



RÍO NEGRO
UNIVERSIDAD NACIONAL

**“Justicia y Síndrome de Down.
Una mirada con perspectiva en Derechos
Humanos de las sentencias de los Tribunales
rionegrinos”**

Autora: Marina D. Ruiz Fazolari

Tutor: Juan Martin Brussino Kain

Trabajo Final de Grado de la Carrera de Abogacía

Dedicatorias

A Daniela, Pablo, Antonia, Raúl, Gabriel y Mariano,
por su acompañamiento y presencia en todo momento.

A Daiana,
por mantenerme siempre en pie.

A Emiliano,
por la inspiración.

A mis amigas,
y a todo aquel que se cruzó en mi camino y me acompañó.

Índice

<i>Dedicatorias</i>	1
I. Introducción.	4
II. Antecedentes.	6
a) El camino recorrido en el ámbito internacional en materia de Discapacidad.	6
b) El Régimen de la Capacidad en el Código de Vélez Sarsfield y las modificaciones introducidas por la Ley 17.711 y la Ley de Salud Mental del año 2010.	13
III. Persona con Síndrome de Down.	18
a) Evolución del Modelo de Discapacidad.	18
b) Concepto actual de Persona con Discapacidad.....	26
c) ¿Por qué hablamos de un “grupo vulnerable”?	28
IV. Normativa Nacional e Internacional vigente: El cambio de paradigma en cuanto al sistema de restricción de la capacidad de la persona humana.	32
a) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Detalle respecto de algunos puntos sobresalientes que son regulados por la misma, y de la manera en que fueron consagrados.	32
1. La perspectiva en Derechos Humanos.	35
2. El Derecho a la Accesibilidad del artículo 9.	37
3. El artículo 12 y la Observación General n° 1 del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad.	40
4. El artículo 13 y la Tutela Judicial Efectiva.	44

b) El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y la regulación de la capacidad de la persona humana.	50
c) La consecuencia de este nuevo sistema: El llamado “Cambio de Paradigma”.	59
V. La jurisprudencia de la Provincia de Río Negro.....	63
VI. Conclusiones.	83
VII. Bibliografía.	86

I. Introducción.

En el presente Trabajo Final de Grado he decidido enfocarme en el estudio de las sentencias dictadas por los Tribunales de la Provincia de Río Negro sobre los procesos de Restricción de la Capacidad de la Persona con Síndrome de Down; observando puntualmente la manera en que la jurisprudencia ha ido evolucionando teniendo en miras la regulación civil en la materia así como el marco Convencional y Constitucional, y pretendiendo distinguir en las mismas cada momento del derecho.

Para lo cual resulta fundamental tener en claro determinados conceptos y elementos que serán abordados en el transcurso del presente y que se pueden colocar o dividir en tres ejes.

El primero consiste en la Discapacidad, formulando un recuento histórico del concepto de discapacidad y lo que actualmente se entiende por la misma, y justificando la elección de una discapacidad específica como es el Síndrome de Down; siempre observando que nos encontramos ante un grupo vulnerable.

El segundo eje se trata de un abordaje desde la perspectiva de los Derechos Humanos haciendo hincapié y basando mi investigación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y algunos de los instrumentos precursores de la misma. Es oportuno referirme a la Convención Interamericana sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y mencionar que el planteamiento se realiza sobre la Convención de Naciones Unidas en razón de que la misma posee jerarquía constitucional (Ley 27.044 del 19/11/2014).

Y como tercer eje se ubica el sistema de restricción de la capacidad regulado en la legislación Nacional. En este punto se va a vislumbrar la referencia a dos sistemas: el Régimen instaurado por el Código Civil de Vélez Sarsfield, tomando como punto de quiebre a la Ley de Salud Mental sancionada en el año 2010 (Ley 26.657), y por el nuevo sistema regulado a

partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015. Esto ocurre en razón de que las sentencias seleccionadas transitan desde el año 2003 hasta el año 2018 por lo que resulta menester tomar la normativa vigente en cada período.

Una vez culminada la investigación sobre los mencionados ejes se llevará adelante el análisis de las sentencias propiamente dichas, y la formulación de las conclusiones que fueran obtenidas.

Este trabajo se compone por dos elementos fundamentales: el Síndrome de Down, y el derecho de la Tutela Judicial Efectiva, haciéndose referencia a la idea de Justicia. Y es por ello que mi objetivo consiste en poder determinar si en nuestros Tribunales se tutelan los derechos de las Personas con Síndrome de Down cuando éstas se encuentran en un procedimiento de Restricción de la Capacidad; y distinguir la existencia de diferencias o cambios en tales sentencias, partiendo de la base de las modificaciones de la normativa nacional y de las prescripciones convencionales.

En este primer acercamiento con la temática de interés es menester definir el método de investigación utilizado. Dicho método consiste en una Investigación Socio-Jurídica, ya que se pretende analizar el texto de las normas colocándolo en un determinado momento histórico, social, económico y cultural, y ello es lo que se realiza en estas investigaciones “(...) se analiza ‘lo que los hombres hacen prácticamente con el derecho’” (Odar, 2016), en este caso, específicamente lo que los jueces hacen con el derecho a la hora de interpretar una norma en una situación en concreto.

II. Antecedentes.

a) El camino recorrido en el ámbito internacional en materia de Discapacidad.

Desde el mes de diciembre el año 2006 se encuentra en vigencia la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (“la Convención” en adelante) en el marco de la Organización Mundial de las Naciones Unidas; siendo ratificada por nuestro país en el año 2008¹ y otorgándole jerarquía constitucional en el año 2014².

Sin embargo, dicho instrumento normativo no fue elaborado de un momento a otro sino que se tuvo que recorrer un largo camino para poder consagrarse como un Tratado en materia de Derechos Humanos. Y ello será explicado a continuación.

Como primer antecedente a la Convención se menciona el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 1966, del cual se extrae el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y, específicamente, la concepción de “(...) *las Personas con Discapacidad como titulares de derechos, y no como meros objetos de políticas de beneficencia*” (Palacios, 2008, pág. 214).

En el mismo año se celebra el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Y en el año 1994 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales llevó adelante la Observación n° 5, la cual el primer cambio que introduce se refleja en la nomenclatura implementada para referir a una persona que tiene alguna discapacidad, dejándose de lado el término “persona discapacitada” para referir a “persona con discapacidad”.

¹ Ley n° 26.378, sancionada el 21 de mayo de 2008, y promulgada el 6 de junio de 2008.

² Ley n° 27.044, sancionada el 19 de noviembre de 2014, y promulgada el 11 de diciembre de 2014.

En la Observación además tiene su lugar el empleo de un término uniforme referido a la “discapacidad” y si bien se plantea que no existe una *“definición de aceptación internacional”*³ sí es adoptada la terminología usada por las normas uniformes al año 1993, entendiendo a la discapacidad como un *“(…) gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones”* que *“puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio”*⁴.

La Observación arroja como resultado, por un lado que la obligación que los Estados partes han asumido sobre la protección de los Derechos mencionados en dicho Pacto se extienden y abarcan, también, a las Personas con Discapacidad. Y en igual sentido, indica que el conjunto de normas en el marco de las Normas Uniformes de Naciones Unidas, *“(…) que sin ser vinculantes para los Estados, representan el firme compromiso moral y político de los gobiernos respecto a la adopción de medidas encaminadas a lograr la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad”* (Palacio de Caeiro, 2017, pág. 742 Tomo I), a ello se debe sumar que tales normas tienen que ser entendidas como una especie de código normativa, es decir, estos instrumentos deben ser aplicados de manera armoniosa y en pos de la tutela de los derechos allí reconocidos. Haciendo un pequeño paralelismo, hoy podemos observar en el ámbito nacional esta idea de armonía normativa en el primer artículo⁵

³ Punto 3 de la Observación General n° 5. Enlace: <http://www.derechos.org/nizkor/ley/doc/obgen1.html#Las%20personas>.

⁴ Ídem 3.

⁵ *“Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”*.

del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en donde se integran tanto las normas convencionales como constitucionales con las normas nacionales de nuestro país.

Volviendo al recuento histórico, en tercer lugar encontramos a las Normas Soft - Law⁶ (o, mejor dicho, a las normas de derecho blando, es decir, no vinculantes) pertenecientes a las Naciones Unidas, donde podemos ubicar:

- Las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, las cuales propenden por la prevención de la discapacidad y la rehabilitación de las personas que tienen algún tipo de discapacidad;
- El Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, el cual encontró su desarrollo en la década de 1980;
- Los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental;
- Los Informes de Naciones Unidas, teniendo como punto sumamente relevante el último de éstos, ya que su consecuencia directa es la consagración de una Convención específica en materia de Discapacidad.

Procedo al desarrollo de cada uno de ellos.

Las Resoluciones de la Asamblea General que se destacan en la materia corresponden a los años '70.

⁶ Texto digital de Christian Courtis, sobre las normas Soft Law en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad: “(...) parte de la doctrina y la práctica de muchos órganos de supervisión y aplicación de pactos internacionales de derechos defienden el empleo privilegiado de estos instrumentos de soft law cuando se trata de interpretar las normas de tratados de derechos humanos que sí tienen carácter vinculante en la situación o para el grupo concreto considerado por aquellos instrumentos. Dicho de otro modo, los instrumentos de soft law constituyen una guía hermenéutica necesaria para interpretar las normas generales de pactos internacionales de derechos humanos cuando esas normas se aplican al grupo o situación desarrollada por el instrumento de soft law (...)”. Enlace web: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/derechos-discapacidad-interamericano-330363626>. En otras palabras el conjunto de normas denominadas bajo el nomenclador “Soft law” son pautas interpretativas o de índole persuasivo, que resulta de mucha utilidad para completar vacíos legales del “Hard law”.

Por un lado se ubica la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental⁷ proclamada por medio de la Resolución 2856 (XXVI) del 20 de diciembre del año 1971, y que en su artículo primero⁸ reafirma que las personas con enfermedades mentales deben gozar de los mismos derechos que las demás personas, al mismo tiempo que reconoce una serie de derechos que merecen ser protegidos y garantizados.

Y, por otro lado, la Declaración de los Derechos de los Impedidos del año 1975⁹, la cual utiliza el término “impedido” para designar, de acuerdo a su artículo primero, “(...) a toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales”. Asimismo, en su artículo cuarto¹⁰ contempla la igualdad en el reconocimiento de los derechos civiles y políticos, haciendo una pequeña mención a la Resolución mencionada anteriormente.

En cuanto al Programa de Acción Mundial, el año 1981 fue declarado como el año Internacional de los Impedidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas; y el período que transcurre desde 1983 hasta 1992 fue proclamado “Decenio de Naciones Unidas para las Personas con Discapacidad”.

Si bien este programa presentaba diversas partes y objetivos propios uno de los elementos más importantes lo constituye la adopción del ideal de “equiparación de oportunidades”, lo que fue definido como: “*el proceso mediante el cual el sistema general de la sociedad, tal como el medio físico y cultural, la vivienda y el transporte, los servicios sociales y sanitarios,*

⁷ Extraído de la página web: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2017/02/Declaraci%C3%B3n-de-los-Derechos-del-Retrasado-Mental.pdf>.

⁸ El artículo primero reza: “*El retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos*”.

⁹ Extraído de la página web: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000043670_spa.

¹⁰ El artículo cuarto establece: “*El impedido tiene los mismos derechos civiles y políticos que los demás seres humanos; el párrafo 7 de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental se aplica a toda posible limitación o supresión de esos derechos para los impedidos mentales*”.

las oportunidades de educación y trabajo, la vida cultural y social, incluidas las instalaciones deportivas y de recreación, se hacen accesibles para todos” (Palacios, 2008, pág. 220). Pudiendo distinguirse la recepción de los distintos reclamos que las Organizaciones de Personas con Discapacidad venían formulando desde larga data, y que van a encontrar plena vinculación con el Modelo Social de la Discapacidad, el cual será analizado con posterioridad.

Fue en el Decenio declarado por Naciones Unidas que se intentó la adopción de una Convención específica para eliminar todas las formas de discriminación referidas a las personas con discapacidad, sin embargo, ello no tuvo ningún resultado.

Sin perjuicio de ello, el período culminó con la consagración de una norma no vinculante: la Resolución del año 1993 titulada “Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades de las Personas con Discapacidad”, teniendo como propósito garantizar la igualdad de derechos y obligaciones en relación al resto de la sociedad. Tales normas *“han sido consideradas desde su normativización como el estándar básico legal internacional a los efectos de la adopción de programas, leyes y políticas con relación a la discapacidad”* (Palacios, 2008, pág. 222). Es decir, de las Normas Uniformes se extrae el reconocimiento sobre la existencia de la necesidad de que los Estados posean políticas apropiadas en materia de discapacidad y que se debe dar voz a las Personas con Discapacidad para que las mismas expresen sus necesidades e intereses a los efectos de que los Estados los tengan en cuenta a la hora de llevar adelante el planeamiento y la planificación de esas políticas apropiadas. Pudiendo vislumbrarse de esta manera la interrelación existente entre los dos elementos mencionados. A ello se le debe sumar que si bien estas normas no tienen carácter de vinculantes, sí poseen la función de servir de guía para los Estados, además *“(…) llevan implícito el firme*

compromiso moral y político de los Estados de adoptar medidas para lograr la igualdad de oportunidades de las Personas con Discapacidad” (Palacios, 2008, pág. 222).

En relación a los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, fueron elaborados por la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías¹¹, acarreado la idea de dignidad y autonomía de las personas con diagnóstico de enfermedad mental y colocando límites para los Estados en cuanto a su tratamiento. Estos Principios son una especie de pautas a nivel internacional en el ámbito de la salud mental y con una perspectiva en Derechos Humanos; radicando en este eje su importancia.

A los efectos de la Convención se constituyen como un punto de quiebre que, además del reconocimiento de la dignidad y de la autonomía ya dichos, se reconocen la libertad, el debido proceso y la no discriminación en relación a las personas con diagnóstico de enfermedad mental; siendo trasladado con posterioridad a las Personas con Discapacidad.

Por último, pero no menos importante, se ubican los Informes de Naciones Unidas, los cuales tienen significado por el enfoque dado a la Discapacidad, el cual consiste en un enfoque desde la perspectiva de los Derechos Humanos.

Y, en cuarto lugar, se encuentran las Clasificaciones Internacionales de la Organización Mundial de la Salud (de aquí en más “OMS”).

Las clasificaciones que adopte la OMS consisten en definiciones o conceptos que va a utilizar mientras las mismas tengan vigencia para abordar diferentes temáticas. En relación a la

¹¹ Es el principal órgano subsidiario de la anterior Comisión de Derechos Humanos, establecida en el año 1947. Las principales funciones de la Subcomisión son realizar estudios sobre cuestiones de derechos humanos, formular recomendaciones relativas a la prevención de cualquier tipo de discriminación relativa a los derechos humanos y las libertades fundamentales, y la protección de las minorías raciales, nacionales, religiosas y lingüísticas, y llevar a cabo toda otra función que se le pueda encomendar. Enlace web: <https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/subcom/index.htm>.

discapacidad la OMS recibió fuertes críticas por parte de agrupaciones de personas con discapacidad, por la clasificación dada en la década de 1980, la cual efectuaba una diferenciación que no resultaba del todo feliz “(...) *por considerar que se mantenía cerca de las clasificaciones médicas*” (Palacios, 2008, pág. 230), y que provocaba la asimilación de las discapacidad con la existencia de enfermedades. Lo que se extrae de tal situación es la presencia de un nuevo modelo referido a la discapacidad en donde el reconocimiento y la tutela de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad se coloca como un pilar fundamental; y ello es un poco de lo que vemos reflejado tanto en la normativa convencional actual como en el modelo social de la discapacidad.

La sociedad se sublevó, y fue muy difícil decirle que no.

Siendo, en el año 2001, momento en que la OMS adoptó una nueva clasificación internacional (CIF) a partir de la cual se establece que “(...) *la discapacidad engloba las deficiencias, las limitaciones en la actividad o restricciones en la participación.*” (Palacios, 2008, pág. 232). Igualmente, la nueva clasificación determina la interacción para definir la discapacidad entre el estado de salud de la persona y los factores contextuales.

A modo de cierre, todos estos antecedentes han dado cuenta de la existencia de un amplio marco de normas en materia de Derechos Humanos y de lo larga que ha sido la lucha de los grupos considerados vulnerables, aquellos que han sido excluidos en las diferentes y diversas etapas históricas, para hoy llegar al punto de quiebre en el que estamos y para poder comprender la relevancia que tiene la existencia de una Convención específica en materia de Derechos Humanos.

b) El Régimen de la Capacidad en el Código de Vélez Sarsfield y las modificaciones introducidas por la Ley 17.711 y la Ley de Salud Mental del año 2010.

En este apartado se observará el Régimen de Capacidad del Código Civil de Vélez Sarsfield, postulado como un antecedente al actual sistema, y como la norma vigente en gran parte de las sentencias seleccionadas.

El artículo 52 del Código Civil de Vélez Sarsfield determina la capacidad de las personas de existencia visible (actualmente denominadas “personas humanas”) para adquirir derechos y contraer obligaciones; en otras palabras “*se llama capacidad a la aptitud de la persona para ser titular de Relaciones Jurídicas*” (Llambias, pág. 347).

El mismo artículo menciona a los “(...) declarados incapaces” y acto seguido, en el artículo 54, se enumeran los supuestos de las personas incapaces, como es el caso de las personas por nacer, de los menores impúberes, los dementes, y de los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito¹².

Entonces, el Código lo que hacía era establecer un principio general y excepciones al mismo, un poco similar al actual sistema. Pero hay grandes elementos que caracterizan y le dan singularidad a éste régimen de capacidad.

En primer lugar, la diferenciación entre dos tipos de capacidad: la Capacidad de Derecho, por un lado, y la Capacidad de Hecho por el otro.

La Capacidad de Derecho “*es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones*” (Borda, 1999) siendo inherente a la personalidad humana, por lo tanto “*todas las personas son, en principio, capaces de derecho*” (Borda, 1999). Sin dejar de lado tal conceptualización, también existen incapacidades de derecho que contienen características particulares, a saber:

¹² Código Civil de Vélez.

carácter excepcional, existencia de una causa grave, y una vez declarada la incapacidad, no podrán actuar por sí.

En la otra vereda tenemos a la Capacidad de Hecho, la cual consiste en “(...) *la aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones*” (Borda, 1999), se trata de ejercer esos derechos; empero hay situaciones en que se priva a la persona titular de un derecho de poder ejercerlo por sí, y esa privación obedece a causales establecidas en la norma, como el caso de los menores, de los dementes, de los condenados, entre otros.

A su vez encontramos una especie de sub-distinción formulada entre incapacidad absoluta e incapacidad relativa.

En la doctrina existe una pugna de posiciones sobre si el Código establece de manera explícita los supuestos de una y de otra, o si no.

Freitas, distinguía en los artículos 54 y 55 dos incapacidades de hecho distintas, mientras que el artículo 54 refería a los incapaces absolutos de hecho, el artículo 55 lo hacía respecto de los incapaces relativos de hecho. También dicha postura fue adoptada por Llambias.

Mientras tanto, Borda declara falsa tal distinción a partir de la formulación de un análisis de distintos preceptos normativos en donde, según él, se puede evidenciar que esa distinción formulada se torna abstracta e inaplicable.

Pero esa discusión aquí no acarrea mayor importancia que una simple mención para ser tenida en cuenta. Volvamos a lo nuestro.

La incapacidad absoluta es aquella que no admite excepción y que trae aparejada la privación total de la capacidad de la persona; y en ocasión de ello es que únicamente se puede declarar la incapacidad absoluta sobre la capacidad de hecho, debido a que “(...) *el sujeto afectado por ella no desaparece como ente de derecho, ni se modifica su aptitud para adquirir derechos*” (Llambias, pág. 353), y además su aplicación por sobre la capacidad de derecho

importaría la aniquilación de la personalidad y la muerte civil. En cambio, la incapacidad relativa sí admite excepciones como es el caso del artículo 55 del Código que refiere a la capacidad de los menores adultos¹³.

Empero, el original Código Civil no reconocía otro tipo de incapacidad ni de incapaces; siendo la sanción de la Ley n° 17.711 el gran primer cambio en materia de capacidad, ya que la misma incorpora a los dementes como incapaces.

En el artículo 141 se establece “*Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes*”, a lo que debe sumarse el artículo 140 que determina que la demencia es declarada por el juez previa constatación y verificación de la misma.

Y el segundo cambio importante en la materia se ubica en el año 2010 a partir de la sanción de la Ley de Salud Mental¹⁴, debido a que modifica el Código e introduce algunos elementos de sumo interés.

En su artículo primero establece que el objetivo y la finalidad de la Ley es asegurar la protección del derecho a la salud, y el pleno goce de todos los derechos de las personas con padecimientos mentales¹⁵, haciendo alusión a la plena aplicación de los tratados internacionales en la materia regulada por la misma.

Una vez inmersos en la normativa se colocan elementos característicos de una norma, como son las definiciones, la determinación del ámbito de aplicación, los derechos reconocidos y

¹³ “*Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar*”.

¹⁴ Ley n° 26.657. sancionada el 25 de noviembre de 2010 y promulgada el 2 de diciembre de 2010.

¹⁵ “*La presente ley tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*”.

consagrados, la necesidad de poseer cuerpos interdisciplinarios, y demás disposiciones propias para hacer efectiva y aplicable la norma.

Y en un último apartado se colocan las modificaciones que se hacen al Código Civil de Vélez Sarsfield.

De tal forma se incorpora el artículo 152 ter¹⁶, en concordancia con el artículo 12.4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sobre la necesidad de emitir la sentencia judicial de incapacidad o inhabilitación fundadas en un examen realizado por un equipo interdisciplinario, el plazo máximo de dicha decisión y la graduación de la limitación efectuada a la capacidad de la persona; y se modifica el artículo 482¹⁷, el cual se dirige a la persona declarada incapaz por razones de enfermedad mental o adicciones.

En conclusión, la Ley viene con una nueva ideología y un nuevo vocabulario inclusivo de otras circunstancias y protectorio de los derechos de las personas. Considero que es la primera aproximación a nuestro sistema actual y un punto de quiebre en la historia del sistema de capacidad de la persona humana en Argentina.

Otro elemento distintivo del presente régimen es el sistema de representación, ya que “(...) *el codificador había adherido en este tema al modelo paternalista o médico-rehabilitador*”

¹⁶ “Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”.

¹⁷ “No podrá ser privado de su libertad personal el declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones, salvo en los casos de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, quien deberá ser debidamente evaluado por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial con posterior aprobación y control judicial.

Las autoridades públicas deberán disponer el traslado a un establecimiento de salud para su evaluación a las personas que por padecer enfermedades mentales o adicciones se encuentren en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros.

A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la evaluación de un equipo interdisciplinario de salud para las personas que se encuentren afectadas de enfermedades mentales y adicciones, que requieran asistencia en establecimientos adecuados aunque no justifiquen la declaración de incapacidad o inhabilidad”.

(Ursula C. Basset, Hugues Fulchiron, Christine Bidaud-Garon, & Jorge N. Lafferrière, 2017, pág. 799), consistiendo en desplazar a la persona declarada incapaz y ejercer por ella sus derechos civiles y políticos. Por lo tanto, la persona incapaz no tenía la posibilidad de tomar sus propias decisiones ni de participar en la toma de aquellas que la involucraran, ya que de eso se encargaba su representante.

Este sistema funcionó durante mucho tiempo durando hasta el año 1968, debido a que la modificación introducida por la Ley n° 17.711 generó un giro en tal modelo adoptando uno nuevo: el médico-jurídico.

Se pueden detallar otras singularidades de este sistema, y si bien las más importantes a los efectos de este Trabajo son las mencionadas se le puede sumar la figura de la persona presuntamente incapaz como legitimado para iniciar el procedimiento oportunamente.

En éste régimen dicha posibilidad no encontraba posición, empero sí estaban legitimados todas las personas que la conocieran y creyeran que la misma era peligrosa¹⁸.

El Código poseyó un régimen que tuvo una extensión duradera en el tiempo con pequeñas y grandes modificaciones, pero que en un determinado momento una simple modificación no resultaba suficiente, y allí es que tuvo origen la necesidad de cambiar por completo este sistema y tornarlo acorde al sistema convencional actual en el que la Argentina se encuentra inmersa.

¹⁸ “Art. 144. Los que pueden pedir la declaración de demencia son: 1° Cualquiera de los cónyuges no separado personalmente o divorciado vincularmente. (Inciso sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.618 B.O. 22/7/2010). 2° Los parientes del demente; 3° El Ministerio de Menores; 4° El respectivo cónsul, si el demente fuese extranjero; 5° Cualquiera persona del pueblo, cuando el demente sea furioso, o incomode a sus vecinos”.

III. Persona con Síndrome de Down.

a) Evolución del Modelo de Discapacidad.

En este segmento en un primer momento nos alejaremos un poco del ámbito jurídico para adentrarnos en un ambiente conceptual que deja visible el camino que como sociedad hemos recorrido para llegar a la actualidad, y así lograr comprender el sistema que poseemos referido a los Derechos de las Personas con Discapacidad. Una vez realizado dicho análisis, me enfocaré en detallar, en vinculación a los modelos de la discapacidad, el momento jurídico en que Argentina se encontraba.

A la Persona con Discapacidad la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad la define, en el artículo primero¹⁹, como aquellas personas *“que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*.

Entonces, la Convención otorga una definición de Persona con Discapacidad y de ella se puede extraer que *“(…) la discapacidad es la suma de dos situaciones: (a) la deficiencia, que atiende a la dimensión biológica, ya sea física, mental, intelectual o sensorial, y (b) la barrera, que son todos los impedimentos (legales, interpersonales, físicos y a la comunicación) que imposibilitan la igualdad y no discriminación”* (CERMI, 2016, pág. 13).

¹⁹ *“El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno 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. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*.

Ahora bien, tomando a ésta definición como rectora, se detallarán algunos de los modelos relativos a la Discapacidad que a lo largo de la historia han pretendido abordarla y brindar una definición respecto de la misma. Es importante tener en cuenta el período histórico y las características propias de cada contexto social, para evitar formular juicios de valor en base a los conceptos e ideales que actualmente conocemos. Y, por sobre todo, el estudio y la investigación de tales circunstancias nos deben servir de espejo para poder determinar cuán lejos o cerca nos encontramos.

El primer modelo se remonta a la Edad Antigua y Edad Media, aproximadamente; y consiste en el Modelo de la Prescindencia.

Se caracteriza por considerar que la Persona con Discapacidad no tiene nada que aportar a la sociedad y que es una carga para la misma. A su vez, se identifica por entender que la justificación de la discapacidad es religiosa vinculada al enojo de los dioses, a la comisión de un pecado o al advenimiento de una catástrofe (Palacios, 2008).

Y dentro de éste modelo las soluciones que fueron brindadas consistieron en el exterminio de las Personas con Discapacidad (Submodelo Eugenésico), justificado en la circunstancia de que la vida de esa persona no merece ser vivida; o en la marginación, la cual trataba de dejar a la persona de lado, de excluirla de la sociedad por ser un peso para ésta y no aportar nada útil.

El segundo modelo se denomina Rehabilitador y encuentra su origen a mediados del Siglo XX, una vez ocurrida la Segunda Guerra Mundial y en consecuencia de la gran cantidad de personas mutiladas que la mencionada acarrió, viéndose a la discapacidad como una deficiencia que debía ser erradicada (Palacios, 2008, pág. 69).

Por lo que existe un cambio en el pensamiento sobre las causas de la discapacidad, tornándose causales científicas y haciéndose alusión a las diversidades funcionales a partir de términos

médicos en lugar de religiosas. De igual forma la Persona con Discapacidad ya no es considerada una carga para su familia o la sociedad en general, si no que se establece la posibilidad de “curar” a esa persona y, de esta manera poder ser reinsertada en la sociedad. Es decir, se da lugar a una “aceptación” de la discapacidad y de la diversidad que la mencionada acarrea, empero se tiene como finalidad que la persona sea curada.

Ahora bien: ¿Y qué sucede cuando esa “cura” no llega? ¿Discapacidad significa lo mismo que enfermedad?

Así lo establece Agustina Palacios en su libro²⁰ que al hablar de éste modelo dice “(...) *las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles respecto de las necesidades de la comunidad, sino que ahora se entiende que pueden tener algo que aportar (...) en la medida en que sean rehabilitadas o normalizadas*”.

Y comprender que las causales tienen vinculación estrecha con la salud de la persona otorga la posibilidad de que las mismas puedan ser modificadas, lo que les permite tener una especie de esperanza a quienes tienen algún tipo de discapacidad de no ser excluidas y marginadas, e incluso olvidadas.

Pareciera ser que este modelo trae la solución al problema y que la inserción en la sociedad dada por la extinción o disminución de la discapacidad de que se trate resulta satisfactoria. Pero no fue así, ya que es cierto que ha existido un avance en la concepción de la discapacidad al intentar aceptarla y vivir con ella; no obstante ello no resultó suficiente en razón de que siempre va a existir un gran número de personas que no puedan ser “curadas” o “modificadas”, por lo cual van a continuar siendo excluidas y marginadas. Pudiendo

²⁰ Pág. 66.

destacarse la concepción paternalista del modelo, que provoca la subestimación de la persona con discapacidad.

Por lo que mi duda radica en si intentar “curar” a la persona que presenta alguna discapacidad es la verdadera solución, y si no existe otra. Y acá es donde podemos mencionar dos características de este modelo: la educación especial y la institucionalización; observando que la institucionalización va a funcionar como la herramienta a implementar en las situaciones en que la persona con discapacidad no se pueda reinsertar en la sociedad.

Dejarla encerrada entonces es la solución que este modelo plantea.

Por otro lado, el concepto de Persona con Discapacidad que se plantea pone su atención “(...) *en la persona y su ‘deficiencia’, caracterizada como una anomalía patológica que impide a la persona realizar actividades que se consideran ‘normales’, es decir, las que pueden realizar la mayoría de las personas que no padecen dichas diversidades funcionales*” (Palacios, 2008, pág. 81). Con éste extracto lo que pretendo expresar es que la persona con discapacidad es una persona que no responde a la norma genérica de la sociedad, y que ello no le permite poder llevar a cabo las actividades que cualquier persona “normal” podría hacer; para lo cual necesita una educación diferente y una nueva oportunidad en la sociedad si es que tal educación funciona, ya que de no ser así, se utilizará la segunda herramienta, la institucionalización.

En relación a los medios de subsistencia que se presentan en este modelo el que se destaca es la asistencia social siendo la consecuencia directa de la imposibilidad de poder llevar adelante un trabajo rentado, ya sea por la propia patología de la persona o por la exclusión del mercado laboral de la persona que tiene una discapacidad.

Por último, si bien el modelo referenciado, en sus inicios lo que pretendió fue la aceptación de la discapacidad y la posterior inserción a la sociedad de la persona con discapacidad,

utilizando para ello la herramienta de la institucionalización, encontró fallas y resultó insuficiente producto de entender a la discapacidad como una enfermedad y un problema exclusivo de la persona sin que la sociedad tuviera ningún rol. Además el uso de la señalada herramienta debe ser delicado, pues una práctica desmedida puede correr al modelo de su finalidad y de su concepción.

Hemos llegado al tercer modelo: el Modelo Social.

Encuentra su origen a fines de los años '60 a partir del nacimiento del llamado "Movimiento Vida Independiente", que se da primero en los Estados Unidos y luego de unos años en algunos países europeos.

Palacios ha dicho, con acierto, que *"La historia que viene a continuación es esperanzadora y de lucha"*. Un joven²¹ con una discapacidad calificada como severa, pese a los pronósticos médicos y a la falta de accesibilidad de la sociedad en general, logró asistir a la universidad que él quería (la cual no se encontraba dentro de las "aptas" para personas con discapacidad debido a que no contaba con la accesibilidad estructural necesaria).

Desde su rol como estudiante excluido por la falta de estructura de la universidad (por ejemplo, no tenía una habitación como los demás, sino que dormía en la enfermería) llevó adelante el movimiento, junto a otros jóvenes también con discapacidad, teniendo como objetivo principal el reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, como la vida, la igualdad, y, por sobre todo, la igualdad de oportunidades.

Y lo obtuvo.

Con el correr del tiempo, el Movimiento llegó al Reino Unido y comenzó a esparcirse sin fronteras.

²¹ Historia de Ed Roberts.

Se podría plantear una pequeña diferencia entre los Estados Unidos y el Reino Unido.

En Estados Unidos el Movimiento se centró en la igualdad de oportunidades que tenían las personas con discapacidad en relación a las personas sin discapacidad; en cambio, en el Reino Unido el punto se colocó en la salida de las instituciones por parte de las personas con discapacidad.

Sin perjuicio de esa diferenciación, en ambos Estados el movimiento reorientó “(...) *la atención hacia el impacto de las barreras sociales y ambientales, como el transporte y los edificios inaccesibles, las actitudes discriminatorias y los estereotipos culturales negativos, que –según alegaban- discapacitaban a las personas con discapacidad*” (Palacios, 2008, pág. 107. El resaltado me pertenece).

Este modelo se vió atravesado por la necesidad de comprender que las Personas con Discapacidad y las personas sin discapacidad ante la Ley y en la vida diaria son iguales y que la existencia de una Discapacidad no debe ser asimilada a una enfermedad.

En este punto y corriéndome un poco de la explicación del Modelo Social me gustaría realizar un paralelismo con un hecho ocurrido en el año 2018.

En el marco de la discusión por la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo²², el biólogo Alberto Kornblihtt expresó “(...) *y se sabe que el niño va a nacer con una enfermedad para la cual no hay cura, se le da la posibilidad, se le informa a la madre o a la pareja que puede tener la posibilidad de interrumpir el embarazo*”; ante ello, la Senadora por la provincia de Tucumán, Silvia Elías de Pérez, formuló: “*Está claro que si de pronto detectan que es un niño con Síndrome de Down (...)*”. En ese momento el citado biólogo la interrumpe, y aclara que él hace referencia a una enfermedad incurable, repreguntándole “*¿Usted cree que el*

²² Enlace web: <https://www.youtube.com/watch?v=EbVEQJc29o0>.

Síndrome de Down es una enfermedad?”, y de esa manera dejando a la Honorable Senadora sin respuesta.

Pero ¿A qué se trae esto?

Me parece una forma correcta de demostrar que en una sociedad de derecho y en el siglo XXI, ante una de las discusiones más profundas que se han dado en las últimas décadas aún tenemos una parte de la sociedad que ve a la Discapacidad como una enfermedad irreversible, sin cura. Y ello es desalentador, porque por un lado observamos la existencia de un Modelo que se aleja de esa concepción y que es el que prima en nuestra legislación, pero cuando uno se acerca a la vida cotidiana puede darse cuenta que estamos muy lejos de adoptar dicho Modelo a conciencia.

Deviene abstracto, como cuando la Corte Suprema se manifiesta en una sentencia sobre un caso que ya se ha materializado, hablar del Modelo Social y de sus beneficios y de su cambio radical cuando como sociedad no hemos evolucionado a un nivel tal que nos permite comprenderlo, entendiendo de tal forma que la Discapacidad la tenemos como sociedad en general y no un individuo excluido por ello.

En mi opinión, y hablando del Síndrome de Down, **no es una enfermedad o un padecimiento, es un Síndrome que nos afecta a todas y a todos**, y que en conjunto tenemos el deber de aprender a vivir con ello e intentar que la vida de la persona que tiene dicho Síndrome no sea cruel ni dura y que posea iguales oportunidades.

En este contexto resulta necesario citar a Agustina Palacios²³ cuando expresa que actitudes como la de la Senadora constituyen una “(...) *actitud típica del Modelo de Prescindencia*”.

²³ De acuerdo a su Libro “El Modelo Social de Discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. Año 2008.

Continuando con la exposición del Modelo Social, y habiendo dejado en claro que el mismo encuentra su origen a partir del nacimiento del Movimiento Vida Independiente y la expansión del mismo: ¿Qué es lo que plantea en concreto?

El Modelo Social establece que la discapacidad es una consecuencia de la sociedad en sí, en razón de no encontrarse preparada para el correcto tratamiento de las diferencias de las personas; por lo cual la solución no se vincula con la individualización del sujeto y a su tratamiento específico, sino con el tratamiento de toda la sociedad en base de una herramienta fundamental: La Inclusión.

Debemos ser inclusivos y aceptar al otro como es sin pretender que éste sea quien tenga que adaptarse a una sociedad con determinados estándares (que la mayoría no cumple, con o sin discapacidad) y que el único resultado que obtienen es la frustración de las personas y, en una gran cantidad de situaciones, su exclusión.

Entonces, el Modelo puede ser caracterizado por dos componentes (Palacios, 2008, pág. 103): por un lado, el argumento de que las barreras son preponderantemente sociales ya que existe una ineficiencia a la hora de prestar servicios que resulten apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las Personas con Discapacidad sean tenidas en cuenta; y por otro lado, la concepción de que las Personas con Discapacidad realizan un aporte a la sociedad que se compara con el de las personas sin discapacidad y ello se plantea con el mero fin de alejarse de los modelos anteriores, en donde se asimilaba a la Persona con Discapacidad a una persona que no tiene nada para aportar a la sociedad y que incluso era una carga o un peso.

Es por lo que se “(...) *aboga por la rehabilitación o normalización de una sociedad, pensada y diseñada para hacer frente a las necesidades de todas las personas*” (Palacios, 2008, pág. 104); y es necesario comprender que **“La vida de una persona con discapacidad tiene el**

mismo sentido que la vida de una persona sin discapacidad” (Palacios, 2008, pág. 104. El resaltado me pertenece).

b) Concepto actual de Persona con Discapacidad.

Como bien se ha expuesto, el actual Modelo que tenemos es el Social, y el concepto de Persona con Discapacidad que plantea se remonta a la definición brindada en el Manifiesto de la UPIAS (en español: Unión de Discapitados Físicos contra la Segregación)²⁴, el cual insta a que la discapacidad *“es algo que se emplaza sobre las deficiencias, por el modo en que las personas con discapacidad son innecesariamente aisladas y excluidas de una participación plena en sociedad”*. Así, la UPIAS, mediante una publicación efectuada en el año 1981²⁵, expuso la diferenciación entre deficiencia y discapacidad²⁶. Habló de la deficiencia como la característica de la persona consistente en un órgano, una función o un mecanismo del cuerpo o de la mente que no funciona o que no funciona de igual manera que en la mayoría de las personas; mientras que refirió a la discapacidad haciendo alusión a que se encontraría compuesta por los factores sociales que restringen, limitan o impiden a las personas con diversidad funcional vivir una vida en sociedad.

Tal diferenciación se coloca como relevante ya que al entender que los factores sociales inciden en la capacidad las soluciones no se apuntan a cada individuo siendo establecidas sobre la sociedad en general; y teniendo muy presente a la persona con discapacidad y su

²⁴ Formada en el año 1972 en el Reino Unido.

²⁵ El documento puede ser encontrado en la siguiente página web citada: <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/UPIAS-Disability-Challenge1.pdf>

²⁶ En palabras textuales: *“Good verbal communication is impossible without agreed definitions of at least the most important terms. Throughout this questionnaire impairment is taken to mean the lack of part or all of a limb, or a defect in a limb, organ or mechanism of the body; this includes brain damage, disease or deficiency, but not “mental illness” as it is usually called. Disability is the disadvantage or restriction of activity caused by a contemporary social organisation which takes little or no account of people who have physical impairments, and thereby excludes them from participation in the mainstream of social activities”*.

contexto, por lo que *“Desde esta perspectiva, ciertas herramientas, como el diseño para todos y la accesibilidad universal cobran importancia fundamental como medio de prevención de situaciones de discapacidad”* (Palacios, 2008, pág. 124).

Asimismo, es elocuente incorporar la definición que nos brinda la Organización Mundial de la Salud, ya que la misma fue calificada como antecedentes de la Convención que es la que reconoce de manera universal el presente Modelo.

La OMS establece que la *“Discapacidad es un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales. Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive”*²⁷.

Por todo lo expuesto, sobreviene la transformación del concepto de Persona con Discapacidad, lo que, al mismo tiempo, posee un impacto fundamental en el tratamiento de la misma y la manera en que la sociedad deba capacitarse para su correcta aceptación e inclusión.

No obstante ello, el título de este apartado habla del “concepto actual” y ello resulta de la construcción de estas concepciones y de un extenso debate en el tratamiento de la Convención. Por lo cual, si bien estas definiciones han sido fundamentales, aquí es imprescindible citar el artículo primero de la referida Convención, el cual se postula como el acuerdo de todos los Estados firmantes, es decir, una concepción universal:

²⁷ Definición de la OMS según su página web.

“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”²⁸.

Y, en concordancia con éste, citar el artículo 48 del Código Civil y Comercial de la Nación que define a la Discapacidad como “(...) *toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral*”.

c) ¿Por qué hablamos de un “grupo vulnerable”?

Ya he referido a la Discapacidad en general, empero es hora de hacer una breve mención sobre la Persona con Síndrome de Down entendida como parte de un Grupo Vulnerable.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y también su similar en el ámbito Interamericano, significaron una fractura en el tratamiento que el derecho les otorgaba a las Personas con Discapacidad, lo que se posiciona como relevante a los efectos del presente Trabajo debido a que dicho cambio debe tener su reflejo inmediato en la jurisprudencia de nuestro país y también en la normativa vigente y aplicable. Pero ello será analizado en otro punto del presente.

Pues bien, me pregunto lo siguiente: ¿Por qué hablamos de las Personas con Síndrome de Down como un grupo de personas “Vulnerables”?

²⁸ El resaltado me pertenece.

La palabra “vulnerable” etimológicamente refiere a aquella persona “(...) *que puede ser herida, atacada, afectada, físicamente o moralmente*” (Ursula C. Basset, Hugues Fulchiron, Christine Bidaud-Garon, & Jorge N. Lafferrière, 2017, pág. 3).

No obstante, es necesario obtener una conceptualización desde el marco jurídico, y al recabar información se puede observar que han existido diversos doctrinarios que han hecho alusión a ello; sin embargo tomaré la conceptualización dada por S. Besson.

El mencionado autor determina que la vulnerabilidad, desde el punto de vista jurídico, puede ser definida desde cuatro grandes características.

En primer lugar se trata de un concepto potencial, ya que refiere a una posibilidad, constituyéndose como la potencialidad de una herida ligada a la eventualidad de una amenaza (y su consecuente realización) de afectación.

En segundo lugar es un concepto objetivo, porque la amenaza de la afectación puede ser establecida objetivamente; y es un concepto subjetivo, dado que se toman las características de la persona a la hora de evaluar la situación de vulnerabilidad.

En tercer lugar es un concepto relacional, debido a que se requiere de la existencia de una amenaza por parte de otro para el padecimiento de la afectación.

Y en cuarto y último lugar es un concepto descriptivo, en tanto describe el estado de una persona o grupo de personas en particular.

A estas características se le agrega que el estado de “vulnerable” que una persona puede tener se podría vincular, del mismo modo, con diversas situaciones como lo son la edad, las causas naturales, el estado de subordinación, el nivel social-económico y educativo, entre otras.

Dentro de las mencionadas “causas naturales” colocamos a las Personas con Discapacidad, y allí a las Personas con Síndrome de Down, entendida como una discapacidad específica.

Ahora bien, la expresión “grupos en situación de vulnerabilidad” es empleada *“(…) para designar a aquellos grupos de personas o sectores de la población que por razones inherentes a su identidad o condición y por acción u omisión de los organismos del Estado, se ven privados del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de la atención y satisfacción de sus necesidades específicas”* (Ursula C. Basset, Hugues Fulchiron, Christine Bidaud-Garon, & Jorge N. Lafferrière, 2017, pág. 78). Interactuando tal definición con la idea de entender que las Personas con Discapacidad son parte de un grupo vulnerable.

Igualmente, *“La vulnerabilidad de una persona viene dada por el mayor grado que puede ser susceptible de sufrir pérdidas, daños, sufrimiento y muerte. Se da en función de las condiciones físicas, económicas, sociales, políticas, técnicas, ideológicas, culturales, educativas, ecológicas, institucionales. En definitiva la vulnerabilidad se relaciona con la capacidad de un individuo para no poder gozar de sus derechos humanos en un pie de igualdad con otras personas”* (Ursula C. Basset, Hugues Fulchiron, Christine Bidaud-Garon, & Jorge N. Lafferrière, 2017, págs. 78/79).

Es por ello que al referir a las Personas con Síndrome de Down se está aludiendo a un grupo de personas que deben ser consideradas como “vulnerables” al solo fin de promover una mayor protección y vigencia de sus derechos fundamentales; es en este contexto en el cual la Convención de las Naciones Unidas se coloca como un instrumento fundamental destinado a la protección de los derechos y de la dignidad de las personas con discapacidad; ya que asienta la obligación de los Estados de luchar contra la vulnerabilidad que presentan este grupo específico de personas, adoptando medidas para la promoción, protección y garantía del pleno disfrute de sus Derechos Humanos y, de la misma forma, para asegurar y garantizar que éstas gocen de plena igualdad ante la ley (Ursula C. Basset, Hugues Fulchiron, Christine Bidaud-Garon, & Jorge N. Lafferrière, 2017, pág. 81).

A pesar de ello, y en relación a la finalidad que tengo con este Trabajo, la verdadera importancia de la Convención y de su tratamiento a partir de la idea de la “vulnerabilidad” de las Personas con Discapacidad se afina en la aplicación de este sistema en conjunto y de forma armoniosa con las normas de cada Estado en particular para poder dar una respuesta efectiva, desde el derecho, ante situaciones de violencia o discriminación; y ello únicamente puede surgir al aplicar en un caso en particular un principio o precepto normativo. Entonces, de nada nos sirve poseer un sistema de normas que se encuentren armonizadas y encastradas unas con otras y que éstas reconozcan un sin fin de derechos, si las mismas son olvidadas en los cajones de los escritorios de los jueces.

Y ahí es donde el verdadero cambio inicia y donde podemos comenzar a hablar de la verdadera promoción de los derechos.

IV. Normativa Nacional e Internacional vigente: El cambio de paradigma en cuanto al sistema de restricción de la capacidad de la persona humana.

- a) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Detalle respecto de algunos puntos sobresalientes que son regulados por la misma, y de la manera en que fueron consagrados.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad significó la consagración de un sistema específico en el marco de los Derechos Humanos²⁹, luego de una ardua lucha de agrupaciones de Personas con Discapacidad por el reconocimiento de sus derechos y también para el establecimiento de nuevos derechos, en consecuencia de todas las vulneraciones sufridas a lo largo de la historia. Es así que se puede observar la consagración del derecho a la vida o a la educación, pero también, el derecho a la accesibilidad, entre otros tantos.

Fue aprobada por la Asamblea General el 13 de diciembre del año 2006, junto a su Protocolo Facultativo, mediante Resolución n° 61/160³⁰.

La Convención presenta una estructura característica de Tratados en materia de Derechos Humanos, con un Preámbulo en el que se enuncian los objetivos de la misma, formulando un recuento de los antecedentes propios de la materia específica y estableciendo los rasgos distintivos. También se puede vislumbrar que se reafirman conceptos e ideas que han sido desarrollados en el tiempo y que fueron materia de discusión siendo finalmente reconocidos en la presente.

De esta manera se pueden avistar diversos incisos que merecen ser objeto de comentario.

²⁹ En palabras de Nikken Pedro: “Estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer son los que hoy conocemos como derechos humanos”.

³⁰ Enlace web: <https://undocs.org/es/A/RES/61/106>.

Los incisos d)³¹ y f)³² formulan un recuento de los antecedentes a la Convención, los cuales fueron estudiados en este Trabajo, siendo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y, de igual forma, la importancia de los principios del Programa de Acción Mundial para los Impedidos y de las Normas Uniformes sobre la igualdad de Oportunidades para las Persona con Discapacidad.

El inciso i)³³ se encarga de reconocer la diversidad de las Personas con Discapacidad, y ello se vincula de manera directa con el inciso m) en el cual se destaca “(...) *el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar las personas con discapacidad (...)*”.

Y luego están los incisos e) y v).

El inciso v)³⁴, al tratar la accesibilidad de las Personas con Discapacidad, asegura las bases del artículo 9, el cual será tratado con profundidad a continuación.

Y en el inciso e) se reconoce que el concepto de discapacidad no es estático sino que evoluciona constantemente (es dinámico) 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 efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”;

³¹ “Recordando el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”.

³² “Reconociendo la importancia que revisten los principios y las directrices de política que figuran en el Programa de Acción Mundial para los Impedidos y en las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad como factor en la promoción, la formulación y la evaluación de normas, planes, programas y medidas a nivel nacional, regional e internacional destinados a dar una mayor igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad”.

³³ “Reconociendo además la diversidad de las personas con discapacidad”.

³⁴ “Reconociendo la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

tornándose un punto clave de éste preámbulo por la adopción del Modelo Social de la Discapacidad.

En fin, el Preámbulo se constituye por veinticinco incisos que importan el reconocimiento de la necesidad de un sistema propio y particular en una materia vulnerable y que a lo largo del tiempo se había visto abandonada.

Sin embargo, ¿por qué deviene necesaria la existencia de un Tratado específico que establezca, con mayor precisión, Derechos Humanos que ya tenían reconocidos las Personas con Discapacidad? Pues porque hasta ese momento la situación de vulnerabilidad y el atentado contra los derechos de la personas con discapacidad era tal que un Tratado genérico no era suficiente, era evidente que algo no estaba funcionando como debía. Así lo han dicho Quinn y Degener en su Informe sobre Derechos Humanos y Discapacidad (CERMI, 2016, págs. 14/15), en el cual afirmaron la insuficiencia del sistema de Tratados para proteger los derechos de las personas con discapacidad.

En el señalado Informe se establecieron seis (6) puntos que justificarían la existencia de la Convención.

Dentro de tales puntos se destacan: por un lado, el otorgamiento de un instrumento específico a las organizaciones de personas con discapacidad para la promoción de sus derechos; y, por otro lado, la inclusión de la Discapacidad en la agenda de las Naciones Unidas.

Consecuentemente, la Convención se configura como una herramienta o como un medio fundamental para la lucha contra la desprotección y vulneración de las personas con discapacidad, teniendo en miras asegurar los derechos que por ser personas les compete y los cuales han sido y son restringidos aún por la sociedad en general.

En los siguientes apartados se analizarán elementos específicos del instrumento internacional.

1. La perspectiva en Derechos Humanos.

Un gran número de doctrinarios y escritores utilizan la expresión “Perspectiva en Derechos Humanos”, y, además de sonar lindo y académico, debe significar algo más.

La Convención fue un giro de 180° en materia de Tratados Internacionales, y ello se debió a que no sólo reconoció Derechos que ya se encontraban incorporados en otros instrumentos de la misma jerarquía, sino que a ello le sumó la creación de Derechos, como bien ya he dicho. Y aquí es donde se comienza a hablar de perspectiva y ello es lo que le otorga un carácter singular a la Convención.

Uno de los puntos sobresalientes es el hecho de que la capacidad de ejercicio de los derechos y de su goce se reconoce en todo momento, es decir, se presume; y para poder restringir ese ejercicio se tiene que demostrar que la persona no tiene la capacidad que dice tener, obviamente, en un proceso judicial con todas las garantías convencional y constitucionalmente reconocidas.

Es decir, presumir la capacidad de la persona con discapacidad tiene una consecuencia significativa: el reconocimiento de su autonomía y de su autodeterminación, porque esa persona deja de depender de otro u otros, deja de estar sometida a las decisiones que un tercero pueda tomar; y se le da la oportunidad de ser oída, de poder expresar y manifestar su propia voluntad, y ello *“se trata del reconocimiento de su libertad que lo excluye como objeto y sólo lo admite como sujeto de derecho, sin excepciones”* (Palacio de Caeiro, 2017, pág. 753 Tomo I).

Entonces, se comienza a dejar de lado la idea de que la existencia de un curador y de una representación es lo mejor para la Persona con Discapacidad; ya que, conforme lo entiendo, lo mejor para la Persona con Discapacidad es ser tratada con igualdad no con diferencias y

en el supuesto de que esa persona necesite un tratamiento especial que el mismo no sea visto con ojos discriminatorios sino inclusivos. Y ello se impone como una práctica social que necesitamos ejercitar un poco más.

Otro de los puntos que dejan en evidencia la nueva perspectiva es la vigencia del principio de la dignidad del riesgo.

Éste principio significa “(...) *el derecho a transitar y vivir en el mundo, con todos sus peligros y la posibilidad de equivocarse*” (Palacio de Caeiro, 2017, pág. 753 Tomo I), contemplando la necesidad de reconocer y tratar a la Persona con Discapacidad como lo que es, una Persona Humana totalmente imperfecta, ya que ello es la característica del Ser Humano, tenga o no discapacidad.

Lo que quiero decir con ello es que se corre la mirada de la discapacidad en sí y con todos los papeles sobre la mesa se debe llegar a la siguiente conclusión: Primero es Persona, luego tiene Discapacidad, “*la piedra basal (...) radica en la universalidad de los derechos humanos por ser inherentes, sin distinción alguna (...) Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación. Sanos, enfermos y discapacitados*” (Palacio de Caeiro, 2017, pág. 742, Tomo I).

Y en último lugar encontramos otro de los puntos que consiste en el Principio Pro Homine. Nos topamos con un principio transversal a todo el sistema de Derechos Humanos que coloca en el centro del sistema al individuo y a sus derechos teniendo como objetivo fundamental la ampliación de esos derechos.

Por lo tanto, al hablar de una mirada desde la perspectiva de los Derechos Humanos refiero a que al momento de abordar una situación específica que se encuentre relacionada a la Discapacidad no se agote el análisis en la mera aplicación de la norma que encuadra justo en el caso o en la situación de que se trate; se debe levantar la vista y observar todo el plexo

normativo que compone a nuestro Ordenamiento Jurídico y encontrar, de tal forma, la manera de una aplicación e interpretación armoniosa, siempre en pos del reconocimiento y de la tutela de la mayor cantidad de derechos de la persona que se ubica en el centro de la situación y que su interés es el que prima y el que no puede ser dejado de lado.

2. El Derecho a la Accesibilidad del artículo 9.

En primer lugar, transcribo el artículo en su totalidad:

“Accesibilidad

1. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a:

- a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo;*
- b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia.*

2. Los Estados Partes también adoptarán las medidas pertinentes para:

- a) Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público;*

- b) Asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad;*
- c) Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad a que se enfrentan las personas con discapacidad;*
- d) Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión;*
- e) Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público;*
- f) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información;*
- g) Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet;*
- h) Promover el diseño, el desarrollo, la producción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo.”³⁵.*

El primer punto del citado artículo coloca en manos de los Estados la obligación de adoptar medidas pertinentes para asegurar el pleno acceso de las personas con discapacidad a edificios y otras construcciones, al transporte público, a la información; todo en igualdad de condiciones con las demás. Consecuentemente, si no existe un aseguramiento al pleno acceso

³⁵ Artículo 9 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
Página | 38

y a la total accesibilidad estaremos ante una circunstancia de discriminación y exclusión de las personas con discapacidad.

Y ello me resulta familiar, ya que se puede asemejar al Modelo Social de la Discapacidad el cual, como ya he dicho, plantea que se debe trabajar sobre las sociedades en sí para proveer a la inclusión y no sobre la persona que posee una discapacidad, de forma individualizada, porque es la sociedad la que provoca que una Persona con Discapacidad vea aumentada su discapacidad.

Una vez puntualizado ello, el artículo se encarga de colocar de forma concreta los elementos sobre los que deben trabajar los Estados en buscar de la promoción de la accesibilidad, a saber: edificios, vía pública, acceso a la información, diversos servicios; entre otros.

Uno de los incisos a destacar es el inciso e) del punto 2), el cual predica “*Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público*”; ya que resulta imprescindible que, para promover la accesibilidad, la Persona con Discapacidad pueda expresarse y pueda ser comprendida, porque de otra forma se vería excluida por no poder expresarse.

Por lo demás, y en un estudio genérico del artículo se descubre que resulta sumamente relevante, puesto que si el mismo se encuentra vulnerado se podrían (y es efectivo) estar vulnerando otros derechos reconocidos en el mismo cuerpo normativo de manera indirecta.

Reflexiono que no solo debe entenderse la accesibilidad de la forma expresamente reconocida, sino que a ello se le debe sumar el compromiso de los Estados de otorgar la posibilidad a la persona con discapacidad para que posea todos los mecanismos necesarios para llevar adelante su vida, sin ningún tipo de restricción o barrera.

Por un momento imaginemos la accesibilidad de las personas con discapacidad a las sentencias judiciales mediante las cuales se le están restringiendo derechos, afectando sustancialmente su manera de vivir.

Notando así que tal situación guarda una fuerte conexión con el Derecho al Acceso a la Justicia reconocido en el artículo 13, mediante el cual se pretende garantizar *“El pleno acceso a la justicia de las personas con discapacidad, ya sea como participantes directos o indirectos, (...) en igualdad de condiciones con las demás, lo que implica que deben hacerse ajustes de procedimiento y que sean también adecuados a la edad, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares”*.

Por lo cual el Estado no sólo debe garantizar el Derecho al Acceso a la Justicia, sino también el Derecho a la Accesibilidad en razón de que no asegurar el último implica la vulneración del primero.

Deteniéndome en esta relación, me surge la duda respecto de cuál es la situación de nuestra provincia en este tema; y ello es lo que se pretende descubrir más adelante.

3. El artículo 12 y la Observación General n° 1 del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El artículo 12 de la Convención consagra el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, citado a continuación:

“Igual reconocimiento como persona ante la ley

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. *Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.*

3. *Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica:*

4. *Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.*

5. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.*

Este derecho se plantea como un principio básico que la Convención no incorpora sino que simplemente reconoce y afianza, ya que se encuentra consagrado en otros instrumentos

internacionales, como lo son Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que ambos “(...) garantizan específicamente el derecho a la igualdad ante la ley”.

Tomando como base la Observación General n° 1 del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad³⁶ ensayaré el siguiente análisis.

Las personas con discapacidad gozan del derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica en iguales condiciones en relación a las demás personas y en todos los aspectos de la vida; es decir, el reconocimiento de la personalidad jurídica es un derecho inherente a la persona humana y en el caso de las personas con discapacidad se le otorga un mayor énfasis como consecuencia de evitar que la misma sea negada en razón de “su protección”. Esta capacidad jurídica se la define como “(...) *la capacidad de ser (...) titular de derechos y obligaciones, pero además supone la capacidad de ejercer dichos derechos y contraer obligaciones por sí mismos*” (Palacios, 2008, pág. 442).

En este punto la Observación formula una diferenciación entre capacidad jurídica, tomando la definición precedente, y la capacidad mental, la cual “(...) *refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones*”, y ello es fundamental ya que la Convención se coloca como el primer instrumento que hace tal distinción y que establece expresamente que no puede ser negada la capacidad jurídica fundada en un desequilibrio mental u otras conceptualizaciones discriminatorias.

Siguiendo en la lectura del artículo citado queda a la vista la adopción del modelo de asistencia en la toma de decisiones, el cual según Agustina Palacios “(...) *junto con los*

³⁶ Observación General n° 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el 11° período de sesiones, el día 19 de mayo del año 2014, en el marco de las Naciones Unidas. Enlace web: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>

principios de autonomía, dignidad e igualdad y el artículo que recepta el derecho a vivir de forma independiente, plasma el modelo social de discapacidad en un aspecto muy importante de la vida de las personas: como es la de ser partes, al igual que el resto de humanidad, de las decisiones acerca de sus propias vidas". Entonces estamos ante un modelo que pondera la autonomía personal y la dignidad de la persona y coloca, en aquellas circunstancias que lo ameriten, un sistema de asistencia de la persona para que la misma reciba ayuda en la toma de decisiones y no una suplencia de su voluntad.

El apoyo debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, lo cual puede verse materializado en el nuevo Código Civil y Comercial. Por lo que se puede concluir que el actual sistema de capacidad ha tenido presente, en todo momento, las prescripciones convencionales en pos de la armonía normativa.

Empero todo ello no es suficiente sin un Estado presente atrás, apareciendo así la figura del Estado y los deberes impuestos. De tal manera, *"Los Estados partes tienen la obligación de respetar, proteger y hacer realidad el derecho de todas las personas con discapacidad al igual reconocimiento como persona ante la ley"*³⁷.

Este derecho se conecta con las demás prescripciones de la Convención pero el Comité nos brinda la conexión existente con los artículos 9 y 13.

En cuanto al artículo 9, que trata sobre "Accesibilidad", la falta de acceso a medios de comunicación y a información suficiente y comprensible pueden constituir obstáculos para el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, es decir, una barrera al aseguramiento de su capacidad jurídica.

³⁷ Observación General nº 1.

Y en relación al artículo 13, sobre “Acceso a la Justicia”, acaece fundamental el reconocimiento de la capacidad jurídica para afirmar el derecho al acceso a la justicia, se requiere que la persona sea reconocida como tal para que la misma tenga participación activa en procesos judiciales y de esa forma reclamar y defender sus derechos.

4. El artículo 13 y la Tutela Judicial Efectiva.

En éste acápite se analizará la figura del artículo 13 de la Convención, para lo cual lo cito a continuación, resaltando algunas cuestiones significativas.

“Acceso a la justicia

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.”³⁸

Es evidente la consagración y afianzamiento del Derecho al Acceso a la Justicia de las personas con discapacidad, lo que implica que sean tenidas en cuenta como parte en los procesos que las conciernen y que posean una participación y un rol activo.

³⁸ El resaltado me pertenece.

Este Derecho Humano se encuentra inmerso dentro del derecho de la Tutela Judicial Efectiva. Los Estados tienen la obligación de brindar las herramientas que fueran necesarias para asegurar que las personas tengan un pleno y efectivo acceso a sus tribunales. En el ámbito de la discapacidad tal obligación se ve incrementada.

La Tutela Judicial Efectiva es un derecho de la persona humana, por ser humana, por lo tanto es inherente a dicha calidad.

Pero este derecho no se encuentra solo ya que incluye otros derechos³⁹: a ser oído por un tribunal, a contar con patrocinio letrado, a ofrecer y producir prueba, a obtener una sentencia fundada y a su ejecución, a la posibilidad de recurrir, y al despacho de medidas cautelares; y es en razón de tal composición que se encuentra íntimamente vinculada con el derecho al acceso a la justicia y al debido proceso judicial.

Ahora bien, ¿Dónde se lo puede observar?

Por ejemplo, en el Preámbulo de la Constitución Nacional, y “(...) *de manera implícita de los arts. 18, 43 y 75 inc. 22*” (Palacio de Caero, 2017, pág. 2389, Tomo III); o en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual “(...) *concentra las principales manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva, estableciendo que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable (...)*” (Palacio de Caero, 2017, pág., 2398, Tomo III).

Es menester detallar algunos de los derechos que lo componen y que resultan interesantes a los efectos del presente trabajo.

Ellos son tres: 1) el derecho al acceso a la justicia; 2) el derecho a ser oído; y 3) el derecho a obtener decisiones fundadas.

³⁹ En base al Tratado de Derechos Humanos y su influencia en el Derecho Argentino, de Silvia B. Palacio de Caero.

En cuanto al Derecho al Acceso a la Justicia, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8 se encarga de enunciar las garantías judiciales, y en el art. 8 punto 1 consagra el derecho al acceso a la justicia debiendo ser entendido como un derecho “(...) *de todos los habitantes de la Nación (...) y un medio de fortalecimiento de la administración de Justicia y de la democracia como sistema de gobierno*” (Barbieri, 2015). Según mi criterio, el derecho al Acceso a la Justicia tiene que ser entendido como un derecho propio del Estado de Derecho constituyéndose como obligatorio y que se encuentra inmerso dentro de los Tribunales argentinos; porque su vulneración implica una falla dentro de todo el sistema jurídico del Estado, y por sobre todo, la vulneración de innumerables garantías y derechos de la persona humana.

Tal derecho refiere a la apertura de la justicia, esto es a que los Estados “(...) *no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales*” (Palacio de Caeiro, 2017, pág. 2255, Tomo III), con el objetivo de permitir la consagración de sus derechos. Por lo tanto toda limitación o impedimento que se genere en la persona y que ello tenga como resultado que ésta no pueda acceder a la justicia se entiende violatoria del mencionado artículo.

Empero el derecho al acceso a la justicia, además de estar reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en sus artículo 8 y 25, incorporada por el art. 75 inc. 22 a nuestra Constitución Nacional, ver el PIDCYP en sus artículo 12 y 14) también se encuentra reconocido en nuestra Constitución Nacional. Así nuestro Preámbulo menciona el afianzamiento de la justicia; en el artículo 14 se habla de “peticionar a las autoridades”, y en el artículo 18 se consagran las garantías judiciales (Barbieri, 2015) y también se puede inferir

que se desprende del artículo 33⁴⁰ en base al reconocimiento de derechos y garantías no enunciados.

Este derecho posee diversas conceptualizaciones, así el autor Barbieri Pablo Carlos⁴¹, al destacar algunos de ellos, menciona que se lo entiende “(...) como una garantía de la igualdad de oportunidades (...) Es decir, igualdad en el acceso sin discriminación por razones económicas o de género”. A ello le sumo, sin discriminación por ninguna razón, dentro de las que se encuentra la discapacidad.

Y aquí hay un elemento importante: el acceso a la justicia sin discriminación por razones de discapacidad se tiene que entender como la posibilidad de toda persona con cualquier tipo de discapacidad de poder acceder a la justicia, lo que implica también la no vulneración de las garantías judiciales y la motivación de las decisiones en términos comprensibles.

Como estamos ante un Derecho Humano se lo debe proteger en todos los ámbitos por parte del Estado y debe ser incluido dentro de las políticas públicas. Asimismo, y en un sistema de división de poderes, el Poder Judicial se posiciona como un actor relevante en el aseguramiento del mismo, porque “(...) hace a la correcta administración de Justicia (...)” (Barbieri, 2015).

Antes de referirme a los demás derechos considero preciso hacer una mención sobre “Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad” elaboradas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, teniendo por finalidad garantizar “(...) las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, entendiéndose por tales aquellos individuos que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas

⁴⁰ “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados (...)”.

⁴¹ En su texto “El Acceso a la Justicia y la Inclusión”.

y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud (...) los derechos reconocidos” (Palacio de Caeiro, 2017, págs. 2392-2393).

En su Regla nº 8 refiere a la discapacidad y la misma procura establecer “(...) *las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación”.*

Siguiendo con los derechos se ubica en segundo lugar el derecho a ser oído, que consiste en una garantía de tipo procesal que en nuestro ordenamiento jurídico la observamos en el artículo 18 de la Carta Magna. Y si bien actualmente nuestra legislación lo acuña y lo protege, sobreviene correcto mencionarlo en razón de que la participación activa de la persona con discapacidad en un proceso judicial, del tipo que se trate, en el cual la misma sea parte significa la protección de los derechos de la misma. Es difícil imaginar un proceso en donde se deciden cuestiones sobre la vida de la persona sin que ésta tenga participación, y obviamente existieron normativas que provocaban tal situación, empero actualmente, en nuestro Estado de Derecho y con el plexo inmenso de normas que poseemos, ello no debe tener lugar.

Este derecho si bien es fundamental como parte de la Tutela Judicial Efectiva, también lo es como un medio para asegurar otros derechos como el acceso a la justicia o el debido proceso judicial.

Y en último lugar encontramos al deber de los jueces de emitir decisiones fundadas, o, su contracara, el derecho de los justiciables de obtener decisiones debidamente fundadas por los jueces.

En Argentina nuestra Constitución Nacional no contiene una norma expresa que imponga tal obligación a los jueces, pero se lo puedo extraer de diversas cláusulas⁴². Así lo encontramos en el artículo 17 al hablar de la inviolabilidad de la propiedad privada y de que “(...) *ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley*”; y también en el artículo 18 cuando al referir a las garantías se enuncia “*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*”.

En cuanto a las normas de carácter procesal, “(...) *en el Código de Procedimiento Nacional los arts. 34, 161 y 163 inc. 5º*” (Palacio de Caeiro, 2017) lo establecen; y en la provincia de Río Negro se ubica en el artículo 34 inc. 4º⁴³ del Código Procesal Civil y Comercial.

En relación a la norma civil de fondo, se incorpora tal obligación en el Título Preliminar del Código, pues el artículo tercero se encuentra redactado de la siguiente manera: “*El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una **decisión razonablemente fundada***”⁴⁴. Pero ¿Qué se entiende por “decisión razonablemente fundada”? Pues bien tal decisión “(...) *será aquella que concrete una decisión motivada precedida de una argumentación de la plataforma fáctica y la aplicación del derecho*” (Palacio de Caeiro, 2017, pág. 2411), en otras palabras, no sólo se tendrá en cuenta la fría letra de la ley sino que se le sumarán las circunstancias de hecho que involucran a la persona. De la misma manera se compone por la realización de una conjunción normativa, es decir, por la armonización de

⁴² Es dable resaltar que la Constitución de la Provincia de Río Negro establece en su artículo 200 que “Son deberes de los magistrados y funcionarios judiciales, sin perjuicio de otros que la reglamentación establezca, resolver las causas en los plazos fijados por las leyes procesal, con fundamentación razonada y legal”.

⁴³ “*Son deberes de los Jueces (...) Fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia*”.

⁴⁴El resaltado me pertenece.

las normas que puedan entrar en pugna velando por la aplicación de aquellas normas que otorguen la solución más beneficiosa en relación a la persona.

Esta obligación constituye una difícil labor para el juez puesto que ya no solo debe observar el caso particular y determinar la norma aplicable sino que se debe tener presente todo el ordenamiento jurídico aplicable y del total de las normas fundar su decisión de la manera más razonable posible. Y no pueden ser olvidados los Tratados Internacionales de nuestro Ordenamiento Jurídico, de los cuales un gran número posee jerarquía constitucional, por lo que resulta inquietante determinar en qué medida tales Tratados son aplicados por los jueces⁴⁵. En muchas situaciones de la vida cotidiana pueden sustanciarse y ser resueltas en pos de los principios que los diversos Tratados contemplan, sin que ello atente contra la seguridad jurídica y la creencia y confianza en el Poder Judicial y en los magistrados. Claramente sería erróneo olvidar el plexo normativo nacional y local, pero también ¿No es erróneo dejar de lado los Tratados Internacionales que pertenecen a nuestro Ordenamiento? Más adelante lo contestaré.

b) El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y la regulación de la capacidad de la persona humana.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación comenzó a regir el primero de agosto del año 2015.

Una de las principales reformas introducidas se dio respecto del sistema de capacidad, en palabras puestas en una de las versiones del código comentado (Caramelo Gustavo, Herrera Marisa, & Picasso Sebastián, 2015, pág. XII):

⁴⁵ No obstante lo inquietante de la situación, se advierte de la lectura de los pronunciamientos judiciales, que existe una desconexión entre la invocación del Tratado y la consecuente resolución adoptada.

“En materia de capacidad de ejercicio se incorporan nuevos paradigmas, adecuando el derecho positivo nacional a la Convención Internacional de Protección a las Personas con Discapacidad. La regla es la capacidad, y se establece, para las personas que así lo necesiten, un sistema de apoyos que complementa, no reemplaza, el ejercicio de dicha capacidad. En ese marco de excepcionalidad, la declaración de incapacidad resulta la última opción legal”.

De tal modo, la capacidad de la persona humana es regulada en el Libro Primero, Parte General, Título II.

Antes de entrar en el estudio puntual y detallado de las prescripciones sobre capacidad del nuevo Código, es menester mencionar que al hablar de la capacidad jurídica de la persona humana nos enfrentamos a una cuestión de Orden Público⁴⁶, *“(…) es decir aquellas que exceden el mero interés personal de las partes y en las que se ve comprometido un interés superior, del Estado, en la determinación y protección de la capacidad de sus habitantes, por lo cual no son aceptables pactos privados que signifiquen desconocer o retraer la capacidad que es reconocida por la ley”* (Fernández).

En los artículos 22, 23 y 24 define la capacidad de derecho y la capacidad de ejercicio y enumera los incapaces de ejercicio; es decir, mantiene la diferenciación entre estos tipos de capacidad, y respecto de los supuestos de incapacidad es una enumeración taxativa y mucho más restrictiva que su antepasado, ubicándose la persona por nacer, la persona menor de edad

⁴⁶ *“ARTICULO 12.- Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.*

y de acuerdo a su grado de madurez (un nuevo concepto) y la persona declarada incapaz por sentencia judicial de acuerdo a la extensión de la misma.

Ya en los primeros artículos el nuevo código posee diferencias.

Establece que la capacidad de la persona humana es la regla admitiendo “(...) *la existencia de determinadas incapacidades solo con carácter restrictivo, excepcional y en función de un determinado interés*” (Caramelo Gustavo, Herrera Marisa, & Picasso Sebastián, 2015, pág. 56); a ello se le debe sumar el carácter progresivo de una declaración de incapacidad, ya que al momento de tratar la capacidad de una persona lo que se busca es la restricción de determinados actos y no una incapacidad absoluta, otra gran diferencia con el sistema anterior. En relación a la mención de los actos, la nueva norma es clara al establecer que la restricción de la capacidad puede recaer sobre hechos, simples actos o actos jurídicos, remitiendo a la parte del código que regula los mismos.

Además, la capacidad ya no es tratada como un atributo de la personalidad sino que es considerada un Derecho Humano, inherente a la persona simplemente por ser humana, lo cual se coloca como una consecuencia directa del proceso de Constitucionalización del Derecho Privado.

En cuanto a la capacidad de ejercicio, en el sistema anterior se justificaba una incapacidad de ejercicio en la protección de la persona y en su imposibilidad de realizar actos de la vida cotidiana, designándose a un tercero para que decidiera sobre asuntos que la involucraban. Mientras tanto, en la actual norma se instaura un sistema en donde se reconoce la capacidad progresiva del niño o de la niña, y en donde una sentencia judicial que restringe la capacidad debe decir de manera explícita y taxativa los actos para los cuales la persona deviene incapaz, y en el supuesto de que la misma requiera de un tercero, éste será considerado bajo la figura

de “apoyo” en lugar de su representante. Tal distinción es sustancial debido a que el tipo de acompañamiento que otorgan uno en relación al otro, es diferente.

En este tema, y relacionado con el artículo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas afirma que las restricciones a la capacidad deben ser tomadas con cuidado y de manera restrictiva, y que *“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”*. Por lo tanto se podría entender como violación a la Convención una sentencia que declarada a una persona incapaz sólo por tener una discapacidad, así lo ha entendido la jurisprudencia⁴⁷.

En la Sección tercera del mismo Título se establecen las “Restricciones a la capacidad”, desplegándose todo el nuevo sistema en torno al procedimiento judicial de restricción de la capacidad de la persona humana. Los puntos más sobresalientes los detallo en breve.

- Las Reglas Generales del artículo 31 y la distinción formulada por el artículo 32.

El artículo 31 es el primero de la citada Sección y allí se establecen concepciones generales a ser tenidas en cuenta como la capacidad como regla general⁴⁸, el carácter excepcional de las limitaciones⁴⁹, la participación en el proceso de la persona⁵⁰, entre otras; y una característica de este nuevo código es que se puede observar la coexistencia entre las normas de fondo y las normas de forma.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Shtukaturov c. Rusia: *“la existencia de un trastorno mental, aunque sea grave, no puede ser la única razón para justificar la incapacitación total”*.

⁴⁸ *“(…) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial (...)”*.

⁴⁹ *“(…) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona (...)”*.

⁵⁰ *“(…) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios (...)”*.

Ya que sobre las primeras dos ya brindé detalles, me enfoco en la participación del presunto incapaz en el proceso judicial por su carácter novedoso, englobando la protección de las garantías procesales al tutelar el derecho a ser oído, el debido proceso judicial, el derecho al acceso a la justicia, entre muchas otras. Se comienza a vislumbrar la luz al final del túnel, finalmente nace y ocupa su lugar la perspectiva en Derechos Humanos, pues si bien habían existido cambios profundos con la introducción de la figura de la “inhabilitación”⁵¹ de la Ley n° 17.711, y con la Ley de Salud Mental ya tomando en cuenta el marco convencional en la materia, aún quedaban puntas sin limar ni pulir.

Así “(...) *la participación de la persona en el proceso y la asistencia letrada son tratados en el CCyC como regla general (...) y también como un derecho específico*” (Caramelo Gustavo, Herrera Marisa, & Picasso Sebastián, 2015, pág. 84), eliminándose como legitimado el supuesto de “*cualquier persona del pueblo*”⁵² que era consagrado por Vélez y dando lugar a los legitimados del artículo 33⁵³.

Dentro de la participación del interesado en el proceso se vinculan los artículos 35⁵⁴ y 36⁵⁵. El primero refiere a la entrevista personal que el juez debe llevar a cabo con el interesado antes de dictar cualquier tipo de decisión, fundado en la caracterización de la persona como parte de un grupo vulnerable y en pos del aseguramiento del derecho al acceso a la justicia;

⁵¹ El nuevo CCyC regula el supuesto de inhabilitados en el caso de los pródigos, a partir del artículo 48.

⁵² Artículo 144 Código Civil.

⁵³ “*Legitimados. Están legitimados para solicitar la declaración de incapacidad y de capacidad restringida: a) el propio interesado; b) el cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado; c) los parientes dentro del cuarto grado; si fueran por afinidad, dentro del segundo grado; d) el Ministerio Público*”.

⁵⁴ “*El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias*”.

⁵⁵ “*La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa*”.

y el segundo se vincula con la posibilidad de que la persona sea parte del proceso y que pueda aportar todas las pruebas necesarias.

En el artículo 32 se consagra el principio de la restricción de la capacidad por sobre la declaración de la incapacidad total y el carácter restrictivo de la misma. En igual sentido establece el denominado “Sistema de Apoyo”, regulado a partir del artículo 43, y cuya función consiste en “(...) *promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona*”. A ello se le suma que el juez tiene el deber de establecer los alcances de dicha designación, siendo una forma de protección de la persona que fue reconocida, en primer lugar por la Ley de Salud Mental y que hoy el nuevo Código vuelve a traer y a afianzar.

Dentro de los requisitos pactados por el artículo en cuestión se ubica un supuesto material que consiste en “(...) *las circunstancias personales y sociales de la persona y no por su pertenencia a ‘un grupo’ y/o a la identificación con un diagnóstico*” (Caramelo Gustavo, Herrera Marisa, & Picasso Sebastián, 2015, pág. 86). Por lo tanto ya no resulta suficiente la simple constatación de que la persona, por ejemplo, tiene una discapacidad, sino que se torna un requisito demostrar las circunstancias propias de la persona, más allá del simple diagnóstico médico; y ello se constituye como otra gran diferencia con el régimen anterior, en donde el diagnóstico médico era suficiente⁵⁶.

Finalmente en el último párrafo se indica la incapacidad como excepción en el supuesto de que “(...) *la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su*

⁵⁶ En la actualidad, en los Juzgados de familia de la provincia de Río Negro, interviene un Equipo Interdisciplinario compuesto por Psicólogos, Asistentes sociales y Psicopedagogos.

entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz”⁵⁷, debiendo ser designado un curador por el juez.

- La sentencia de restricción de la capacidad.

Habiéndose dejado de lado la declaración de incapacidad a partir de un diagnóstico médico para dar lugar a un proceso de restricción de la capacidad teniendo presente los elementos contextuales y personales de la persona parte, es dable mencionar que tal situación ha sido consecuencia de una evolución tanto jurisprudencial como normativa.

En el art. 37 se establecen los aspectos que la sentencia que restringe la capacidad de la persona debe tener, y allí encontramos la siguiente enumeración:

- a) diagnóstico y pronóstico: consiste en tomar en consideración el examen interdisciplinario realizado, no un mero diagnóstico médico;
- b) época en que la situación se manifestó: “(...) *alude a la situación global, contextual, de la persona*” (Caramelo Gustavo, Herrera Marisa, & Picasso Sebastián, 2015, pág. 98);
- c) recursos personales, familiares y sociales existentes; y
- d) régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible.

De igual manera la sentencia, por aplicación del artículo 38⁵⁸, debe determinar la extensión y el alcance de la restricción, especificando las funciones y los actos que se van a limitar, en búsqueda de la menor afectación posible respecto de la autonomía de la persona.

⁵⁷ “*Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o 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. En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Por excepción, cuando 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*”.

⁵⁸ “*La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe*

Por lo cual ya no se afecta totalmente la capacidad de la persona y se la reemplaza con un curador, sino que al contrario, se establece un sistema de apoyos que permitan a la persona realizar esos actos con ayuda, no con representación. Otro rasgo distintivo y consecuencia del marco convencional.

En último lugar en el artículo 40⁵⁹ se coloca la posibilidad de revisar la sentencia en un plazo no mayor a 3 años, con dos requisitos: un nuevo examen interdisciplinario y una nueva entrevista personal del juez con la persona.

- El Sistema de Apoyos.

En el artículo 43 se regula esta nueva figura y lo define como *“cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicas en general”*.

En primer lugar, la concepción de “apoyo” proviene del artículo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, y su naturaleza reside en permitir que la persona pueda ejercer personalmente su capacidad jurídica, ayudando a que la misma *“(…) comprenda el contenido del acto jurídico en su integralidad y a que pueda prever sus consecuencias”* (Ursula C. Basset, Hugues Fulchiron, Christine Bidaud-Garon, & Jorge N. Lafferrière, 2017, pág. 807) y no que su voluntad se vea reemplazada por un representante o curador; siendo su objetivo la promoción de los derechos de la persona.

En segundo lugar se puede separar en tres aspectos la medida de apoyo. El primer referido a una simple asistencia, cuando *“(…) la persona requiere de apoyos mínimos para la toma de*

designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de este Código y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación”.

⁵⁹ *“La revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el artículo 32, la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado (...)”*.

decisiones, como por ejemplo (...) el lenguaje o con aspectos tecnológicos” (Caramelo Gustavo, Herrera Marisa, & Picasso Sebastián, 2015, pág. 115). El segundo aspecto se relaciona con la toma de decisiones asistidas *“(...) en donde la persona con discapacidad recibe la asistencia para la toma de sus decisiones de un tercero de su confianza”* (Caramelo Gustavo, Herrera Marisa, & Picasso Sebastián, 2015, pág. 115). Y el tercero consiste en la toma de decisiones facilitada para aquellos supuestos en que *“(...) las preferencias y la voluntad no puedan expresarse o conocerse de manera fehaciente”* (Caramelo Gustavo, Herrera Marisa, & Picasso Sebastián, 2015, pág. 115).

Otro de los elementos característicos consiste en que estos apoyos no dependen *“(...) exclusivamente de una designación judicial, sino que la persona puede apoyarse en personas de su entorno o de la comunidad”* (Ursula C. Basset, Hugues Fulchiron, Christine Bidaud-Garon, & Jorge N. Lafferrière, 2017, pág. 806) en las cuales deposite su confianza.

- El cese de la incapacidad y de las restricciones a la capacidad.

Puede darse la situación en que una persona ya no contenga las circunstancias que fueron tenidas en cuenta para restringir su capacidad o, en un caso extremo, declararla incapaz, y ante tal escenario el juez motivado por un examen del equipo interdisciplinario tiene el deber de decretar el cese de la incapacidad o de las restricciones. Ello se encuentra contemplado en el artículo 47⁶⁰ del Código.

También puede suceder que la persona continúe presentando elementos que motivan la restricción de su capacidad empero con la posibilidad de que exista una ampliación respecto de los actos que la misma puede efectuar, y en dicho caso el juez debe dictar sentencia

⁶⁰ *“El cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad debe decretarse por el juez que la declaró, previo examen de un equipo interdisciplinario integrado conforme a las pautas del artículo 37, que dictamine sobre el restablecimiento de la persona. Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de su curador o apoyo”.*

haciendo alusión a tal hecho y ampliando la lista de los actos para los cuales la persona es capaz.

c) La consecuencia de este nuevo sistema: El llamado “Cambio de Paradigma”.

Una vez abordados los temas conceptuales propios de la discapacidad me adentré en la normativa que fue aplicable y en la actual, estudiando su evolución con el transcurso del tiempo; sin perjuicio de ello, existe una cuestión que se convierte en un punto de inflexión en este Trabajo por lo que merece un apartado propio: El llamado Cambio de Paradigma consagrado en el año 2015 con la sanción del Código Civil y Comercial unificado.

Primero se debe definir qué se entiende por “cambio de paradigma”.

En las ciencias jurídicas se lo vincula con la noción de marco teórico o programa de investigación científica, lo cual fuera propuesto por el epistemólogo húngaro Imre Lakatos, en razón de que permite la coexistencia de distintas líneas de trabajo en las cuales se van sucediendo teorías una a partir de la otra en forma interrelacionada; lo que caracteriza a la ciencia en la cual nos encontramos sumergidos (Ursula C. Basset, Hugues Fulchiron, Christine Bidaud-Garon, & Jorge N. Lafferrière, 2017, pág. 797).

Entonces este cambio tuvo su origen con la ratificación por parte de Argentina de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, y fue consagrado a partir de la nueva normativa, que además de la Convención contempla un universo de cambios y modificaciones que en nuestro ordenamiento jurídico se venían suscitando y dentro de ese cambio introduce una circunstancia fundamental: la “Constitucionalización del Derecho Privado”.

Rivera nos dice: “(...) *la incidencia del derecho supranacional en el derecho interno es obvia. Por un lado la reforma constitucional de 1994 ha zanjado toda duda sobre la*

jerarquía de los tratados con relación a las leyes; y en particular la adhesión a un sistema supranacional de derechos humanos tiene una directa influencia sobre la validez de las leyes y decisiones judiciales que quedan sometidas no sólo al control de constitucionalidad sino también al de convencionalidad” (Yuba). Por lo tanto, la discusión sobre la operatividad de los Tratados en materia de Derechos Humanos y la plena aplicación de los mismos a los casos particulares ya se encontraba zanjada, este fenómeno que se produce con la entrada en vigencia del nuevo Código viene a sellar tal situación, asegurándose que los Tratados sean aplicados y no acumulados en una biblioteca llena de polvo, en el mejor de los casos a la espera de una ley que reglamente su aplicación. Pero para ello nos hemos visto obligados por una norma escrita en una ley de jerarquía nacional para dar lugar al inmenso mundo de principios y derechos en materia de Derechos Humanos.

A todo esto me pregunto ¿Será que no teníamos una perspectiva en Derechos Humanos? ¿Que la discusión sobre el carácter operativo o programático de los Tratados en los libros estaba terminada pero no en los Tribunales? No lo sé y es un poco lo que intento descubrir.

Inmerso en este acontecimiento ubicamos al Diálogo de Fuentes, el cual consiste en la incorporación de un *“sistema de fuentes, integral, complejo (...) aludiendo a una interpretación de la norma vinculada con la Constitución Nacional, tratados internacionales, leyes, jurisprudencia, usos, prácticas, costumbres”*. Quedando aún más sellada la perspectiva en materia de Derechos Humanos que el nuevo sistema incorpora.

Otro rasgo que se presenta como innovador es el artículo tercero del Título Preliminar del Código, el cual expresa que *“el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una **decisión razonablemente fundada**”*⁶¹, debiendo el Juez preservar

⁶¹ Artículo 3 CCyC, el resaltado me pertenece.

la norma e interpretarla en base a los Tratados de Derechos Humanos y de todo el plexo normativo que lo integra.

Entonces, la sanción de un nuevo código con los rasgos mencionados significó un cambio, empero ¿en dónde se puede materializar?

Pues bien, ello es algo que puede observarse a lo largo de todo el cuerpo del código unificado: los atributos de la persona humana, el régimen del matrimonio, la adopción, las técnicas de reproducción humana asistidas, la capacidad progresiva de los menores, los principios de los derechos de los consumidores, entre otras. Se podrían mencionar un sinfín de cambios radicales que fueron introducidos en el año 2015. Pero el que no mencioné, y el interesa a los efectos de este trabajo es el Régimen de la Capacidad de la Persona Humana.

Estamos ante un código basado en el principio de la no discriminación y de la dignidad humana, en donde se pondera la igualdad de las personas y el reconocimiento y protección de sus derechos.

En cuanto a las Personas con Discapacidad, en nuestra legislación ya había existido un cambio similar a partir de la sanción de la Ley de Salud Mental. Y otro de los hitos fue la ratificación de la Convención, dando el gran paso desde “modelo de sustitución en la toma de decisiones” hacia el “modelo social de la discapacidad”.

Ello es lo que el nuevo Código recepciona y unifica, aquellas características propias de la Ley de Salud Mental que en su momento habían modificado el Régimen Civil del Código de Vélez Sarsfield, y la Convención, la estrella en esta materia, por el reconocimiento de nuevos derechos y por el arduo camino recorrido hasta su obtención.

El Cambio de Paradigma se tiene que entender como un cambio de mirada, de pensamiento, ya que de nada nos sirve que nuestro sistema civil sea considerado de avanzada si en los Tribunales de nuestro país ello no se ve aplicado. Y es por ello que considero que este cambio

no se da a partir de la sanción de una norma o de la ratificación de un Tratado, se da a partir de la evolución de la sociedad en sí, el derecho es el reflejo o la consecuencia de esa situación, por lo cual es relevante tener presente también cada contexto social-económico-histórico, porque no todos los momentos son iguales y seguramente en una sociedad más evolucionada existan mayores probabilidades de adquirir nuevos derechos.

Hoy yo hablo de Cambio de Paradigma por las razones ya expuestas, pero a la sociedad no se la puede dejar de lado. No se puede hablar del Modelo Social sin entender que la sociedad tiene un papel fundamental; ingresando en este punto los jueces y los actores de la justicia. Es un conjunto de circunstancias y elementos que nos hicieron llegar al momento en el que nos encontramos y que nos permiten continuar recorriendo este camino de evolución y cambios, siempre atravesados por la perspectiva de los Derechos Humanos.

V. La jurisprudencia de la Provincia de Río Negro.

Al momento de presentar el Trabajo referí al análisis y estudio de las sentencias dictadas sobre los procedimientos de restricción de la capacidad de la persona con Síndrome de Down. Una vez formulado el estudio sobre la Discapacidad y específicamente sobre el Síndrome de Down; y teniendo en claro el concepto de capacidad de nuestro régimen civil, del procedimiento específico que se trata y la normativa Convencional y Constitucional; es que me centraré en las tales sentencias.

En primer lugar los factores que tuve en cuenta para seleccionar las sentencias fueron:

- a. La jurisdicción provincial, con el objetivo de realizar un análisis con una localización geográfica determinada;
- b. La elección de una discapacidad específica, ya que el punto de interés del presente era el tratamiento del Síndrome de Down; y
- c. La cantidad de sentencias, en razón de que si bien existe un mayor número de sentencias sobre los procesos de restricción de la capacidad de la persona con Síndrome de Down, utilizar un número superior generaría una abundancia y podría perderse la finalidad del presente.

Y en segundo lugar los elementos utilizados para formular el análisis sobre las sentencias fueron:

- a. El año, siendo relevante a los efectos de la normativa vigente en el país, pudiendo ser definido como el factor histórico y temporal;
- b. El lenguaje implementado, tratando de observar si es un lenguaje claro y comprensible, inclusivo y suficiente;
- c. Los argumentos esgrimidos para la adopción de las decisiones;

d. La restricción de la capacidad en sí, observando si existe el detalle suficiente sobre los actos que la misma abarca y cuáles son sus términos; y

e. La carátula, radicando la importancia en la protección de la persona, viendo si se coloca el nombre completo de la misma o solo las iniciales. Debo hacer una pequeña mención aquí, en razón de que mi postura es en pos de la tutela de la persona y su no difamación por afectarse derechos personalísimos, la cita de las sentencias se hará con las iniciales del nombre de la persona aunque esa sentencia establezca su nombre entero.

Pues bien, adentrémonos en el estudio detallado de cada sentencia a partir del uso de un cuadro.

Carátula y circunscripción	Año	Lenguaje	Argumentos utilizados en la sentencia	Detalle sobre los términos de la restricción de la capacidad	Medidas de protección hacia la persona
1.- D.D.N S/ INCAPACIDAD⁶² (General Roca)	2003	Es confuso y no goza de la claridad suficiente, se puede observar que utiliza	No existen argumentos sólidos en los que la decisión se encuentre fundada, sólo dispone de la	La sentencia no brinda detalles sobre los actos para los cuales se restringe la capacidad, no quedando del todo	No se observan medidas de protección y cuidado hacia la persona declarada incapaz.

⁶² https://fallos.jurionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=10f0f911-10cf-47f7-be63-4ee125b092c7&stj=0

		<p>términos que refieren al Síndrome de Down como una enfermedad y que los mismos son detonadores directos de la dignidad de la persona, como por ejemplo: “alienada mental”, “demente”.</p>	<p>mención del certificado médico, como instrumento suficiente de una importancia relevante.</p>	<p>claro si se trata de una incapacidad o de una restricción.</p>	
<p>2.- P.J.V</p> <p>S/INSANÍA⁶³</p> <p>(General Roca)</p>	<p>2004</p>	<p>Ídem.</p>	<p>Ídem.</p>	<p>Ídem.</p>	<p>Ídem.</p>

⁶³ https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=da7e7c6b-8abd-4a33-96f8-e1eeeb09ef&stj=0

3.- B.C.R S/ DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD⁶⁴ (General Roca)	2004	Ídem.	Ídem.	Ídem.	Ídem.
4.- O.C.A S/ INHABILITACIÓN S/ APELACIÓN⁶⁵ (Cipolletti)	2006	No hay uso de un lenguaje claro y sencillo, empleando términos que llevan a confusión y ambigüedad.	Se enfocan en el procedimiento en sí y en la instancia de que se trata, sin profundizar en las cuestiones particulares del caso y de la persona.	Ídem.	Ídem.
5.- G.N.C S/ INSANÍA S/ APELACIÓN⁶⁶ (Cipolletti)	2006	Existe un lenguaje llano; empero se puede vislumbrar la utilización de	Se limita a llevar adelante un análisis de los términos procesales, sin hacer	En la sentencia de Cámara no existe un detalle de los actos para los cuales la persona	Se hace un análisis de las garantías procesales de la persona incapaz (habla

⁶⁴ https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=3e469306-53c7-428b-8144-6275f77082b3&stj=0

⁶⁵ https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=67ae78b8-4772-4d8d-be0d-7438d8097b94&stj=0

⁶⁶ https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=f9f17ed0-8076-4c0a-8c29-2282486ae6ba&stj=0

		modelos de sentencias, y la referencia del Síndrome de Down como una enfermedad.	observaciones sobre la situación en particular de la persona.	es declarada incapaz.	de persona demente, en razón de la normativa vigente en dicho momento)
6.- S.M.C	2007	Uso de un lenguaje confuso, ambiguo y poco claro, sin precisiones conceptuales; haciendo referencia al Síndrome de Down como una enfermedad.	Ídem.	Ídem.	Ídem.
S/INSANIA S/APELACIÓN⁶⁷ (Cipolletti)					

⁶⁷ https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=5aca75fc-d426-46ef-bdf3-2638bd1e2857&stj=0

<p>7.- N.S.E S/ 2008</p> <p>INCAPACIDAD⁶⁸</p> <p>(General Roca)</p>	<p>Lenguaje ambiguo y abstracto, poco claro y sin precisiones conceptuales ni jurídicas.</p> <p>Asimismo, refiere al Síndrome de Down como una enfermedad, y empleando términos que podrían afectar la dignidad de la persona.</p>	<p>No brinda argumentos sólidos ni suficientes.</p>	<p>No detalla los actos para los cuales la persona deviene incapaz, ni los alcances de la sentencia.</p>	<p>No se observan medidas de protección y cuidado hacia la persona que es declarada incapaz.</p>
--	--	---	--	--

⁶⁸ https://fallos.iusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=4ac8ab6b-9d4f-49f6-8376-6e296292e704&stj=

<p>8.- S.N.F S/ DECLARACIÓN DE INSANIA⁶⁹ (General Roca)</p>	<p>2008</p>	<p>Ídem.</p>	<p>Ídem.</p>	<p>Ídem.</p>	<p>Ídem.</p>
<p>9.- A.Z.J.L S/ INCAPACIDAD Y DESIGNACIÓN DE CURADOR⁷⁰ (San Carlos de Bariloche)</p>	<p>2008</p>	<p>Deviene sencilla en su lectura, con una pequeña flexibilización en el vocabulario y las estructuras.</p>	<p>Hace un doble análisis en razón de la instancia de que se trata, por un lado observa el cumplimiento de las formalidades y, por el otro, la concordancia de la sentencia dictada en primera instancia con la prueba producida.</p>	<p>No hay una mención detallada de cuáles son los actos o si existe una incapacidad para todos los actos de la vida de la persona, y si bien ello puede entenderse de la lectura, no resulta satisfactorio ya que se torna totalmente subjetivo respecto de quien sea el lector.</p>	<p>La persona que es partícipe del procedimiento es tenida en cuenta, y su participación se da por medio de su curador.</p>

⁶⁹ https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=5944bf16-3adb-4f5c-b6f4-9a9cd1ded47b&stj=0

⁷⁰ https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=f37c4f93-f5f0-4b63-9619-edfb526461c8&stj=0

<p>10.- P.M.A S/ INSANIA⁷¹ (Cipolletti)</p>	<p>2009</p>	<p>Uso de un lenguaje confuso, ambiguo y poco claro, sin precisiones conceptuales; haciendo referencia al Síndrome de Down como una enfermedad.</p>	<p>No brinda argumentos sólidos ni suficientes, se limita a hacer referencia al procedimiento en cuestión por la instancia en la que se encuentra.</p>	<p>No hay referencia respecto de cuáles son los actos para los cuales la persona es declarada incapaz.</p>	<p>No se observan medidas de protección y cuidado hacia la persona que es declarada incapaz.</p>
<p>11.- Z.A.T S/ DECLARACIÓN DE INSANIA⁷² (General Roca)</p>	<p>2009</p>	<p>Lenguaje ambiguo y abstracto, poco claro y sin precisiones</p>	<p>No hay argumentos suficientemente sólidos.</p>	<p>No detalla los actos para los cuales la persona deviene incapaz, ni los alcances de la sentencia.</p>	<p>No se observan medidas de protección y cuidado hacia la persona que es declarada incapaz.</p>

⁷¹ https://fallos.jurionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=c0f28668-7830-4108-b35a-989bb47a7962&stj=0

⁷² https://fallos.jurionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=a4e27bc0-cf3f-4004-97e8-4ffd7849ca18&stj=0

		conceptuales ni jurídicas.			
12.- M.U.C S/	2009	Ídem.	Ídem.	Ídem.	Ídem.
INSANIA⁷³ (General Roca)					
13.- R.E.L S/	2009	Términos abstractos y ambiguos y confusión en la redacción que provocan una posible incomprensión a lo largo de la lectura.	No brinda argumentos sólidos ni suficientes, se limita a hacer referencia al procedimiento en cuestión por la instancia en la que se encuentra.	No hay referencia respecto de cuáles son los actos para los cuales la persona es declarada incapaz.	No se observan medidas de protección y cuidado hacia la persona que es declarada incapaz.
14.- S.L.H S/	2010	Vocabulario formal, pero comprensible	Ídem.	Ídem.	Ídem.
INSANIA⁷⁵ (Cipolletti)					

⁷³ https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=c7f30955-4d3a-4ddb-830d-8b60a6442938&stj=0

⁷⁴ https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=4f4c6d67-3a46-4a5c-a663-14e7f6128764&stj=

⁷⁵ https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=0c0e47e5-9b1c-42b1-b59d-9128f87ebb86&stj=0

<p>15.- R.C.E S/ INSANIA ⁷⁶ (Cipolletti)</p>	<p>2010</p>	<p>Ídem.</p>	<p>Ídem.</p>	<p>Ídem.</p>	<p>Ídem.</p>
<p>16.- C.P.R.J S/ INSANIA ⁷⁷ (Cipolletti)</p>	<p>2010</p>	<p>Es confuso, ambiguo y poco claro, emplea términos como “y/o” al momento de hablar de los actos que la persona no puede realizar. Y refiere al Síndrome de Down como una enfermedad.</p>	<p>No posee argumentos referidos a la incapacidad de la persona, se centra en justificar la instancia en la cual se encuentra el procedimiento.</p>	<p>No determina de manera expresa ni taxativa los actos que la persona no puede realizar.</p>	<p>Ídem.</p>

⁷⁶ https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=f89607a8-da5e-4432-a575-ed6db10fab72&stj=0

⁷⁷ https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=56634ab3-eb0a-466d-9c11-95f56fc1607a&stj=0

17.- T.A.A S/	2010	Lenguaje ambiguo y abstracto, poco claro y sin precisiones conceptuales ni jurídicas.	No hay argumentos suficientemente sólidos.	No detalla los actos para los cuales la persona deviene incapaz, ni los alcances de la sentencia.	No se observan medidas de protección y cuidado hacia la persona que es declarada incapaz.
INSANIA⁷⁸ (General Roca)					
18.- P.C.D S/	2010	Ídem.	Ídem.	Ídem.	Ídem.
INSANIA⁷⁹ (General Roca)					
19.- P.J.F S/	2011	Ídem.	Ídem.	Ídem.	Ídem.
INSANIA⁸⁰ (General Roca)					
20.- R.J.R S/	2011	Ídem.	Ídem.	Ídem.	Ídem.
DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD⁸¹ (General Roca)					

⁷⁸ https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=fff8ce2d-206e-411c-a82f-27ea932d6a6c&stj=0

⁷⁹ https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=a182ab2c-f1ee-4c43-b569-f3c75e0c0cd4&stj=0

⁸⁰ https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=9359749e-0309-437e-902c-35ff9ffb5972&stj=0

⁸¹ https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=ef2fd796-8a8e-4bab-b848-65f61b52d92e&stj=0

21.- H.V.H S/	2011	Ídem.	Ídem.	Ídem.	Ídem.
INCAPACIDAD⁸² (General Roca)					
22.- H.J.A.D S/	2014	Es confuso, ambiguo y poco claro; además, refiere al Síndrome de Down como una enfermedad.	No posee argumentos referidos a la incapacidad de la persona, se centra en justificar la instancia en la cual se encuentra el procedimiento.	No determina de manera expresa ni taxativa los actos que la persona no puede realizar.	Ídem.
DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD⁸³ (Cipolletti)					
23.- B.E.A S/	2014	Incomprensible y confuso, habla de “Síndrome de Down mosaico” y de	Se limita a brindar argumentos sobre la instancia del procedimiento,	No menciona el o los actos sobre los cuales la persona ha sido declarada incapaz.	No coloca el nombre en la carátula, siendo un acto de protección
PROCESO DE CAPACIDAD⁸⁴ (Cipolletti)					

⁸² https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=e970cdb2-333b-4c7c-8985-e25bac0ecd1f&stj=0

⁸³ https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=c8a1677f-ec8f-42db-9b6f-4738113502d9&stj=0

⁸⁴ https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=2cd1ba59-6656-4ffa-8c5c-e6fe24e209b4&st

		<p>“Disyunción mitótica”. Además, utiliza términos inconclusos como “y/o”. Hay un uso de un lenguaje de tipo complejo</p>	<p>sin entrar en detalles respecto de la declaración de incapacidad de la persona.</p>		<p>de la dignidad de la persona.</p>
<p>24.- V.L.I S/ PROCESO DE CAPACIDAD⁸⁵ (General Roca)</p>	<p>2015</p>	<p>Existe una confusión entre los conceptos de discapacidad y de restricción de la capacidad o incapacidad. Refiere al Síndrome de</p>	<p>Se formula un análisis detallado del derecho aplicable, incluso haciendo alusión al cambio de normativa, y, también, de las</p>	<p>Realiza una breve mención sobre los actos que la persona no puede realizar, dando argumentos de dicha situación, y contemplando la posibilidad de que la sentencia sea menos restrictiva</p>	<p>No coloca el nombre en la carátula, siendo un acto de protección de la dignidad de la persona. Y coloca en el centro de la escena a la persona,</p>

⁸⁵ https://fallos.jurionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=384bd1d9-df2b-4920-9e96-c9197d8c8c34&stj=0

		Down como un padecimiento pudiendo entenderlo como una enfermedad.	circunstancias de hecho.	en un futuro si hay algún cambio en la persona que le permita realizar nuevos actos sin ponerse en peligro.	velando por sus derechos, y haciendo mención al marco convencional y constitucional aplicable.
25.- R.J.C S/ PROCESO DE CAPACIDAD⁸⁶ (General Roca)	2015	Ídem.	Ídem.	Ídem.	Ídem.
26.- S.S.A S/ PROCESO DE CAPACIDAD⁸⁷ (Viedma)	2018	Emplea un lenguaje sencillo, alejado de las formalidades y estructuras comunes de las sentencias.	Formula un análisis en profundidad, primero sobre los antecedentes que colocan el caso en el Tribunal, segundo sobre	Existe un detalle sobre los actos restringidos que fueron traídos mediante el recurso de apelación.	En primer lugar se protege la identidad de la persona interesada, velando por su intimidad y dignidad.

⁸⁶ https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=9f5380ee-2508-45c7-9770-cc81304dd85b&stj=0

⁸⁷ https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=543ce862-490f-40a2-8691-f15aa984396d&stj=0

		<p>Sin embargo, continúa con el uso de palabras en otro idioma.</p>	<p>los acontecimientos fácticos que dieron lugar a la decisión apelada, y tercero respecto de la nueva decisión adoptada.</p> <p>Se observa con claridad un examen exhaustivo por parte de los jueces, en donde no sólo tienen en consideración las prescripciones normativas del Código Civil y Comercial, sino</p>	<p>En segundo lugar, en todo momento se busca tomar las decisiones más acordes para permitir la promoción de los derechos de la misma.</p> <p>Y, en tercer lugar, el Tribunal posiciona con firmeza la actuación de un gran número de profesionales, respetando la interdisciplinariedad del nuevo sistema de capacidad.</p>
--	--	---	--	--

			también las circunstancias de hecho que acontecen a la persona parte del proceso y el marco convencional que rige en la materia específica.		
27.-	V.M.M	2018	Ídem.	Ídem.	Ídem.
S/PROCESO					
SOBRE					
CAPACIDAD⁸⁸					
(Viedma)					

A partir de esto, surgen varias cuestiones que merecen un detalle mayor.

El primer resultado arrojado se vincula con la jurisdicción.

Es evidente que existe un patrón según la circunscripción judicial en la que nos encontremos, y al tener de Viedma sólo dos sentencias del año 2018 es correcto sacarla un poco de escena y observar las otras tres circunscripciones. En donde General Roca presenta un atraso

88 https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=a7cfb458-a96d-4890-88fa-c0d6e7c2d237&stj=0

importantísimo en este procedimiento debido a que mantiene los mismos modelos por más de siete (7) años; Cipolletti se caracteriza por sentencias un poco más largas en donde los fundamentos están puestos en la doble instancia del Código de Procedimiento y no específicamente en la restricción de la capacidad de la persona; y San Carlos de Bariloche se posiciona con un nueva forma de llevar adelante el correspondiente análisis, se podría hablar de que existe una flexibilización.

Por lo tanto se puede ver que existen diferencias entre las cuatro circunscripciones y que en algunas la perspectiva de los Derechos Humanos es más evidente y tardó menos tiempo en llegar y tener un lugar de relevancia.

En cuanto a Viedma, si hago referencia a la provincia en general, es la consagración de todos los cambios que tuvieron lugar en las últimas décadas.

El segundo resultado consiste en la implementación de modelos de sentencia.

Es de público conocimiento que los Tribunales poseen modelos de sentencias que utilizan y acomodan según cada caso, lo que hace a una practicidad de los jueces y empleados judiciales y a una mayor eficiencia en razón de la velocidad para el dictado de las mismas. Sin embargo, en el tema de la capacidad de la persona cuestiono hasta qué punto sobreviene conveniente y beneficioso su implementación.

En cuanto a las normas procedimentales que se aplican claramente no va a existir disparidad, y en cuanto a las normas de fondo tal vez varíen algunos incisos de un mismo artículo pero nada no pueda ser amoldado. Empero, en cuanto a las circunstancias de hecho es donde podría existir un problema.

Cada persona es un mundo, con características propias, con mayores y menores habilidades, con distinto tiempo de aprendizaje y demás características, que nos otorgan singularidad, sin distinción de discapacidad o no; pudiendo encontrar dos personas que tengan la misma

discapacidad pero que sus universos sean tan dispares que no pueda aplicarse lo mismo a una que a la otra. Trasladémoslo a una sentencia modelo.

En este punto no me encuentro conforme con el uso de modelos, se puede tener una estructura, pero luego de leer tantas sentencias son todas iguales y las personas no lo son. Es una circunstancia errónea que merece solución, y que provocará otro cambio, otro pequeño avance.

El tercer resultado se vincula con la protección de la dignidad de la persona parte del procedimiento.

La dignidad de la persona hoy en día se posiciona como un derecho personalísimo en nuestro Código Civil y Comercial, pero también es un derecho fundamental e inherente a la calidad de persona humana, lo que ha sido afianzado con el transcurso del tiempo.

He citado y estudiado 27 sentencias de las cuales 22 colocan en la carátula del expediente el nombre completo de la persona que es parte del procedimiento en cuestión, y sólo dos del total no colocan el nombre de la persona ni en la carátula del expediente ni en el cuerpo de la sentencia.

El cuarto resultado es que todas las sentencias son consecuencia del llamado Recurso de Consulta.

El Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Río Negro estatuye la doble instancia en los procedimientos de restricción de la capacidad de la persona, funcionando con la posibilidad de recurrir por apelación la sentencia de primera instancia o, en el supuesto de no existir apelación, las actuaciones son elevadas a la segunda instancia por aplicación de los artículos 253 bis y 633, con la finalidad de que el Tribunal superior revise la sentencia dictada en cuanto a cuestiones tanto de derecho como de hecho, entonces la revisión es sobre ambos elementos y no sólo sobre los fundamentos de derecho.

Y en estas sentencias se ha visto dejado de lado, debido a que en la mayoría de las sentencias, los argumentos esgrimidos lo son en referencia al derecho aplicable y al aseguramiento de la doble instancia entendida como una garantía fundamental que recae sobre la persona; mientras que sólo en las dos últimas sentencias de la primera circunscripción judicial se puede ver detalladamente el uso de esta herramienta.

El quinto resultado tiene que ver con el lenguaje utilizado.

Las sentencias judiciales se han caracterizado a lo largo del tiempo por el uso de un lenguaje complejo, rebuscado y mezclando nuestro idioma con otros, como el caso del latín, sin mayor razón que la mera costumbre, provocando su complejización y generando que no sean del todo comprendidas. Aquellas sentencias rebuscadas, con innumerables “latinazgos”, con un vocabulario complejo, resultan confusas y dificultosas de comprender.

Una buena sentencia es aquella que es entendida por cualquier persona, ¿Qué mejor que eso? Bueno la simpleza de una sentencia la torna verídica y la dota de seguridad jurídica porque las personas entienden lo que se resuelve. El juez deberá usar un lenguaje claro y simple, sin perder la formalidad, pero permitiendo darse a entender.

En las sentencias estudiadas existe un gran uso de términos de la rama de la medicina por los equipos interdisciplinarios, empero en lugar de la implementación de conceptos propios de dicha rama se podría haber plasmado con conceptos más sencillos, como también la explicación de cada concepto y término empleado.

El sexto resultado trata sobre la mención de las normas convencionales.

Claramente, hasta el año 2008 la Convención no fue ratificada por nuestro país, pero sí existía un conjunto de normas convencionales y en materia de Derechos Humanos aplicables.

De las 27 sentencias, sólo en cuatro (4) de ellas se hace mención a dichos instrumentos, y en las últimas dos, las que corresponden a Viedma, son empleados en profundidad.

Y el séptimo resultado se vincula con la necesidad de que las decisiones se encuentren fundadas, entrando en juego el ya mencionado deber de los jueces de fundamentar sus decisiones como parte del Derecho al Acceso a la Justicia.

Del total de las sentencias, la mayoría no menciona argumentos sólidos vinculados a la restricción de la capacidad de la persona ni a los actos sobre los cuales dicha incapacidad opera, y es una falencia grave de las sentencias, porque no se está dando efectivo cumplimiento al deber de fundar las decisiones. Aquí me da la sensación de que existe una falta de empatía, ya que los jueces resuelven estas cuestiones que cambian de manera trascendental la vida de las personas parte y de las que se encuentran a su alrededor, como si resolvieran una indemnización por un accidente de tránsito en el marco de un procedimiento de daños y perjuicios, sin desmerecer dicho proceso, pero sí haciendo un paralelismo.

¿Y la perspectiva en Derechos Humanos?

VI. Conclusiones.

Ahora bien, luego de transcurrir y estudiar detenidamente los tres ejes del presente Trabajo hemos llegado al final.

Pero para mí es el comienzo.

Al momento de seleccionar el tema y el problema se me generaron dudas, incógnitas, miedos, y un mundo de emociones y sentimientos que se encontraban constantemente. Hasta que me decidí, y dije que sí. Pero, ¿cómo iba a analizar y a exponer una idea? Parecía imposible. Y de nuevo los miedos.

Lo expreso porque ese momento fue esencial para que hoy, luego de varias páginas y largos días y noches de lectura, investigación y escritura, pueda culminar mi Trabajo; ello es parte y es el tronco de lo que se ve de este resultado.

Si a mí me preguntan qué pienso de las Personas con Síndrome de Down mi respuesta es muy sencilla: son personas que requieren atención, de la buena, para poder desarrollarse, porque hay cosas que se les dificultan más, y otras no tanto. Pero, ustedes me dirían que eso es una idea de persona en general, sin distinción ni por género, edad, discapacidad, ni otro factor.

Y sí, es cierto, por tal motivo esa sería mi contestación. Tuve la suerte de ver al Síndrome de Down no como una enfermedad, porque no lo es, sino como una discapacidad, que se encuentra presente en una persona a lo largo del desarrollo de su vida, y que con el debido acompañamiento y ayuda puede desarrollarse y vivir sin problemas ni inconvenientes, y que si algo le cuesta más es porque nosotros no nos encontramos preparados para poder ayudarlos, por lo tanto debemos capacitarnos y brindarles nuestro apoyo. Porque son personas que merecen ser tratadas como tales.

Como sociedad estamos un poco más cerca de poder entenderlo como una discapacidad y no como una enfermedad, y de poder mirar a la Persona con Síndrome de Down como miramos a una persona que no tiene ninguna discapacidad, para dejar de verlos y de verlas como “enfermos y enfermas”. Y es por ello que me motivé para realizar este Trabajo, para poder observar una pequeña parte de la sociedad y analizar cómo actúa.

Al leer y estudiar las sentencias de los Tribunales de nuestra provincia, reducido a un único fuero e instancia, mi propósito era poder determinar si al momento de restringir la capacidad de una Persona con Síndrome de Down los jueces aplican los derechos y principios reconocidos por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, junto a los demás Tratados Internacionales, y por nuestra Carta Magna y las leyes de carácter interno o nacional.

Y los resultados fueron claros.

A lo largo de casi 15 años, por el lapso de tiempo de las sentencias seleccionadas, existió una evolución y un cambio de paradigma, pero ello aún no deviene suficiente, aún falta tener presente la aplicación del derecho desde la perspectiva de los Derechos Humanos. Pero, como bien detallé en el punto anterior al analizar sentencia por sentencia y luego formular resultados conjuntos, algo fue cambiando, y también eso se encontró motivado por una sociedad que ya no tolera el maltrato, el bullying, la discriminación, es decir, nos encontramos con una sociedad más tolerante.

Y ante esta sociedad es que el derecho fue modificándose con la ratificación de la Convención y su posterior reconocimiento con jerarquía constitucional, con la sanción de la Ley de Salud Mental en el año 2010, y, claramente, con el nuevo sistema de capacidad consagrado por el nuevo Código Civil y Comercial.

Entonces, se puede decir que hemos sido testigos de un proceso histórico de quiebre a los ideales y a los viejos regímenes que dominaban esta parte del derecho, para incorporar los Derechos Humanos de forma transversal, adoptando una perspectiva basada en ellos, y buscando que a partir de tal circunstancia, la aplicación de las normas se tornen más justas para las personas sobre las cuales las decisiones recaen, sin importar tanto el texto frío de la norma.

Sin embargo, aún nos queda un largo camino.

El movimiento provocado en pos de la protección de los derechos por las nuevas generaciones, el cambio en la enseñanza del derecho, la juventud en las instituciones, y junto a otros factores son los generadores de estos cambios tanto en la norma escrita como en el pensamiento; y yo tengo una mirada positiva de que ello va a seguir sucediendo para poder alcanzar cada vez más ese ideal: que nuestros jueces fallen observando el plano convencional y el conjunto de Derechos Humanos.

Y para finalizar, voy a traer una frase que ya utilicé en este Trabajo pero que considero relevante remarcarla para evitar equivocarnos:

El Síndrome de Down no es una enfermedad o un padecimiento, es un Síndrome que nos afecta a todas y a todos.

VII. Bibliografía.

- ASDRA. (s.f.). *Asociación Síndrome de Down de la República Argentina*. Obtenido de <https://www.asdra.org.ar/que-es-el-sindrome-de-down/>
- Barbieri, P. C. (11 de Marzo de 2015). *Sistema Argentino de Información Jurídica*. Obtenido de <http://www.saij.gob.ar/pablo-carlos-barbieri-acceso-justicia-inclusion-dacf150195-2015-03-11/123456789-0abc-defg5910-51fcanirtcod>
- Borda, G. A. (1999). *Tratado de Derecho Civil, parte general*. Abeledo-Perrot.
- Caramelo Gustavo, Herrera Marisa, & Picasso Sebastián. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.
- CERMI, C. E. (2016). *Derechos Humanos y Discapacidad - Informe España*. España: Grupo Editorial CINCA.
- Fernández, S. E. (s.f.). *Nuevo Código Civil*. Obtenido de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/04/La-capacidad-de-las-personas-en-el-nuevo-C%C3%B3digo-Civil-y-Comercial-FERNANDEZ.pdf>
- Ley n° 26.378. (2008). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo*.
- Ley n° 26.994. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación - Texto actualizado - Normas modificatorias y complementarias*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Llambias, J. J. (s.f.). *Tratado de Derecho Civil, parte general*.
- Odar, R. M. (1 de febrero de 2016). *Tipología de las Investigaciones Jurídicas*. Dialnet.
- Palacio de Caeiro, S. (2017). *Tratados de Derechos Humanos y su Influencia en el Derecho Argentino*. Buenos Aires: La Ley.

Palacios, A. (2008). *El Modelo Social de Discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Grupo Editorial CINCA.

Ursula C. Basset, Hugues Fulchiron, Christine Bidaud-Garon, & Jorge N. Lafferrière. (2017). *Tratado de la Vulnerabilidad*. Buenos Aires: La Ley.

Yuba, G. (s.f.). *Pensamiento Civil*. Obtenido de https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/los_cambios_de_paradigmas_en_el_nuevo_codigo_civil_y_comercial.pdf