

Artículo presentando por la Sra. Luz Pagano.-

Incidencia en materia de capacidad de la eventual ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
Llorens, Luis R.

La Ley, *Sup. Act. 08/07/2008, 1.*

SUMARIO: I. La Convención. - II. El derecho argentino actual. - III. Resultado.

Introducción:

Se realizó en Buenos Aires durante los días 13 y 14 de mayo de 2008 la "Jornada Internacional para el debate y estudio del impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", organizadas por la fundación del notariado español denominada "Aequitas".

Dicha convención, adoptada el 13 de diciembre de 2006 durante la 61º sesión de la Asamblea General mediante la resolución A/RES/61/106, se encuentra en vigor desde el 3 de mayo de 2008 entre los Estados que ya la han ratificado, entre los que no se encuentra la República Argentina.

Si bien ha sido escasamente analizada entre nosotros, durante el transcurso de la jornada el diputado nacional Claudio Morgado, en su carácter de Presidente la Comisión de Discapacidad de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, informó que la ratificación de esa convención cuenta ya con la aprobación del Senado de la Nación y de la comisión que preside. Agregó que espera la sanción por la cámara que integra, a la brevedad.

La convención trata temas vinculados con la totalidad de la problemática de las personas con discapacidades, tales como los de salud, educación y trabajo. Por nuestra parte hemos de centrar este comentario en la incidencia que tendría en nuestro derecho la ratificación de esta convención, acerca de las personas con deficiencias mentales, especialmente, a través de su artículo 12º.

I. La Convención

a) Terminología

En primer lugar, cabe aclarar que la terminología que utilizamos de "deficiencias mentales" es la misma que utiliza la Convención en su artículo 1º al incluir entre las personas con discapacidad a aquellas que tengan "deficiencias (...) mentales, intelectuales (...) a largo plazo".

En tal sentido nos parece acertado que no se hayan utilizado eufemismos. Lo que nos interesa es la protección de aquellas personas que tienen una deficiencia y que merecen protección. Ocultar el término conduce a ocultar la realidad y, por consiguiente, a no proteger adecuadamente; dicho esto sin dejar de tener en cuenta, además, que nadie debe avergonzarse de una deficiencia de este tipo, cualquiera sea ella, pues no estamos hablando de conductas morales. Las diferentes aptitudes naturales de unos con relación a otros son propias de la naturaleza humana y del mundo en el que vivimos. Vale aquí recordar aquello de "todos iguales, todos diferentes".

b) Fuentes

Algunas normas de la Convención que analizamos pueden vincularse con la "Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad" suscripta en Guatemala en el año 1999 y que nuestro país aprobó por ley 25.280 (Adla, LX-D, 4086).

Así, en primer lugar, la definición de "discriminación por motivos de discapacidad" que incluye el art. 2º de la Convención de las Naciones Unidas (1) es coincidente con el art. 1º inc. 2 a) de la Convención Interamericana de Guatemala (2).

En segundo lugar, el art. 5º inc. 4 de la Convención Universal en tanto establece que: "No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad", que coincide con el art. 1º, in fine, de la convención interamericana que establece que "En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaración de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación".

c) Normativa

El mismo artículo 1º establece que: "El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos (...)", incluidos, por supuesto, los de los deficientes mentales.

En todos los sistemas jurídicos de capacidad de los que nos hemos podido informar, más allá de la terminología que se utilice, ella se divide, en cuanto a las personas físicas, en capacidad jurídica (la capacidad de ser titular de derechos y de obligaciones) y capacidad de hecho, de goce o de ejercicio (que se refiere a la aptitud de la persona de ejercer por sí misma esos derechos y de cumplir con sus obligaciones).

La Convención de las Naciones Unidas menciona en once oportunidades la palabra "goce" y en quince la palabra "ejercicio"; dicho esto sin olvidar que estamos hablando de las personas con deficiencias mentales y de la posibilidad de ejercer ellos mismos sus derechos.

De igual manera, siempre hablando, entre otras, de las personas con deficiencias mentales, el art. 3º establece entre sus principios: "El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas".

De donde se deduce que la Convención apunta directamente a acabar con la vieja dicotomía de tantos códigos civiles, entre ellos el nuestro, que oponía rotundamente "capacidad" a "incapacidad" en el ejercicio de los derechos, sin lugar a ningún grado intermedio. Se trata de que impere el principio de "capacidad como variable" (3), esto es, la limitación de la capacidad de actuar por sí mismos de los deficientes mentales sólo en la medida imprescindible y adecuada a las necesidades de protección de la persona.

Desde esta perspectiva es posible ingresar en el estudio del art. 12º de la Convención que lleva por título "Igual reconocimiento como persona ante la ley", el que contiene cinco incisos.

Los dos primeros (4) ratifican el reconocimiento de la personalidad jurídica de la persona con discapacidad (el primero) y el de la capacidad jurídica (el segundo), extremo que en nuestro derecho no es para nada novedoso. Sin recurrir a los tratados internacionales, contamos con el art. 16 de la Constitución Nacional.

El inciso 3° de dicho art. 12° (5) obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad (incluidas las que nos ocupan, los deficientes mentales) al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Luego, el inciso 4° (6) se aboca específicamente a describir las medidas que deben adoptar los Estados Partes con relación a la capacidad de ejercicio o goce.

Destacamos:

1°) La obligación de proporcionar "*salvaguardias*" a las personas con discapacidad.

Es este un tema importante, pues los códigos civiles establecen restricciones a la capacidad de actuar por sí mismos a las personas con deficiencias mentales, con la sana intención de protegerlos del abuso de otras personas. Así Vélez Sarsfield determinó la incapacidad absoluta de "los dementes" (art. 54 inc. 3).

Más allá del alcance que tenga esta incapacidad en la actualidad, a la que luego haremos referencia, lo cierto es que creemos que es trascendente que se exprese en el orden internacional la obligación de los Estados Partes de conceder salvaguardias a las personas con discapacidad, pues resulta indiscutible que estas personas tienen todos los derechos de los demás seres humanos, más uno: El de ser protegidos de sus propios errores.

2°) Estas salvaguardias deben ser "*adecuadas y efectivas* para impedir los abusos, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos".

Tenemos aquí que no sólo deben ser efectivas a los fines propuestos, sino también adecuadas. Ello significa que sean "proporcionales (termino que repite en dos oportunidades) y adaptadas, a las circunstancias de la persona". Se trata de proteger lo imprescindible y no más allá de ello, de manera de respetar a la persona como tal, especialmente en el ejercicio de su libertad, en la medida en que ello sea posible atento a las falencias intelectuales de esa misma persona.

El mismo inciso continúa diciendo que "Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al *ejercicio* de la capacidad jurídica, respeten los derechos, *la voluntad y las preferencias* (7) de la persona...".

3°) Asegura también "que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida",

4°) Que se apliquen "en el plazo más corto posible",

5°) Que estén "sujetas a exámenes periódicos",

6°) "por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial".

Del inciso 5° destacamos la facultad de estas personas de "controlar sus propios asuntos económicos" y del art. 13° de la convención su derecho a actuar "como participantes directos e indirectos" en los procedimientos judiciales y la obligación de los Estados Partes de contar con personal con capacitación adecuada para ello.

II. El derecho argentino actual

Nuestro Código Civil planteaba en el aún todavía vigente art. 54 inc. 3° la incapacidad absoluta de "los dementes". Oponía, en materia de capacidad de actuar de los deficientes mentales, la capacidad a la incapacidad, de manera absoluta. O se estaba en una categoría o se estaba en la otra.

Utilizamos los verbos en tiempo pretérito, pues actualmente se entiende que, por imperio de la reforma del año 1968 (art. 152 bis C.C., decreto-ley 17.711/1968 — Adla, XXVIII-B, 1810—), la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693), la ley 26.061 (Adla, LXV-E, 4635) (aplicables ambas por la remisión genérica que efectúa el art. 475 del propio Código Civil del sistema de capacidad de los mayores al de los menores) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad suscripto en la República de Guatemala el 8/6/1999 (ley 25.280), el régimen de nuestro derecho interno, al menos en lo que a legislación atañe, ya no es dicotómico [\(8\)](#).

Así, las sentencias que declaran la incapacidad de una persona a causa de enfermedad mental que le impide el manejo de su propia persona y patrimonio, deberían especificar, de acuerdo a nuestra legislación vigente, analizada en su conjunto, para qué es incapaz esa persona y cuáles son los límites de esa incapacidad. Extremo que no se cumple, salvo en algunas contadísimas excepciones.

Al respecto, destacamos algunos principios sustentados por nuestro superior tribunal en el reciente caso "R. M. J." que ha incluido entre el catálogo de los derechos de las personas con discapacidad mental el *derecho a ser informado* [\(9\)](#), *al tratamiento menos represivo y limitativo posible y el derecho a no ser discriminado por su condición*.

III. Resultado

En un primer análisis, del confronto de las disposiciones comentadas de la convención con nuestro derecho vigente, nos conduce a afirmar acerca de su eventual ratificación:

A) Que alguna de sus disposiciones se encuentra a contrario de la evolución legislativa que últimamente se ha dado en nuestro país. Nos referimos, concretamente, a la obligación del Estado de que las personas con deficiencias mentales se encuentren *sujetas a una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial*. Precisamente, cabe coincidir en que la última evolución legislativa, tanto en el orden nacional como provincial [\(10\)](#), tiende a alejar el tema de la minoridad y el de las deficiencias mentales de la órbita del poder judicial para darle mayor intervención al poder administrador. Ello ha motivado diversas opiniones, sin perjuicio de algunas críticas autorizadas y severas [\(11\)](#). En relación a lo cual, ha dicho nuestro máximo tribunal recientemente, reivindicando la función judicial en la materia, que "(...) el derecho debe ejercer una función preventiva y tuitiva de los derechos fundamentales de la persona con sufrimiento mental, cumpliendo para ello un rol preponderante la actividad jurisdiccional". (caso R, M. J.)

B) Que algunas, en cambio, son novedosas o necesarias, acorde con la evolución deseada, en general, por los operadores del derecho, tal como la periodicidad de los exámenes médicos, amén de la revisión periódica de la sentencia [\(12\)](#). Igualmente el hecho de incluir la necesidad de las "salvaguardias" en un orden jerárquico superior, con expresa orientación a que ellas sean siempre para protección y cuidado de la persona.

C) Concretamente, en lo que atañe al ejercicio del "resto" de sus aptitudes por las personas con deficiencias mentales, esto es, el principio del respeto de la libertad y autonomía de la persona, en la medida en que ello resulte adecuado y posible a las circunstancias de esa persona concreta, en nuestra opinión, y atento a las normas precedentemente citadas, especialmente la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la ley 26.061, aplicables por la remisión que efectúa el art. 475 del C.C. y la convención de Guatemala, no han de ser una novedad legislativa.

Queremos decir con esto que, en la realidad, la normativa en este sentido ya existe, aunque no haya sido aún "vista" por los operadores del derecho. Parece que, al ser tan ajena a los viejos principios de nuestro Código, amedrenta y no es tenida en cuenta.

Consecuentemente, opinamos que en este específico aspecto sería conveniente la incorporación de esta Convención a nuestro orden jurídico. De esa manera ya no sería necesario recurrir, por ejemplo, a la remisión del art. 475 del C.C. para aplicar a los mayores con deficiencias mentales los de los menores; aunque tampoco a ellos, en la práctica, se les aplica. ¿O es que para autorizar la venta de un inmueble propiedad de un menor de edad, de por ejemplo 17 años, es corriente que los jueces pregunten a éste su opinión? cuando la ley 26.061 explica que los menores tienen el derecho "A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte" (art. 27 inc. b)

Queremos decir aquí que se puede reiterar aquello del maestro Ortega y Gasset: "¡Argentinos: A las cosas!". Así, puede ser muy loable la ratificación de esta Convención por nuestro país, lo que no impide que ha de ser inútil en la medida en que no estemos dispuestos a enfrentar al fantasma de la "capacidad como variable", hacernos cargo de él y darle tanto a los menores como a los deficientes mentales la intervención que su condición les permita para respetar de tal manera su autonomía y su libertad.

Cumpliremos así lo que propone Marín Calero: los éxitos sólo se han obtenido cuando "se les ha ayudado a dar cada paso, hasta habituarlos a que los den solos o con el menor nivel de ayuda posible" [\(13\)](#).

Dicho todo esto sin perjuicio de la imperiosa necesidad de reordenar en nuestro derecho, acorde con los principios expuestos y en un solo cuerpo orgánico, todo el sistema de capacidad de las personas "de existencia visible".

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Por "discriminación por motivos de discapacidad" se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables".

(2) "El término "discriminación contra las personas con discapacidad" significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

(3) Ver: CALO, Emanuele, "Bioética. Nuevos derechos y autonomía de la voluntad", Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2000, Pág. 73. Original en italiano: "Il Ritorno della Volontá. Bioetica. Nuovi Diritti e Autonomia Privata". Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. 1999.

(4) "Artículo 12. 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".

(5) "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".

(6) "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".

(7) Al no distinguir cuándo deben ser expresadas "la voluntad y las preferencias" de la persona enferma, el inciso da lugar para que se interprete que esas voluntades y preferencias podrían también haber sido expresadas antes de caer en la disminución de las facultades mentales, con lo que se daría un nuevo sustento a las llamadas "declaraciones vitales anticipadas" o "testamentos para la vida".

(8) Sobre el punto ver del mismo autor "La Falta o Disminución del discernimiento ¿constituye una incapacidad?" en La Ley, 2007-E, 1106.

(9) Del que se deduce que si debe ser informado, su incapacidad de hecho no es absoluta. CSJN, autos "R, M.J." del 19/02/2008, en La Ley, 2008-B, 409.

(10) Ejemplo en el orden nacional: Reforma del art. 310 del C.C., derogación de la ley 10.903 (Patronato de Menores) (Adla, 1889-1919, 1094), especialmente art. 4º y Art. 42 y ss. de la ley 26.061.

(11) Ver: ZANNONI, Eduardo A., "El patronato del Estado y la reciente ley 26.061", en La Ley, 2005-F, 923.

(12) "De no ser así, la internación se convierte en los hechos en una pena privativa de la libertad sin límite de duración." CSJN, autos "R, M.J." del 19/02/2008 en La Ley, 2008-B 409.

(13) CARLOS MARIN CALERO, "La Integración Jurídica y Patrimonial de las Personas con Discapacidad Psíquica o Intelectual", Editorial Universitaria Ramón Areces, Pág. 29.