

## **La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el modelo social de la discapacidad.**

I.- En el año 2006 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y su Protocolo Facultativo (PFCDPD).

Con esta acción la comunidad internacional manifiesta su preocupación por el hecho de que, pese a los diversos instrumentos internacionales vigentes, las personas con discapacidad, independientemente de la situación de los derechos humanos o de la economía de los países en que vivieran, con frecuencia sean un grupo marginado en el acceso al goce y ejercicio de sus derechos.

II.- La marginación es producto de la mirada y las respuestas que la sociedad despliega ante ellas, y es por ello que la Convención, en tanto herramienta jurídica, no puede ser leída sin recurrir a lo que constituye su sustrato ideológico: el modelo social de la discapacidad.

Este modelo parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción social que no advierte, ni mucho menos valora, la discapacidad. Así, las personas con discapacidad al desarrollar sus vidas se encuentran con múltiples barreras u obstáculos que les impiden tener autonomía, los que deben ser eliminados a fin de ofrecerles una adecuada equiparación de oportunidades.

El modelo social de la discapacidad se encuentra íntimamente relacionado con valores intrínsecos a los derechos humanos, pues se sostiene en la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social, y declama, entre otros principios, los de vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, diálogo civil.

Siguiendo esta línea, el abordaje de la discapacidad desde la mirada médica, asistencial y tutelar resultan opresivas por afectar derechos fundamentales consagrados en tratados de derechos humanos.

III.- El Estado argentino ha ratificado sin reservas la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por ley 26.378) en el año 2008, dando cuenta así de su interés por garantizar los derechos de este grupo social.

IV.- En el año 2010, en ocasión de dar respuesta al Informe inicial al órgano de control de la aplicación de la Convención, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU), el Estado argentino reconoció la falta de adecuación del marco

normativo interno, específicamente el Código Civil, al artículo 12 del tratado (ver página 42 de dicho informe).

V.- En mayo del año 2011 desde el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CEDDIS), órgano de seguimiento de la Convención Interamericana CIADDIS en la materia, donde la Vicepresidencia Segunda estaba a cargo del Estado argentino, se ha instado a los Estados Parte de la Convención a *“reconocer de la capacidad jurídica universal, incluyendo a todas las personas con discapacidad, independientemente de su tipo y grado de discapacidad, y en consecuencia con ello, iniciar en el más breve plazo un proceso de sustitución de la práctica de la interdicción, curatela o cualquier otra forma de representación, que afecte la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, a favor de la práctica de la toma de decisiones con apoyo”* (CEDDIS/doc.12 (I-E/11) Rev.1, 4 mayo 2011, Resolución, punto 3).

VI.- El 20 de abril de 2012 el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU (CRPD/C/PER/CO/1) recomendó ante la falta de adecuación del Código Civil de Perú ***“abolir la práctica de interdicción judicial y revisar las leyes que permiten la tutela y la curatela para garantizar su plena conformidad con el artículo 12 de la Convención y tomar medidas para reemplazar los regímenes de sustitución de toma de decisiones por la toma de decisiones con apoyo, que respeta la autonomía de la persona, la voluntad y las preferencias de la persona”***.

VII.- Derivada de dicha Observación General el CEDDIS designo una Relataría Especial a cargo de Argentina a fin de construir un instrumento legal sobre apoyos y salvaguardias (Art. 12 CDPCD) , trabajándose con las organizaciones de la sociedad civil y los estados partes con el objetivo de contar en el año 2013 con un Manual de apoyos y salvaguardas a que recopile la información disponible generando directrices regionales de aplicación a los estados en cumplimiento del artículo 4 de la CDPCD para aplicación y apoyo a los poderes legislativos y judiciales de la región.

VIII.- También en el marco de la XXI Reunión de Altas Autoridades competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR (Presidencia Pro Témpore Argentina), con el impulso de la Comisión Permanente para la Promoción y Protección

de los Derechos de las Personas con Discapacidad, se firmó entre los Estados de Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Chile, un Acuerdo<sup>1</sup> para:

- impulsar un proceso de revisión de la legislación interna a los fines de propiciar la adecuación normativa a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 1)
- prestar especial atención a lo establecido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 2)
- impulsar que, en cumplimiento del artículo 4, inc. 3, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se celebren consultas a organizaciones de personas con discapacidad para el cumplimiento del presente acuerdo (art. 3)

Todo ello da cuenta de que desde la ratificación de la Convención el Poder Ejecutivo Nacional ha desplegado acciones coherentes a fin de promover su cumplimiento.

IX.- La sanción de un nuevo Código Civil resulta una oportunidad insoslayable para adecuar la ley interna del Estado a distintas obligaciones asumidas en dicha Convención, entre ellas las vinculadas al derecho a igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 12 CDPD), al derecho a la accesibilidad (art. 9 CDPD), y específicamente el de acceso a la justicia (art. 13 CDPD), al derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (art. 19 CDPD), la prohibición de discriminación en cuestiones de familia (art. 23 CDPD), y la participación de las personas con discapacidad en la elaboración de aquella legislación relacionada con ellas (art. 4 inc. 3 CDPC).

X.- El Anteproyecto regula cuestiones íntimamente ligadas con algunos de estos derechos (restricciones a la capacidad jurídica e incapacidad jurídica, curatela, tutela de hijos de personas con discapacidad), pero no aborda temas que conforme la técnica legislativa empleada podría haberse contemplado, atendiendo también, a la falta de normativa al respecto (accesibilidad, acceso a la justicia, ajustes razonables). Atendiendo a ello, desde este Observatorio de la discapacidad (Decreto 806/2011) deviene imprescindible realizar algunos señalamientos al Anteproyecto de Código Civil y Comercial Unificado sobre el enfoque con el que aborda los derechos de las personas con discapacidad.

---

<sup>1</sup> Anexo V al Acta de la Comisión Permanente para la Promoción y Protección de las Personas con Discapacidad

XI.- Al respecto puede destacarse que si bien en términos generales se advierte la intención de plasmar la perspectiva de los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado Argentino (artículos 1 y 2, protección de la dignidad, la libertad en tanto autonomía, la igualdad de hecho, autonomía progresiva en materia de infancia, entre otros) respecto de los derechos de las personas con discapacidad persisten resabios la lógica tutelar hoy vigente en nuestro Código Civil. Un ejemplo de ello es el tratamiento normativo que asimila la situación de niñas, niños y adolescentes a la de las personas con discapacidad, asimilación que presupone a ambos grupos como necesitados de la protección del Estado o la sociedad. Así, además de la expresa analogía en algunos artículos (ver artículos 48, 455, 526 y 707) se mantienen instituciones de representación legal (tutela y curatela respectivamente) regulándolas mediante el reenvío legal de la segunda a la primera, la que a su vez, se reenvía a las disposiciones de la responsabilidad parental (art. 104), lo que en definitiva permite concluir que un curador, que según el artículo 101 es representante de los incapaces y las personas con capacidad restringida, debe desempeñarse como un padre o una madre.

Esta mirada provoca cierta tensión con el enfoque de derechos humanos por considerar a las personas con discapacidad objetos de protección y vulnerar el deber de garantizar el trato en igualdad de condiciones con las demás (art. 3 inc. b CDPD).

La mirada tutelar continúa en una nueva institución, regulada a fin de ofrecer mayor protección a las personas con discapacidad ante el fallecimiento de un ascendiente o descendiente (artículo 2448). Esta protección consiste en la mejora en las sucesiones de UN TERCIO (1/3) de las porciones legítimas. Debe señalarse que no toda persona con discapacidad es una persona dependiente, y que por lo tanto, que ello se presuponga podría implicar una vulneración al derecho a la igualdad (artículo 5 CDPD). Por otro lado, para definir persona con discapacidad, el artículo recurre a la Ley 22.431, cuyo concepto no se inspira en el modelo social de la discapacidad por lo que no respeta la definición que sostiene la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su artículo 1.

Ha podido observarse también una referencia realizada en el marco de la regulación de la Propiedad Horizontal (artículos 2041 y 2048) que se considera acertada, toda que el planteo garantiza el acceso de las personas con discapacidad a los edificios y solidariza el gasto que ello implica. No obstante ello, se recurre en la redacción a palabras que parecen más vinculadas con la accesibilidad física (acceso y circulación) que con otro tipo de accesibilidad, por lo que se considera que hubiera sido más adecuada la referencia a “accesibilidad universal”, tal como lo enuncia la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su artículo 9.

A lo expuesto debe sumarse que el Anteproyecto ha regulado la institución de la capacidad jurídica estableciendo limitaciones a la misma en virtud de lo que denomina “razones de salud” (art. 31). Estas limitaciones afectarían a personas mayores de 13 años (art. 32), pues antes de esa edad, y en razón de no haberla alcanzado aún, se considera a los niños incapaces.

Debe señalarse que tanto las enfermedades mentales como las alteraciones funcionales permanentes o prolongadas (art. 32) pueden ser incluidas en la definición de persona con discapacidad que establece la CDPD (art. 1) y que por lo tanto las instituciones creadas deben analizarse a la luz del artículo 12 de la CDPD, que establece, en su párrafo 2º: *“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...”*

Ello significa que siempre que a una persona, por razón de su discapacidad, se le restrinja este derecho, se estará vulnerando lo dispuesto por la CDPCD.

XII.- Corresponde precisar que muchas veces las personas con discapacidad tienen dificultades concretas para el ejercicio de su capacidad jurídica, y es seguramente por ello que el anteproyecto continúa con la vieja tradición civilista de conjugar, en materia de incapacidad, el enfoque médico con la protección del patrimonio y la persona: la incapacidad o la restricción se deciden cuando a las cuestiones de salud se les agrega la ineptitud o la posibilidad de que resulte un daño a la persona o los bienes. Es esta una perspectiva propia de un modelo rehabilitador (superado por la Convención de la ONU a través de la adopción del modelo social) toda vez que las personas con discapacidad que puedan desenvolverse sin inconvenientes en la vida cotidiana no resultarían afectadas por las declaraciones de incapacidad o las restricciones a la capacidad jurídica, pero aquellas que presenten dificultades serían objeto de protección.

El anteproyecto no advierte que la misma regulación propuesta, en tanto constituye una barrera para el ejercicio la capacidad jurídica, y consecuentemente, para el ejercicio de los derechos por sí mismo, coadyuva a construir una discapacidad.

Y a su vez, al considerar la posibilidad de que las personas con discapacidad vean restringido un derecho por las dificultades que puedan tener para ejercerlo, no puede considerarse adecuado a los estándares de derechos humanos, según los cuales desde el Estado ante la falta de garantía de un derecho (en este caso, la capacidad jurídica en virtud de dificultades propias de la persona) deben tomarse medidas que satisfagan integralmente todo los derechos reconocidos (principios de indivisibilidad e interdependencia).

Coherente con ello el artículo 12 reconoce en su 3º párrafo: “...**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...**”

XIII.- En conclusión, la respuesta de la Convención a las dificultades que puedan tener las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica es solicitarle a los Estados medidas que propicien su garantía, no la limitación, pues de ello depende que las personas con discapacidad puedan ejercer los restantes derechos reconocidos por sí mismos. A su vez, al presuponer que son ellos quienes toman sus propias decisiones, la expresión “apoyo que puedan necesitar” refiere la participación insoslayable de la persona con discapacidad para determinar cuál será la medida a adoptar.

El artículo 12 es para las personas con discapacidad psico-social la puerta de acceso a sus derechos y la garantía para su efectiva autonomía, en resguardo a su derecho a la libertad, en tanto toma de sus propias decisiones.

Finalmente, la CDPD reconoce que el suministro de apoyos puede implicar abusos, y por eso exige la adopción de salvaguardias para evitarlos. Los apoyos no son medidas subrogatorias ni se asimilan a curadores o personal de los equipos técnicos de los juzgados, sino constituyen decisiones personales de las personas con discapacidad a fin de complementar, si lo requieren, su capacidad, nunca la restringen.

#### XIV.- Conclusión:

Si bien se observa en el anteproyecto la referencia al concepto de asistencia y al de apoyos, lo que significaría un acercamiento a la CDPD, debemos señalar que al persistir la perspectiva rehabilitadora y la limitación de la capacidad jurídica (Sección 3ª del Capítulo II), admitir la representación para la toma de decisiones (artículos 38 y 100/1), no definir los alcances de la asistencia (artículo 102) y utilizar el concepto de apoyo en un sentido contrario al establecido en la Convención (artículo 39), el Anteproyecto no logra plasmar la exigencia de este tratado de derechos humanos en su texto.

CAPÍTULO 2  
**Capacidad**  
SECCIÓN 1ª  
**Principios generales**

ARTÍCULO 22.- **Capacidad de derecho.** Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos.

ARTÍCULO 23.- **Capacidad de ejercicio.** Toda persona humana puede ejercer sus derechos, con apoyos y salvaguardias si fuera necesario, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código.

ARTÍCULO 24.- **Incapacidad de ejercicio.** Tienen incapacidad de ejercicio:

- a) la persona por nacer;
- b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo; y
- c) la persona que no da ningún signo evidente de conciencia de sí o del ambiente, y se encuentra imposibilitada de interaccionar con los demás o de reaccionar a estímulos adecuados.

[...]

SECCIÓN 3ª  
**Sistemas de apoyos y salvaguardias en el ejercicio de la capacidad  
jurídica**  
Parágrafo 1º  
**Determinación del apoyo**

ARTÍCULO 31.- **Derecho al apoyo.** Toda persona humana tiene derecho a solicitar al juez competente los apoyos que estime necesarios para el ejercicio de su capacidad jurídica. A los efectos de este Código se entiende por “apoyo” toda medida que facilite a la persona la comprensión de los actos y la toma de decisiones para el ejercicio de su capacidad jurídica. Puede consistir en asesoramiento integral, acompañamiento y/o cualquier tipo de colaboración que permita a la persona el ejercicio de su autonomía, y puede ser brindado, tanto por un individuo como por un grupo de personas.

ARTÍCULO 32.- **Designación de la persona o grupo de personas de apoyo para la toma de decisión.** El interesado podrá proponer al juez una persona o grupo de personas de apoyo para la toma de decisión. El juez deberá garantizar que la persona ejerza su derecho de elección de su sistema de apoyo para la toma de decisión. En los casos en que la persona no realice propuesta alguna, el juez, con el asesoramiento de un equipo interdisciplinario, deberá brindarle opciones para que cuente con el apoyo necesario para ejercer su capacidad jurídica. Si la persona y el juez no logran acordar sobre la designación de una persona de apoyo para la toma de decisión, el juez la designará de oficio persona idónea.

ARTÍCULO 33.- **Legitimados.** Están legitimados para solicitar apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica:

- a) el propio interesado;
- b) el cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado;
- c) los parientes y allegados;
- d) el Ministerio Público.

**ARTÍCULO 34.- Intervención del interesado en el proceso.** La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte, y tendrá derecho a que se le garantice la accesibilidad en todas las instancias del proceso. Interpuesta la solicitud ante el juez correspondiente a su domicilio real, si la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio. El juez debe garantizar la inmediatez con la persona durante todo el proceso y entrevistarse personalmente con ella antes de dictar sentencia.

**ARTÍCULO 35.- Funciones y Rol no sustitutivo de la persona de apoyo para la toma de decisión.** La persona de apoyo para la toma de decisión en ningún caso sustituirá la voluntad de la persona. Los apoyos tendrán la función de promover su autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión, y/o la manifestación de su voluntad para el ejercicio de sus derechos y la toma de decisiones de la manera más acorde a sus deseos e intereses. El asesoramiento integral importa informar a la persona al momento de la toma de decisión sobre la necesidad del acto, las alternativas al mismo, sus implicancias y las consecuencias. Deberá asegurarse el uso de medios accesibles de comunicación a fin de garantizar la correcta explicación de la situación en cuestión.

**ARTÍCULO 36.- Medidas provisionales.** Durante el proceso, el juez podrá designar provisionalmente una persona o grupo de personas de apoyo, fijando sus funciones y su obligación de rendir cuentas periódicamente al juzgado sobre su gestión. Esta designación debe ser revisada como máximo en un período de tres meses.

**ARTÍCULO 37.- Sentencia de apoyo con salvaguardias.** La sentencia de apoyo con salvaguardias para la toma de decisión tiene como objeto garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica, dar seguridad jurídica a los actos celebrados con personas sujetas al régimen de apoyos y evitar abusos por parte de las personas de apoyo para la toma de decisión. La sentencia de apoyo con salvaguardias deberá incluir: (a) la designación de la persona o grupo de personas de apoyo para la toma de decisión, (b) los actos que la persona debe realizar con apoyo para que se reputen válidos, (c) los plazos para el informe periódico de la persona de apoyo para la toma de decisión al juzgado sobre su actividad y situación de la persona asesorada, (d) duración del apoyo y periodicidad de entrevistas personales del juez con el asesorado, y (e) salvaguardias.

**ARTÍCULO 38.- Acuerdo de apoyo.** Toda persona podrá celebrar con una o más personas acuerdo de apoyo para la toma de decisión. El mismo deberá cumplir los recaudos de la sentencia de apoyo a excepción de las salvaguardias, las cuales serán establecidas por el juez en el momento de



ejecutar el acuerdo, previa vista al Ministerio Público. Dicho acuerdo se podrá suscribir en instrumento público o en instrumento privado con firma certificada. Cualquiera de las partes firmantes del acuerdo y/o los legitimados del artículo 33 podrán solicitar la ejecución del acuerdo de apoyos, previa vista del interesado. El juez velará por que el acuerdo respete los requisitos del artículo 37 y establecerá el régimen de salvaguardias correspondiente, previo a su homologación.

**ARTÍCULO 39.- Registración.** A efecto de promover el ejercicio de la capacidad jurídica y la celebración de actos jurídicos con personas sujetas al régimen de apoyos, el Registro Nacional de las Personas llevará registro de la existencia de sentencias de apoyo con salvaguardias. Los juzgados intervinientes informarán la existencia de sentencia de apoyo con salvaguardias al Registro Nacional de las Personas en el término de treinta días. Los actos celebrados por personas bajo el régimen de apoyos se reputan válidos y oponibles a terceros desde la registración de la sentencia.

**ARTÍCULO 40.- Definición de salvaguardias.** A los efectos de este Código, se entenderá por salvaguardia toda medida que deberá tomar el juez en los términos del artículo 37, evite, en el marco específico del ejercicio de la capacidad jurídica, cualquier medida abusiva por parte de la persona de apoyo para la toma de decisión. El juez evaluará las salvaguardias aplicables en cada caso en estrecha consulta con la persona que requiere el apoyo, asegurando que se respeten sus derechos, voluntad y preferencias y que las medidas adoptadas sean proporcionales y adaptadas a sus circunstancias.

**ARTÍCULO 41.- Monitor.** El juez podrá designar uno o varios integrantes del Ministerio Público al efecto de monitorear la actividad de la persona de apoyo para la toma de decisión como una posible salvaguardia. Quien cumpla el rol de monitor informará al juez sus observaciones con la frecuencia que indique la sentencia de apoyos y tendrá facultades para requerir informes y revisar cuentas de la actividad de la persona de apoyo para la toma de decisión. El monitor informará en el menor plazo posible al juez la comisión de actos contrarios a la ley o a la sentencia de apoyos así como cualquier situación que estime relevante.

**ARTÍCULO 42.- Procedimiento para la revisión o cese.** La revisión o cese del apoyo debe decretarse judicialmente, a pedido de la persona interesada.

CAPÍTULO 10  
**Representación y asistencia. Tutela y curatela**  
SECCIÓN 1a  
**Representación y asistencia**

**ARTÍCULO 100.- Regla general.** Las personas privadas del ejercicio de su capacidad jurídica ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí.

**ARTÍCULO 101.- Enumeración.** Son representantes:  
a) de las personas por nacer, sus padres.

- b) de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o están privados de la responsabilidad paterna, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe;
- c) de las personas que no dan ningún signo evidente de conciencia de si o del ambiente y se encuentran imposibilitadas de interaccionar con los demás o de reaccionar a estímulos adecuados, el curador que se les nombre, o que haya designado mediante decisión anticipada.

(...)

### SECCIÓN 3ª Curatela

ARTÍCULO 138.- **Normas aplicables.** La curatela se rige por las reglas de la tutela no modificadas en esta Sección.

ARTÍCULO 138 bis **Funciones.** La principal función del curador es resguardar los derechos y los bienes de la persona y promover su autonomía. Las rentas de los bienes de la persona deben ser destinadas a dicho fin. El curador solo podrá representar a la persona respecto de aquellos actos específicamente señalados en la sentencia.

ARTÍCULO 139.- **Designación.** La persona puede estipular en ejercicio de su autonomía personal, quién ha de ejercer su curatela para el caso de encontrarse en la situación mencionada en el inciso c) del art. 24 de este código.

Los padres pueden proponer curadores de sus hijos, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores.

Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente.

A falta de estas previsiones el juez puede nombrar a un familiar o persona de confianza, teniendo en cuenta su idoneidad.

ARTÍCULO 140.- **Ejercicio de la responsabilidad parental.**

El curador ejercerá la tutela de los hijos de la persona cuando, por las causales establecidas en el inc.c del art. 24 haya sido limitada en el ejercicio de la responsabilidad parental por sentencia judicial.

Sin embargo, el juez puede otorgar la guarda del hijo menor de edad a un tercero, designándolo tutor para que lo represente en las cuestiones patrimoniales.

ARTICULO 141. **Cese de la curatela** El cese de la curatela debe decretarse judicialmente, previo examen de un equipo interdisciplinario que se pronuncie sobre el cese de la situación prevista en el inc.c del art. 24.