

Restricción de la capacidad jurídica. La ficción de la capacidad jurídica

Restriction of legal capacity. The fiction of legal capacity as a rule

POR CLAUDIO F. A. ESPÓSITO (*)

Resumen

Palabras claves

restricción
capacidad
jurídica
discapacidad

El Código Civil estableció la capacidad jurídica de ejercicio como una regla a respetar en todo procedimiento. Las prácticas profesionales y jurisdiccionales sustentadas en la construcción mnémica colectiva construyeron una ficción jurídica que no se reflejaba con las respuestas a las personas sujetas al procedimiento preservando el patrimonio de la persona por sobre su persona. El artículo 35 del Código Civil y Comercial de la Nación establece un procedimiento previo que permite la deconstrucción de las prácticas en favor de la persona.

Abstract

Keywords

restriction
legal
capacity
disability

The Civil Code established the legal capacity to exercise as a rule to be respected in all proceedings. Professional and jurisdictional practices based on collective mnemonic construction built a legal fiction that was not reflected in the responses to the persons subject to the procedure, preserving the person's assets over his or her person. Article 35 of the Civil and Commercial Code of the Nation establishes a prior procedure that allows the deconstruction of practices in favor of the person.

I. Introducción

El artículo 52 del Código Civil tuvo su origen en una creación jurídica, una metáfora abierta que atraviesa todo el ordenamiento jurídico, “la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción”. Este mantra jurídico receptado en numerosos artículos y libros jurídicos, en muchísimas aulas universitarias, conferencias, seminarios, escritos de profesionales del derecho e innumerables resoluciones judiciales oculta a través del romanticismo del lenguaje, protección del patrimonio por sobre la persona.

Una ficción jurídica es plausible de ser abordada desde diversas ciencias y métodos y tiene su centro en la inscripción social. La sociedad crea “prótesis” externas que

(*) Abogado. Magister en Derechos Humanos. Profesor de la Universidad Nacional de La Plata. Profesor de la Universidad Notarial Argentina. Director del Instituto de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de San Martín. Investigador de la Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales.

solicitan o potencian las capacidades mnemónicas de los individuos: textos, imágenes, archivos, que van a dar lugar a lo que se denomina “memoria colectiva”, donde las voluntades se enfrentan en una esfera pública, la arena donde grupos diversos compiten por la hegemonía sobre los discursos plausibles y relevantes dentro de la sociedad en su conjunto (Montespelleri, pp. 112).

Podemos distinguir una memoria colectiva y una memoria individual, aunque ambas en sus *acciones, presuponen para la existencia de la memoria en general*. Lo que significa que no existe memoria individual sin una memoria más amplia -la colectiva- que le sirve de marco de referencia. La memoria social se vuelve memoria individual. El sujeto asimila acontecimientos, lugares o personas externas a su existencia como articuladores de su propia individualidad. Así, la vida de una memoria colectiva no existe en singular. Existen varias memorias, subalternas, que se relacionan de forma diversa con la memoria oficial (Murgia, pp. 17-37).

En este sentido, la memoria social sería la edificación de los recuerdos que identifican un grupo, hacia el silenciamiento, consciente o no, de otros recuerdos, de donde surge la importancia de la memoria como un instrumento de legitimación de prácticas sociales (Murgia, pp. 17-37). En este sentido, se tiene legitimación de un código cultural, de un sistema social cuando éstos son aceptados, más o menos consensuadamente, garantizándoles por lo tanto la estabilidad. Y finalmente concluye que “la construcción de un orden cultural estable derivaría precisamente de la necesidad de esta compensación, es decir de la necesidad de orientar al hombre hacia aquellos comportamientos fijos y previsibles que no se pueden lograr del patrimonio instintivo humano” (Murgia, pp. 17-37).

Se va a obtener pues legitimación de un sistema social, cuando los mismos son aceptados consensualmente, garantizándoles por lo tanto la estabilidad que permita la construcción de un orden que pueda orientar al hombre “hacia ciertos comportamientos fijos y previsibles que no se pueden lograr del patrimonio instintivo humano, más reducido que el animal así surge la homogeneidad, donde se requiere que la gran mayoría de la gente posea un lenguaje y conciencia común.

La legitimación se obtiene a través de los contenidos del archivo de la memoria colectiva, donde las estructuras de poder dejan un registro claro del imperativo social; dando nacimiento a la “teoría del archivo” como fuente de inscripción mnémica, y su institucionalización, y para ello va a hablar de una ciencia de archivo que debe incluir la teoría de esa institucionalización; que comprende tanto la ley que comienza a inscribirse en ella y, a la vez, del derecho que la autoriza (Gorodischer, 1998). Este derecho, sostiene Derrida (1972) establece o supone un haz de límites que tienen una historia deconstruible, y “el archivo nunca va a ser la memoria; el archivo tiene lugar en el desfallecimiento originario estructural de la memoria, por eso no hay archivo

sin repetición y sin una cierta exterioridad. Lo que trae una paradoja; no hay archivo sin consignación en algún lugar exterior que asegure la repetición”, y es a través de la ley, que se instituye el archivo, cuya estructura (la que cada sociedad propugna) determina a su vez “el contenido archivable” desde su nacimiento y siempre proyectado hacia adelante.

El derecho posee una *función inmunitaria* con relación a la comunidad, resulta evidentemente inmediato y como tal es reconocida universalmente incluso fuera de la literatura jurídica. Desde su origen señala Espósito, el derecho está ordenado a salvaguardar una convivencia entre los hombres expuesta naturalmente al riesgo del conflicto destructivo (Espósito, 2009, p. 35).

En este sentido primero y radicar, debe entenderse su rol inmunizador: como sucede en el ámbito biomédico respecto del organismo humano, garantiza a supervivencia de la comunidad en una situación de peligro. Protege y prolonga la vida de esta, quitándola del alcance de la muerte que la acecha. Espósito, va a invitar a profundizar la comparación con la semántica médica, para analizar la necesidad de inocular un antígeno externo para producir anticuerpos.

Este análisis va a permitir visibilizar una concepción inscripta en la memoria colectiva como biopolítica que a través de la semántica de la compensación que no va a tratar de equilibrar desde el exterior algo negativo con algo positivo, sino de la positividad de lo negativo mismo; y así como para combatir una enfermedad la medicina nos inocular la enfermedad. Mal y antídoto, veneno y cura, posición y contraposición el *pharmakon platónico* (Derrida, 1972) no es una sustancia señala Espósito, es una no - identidad, una no - esencia.

El Derecho argentino tiene su inscripción mnémica en el Derecho Romano, y no lo señalamos respecto del Código de Vélez Sarsfield, sino que el Código Civil y Comercial de la Nación también lo impregna, su Sección 3° se denomina “Restricción de la Capacidad”, a pesar de ser un Código impregnado de los principios y fundamentos de los derechos humanos, el término “Restricción de la Capacidad” solo se puede encontrar a partir de los Estudios realizados por Savigny en el año 1879 (Savigny, 1879, pp. 20).

El término “persona” no sólo coincide, en Roa, con homo (término empleado, sobre todo, para designar al esclavo), sino que constituye el dispositivo orientado hacia la división del género humano en categorías claramente diferenciadas y rígidamente subordinadas una a otras. La *summa divisio de iure personarum* establecida por Gayo, y reformulada en las *Instituciones justinianas*, incorpora en el horizonte de sentido de la persona a toda clase de hombres, incluso al esclavo, que técnicamente es asimilado al régimen de cosa. Así se llegará a establecer entre los diversos tipos de seres humanos, algunos ubicados en una condición de privilegio, otros empujados a un régimen de absoluta dependencia, sino también a la consiguiente relación que va de una situa-

ción a otra. Para poder ingresar con pleno derecho la categoría de persona, era preciso tener disponibilidad no sólo sobre los propios haberes, sino también sobre algunos seres, en sí reducidos a la dimensión de objetos poseídos. La sociedad romana antigua de carácter gentilicio se protegía principalmente el patrimonio familiar. En el supuesto de los *alieni iuris* el Digesto Romano en su Libro XXVII Título X.1 señala que *por la costumbre* introdujo en la ley de las Doce Tablas la prohibición al loco la administración de sus bienes. Ley de las XII tablas fue, básicamente, una enunciación del derecho vigente, esto es, de la costumbre, de las *mores maiorum* (Hanna, 2005, pp. 432).

“En la ley decenviral sólo se inscriben algunos preceptos que aparecen como aisladas expresiones de todo un sistema latente o subyacente. Es decir, de toda una masa normativa consuetudinaria *-mores maiorum-* y doctrinaria *-la interpretación pontifical-* y de pronunciamientos de la *iurisdictio del rex* y los magistrados sucesores, la ley de las XII Tablas ha seleccionado algunas reglas o criterios (...)” (Di Pietro y Lopeza Elli, 1991, pp. 772-773). En el mismo sentido Sumner Maine (1993, pp. 118) expresa: “el código romano se limitaba a enunciar las costumbres que existían en el pueblo”. Distingue dos momentos en las costumbres: 1- aquel de “los usos que una comunidad adopta en su infancia y en su territorio primitivo, (que) son generalmente las más propias para favorecer el desarrollo de su bienestar moral y físico, y si se las conserve en conjunto hasta que nuevas necesidades sociales hayan enseñado una práctica nueva, la marcha de la sociedad se asegura poco a poco”; 2- aquel de la observancia, por parte de “multitudes incapaces de comprender las razones de su utilidad” que anquilosa la vida social y obstruye su desarrollo. Entendiendo que la Ley de las XII tablas fue redactada en el momento justo, “cuando las costumbres del pueblo eran aun puras”, lo que nos vuelve a remitir a la memoria colectiva, a las inscripciones mnémicas, se funde la costumbre con la práctica, conforma los estereotipos y las prácticas. Así la protección de los bienes se erige como práctica arraigada por una de las tantas fuentes del derecho. Así la interdicción surge del propio Derecho Romano para cuidar el patrimonio sea del *furioso* y el *prodigi*, sin perjuicio de la similitud de las figuras de tutelas *imperberum* y *millerum*.

El derecho crea una figura jurídica para proteger el patrimonio, so pretexto de proteger a la persona, y esta tiene sus raíces en los propios orígenes del derecho, en la propia huella mnémica colectiva. Serán dos miembros de la Corte Suprema de la Nación que conformaron la Comisión nombrada mediante el Decreto 191 del Poder Ejecutivo (23-02-2011)¹, los Doctores Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco, quienes en su informe final de presentación ante el Poder Ejecutivo Nacional del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación sostuvieron que el Código Civil

(1) Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional N° 884/2012, p. 545: “(...) priorizar los aspectos personales, sociales y familiares de estas personas **por sobre los patrimoniales, a los cuales el paradigma anterior recogido por el Código Civil parecía darles prioridad** (...)”. <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1522>

en materia de interdicción otorgaba prioridad a los derechos patrimoniales sobre aspectos personales, sociales y personales de las personas.

La salvaguarda del patrimonio por sobre la persona soslayó la sumisión del sistema jurídico al pensamiento médico, ya que la persona sujeta a dicho proceso debe tener una deficiencia intelectual o mental. El pensamiento jurídico distingue lo lícito y lo ilícito, y que a su vez el pensamiento médico, entendido como una forma de percibir las cosas distintas al pensamiento jurídico, se organiza alrededor de la propia norma, es decir va a delimitar lo que es normal de lo que es anormal; “(...) Cuando hay que ocuparse de un criminal, la cuestión es al punto saber si no está loco, cuáles son los motivos psicológicos por los cuales ha cometido su crimen, los trastornos que experimentó durante su infancia, las perturbaciones de su medio familiar (...). Las cosas se psicologizan de inmediato, psicologizarlas, es decir medicalizarlas (...)”. “(...) Así, el pensamiento médico, la inquietud médica parasitan todas las relaciones (...)” “(...) Por pensamiento médico entiendo una manera de percibir las cosas que se organizan alrededor de la norma, esto es, que procura deslindar lo que es normal de lo que es anormal, que no son del todo, justamente, lo lícito y lo ilícito; el pensamiento jurídico distingue lo lícito de lo ilícito, el pensamiento médico distingue lo normal y lo anormal; se asigna, busca también asignarse medios de corrección que no son exactamente medios de castigo, sino medios de transformación del individuo, toda tecnología del comportamiento del ser humano que está ligada a ese fin (...)”. “(...) Con la medicalización, la normalización, se llega a crear una especie de jerarquía de individuos capaces a menos capaces, el que obedece a una norma determinada, el que se desvía, aquel a quien se puede corregir, aquel a quien no se puede corregir, el que puede corregirse con tal o cual medio, aquel en quien hay que utilizar tal o cual medio, aquel en quien hay que utilizar tal otro. Todo esto, esta especie de toma de consideración de los individuos en función de su normalidad, es, creo uno de los grandes instrumentos del poder en la sociedad contemporánea (...)”. “La curatela, es un claro ejemplo de lo expuesto (...)” (Foucault, 2012, pp. 38-9).

El Código Civil y Comercial de la Nación ha pretendido dejar sin efecto el *pharmakon platónico* que a través de la figura de la interdicción bajo el velo de la protección de la persona, protegía el patrimonio. La sola ampliación de la protección mediante la mención de los “tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte”, genera un impacto en las fuentes, la interpretación y aplicación de su articulado; priorizando a la persona sobre cualquier otra circunstancia.

La incorporación de los tratados internacionales con jerarquía constitucional que conforman el Bloque Federal Constitucional resulta una herramienta necesaria para el análisis de la redacción del Código Civil y Comercial de la Nación, que de por sí en sus artículos 1º y 2º los señala como fuentes y como elementos claves para la interpretación de su texto, que desde su proyecto presentado por ante la Comisión Bica-

meral para su análisis y aprobación señalaba: “Si se introducen reglas respecto de las fuentes y la interpretación, se debe valorar su coordinación con otros microsistemas. Ello es así porque, sea cual fuere el grado de centralidad que se le reconozca al código, una norma de este tipo tiene un efecto expansivo indudable”².

El enfoque del pensamiento médico se centra en el “diagnóstico” y no sobre “la persona”. El diagnóstico médico *coloniza*. Al centrar el diagnóstico como constituyente de la persona, de forma cuasi natural se comienza en centrarse en su etiología, en sus efectos, en el proceso de curación de lo incurable. Estos rasgos propios del pensamiento médico no llegan a comprender que el *padecimiento mental* es una de las tantas circunstancias de la persona, y de esta forma prácticas sociales resultan infantilizantes, excluyentes y privativas para las personas, pensamiento que se encuentra dentro de la memoria colectiva. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378) que posee jerarquía constitucional (Ley 27.044) en términos del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, conlleva una mirada amplia centrada en la propia persona. Así para sostener que el centro de las prácticas debe ser la propia persona y que la discapacidad es una de las tantas circunstancias de la vida de las mismas, aporta una definición que demarcar el territorio jurídico sobre los que las prácticas deberán realizarse. En su artículo 1º inciso 2º establece: “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 (...)”.

La propia definición señala que las personas poseen deficiencias de diversos tipos, y que dichas deficiencias cuando interactúan con barreras, éstas últimas le impiden la participación plena y efectiva en la sociedad. La modificación de la mirada es superadora, coloca a la persona en el centro de la escena, y a la sociedad como generadora constante de barreras para el pleno ejercicio de sus derechos humanos. Esta mirada quita los efectos colonizadores de diagnóstico médico sobre la persona, y coloca las huellas mnémicas (estereotipos, prejuicios y prácticas nocivas) como las barreras que impiden el ejercicio de los derechos humanos en igualdad de condiciones que los demás.

De esta forma y centrado en un modelo de derechos humanos la persona vuelve al centro de la escena jurídica, entendiendo la obligación de eliminación de las barreras sustentadas en la memoria colectiva para el pleno ejercicio de los derechos humanos. El traspaso de la deficiencia de la persona a obligaciones sociales, obliga a un cambio de interpretación y aplicación de las normas.

(2) Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (2012). 1ra ed. Infojus. ISBN 978-987-28449-1-2, p. 528.

Este intercambio entre dos ciencias humanas como son la medicina y el derecho, ha anestesiado muchos dispositivos jurídicos que delegaban en la medicina obligaciones propias de los órganos jurisdiccionales. Una nueva huella en la memoria colectiva, que precisamente se pudo observar durante mucho tiempo en los operadores judiciales, la supremacía de la medicina por sobre los encuadres jurídicos, práctica estereotipada de un proceso reproducido *sine die*. Numerosas han sido las pericias realizadas en el ámbito del Cuerpo Médico Forense en los expedientes de interdicción, donde la Justicia delegaba en la ciencia médica el encuadramiento o no de una persona dentro de los enunciados del Código Civil, la pregunta precisa era si “encuadraba dentro del artículo 141 del Código Civil”. Pregunta errónea para el derecho, aunque enquistada de tal forma que Corte Suprema de Justicia de la Nación en su Acordada 47/09 en su artículo 31 estableció la obligación de los peritos de “no” expedirse sobre ningún encuadre jurídico, “(...) Es ajeno al dictamen pericial el pronunciamiento sobre el encuadre jurídico de los hechos peritados por tratarse de una cuestión reservada exclusivamente a los órganos jurisdiccionales (...)”.

Uno de los principios fundamentales de los derechos humanos es el principio “pro-persona”, criterio hermenéutico que informa que se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”.

Ahora bien, nos encontramos frente a constantes prácticas judiciales que sin escuchar la persona y como primera resolución dictan medidas “protectorias” sobre el patrimonio de la persona, la más común de ellas es la *inhibición general de bienes*. Las consecuencias que implican para una personas sin que esté sujeta al proceso de interdicción la inhibición general de bienes, la pérdida de actividad bancaria, la imposibilidad de recupero de calificación crediticia, la inscripción en registros de gran complejidad para su levantamiento, son nimias al lado de personas que se las inhiben por procesos donde se cuestiona su capacidad jurídica, el registro no solo inscribe la medida total, sino que a su vez la tiñe de la gravedad de la intimidad de la vida de la persona, la puesta en juicio de su capacidad. Una rémora del Derecho Romano inscrita en la memoria colectiva de muchos operadores judiciales. Es importante dejar aclarado que la decisión que se toma en este sentido, sin consultar a la persona sujeta al proceso, constituye en una carga desproporcionada en términos del artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que vulneran claramente no solo el principio mencionado, sino entre varios de ellos el de progresividad que tienen raigambre Constitucional en los artículos 33 y 75 inciso 18 de la Carta Magna.

El dictado de la medida de inhibición general de bienes previo a que el Juzgador tome contacto con la persona sujeta al proceso contradice principalmente lo establecido en el

artículo 35 del Código Civil y Comercial de la Nación, que no es cualquier artículo del Código Civil y Comercial de la Nación, sino que es el centro del derecho “a ser oído” durante el proceso, derecho al que fue privado en el Código Civil.

El artículo 35 del Código Civil y Comercial de la Nación³ señala que el Juez deberá “antes de dictar resolución alguna” entrevistar al interesado; es decir no va a poder el Juzgador dictar ninguna medida previa sin haber conocido a la propia persona sujeta al proceso. En este sentido la mayoría de los Juzgados tienden a tomar la audiencia que establece el artículo 35 del Código Civil y Comercial de la Nación como último acto antes de dictar sentencia, a pesar de que el Código Civil y Comercial de la Nación señala lo contrario. Analizaremos a continuación a que tipo de “resolución” se refiere el artículo 35 del Código Civil y Comercial Nación.

Muchos operadores judiciales ponen el acento en el término “resolución” para unificar el término sentencia con el de resolución, entendiendo que el Código señala al igual que los Códigos de Procedimientos que dicha audiencia es previa a dictar la resolución definitiva, aunque esta no es una interpretación adecuada si se hace una lectura armónica del texto.

El artículo 34 inciso 4 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación, el artículo 34 inciso 3° del Código Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, entre otros, al referirse a “resoluciones” se refiere a todo tipo de resoluciones dictadas por el Juzgador en el proceso (providencias simples, sentencias interlocutorias o definitivas).

El artículo 37 del Código Civil y Comercial de la Nación habla específicamente de un tipo de resolución, la sentencia. Si el Codificador hubiera querido que la entrevista personal del Juez fuera al momento de dictar la sentencia definitiva, el texto del artículo 35 del Código Civil y Comercial de la Nación sería tan claro como lo es el del artículo 37 del Código Civil y Comercial de la Nación, y señalaría: *El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlos personalmente antes de dictar resolución definitiva, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo con la situación de aquél.*

Ahora bien, cuando el artículo 35 señala “resolución alguna”, clarifica la mirada del Código, sumando a la definición del artículo 34 inciso 4° del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación, el artículo 34 inciso 3° del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, ya que el Juez no podría dictar más de una *sentencia definitiva*, y por ende al señalar el adjetivo indefinido “alguna”, el

(3) Código Civil y Comercial de la Nación, artículo 35: “Entrevista personal. El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlos 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”.

Codificador ha querido señalar que ante la primer resolución dictada por el Juez, se debe tener contacto con el interesado.

La intervención previa y personal con la persona sujeta al proceso puede acompañar al sistema judicial a evitar medidas innecesarias, ajustar el procedimiento a la propia persona y sus necesidades, dejar de realizar actividades jurisdiccionales reflejas, ordenar plazos, acciones, y generar un proceso de acuerdo a las necesidades no solo de la persona, sino de acuerdo a los recursos del Juzgado; evitando realizar actividades y dispendio de los recursos humanos y económicos del Juzgado.

La capacitación en materia de derechos humanos resulta una herramienta primordial para la interpretación y aplicación de los estándares de protección como el que trae aparejado el artículo 35 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Si bien, los principios del sistema de protección universal e interamericano de derechos son un deber de todos los funcionarios públicos, y a su vez de los abogados, hemos podido observar desde el año 1994, y especialmente a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación cierta resistencia de muchos operadores judiciales y abogados a capacitarse en la materia. Esta reticencia a abrirse a nuevos conocimientos se traduce en malas prácticas jurisdiccionales, interpretaciones erróneas en espacios doctrinarios, y una aplicación que deviene inconstitucional que replican modelos perimidos y que a su vez vulneran derechos reconocidos.

El desconocimiento de la normativa del derecho internacional de los derechos humanos se esgrime para establecer un corte o especialización, que solo tendría como interés válido la investigación científica y la práctica para un grupo de profesionales que solo se dedicarían a la defensa de los derechos humanos, lo cual está muy lejos de la realidad que nos plantean los nuevos paradigmas de la reforma del Código de fondo.

En este sentido el Código Civil y Comercial de la Nación en sus artículos 1º y 2º establecen la obligatoriedad de la utilización de todos los “tratados internacionales de derechos humanos donde la República Argentina sea parte” para la interpretación y aplicación de todos y cada uno de los artículos del Código. Esto conlleva que todas las relaciones civiles y comerciales deben ser interpretadas y aplicadas en el marco del sistema de protección de derechos humanos.

Es dable destacar que se establecieron lineamientos claros en cuanto a la capacitación obligatoria para todos los funcionarios públicos que forman parte del Sistema de Administración de Justicia, y en esa capacitación se dejaba de lado a los abogados.

Esta situación imponía la carga solo sobre aquellas personas que, ejerciendo un cargo público, debían resguardar el acceso a la justicia de las personas, y los profesionales del derecho que ejercen su profesión en forma autónoma quedaban exentos de dicha obligación de capacitación.

En lo que respecta al derecho al acceso a la justicia de las personas con discapacidad, fueron aprobados por las Naciones Unidas dos documentos que establecen la novedad obligación del Estado de capacitación: *el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (punto 66) y la Observación General N 6 del Comité de los derechos de las personas con discapacidad (Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad y derecho de las personas con discapacidad a acceder a la justicia) punto 55 inc. e).*

Estas obligaciones a las que asumió el Estado argentino a firmar y ratificar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se extienden por primera vez, a los abogados independientes como garantía del acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Los abogados, dentro de su competencia profesional son aquellos que tienen la obligación de informar a sus clientes sobre sus derechos y como ejercerlos. En este sentido son aquellos que van a garantizar el acceso a la justicia de las personas, establecer las eventuales estrategias jurisdiccionales para resguardar los derechos de sus clientes, y acompañarlos a lo largo del proceso judicial. Para ello se necesita de profesionales que conozcan los principios de interpretación y aplicación de los tratados internacionales, los estándares básicos para el colectivo de personas que corresponde, y a su vez en caso de acceso a las personas con discapacidad profesionales que puedan en su función de transmisores de información legal, establecer cuáles son las barreras actitudinales, edilicias, comunicacionales, etc. que encuentran sus clientes para el pleno ejercicio de sus derechos (Esposito, 2001).

II. Conclusión

Las creencias con consenso social configuran la memoria colectiva que generan prejuicios, estereotipos y prácticas nocivas. Las personas con discapacidad cargan sobre espaldas esos juicios previos a priori que les impide ejercer sus derechos humanos en igualdad de condiciones que los demás. El derecho se ha sustentado sobre prácticas que unieron la mirada puesta sobre la deficiencia y no sobre la persona, con un sustento en el cuidado de su patrimonio más que por dispositivos de apoyo para su vida diaria. La protección patrimonial comenzó se constituyó como principal eje de los sistemas protectorios creados en costumbres jurídicas de orígenes milenarios.

Estos sistemas protectorios se crearon sobre una ficción jurídica, “*la capacidad como regla*” para poder de esa forma excluir del sistema todo aquello que la norma indicaba como incorrecto. Así, ayudado por el pensamiento médico que profundizó la protección, la deficiencia se constituyó en el eje de todo el sistema jurídico, dejando de lado las necesidades, voluntad y pensamiento de la persona con discapacidad, con independencia de la forma en que la persona se pudiera expresar, comunicar o la intensidad de sus necesidades de apoyo.

El Código Civil y Comercial de la Nación introdujo cambios significativos en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad, y el más importante es sobre las prácticas jurídicas y judiciales. El principal cambio es romper con la ficción de la “capacidad jurídica como regla”, y establecer que todas las personas tienen capacidad de ejercicio, y que algunas de ellas lo harán con determinados apoyos (personas sin discapacidad que requieren de escrituras públicas por ejemplo - debemos poder visibilizar la profesión de escribanía como apoyo de quienes realizan determinados actos jurídicos), y otras que lo harán con otros determinados apoyos (personas con discapacidad intelectual, mental o psicosocial). Es decir, comprender que las personas son producto de sus entornos sociales, familiares, culturales y que el diagnóstico es una de las tantas circunstancias de ellas, y no la única y totalizadora.

En procesos tan profundamente invasivos como lo es el de la restricción de la capacidad jurídica, dejar de lado la memoria colectiva y utilizar como primer recurso el pensamiento médico instalado es el gran desafío para los/las profesionales del derecho, y los operadores judiciales, y utilizar las herramientas que los artículos 1º, 2º, 3º, 35 entre otros del Código Civil y Comercial de la Nación establece como “oportunidad” y “obligación” para el cambio de estereotipos, prejuicios y prácticas nocivas enquistadas y comenzar a reinscribir la memoria colectiva, priorizando a la persona por sobre su patrimonio; porque de nada sirve el patrimonio de la persona, sin que la persona pueda disfrutarlo a su manera, con los apoyos que necesiten y que respeten su voluntad y preferencias, esa es la metáfora final de la ficción.

III. Referencias

Abregú, M. y Curtis, C. (Compiladores) (2004). *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Centro de Estudios Legales y Sociales. 1era reimpresión. Editores del Puerto S.R.L.

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006). Ley 26.378.

<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/141317/texto>

Derrida, J. (1972). *La Diseminación la farmacia de Platón*. Seuil.

Di Pietro, A y Lopieza Elli, A. (1991). *Manual de Derecho Romano*. Depalma

Esposito, C. (2001). Determinación de la capacidad jurídica Persona con discapacidad como sujeto de derecho, voluntad, sistema de apoyos para la toma de decisiones. AÑO LXXXV N° 174 Tomo. *La Ley*. e- ISSN: 0024-1636 - RNPI: 5074180.

Esposito, R. (2009). *Inmunitas. Protección y negación de la vida*. Editorial Amorrortu.

Foucault, M. (2012). El poder, una bestia magnífica. (Entrevista con Manuel Osorio, Madrid, 1977). *El poder, una bestia magnífica. Sobre el poder, la prisión, y la vida*. Siglo XXI Editores S. A.

Gorodischer, C. (1998). Psicoanálisis y De constructivismo: el mal de archivo como disociación subjetiva. *Anuario del Departamento de Comunicación de la Universidad Nacional de Rosario*, Volumen III.

Hanna, M. (2005). *Costumbre y Derecho*.
<https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/12245/1/marta-hanna-costumbre-derecho.pdf>

Montespelleri, P. (2003). *Sociología de la memoria*. Edición Nueva Visión.

Murgia, E. I. (2011). Archivo, memoria e historia: cruzamientos y abordajes. *Íconos, Revista de Ciencias Sociales*, (41). Flacso-Ecuador.
<https://doi.org/10.17141/iconos.41.2011.387>

Savigny, M. F. C. (1879). *Sistema del Derecho Romano actual*. Tomo 2. F. Góngora y Compañía, Editores, Puerta del Sol.

Sumner Maine, H. (1993). *El Derecho Antiguo. Parte general*. Civitas.

Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (2012). *Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional N° 884/2012*. 1ra ed. Infojus. ISBN 978-987-28449-1-2.
<http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1522>

Fecha de recepción: 09-02-2025

Fecha de aceptación: 18-03-2025