

Ahora bien, la pretendida protección que la ley brinda consiste en la anulación total del poder de decisión del incapaz. Se aplica para ello un método de representación sustitutiva *ex lege* que cae en manos del llamado “curador”, generalmente –cuando ello es posible– un miembro de su familia.

<sup>7</sup> El art. 144 aún reconoce legitimación activa para iniciar el juicio de insania a “cualquiera persona del pueblo, cuando el demente sea furioso, o incomode a sus vecinos”. Podemos preguntarnos cuál sería el beneficio que estas “personas del pueblo” incomodadas podrían obtener de la privación de la capacidad civil del sujeto, que ninguna relación tiene con la furia o incomodidad (utilizando las palabras del texto legal). La previsión carece de toda lógica y, en el fondo, no parece sino traslucir un prejuicio respecto de todos aquellos que se apartan del estándar social de “normalidad”.

Si se entiende que el problema es la discapacidad (entendida desde un punto de vista médico) que pertenecería al “*interdicto*”, lo cierto es que efectuando un análisis crítico de las normas jurídicas referidas, como así también del funcionamiento de la curatela en la práctica y de los discursos contruidos socialmente, podemos concluir que la institución se desfigura *incluso* analizada desde esta protección médico-paternalista.

En tal sentido, podemos percibir que, en el mejor de los casos, el incapaz es protegido como un sujeto cuya voluntad importa poco o directamente no importa. Otras veces, como mero objeto titular de un patrimonio cuya integridad debe conservarse para beneficio de sus eventuales herederos, evitando que aquél pueda afectarla osando tomar decisiones sobre sus propios bienes. En algunas oportunidades, inclusive, ese incapaz parece convertirse en un “objeto” a ser depositado y ocultado en alguna institución a la espera del final de una eterna rehabilitación que pretende corregir lo que se considera una desviación de la normalidad humana, despojado de la administración de sus bienes y, en algunos casos, hasta inmerso en un absoluto desconocimiento del contenido de su patrimonio, sea éste apenas una pensión por discapacidad, sea una cuota parte de un importante acervo hereditario, etc.

Aunque el propósito manifiesto del Código Civil es el de proteger al incapaz (como se dispone en el citado art. 58), lo cierto es que también su familia y la sociedad son considerados como sujetos “afectados” por la discapacidad/enfermedad. Muestra de ello es la ya mencionada legitimación activa para iniciar el juicio de interdicción que les reconoce el art. 144. Así, desde una segunda perspectiva, en la ley y sobre todo en la práctica judicial, son muchas veces éstos los sujetos que se procura proteger a través de la declaración de incapacidad.

En este supuesto resguardo del propio incapaz, y sobre todo en protección de la sociedad (los *terceros contratantes de buena fe*) y del valor “seguridad jurídica”, el Código hace clasificaciones cerradas. La persona física mayor de edad puede ser capaz, incapaz o –desde la Ley 17.711– inhabilitada. A esas tres posibilidades les corresponden también tres respectivas consecuencias jurídicas inevitables: no estar sujeto a limitación alguna en su capacidad de hecho, estar sujeto a representación sustitutiva o estar sujeto a asistencia. Las particularidades de la condición y situación



de cada sujeto quedan borradas por las pretensiones clasificadoras del codificador, en aras de lograr certeza en las relaciones jurídicas.

Podemos decir que nuestra ley consagra una dicotomía tajante entre “capaces” e “incapaces” (incluyendo aquí tanto a los incapaces en sentido estricto como a los inhabilitados, sin por ello desconocer las importantes diferencias de régimen entre una y otra institución). Entre sanos y enfermos. Entre “normales” y “anormales”. En fin, entre los que pueden decidir por sí mismos y los que quedan a la merced de otra persona.

Ante este panorama podemos elaborar algunas preguntas. ¿Con qué se encuentra el estudiante que, en su primer o segundo año de carrera, debe analizar la temática de la capacidad jurídica? ¿Cómo se aborda, en el aula y en las obras de doctrina, el estudio de un régimen que –salvo reformas secundarias– se mantiene muy similar al sancionado casi ciento cincuenta años atrás, a pesar de que hoy es llamado a funcionar en un contexto totalmente distinto? ¿Es estimulado para realizar un análisis crítico del instituto o apenas accede a un análisis abstracto del mismo?

## II. EL ANÁLISIS [A]CRÍTICO DEL RÉGIMEN VIGENTE EN LA DOCTRINA Y EN LAS AULAS

A los fines de la elaboración de este artículo, se realizó en marzo de 2014 una pequeña encuesta de carácter exploratorio entre alumnos/as de la carrera de Abogacía en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Sus resultados muestran que, a la hora de abordar el estudio de la temática de la capacidad civil (curricularmente enmarcada en la disciplina Derecho Civil I), los estudiantes acuden principalmente a dos fuentes. Una de ellas es lo que surge de su propia asistencia a las clases, esto es, lo expuesto por los profesores y profesoras al desarrollar la temática. La segunda es la doctrina que podemos denominar “clásica”, es decir, los conocidos manuales o tratados de Derecho Civil, muchos de ellos escritos hace alrededor de medio siglo, sin que sus posteriores actualizaciones hayan alterado sustancialmente su estructura o contenido.

La consulta de otras fuentes (v. gr., artículos de doctrina más actuales y específicos) es estadísticamente casi nula. Creemos que ello es consecuencia de tratarse de un tema abordado por estudiantes que suelen

estar transitando sus primeros pasos en la carrera. Sus inquietudes y cuestionamientos deberían de alguna manera ser estimulados por los/docentes. Esta estimulación, como también surge de la mencionada encuesta, aparece como prácticamente inexistente.

Aquellas clásicas obras que, a pesar del paso de los años, siguen siendo consultadas como fuente primaria –tal vez por la ausencia de otras nuevas que aborden la materia de forma integral–, al realizar el análisis de la capacidad jurídica no logran sino reforzar la dicotomía planteada por el Código Civil y reafirmar acríticamente las soluciones que éste brinda.

Entendemos que ello no es producto de un desinterés o falta de análisis crítico por parte de los autores. Debemos tener siempre presente que dichas obras fueron elaboradas, la mayoría de las veces, durante la segunda mitad del siglo pasado. Sus autores no hicieron sino reflejar una determinada concepción que se desprendía (y se desprende) del Derecho positivo. Éste a su vez no es sino el resultado de una construcción social sobre el problema de la discapacidad en la que se articulan una serie de elementos heterogéneos, entre los que aparece la normatividad. Es complejo que, a partir de una obra elaborada en pleno auge del modelo médico, se reflejen las consideraciones y críticas planteadas por el modelo social. Efectuada esta aclaración, lo que sí aparece inquietante es que los operadores jurídicos que hoy se están formando en nuestras facultades sigan permeándose de concepciones que intentan ser superadas.

Al igual que los programas utilizados en la disciplina, los autores enmarcan el tema dentro de los llamados “atributos de la personalidad”. El punto de partida es la distinción entre capacidad de derecho y capacidad de hecho. Se señala que el verdadero atributo de la personalidad es la capacidad de derecho, pues es ésta la que no puede faltar sin afectar el concepto mismo de persona. En tal sentido, celebran la superación del instituto de la “muerte civil” existente en el Derecho Romano. Se afirma que el Derecho contemporáneo no puede tolerar la existencia de personas privadas de su capacidad de derecho que, en un sentido biológico, “vivan” pero que para el Derecho no existan.

Por el contrario, la capacidad de hecho no recibe similares consideraciones. La incapacidad absoluta de hecho es descripta como la im-

sibilidad de “ejercer por sí la *totalidad* de los derechos”<sup>8</sup> o la sustitución “en el ejercicio (...) de *todos* sus derechos”<sup>9</sup> (ambos resaltados nos pertenecen). Se llega incluso a aclarar expresamente que esta incapacidad no produce la aniquilación de la personalidad.<sup>10</sup>

Dejando de lado el régimen de la capacidad jurídica de los menores de dieciocho años, que no resulta relevante a los fines de este análisis, nos centraremos en las otras categorías de incapaces que la ley trata y que, en consecuencia, son estudiados por la doctrina: los dementes, los sordomudos que no saben darse a entender por escrito y los inhabilitados. Partiendo de la base –por lo ya descripto– de que del contenido de las obras mencionadas la incapacidad de hecho no aparece como atentatoria contra la personalidad, nos interesa detenernos en cuáles son las discusiones, los problemas, los cuestionamientos que, respecto a ella, parecen ser centrales en los materiales de estudio y en las aulas. Al respecto, podemos mencionar algunos tópicos que se repiten en la mayoría de los tratados y manuales y parecen, también, ser los más resaltados en las aulas de nuestras facultades.

En primer lugar, se plantea en estas obras el análisis de los distintos criterios para determinar la incapacidad. La doctrina menciona y describe tres: el médico o científico, el económico-social o sociológico y el médico-jurídico o mixto. Los autores señalan casi unánimemente la mayor conveniencia de este último. Por otro lado, es éste el adoptado por la reforma del Código Civil de 1968. Conforme a este criterio, el diagnóstico médico de una enfermedad mental resulta un requisito fundamental (si bien, al menos en teoría, no suficiente) para declarar la interdicción. Se delega así a la ciencia médica-psiquiátrica la determinación de este presupuesto, incluso llegando a ser analizada por algunos doctrinarios la posibilidad de que el correspondiente dictamen pericial resulte vinculante para el juez.

En segundo lugar, una crítica que se repite en las obras, y que aparece como una de las más recordadas por los estudiantes al ser consultados,

<sup>8</sup> CIFUENTES, Santos, *Elementos de Derecho Civil. Parte general*, Buenos Aires, Astrea [1988] 1995, p. 175.

<sup>9</sup> LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot [1960], 2003, p. 353.

<sup>10</sup> LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *op. cit.*, p. 353.

es la inconveniencia de seguir utilizando la palabra “demente” para referirse a los declarados incapaces por sufrir una enfermedad mental.<sup>11</sup> Sin embargo, esta crítica no se plantea por lo despectiva que resulta la palabra ni por la discriminación que implica designar a una persona mediante la sola referencia a un diagnóstico médico. Muy por el contrario, lo que los autores señalan es la obsolescencia de la palabra en cuestión ante el avance de la ciencia médica: se afirma que existen otros enfermos mentales que, sin ser estrictamente dementes, también deben ser plausibles de ser declarados incapaces. Así, señalan que resulta más adecuado referirse a los “enfermos mentales”<sup>12</sup> como categoría genérica. De conformidad con el criterio legal, la doctrina también entiende que la enfermedad (en este caso mental), definida médicamente y entendida como “anormalidad”, es el problema a resolver. En tal sentido, llega a sugerirse que es conveniente que las personas “semialienadas” (y con más razón –deducimos– las llamadas “alienadas”, esto es, las sujetas a curatela) “no queden sometidas a la condición de personas normales, puesto que en rigor no lo son”.<sup>13</sup>

No hemos encontrado en nuestro análisis bibliográfico críticas a la existencia misma del instituto de la incapacidad jurídica, tal como existe en nuestra legislación. La incapacidad aparece como una respuesta natural e inevitable del Derecho frente a ciertas *anormalidades* que las personas pueden presentar. Es cierto que se reconoce el grave efecto que la pérdida de la capacidad jurídica provoca,<sup>14</sup> resultando ello el fundamento último de las garantías y requisitos que el juicio de interdicción debe cumplir. Sin embargo, ese mismo argumento del “grave efecto” no es utilizado para proponer caminos alternativos o menos avasalladores de la autonomía. Lo que se discute es la forma de definir los contornos del concepto de *demente*; no la existencia misma del concepto ni su ine-

<sup>11</sup> Algunas de las respuestas de los estudiantes al ser interrogados específicamente sobre críticas al instituto fueron las siguientes: “En clases se hacía alusión a que estaba mal empleado el término”. “La palabra demente es una palabra que puede sonar fuerte y se lucha para que sean llamados de otras maneras”. “Debido a que el demente es un tipo específico de patología clínica, que no abarca a todo lo que la palabra demente puede referirse”.

<sup>12</sup> CIFUENTES, Santos, *op. cit.*, p. 188.

<sup>13</sup> LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *op. cit.*, p. 365.

<sup>14</sup> LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *op. cit.*, p. 195.

vitale consecuencia jurídica: la interdicción. “Se trata de una causa de incapacidad *de justificación obvia*” (el resaltado es nuestro), afirma Llambías respecto a la enajenación mental. Sugiere a continuación que ésta hace que el sujeto pierda “*las facultades espirituales que lo caracterizan y distinguen de los demás animales*”.<sup>15</sup>

Desde la misma perspectiva es analizada la inhabilitación, cuyo estudio –en obras y programas– se encara a renglón seguido de la incapacidad. Al tratar este instituto, los autores suelen manifestar beneplácito por su incorporación por la Ley 17.711. Particularmente respecto a los sujetos comprendidos en el inc. 2º del art. 152 bis, podría llegar a pensarse la inhabilitación como una respuesta jurídica menos drástica para personas con discapacidad mental más leve, que impida que sean comprendidas en el severo régimen de representación sustitutiva. Sin embargo, la mencionada simpatía por la incorporación de la inhabilitación no se debe a que ésta pueda resultar una forma de permitir conservar la autonomía a personas que –antes de 1968– podrían estar comprendidas en el concepto de “dementes”. Por el contrario, la reforma se celebra porque permite comprender a personas que antes no cumplían estrictamente con los requisitos para la declaración de demencia. De este modo, el espectro de los incapaces se amplía, incluso considerando algunos autores que en dicho inciso quedan comprendidas personas con otros tipos de discapacidad,<sup>16</sup> o bien rechazando tal interpretación, pero lamentándose por tal “limitación” del instituto.<sup>17</sup>

La discapacidad ha sido por años contemplada desde una misma perspectiva, que ha sido denominada el “modelo médico de la discapacidad” y respecto a la cual hemos dado algunas nociones a lo largo de estas dos primeras partes. Este modelo, como su nombre lo indica, ha estado monopolizado por el discurso médico, tratando a la persona con discapacidad como un paciente y poniendo el acento permanentemente en su diagnóstico y cura.

<sup>15</sup> LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *op. cit.*, p. 432.

<sup>16</sup> Así, Cifuentes considera comprendidos a los “*ancianos, parálíticos, ciegos, sordos, mudos*”. *Op. cit.*, p. 210.

<sup>17</sup> Llambías lamenta que el art. 152 bis “*omite proteger a los sordomudos y ciegos de nacimiento sin instrucción*”. *Op. cit.*, pp. 355 a 357.

El modelo médico ha encontrado en el Derecho a un aliado de importancia, que lo ha legitimado y fortificado. La reflexión no se aplica sólo a las personas con discapacidad mental ni se limita a la problemática de la capacidad jurídica. Todas las soluciones normativas vinculadas de alguna manera a la discapacidad, de las más disímiles ramas del Derecho, han estado tradicionalmente atravesadas por este paradigma. Así, para el Derecho de la Seguridad Social, la discapacidad sigue siendo considerada un problema de salud, que encuentra tratamiento y financiamiento a través del subsistema respectivo. De este modo, prestaciones que nada tienen que ver con la salud de la persona con discapacidad (como, por ejemplo, su educación y hasta el transporte entre su domicilio y el establecimiento educacional) son gestionadas y financiadas como prestaciones de salud.

Ello es una consecuencia directa del modelo médico. Toda persona puede enfermar, estudiar, trabajar, jubilarse, etcétera, y ser así sujeto de distintas regulaciones jurídicas que la contemplan. La persona con discapacidad, en cambio, es para el Derecho siempre una persona enferma. Una persona enferma que trata su enfermedad, que (a pesar de ello) estudia, que (a pesar de ello) trabaja, que (por ello) se jubila, que manifiesta la osadía de querer administrar su persona y sus bienes.

Este modelo médico ha entrado en crisis. Irrumpe, intentando desplazarlo como paradigma, un nuevo modelo que se ha denominado “social”, y que hoy incluso tiene manifestación normativa de la más alta jerarquía.<sup>18</sup>

El modelo social no sólo implica una nueva perspectiva para analizar el problema, sino que corre el foco respecto a *dónde* radica ese pro-

<sup>18</sup> Para una profundización sobre el concepto e implicancias del denominado “modelo social” puede consultarse: FERREIRA, Miguel A., *Una aproximación sociológica a la discapacidad desde el modelo social: apuntes caracteriológicos* [en línea] <[http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS\\_124\\_051222873458779.pdf](http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_124_051222873458779.pdf)> [Consulta: 30 de junio de 2014]; ROSATO, Ana y Angelino ALFONSINA (coords.), *Discapacidad e ideología de la normalidad: desnaturalizar el déficit*, Buenos Aires, Noveduc, 2009; VALLEJOS, Indiana, *¿Y si la discapacidad no estuviera dada en la naturaleza? Tensiones entre el modelo médico y el modelo social* [en línea] <<http://cuadernos.inadi.gob.ar/numero-01/vallejos-discapacidad-naturaleza/>> [Consulta: 30 de junio de 2014]; PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Ediciones Cinca, 2008.

blema. La discapacidad deja de considerarse un defecto individual y corporal, y pasa a comprenderse que no es sino el producto de relaciones sociales. Una vez identificado un problema distinto, seguir aplicando las mismas soluciones resultaría incongruente.

¿Se habla de esta nueva concepción en las facultades de Derecho? ¿Se ponen en crisis las antiguas soluciones normativas ante un problema entendido de forma radicalmente distinta a la que las inspiró? Nuestras observaciones nos indican que no. Intentaremos echar un poco de luz al respecto en la Tercera Parte de este artículo.

### III. ILUMINAR LO “INVISIBLE”: OTRAS MANERAS DE PENSAR LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD SE TRADUCE AL CAMPO LEGAL

La problemática de las personas con discapacidad durante muchos años, y como hemos analizado en la Primera y Segunda Partes, fue pensada desde la lógica de la clasificación, diferenciación, división entre grupos sociales que “poseían” o no discapacidad, estableciéndose así una suerte de perímetro a partir del cual se separa y delimita el destino de quienes integran cada espacio, de poseedores o no de discapacidad. Este perímetro conduce a dividir la posibilidad de ejercicio de los derechos que se titularizan conforme la persona se ubique dentro del espacio destinado a los considerados capaces de hecho o a quienes terminan por ser catalogados bajo la etiqueta de dementes, semialienados o, en otras palabras, “anormales”.<sup>19</sup> Personas que, justamente por estar etiquetadas bajo esa condición, requieren de otra persona no demente, no alienada, “normal”, para que obre en su lugar. De allí la inspiración del sistema de interdicción que se prevé en nuestra actual regulación civil: para “protegerlos”, tornarlos invisibles.

Esta normatividad no constituye sino una huella de un modo de entender la problemática que fue edificada en un tiempo y espacio y que, por tanto, puede ser repensada y reconstruida.

<sup>19</sup> La obra de Michel Foucault “Los anormales” presenta herramientas conceptuales interesantes para analizar esta problemática. FOUCAULT, Michel, *Los anormales*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2000.

La historia brinda elementos para observar cómo en distintas sociedades y momentos ha sido diferente la construcción social sobre la discapacidad. Así, en la Grecia antigua y Esparta, la sociedad se estructuraba en base a la capacidad física de los guerreros: ésa era la clave para la consideración social de una persona. El capitalismo a su turno propició la dicotomía conforme a la “productividad” de los trabajadores. Ya no se trata de habilidad para la guerra sino de habilidad para “producir”.<sup>20</sup> Comunidades indígenas de la Abya Yala (nombre dado al continente americano por algunas poblaciones con anterioridad a la llegada de los europeos a este territorio), en el espacio que hoy se conoce como Ecuador, consideraban que personas con algunas malformaciones eran superiores en función de su mayor conectividad con los otros mundos.<sup>21</sup>

Queda claro que diferentes momentos han colocado el acento en habilidades, características, destrezas heterogéneas, y ello se ha traducido, ha dejado marcas en el campo legal.

En la época contemporánea, se presenta una regulación que ha tratado a las personas con discapacidad, es decir, aquellas no integradas como “sujeto productivo” conforme a la lógica del sistema capitalista, como un “objeto de asistencia”.<sup>22</sup> Objeto de asistencia médica y legal debido a que desde el discurso médico se cataloga, se clasifica, y desde el discurso legal se determinan consecuencias jurídicas conforme a esa “tipología”: las consecuencias que se analizaron en los apartados anteriores.

Esa manera de pensar, de regular, convive con otra manera de posicionarse sobre el tema: el modelo social, que coloca el acento en la discapacidad como resultado de una compleja construcción social y en la necesidad de reforzar la autonomía de las personas con discapacidad. Esta manera de reflexionar y atender el tema cuestiona el hasta hace poco tiempo no interrogado modelo médico. Este último modelo ha per-

<sup>20</sup> CHÁVEZ PENILLAS, Facundo, “El modelo social de la discapacidad”, en *El derecho a la autonomía de las personas con discapacidad como instrumento para la participación social*, Buenos Aires, REDI, 2012, p. 33.

<sup>21</sup> “Se consideraba que enanos, patituertos y personas con labio leporino estaban mejor conectadas con el mundo espiritual y, por ende, eran buenos intermediarios entre la comunidad y los mundos paralelos”. Referencia sobre esculturas expuestas en el Museo Casa del Alabado, Ciudad de Quito, Ecuador.

<sup>22</sup> CHÁVEZ PENILLAS, Facundo, *Op. cit.*, p. 35.



meado el “entramado” que se ocupa del tema y que articula normas, instituciones, arquitecturas, saberes, e inspira la manera en que el tema se aborda desde la enseñanza jurídica.

Este entramado informado por el modelo médico y fuertemente arraigado en diferentes ámbitos, entre ellos, el de la enseñanza del Derecho, se encuentra hoy interrogado y desafiado desde una perspectiva diferente. Perspectiva que, a su turno, ha sido traducida hacia el campo legal: en el año 2006 se establece la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD).

#### **A. LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: EL PROBLEMA DE LA CAPACIDAD JURÍDICA**

La CDPD recepta los postulados del modelo social y, por tanto, se presenta como una traducción alternativa del problema que se aleja del modelo médico. Se deja claro que la discapacidad es un concepto construido socialmente y que es necesario el respeto de los derechos de las personas con discapacidad desde el respeto por su autonomía. Este punto se presenta como medular dado que implica, entre muchos otros temas que aquí no nos detendremos a analizar, una revisión de la capacidad jurídica.<sup>23</sup>

El texto de la Convención reconoce “*la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones*”, lo que necesariamente lleva a repensar el sistema actual y, en ese sentido, el texto normativo es claro en el aspecto específico que estudiamos.

<sup>23</sup> Existen ya trabajos que expresan las implicancias de la ratificación de esta Convención respecto del derecho interno relativo a la capacidad jurídica. Puede consultarse: BARRIFFI, Francisco, “El régimen de incapacidad en el Código Civil a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *Discapacidad, justicia y Estado I. Acceso a la justicia de personas con discapacidad*, Buenos Aires, Ministerios de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2012; PALACIOS, Agustina y Francisco BARRIFFI, *Capacidad jurídica. Discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Buenos Aires, Ediar, 2012; BULIT GOÑI, Luis G., “El proceso judicial de incapacidad y de inhabilitación y los derechos humanos. Deudas pendientes y necesidades urgentes”, en *El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, año XLVI, nro. 12.102, p. 1.

El artículo 19 afirma que “*Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*” (art. 12.2, CDPD).

Argentina ha ratificado esta Convención en el año 2008 a través de la Ley 26.378. Por tanto forma parte de su ordenamiento jurídico y, conforme a la Constitución Nacional, posee jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22). Ello significa que necesariamente debe revisarse el contenido del Código Civil –entre otras normas– dado que allí encontramos un sistema que no colabora en el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones sino que aparece un sistema diferenciador, segmentado y, a la vez, excluyente como se detalló con antelación. Asimismo, cabe destacar que existe un proyecto presentado en la Cámara de Diputados a fin de otorgarle a la Convención jerarquía constitucional.<sup>24</sup>

Esta observación sobre la necesidad de armonizar el contenido de la Convención en este punto en particular relativo a la capacidad jurídica con el contenido de la actual normativa vigente ha sido detallado por Naciones Unidas en el dictamen de septiembre de 2012 presentado por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Allí se listan las principales preocupaciones sobre Argentina entre las que aparece la identificación de inconsistencias entre la CDPD y la legislación nacional.<sup>25</sup>

Especialmente sobre el art. 12 se establece: “19. *El Comité expresa su máxima preocupación por las inconsistencias observadas tanto en parte de la legislación vigente, como en los proyectos de ley en actual tramitación en el Estado parte, que se basa o continúa basándose en el modelo sustitutivo de*

<sup>24</sup> Texto del proyecto disponible en: <<http://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?id=155802>> [Consulta: 13 de marzo de 2014].

<sup>25</sup> “5. *El Comité observa con preocupación que en la armonización de la Convención con el ordenamiento jurídico nacional persisten importantes inconsistencias con los principios y mandatos de este tratado; especialmente, en lo relativo al igual reconocimiento de la persona con discapacidad ante la ley. Igualmente observa con preocupación que el hecho de que no toda la legislación provincial del Estado parte esté armonizada con la Convención, genera disparidades en la forma en la que a nivel local se entienden los derechos de las personas con discapacidad y a su efectiva implementación; 6. El Comité insta al Estado parte a que tome las medidas necesarias para armonizar toda su legislación a nivel federal, provincial y local con los preceptos de la Convención, contando para ello con la participación efectiva de las organizaciones de personas con discapacidad, en concordancia con el artículo 4 (3) de dicho tratado*”. Dictamen Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2012.

*la voluntad de la persona, en clara contradicción con el artículo 12 de la Convención. Le preocupa también la resistencia por parte de algunos operadores judiciales para poner en práctica la normativa que establece limitaciones a la discrecionalidad judicial para restringir la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, seguido lo cual insta al Estado argentino a revisar de manera inmediata toda la legislación y a tomar medidas que tiendan a reemplazar el régimen de sustitución en la adopción de decisiones por un sistema de apoyos para la toma de decisiones respetuoso de la autonomía, voluntad y preferencias de las personas.*

Asimismo, se observa que el Anteproyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial presentado en 2012 sigue conteniendo inconsistencias. Aun cuando esta Convención forma parte del ordenamiento jurídico vigente, este Anteproyecto *“conserva la figura de la interdicción judicial y deja a total discreción del juez la decisión de designar un curador o de determinar los apoyos necesarios para la toma de decisiones de las personas con discapacidad”, seguido lo cual “insta al Estado parte a que el Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial elimine la figura de la interdicción judicial y que garantice en dicho proceso de revisión la participación efectiva de las organizaciones de personas con discapacidad”.*

El proyecto que presenta el Poder Ejecutivo en junio de 2012 es en este punto de contenido similar al Anteproyecto. El mismo pasa a la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación y, en ese contexto, se realizan una serie de audiencias –entre agosto y noviembre de 2012– dentro de las que se encuentran observaciones con relación a este tema.<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Se pueden citar las observaciones realizadas por las siguientes instituciones y/o colectivos implicados en la temática: Mesa Federal de Salud Mental, Justicia y Derechos Humanos. Texto disponible en: <[http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/101\\_Mesa\\_Federal\\_de\\_Salud\\_Mental.pdf](http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/101_Mesa_Federal_de_Salud_Mental.pdf)> [Consulta: 10 de marzo 2014]; Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad. Texto disponible en: <[http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/202\\_RED.pdf](http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/202_RED.pdf)> [Consulta: 10 de marzo 2014]; Foro Permanente en Defensa de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Provincia de Neuquén. Texto disponible en: <[http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/neuquen/pdfs/BAGGIO\\_Silvio\\_xForo\\_Permanente\\_en\\_Defensa\\_de\\_los\\_Derechos\\_de\\_las\\_Personas\\_con\\_Discapacidad\\_de\\_la\\_Provincia\\_de\\_Neuquxn.pdf](http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/neuquen/pdfs/BAGGIO_Silvio_xForo_Permanente_en_Defensa_de_los_Derechos_de_las_Personas_con_Discapacidad_de_la_Provincia_de_Neuquxn.pdf)> [Consulta: 10 de marzo 2014]; Proyecto de Extensión “Hacia la

Luego de esta instancia, la Bicameral efectúa una modificación sustancial en la materia, receptando el sistema de apoyos que se vincula con la perspectiva y contenidos de la CDPD. Allí se determina que los jueces y juezas pueden restringir la capacidad para “determinados actos” de personas que padezcan “una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes” (art. 32). Seguido, el proyecto establece que se deben designar los apoyos necesarios según las necesidades y circunstancias de las personas promoviendo la autonomía y la decisión que corresponda con las preferencias de las personas protegidas. La declaración de incapacidad sigue dentro del articulado como una “excepción” en los casos 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, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador”.

En noviembre de 2013, el Senado de la Nación aprueba el proyecto sin modificar este punto, con lo cual el sistema de apoyos comienza a hacerse un espacio en la regulación proyectada sobre el tema en el país.

Por último, el documento de Naciones Unidas que referimos, insta a la realización de talleres de formación para los jueces y juezas que son quienes deciden sobre la posibilidad o no de ejercicio de la capacidad por parte de las personas con discapacidad y que, la mayor parte de las veces, lo hacen conforme el régimen del Código Civil, desconociendo que dicho régimen se encuentra modificado por la CDPD.

La ONU ha observado la escasa formación en el tema de parte de quienes toman decisiones en la jurisdicción. Ahora, es en el espacio de las aulas adonde los operadores jurídicos se forman y es allí adonde también debe comenzar a efectuarse una importante revisión. Este tema nos redirecciona nuevamente a una de las preguntas que inspiran estas reflexiones: ¿Las facultades de Derecho hablan de esto?

autonomía y participación social de las personas con discapacidad” de la Universidad Nacional del Litoral, Asociación Civil Tramas, Movimiento SuperAcción, Asociación Civil Mírame Bien y María Cecilia Ruhl. Texto disponible en: <[http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/santafe/pdfs/062\\_UNIVERSIDAD\\_NACIONAL\\_DEL\\_LITORAL.pdf](http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/santafe/pdfs/062_UNIVERSIDAD_NACIONAL_DEL_LITORAL.pdf)> [Consulta: 10 de marzo 2014].

En la Primera y Segunda Partes se han visualizado varios problemas. Uno relativo a la escasa atención sobre el tema en particular, lo que se traduce en las encuestas exploratorias que hemos realizado. El otro vinculado con el tipo de materiales que se utilizan, su fecha de producción, el tipo de discusiones que históricamente han quedado aunadas al problema de la capacidad. También existe otro tema que es la escasa construcción de canales de diálogo que existe, en general, entre derecho privado y derechos humanos. Diálogo que es sin dudas medular en este tema y en otras problemáticas en las que se podría efectuar similar razonamiento. El haber dividido el Derecho en diferentes disciplinas ha generado también una suerte de “aislamiento” que, a la luz de los problemas contemporáneos más urgentes vinculados con derechos fundamentales, requiere de una inmediata revisión. Una revisión en el sentido de construir caminos compartidos entre los derechos humanos y el derecho privado.

#### **B. DIÁLOGO ENTRE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PRIVADO: UN DESAFÍO PARA EL ESPACIO DE ENSEÑANZA-APRENDIZAJE**

Se pueden enumerar diferentes razones para pensar la “lejanía” entre derechos humanos y derecho privado, tema que ya ha sido señalado, por ejemplo, en el ámbito del derecho de daños. En ese sentido, se ha expresado que los civilistas no tenían necesidad de salir por fuera del Código Civil para encontrar decisiones relativas a la responsabilidad civil, por el contrario, parecía que ese cuerpo normativo era autosuficiente.<sup>27</sup>

Una idea que se utilizó para explicar este problema ha sido la teoría de la separación de esferas entre lo público y lo privado, que partía de una serie de presupuestos: el derecho público como relación entre desiguales dada la presencia del Estado y de la ley, el derecho privado como ámbito de relaciones interpersonales horizontales y del contrato como herramienta para esas vinculaciones.<sup>28</sup>

Es claro hoy que tales postulados configuran una suerte de ficción que no ha permitido dar respuestas a diferentes temas que hacen entrar en crisis esta distinción, por ejemplo, las cuestiones laborales, de protec-

<sup>27</sup> LORENZETTI, Ricardo, *Fundamento constitucional de la reparación de los daños*, en L. L. 2003-C-1184.

<sup>28</sup> LORENZETTI, Ricardo, *op. cit.*, p. 1185.

ción de consumidores, relativas a la tutela del ambiente y el patrimonio cultural, entre otros. No es posible encontrar para tales temas soluciones que sean autosuficientes en el Código Civil o, mejor, en el derecho privado en general. Por el contrario, se trata de asuntos que invitan a una confluencia de diferentes áreas del Derecho para el abordaje de problemas. Herramientas que convergen para tratar de encontrar soluciones a problemas que no pueden encontrarse en una de las dos esferas sin dialogar con la otra.

El tema de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad puede ser leído en esta clave. En el momento actual no es posible resolver este tema sin construir un diálogo entre el derecho privado y los derechos humanos. Dentro del Código Civil, las soluciones que se presentan se encuentran informadas por un modelo que ya se encuentra interrogado y criticado por la perspectiva que informa la CDPD.

Existen dos regulaciones que requieren ser puestas en diálogo de manera urgente dado que no puede seguir decidiéndose de manera inconstitucional. Naciones Unidas ya observó ese tema respecto de jueces y juezas. Como dejamos ya planteado, estos como otros operadores del sistema se forman en un espacio que es común: las facultades de Derecho. Y allí, ¿se está hablando de este tema?

En principio, aparece una respuesta no muy satisfactoria a esta pregunta aunque comienzan a transitarse caminos más alentadores. En ese tránsito se pueden efectuar una serie de reflexiones que, por supuesto, parten de la premisa de la necesidad de comenzar a pensar y enseñar el Derecho –privado en este caso– desde los derechos fundamentales.

Diálogo imprescindible para poder atender este tipo de problemáticas que hoy aparecen más bien tangencialmente abordadas en materias cardinales en la formación jurídica. Ahora, esta necesidad de establecer canales de comunicación entre ambos planos y detectar, por ejemplo, que nuestro derecho privado en este aspecto se contraponen con una norma medular de mayor jerarquía, implica también otros desafíos.

Uno de ellos consiste en poder develar los proyectos políticos, las cosmovisiones que se encuentran informando los sistemas jurídico-institucionales. No es casual que el entramado que permitió pensar, construir, ubicar la discapacidad como un problema de incapacidad de hecho

en el plano legal, se articule con instituciones-arquitecturas [totales], regulaciones, discursos tendientes a “clasificar” y “delimitar”. Existieron complejas articulaciones, construcciones de sentido que resultaron en este entramado hoy en día tan arraigado que se encuentra, también, con una perspectiva, cosmovisión diferente que comienza a interrogarlo. Y esta cosmovisión también es producto de largas movilizaciones de colectivos sociales. En otras palabras, sería positivo poder discutir en el aula qué existe por detrás de la letra de estas normas en juego. No se trata de normas aisladas, son huellas, marcas de procesos, luchas, contradicciones que no pueden seguir siendo soslayadas en el espacio del aula. Se trata de la vida autónoma de millones de personas que han sido opacadas por parte del campo legal, invisibilizadas, ubicadas como un “objeto de protección”, incapaces que requieren de un curador. Ahora bien, ¿cuántas veces en un aula de Derecho se ha posibilitado desmarcarse de las discusiones clásicas del Derecho en este punto –analizadas en el primer apartado– e interrogar sobre lo que ello significa? ¿Por qué no pensar que el criterio de clasificación entre capaces/incapaces puede ser reemplazado por el de diversidad y respeto por la autonomía?

#### IV. REFLEXIÓN FINAL

La última pregunta que cierra el apartado anterior permite colocar en un espacio central el interrogante por la perspectiva y manera desde la cual trabajar en el espacio de formación de los operadores jurídicos. Las regulaciones que hoy en día coexisten con respecto a las personas con discapacidad muestran, en paralelo, las marcas de un modelo médico que ha sido cardinal durante varios siglos y una perspectiva que comienza a poner el acento en la necesidad de respeto por la autonomía y en la diversidad. Esta última perspectiva no sólo posee reconocimiento legal a nivel internacional sino que integra el ordenamiento jurídico vigente, dado que la CDPD es parte del derecho contemporáneo argentino desde su ratificación por nuestro país.

Lo expuesto conduce a pensar en la necesidad de enseñar desde el diálogo entre derecho privado y derechos humanos. Este camino parece estar tímidamente iniciándose y son múltiples las tareas que implica: desde modificar la manera de enseñar hasta generar nuevos materiales

de estudio. El tránsito ya ha comenzado y será necesario seguir avanzando y recabando las preguntas, estrategias educativas y preocupaciones.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, Giorgio, *Qu'est ce-qu'un dispositif?*, Paris, Éditions Payot & Rivages, 2006.
- ANGELINO, Alfonsina y Ana ROSATO (coords.), *Discapacidad e ideología de la normalidad: desnaturalizar el déficit*, Buenos Aires, Noveduc, 2009.
- BARRIFFI, Francisco, "El régimen de incapacidad en el Código Civil a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", en *Discapacidad, Justicia y Estado I. Acceso a la justicia de personas con discapacidad*, Buenos Aires, Ministerios de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2012.
- BARRIFFI, Francisco y Agustina PALACIOS, *Capacidad jurídica. Discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Buenos Aires, Ediar, 2012.
- BORDA, Guillermo, *Manual de Derecho Civil. Parte general*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004.
- BULIT GOÑI, Luis G., "El proceso judicial de incapacidad y de inhabilitación y los derechos humanos. Deudas pendientes y necesidades urgentes", en *El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, año XLVI, nro. 12.102, p. 1.
- CHÁVEZ PENILLAS, Facundo, "El modelo social de la discapacidad", en *El derecho a la autonomía de las personas con discapacidad como instrumento para la participación social*, Buenos Aires, REDI, 2012.
- CIFUENTES, Santos, *Elementos de Derecho Civil. Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 1995.
- DELEUZE, Gilles, A. GLUCKSMANN, M. FRANK *et al.*, *Michel Foucault filósofo*, Barcelona, Gedisa, 1990.
- FOUCAULT, Michel, "El juego de Michel Foucault", en *Ornicar*, nro. 10, julio de 1977.
- *Los anormales*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2000.
- GHERSI, Carlos Alberto, *Derecho Civil. Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 1993.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, t. I, *Nociones fundamentales. Personas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003.
- LORENZETTI, Ricardo, "Fundamento constitucional de la reparación de los daños", en L. L. 2003-C-1184.



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

VALLEJOS, Indiana, *¿Y si la discapacidad no estuviera dada en la naturaleza? Tensiones entre el modelo médico y el modelo social* [en línea] <<http://cuadernos.inadi.gob.ar/numero-01/vallejos-discapacidad-naturaleza/>> [Consulta: 30 de junio de 2014].

VILLAVERDE, María Silvia, *Una nueva mirada sobre la discapacidad. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Vulnerables Fundejus, 2011.

## DOCUMENTOS

Código Civil argentino.

Anteproyecto de Unificación del Código Civil y Comercial. 2012.

Dictamen de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. 2013.

Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial aprobado por la Cámara de Senadores. 2013.

Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad. 2008.

Dictamen del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. 2012.

Fecha de recepción: 31-3-2014.

Fecha de aceptación: 13-6-2014.