

XIX Jornadas de  
Comunicaciones  
Científicas de la Facultad  
de Derecho y Ciencias  
Sociales y Políticas

UNNE

2023

*En homenaje a la Dra. Hilda Zulema Zárate*

Corrientes - Argentina

XIX Jornadas de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas: UNNE / Silvia Alegre... [et al.]; compilación de Martín Chalup; Lucía Sbardella; dirigido por Mario R. Villegas. - 1a ed. compendiada. - Corrientes:

Universidad Nacional del Nordeste. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, 2023.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online  
ISBN 978-987-3619-94-6

1. Derecho. I. Alegre, Silvia. II. Chalup, Martín, comp. III. Sbardella, Lucía, comp. IV. Villegas, Mario R., dir.  
CDD 340.072

# EL PARADIGMA DE LA CAPACIDAD

Morante, María Cecilia de los M.

*morantemaria@live.com*

## RESUMEN

El problema que motivó el presente trabajo se relaciona con la importancia de la noción de persona en el nuevo enfoque de derechos humanos incorporado a nuestra legislación a partir de la incorporación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esto impacta directamente en las decisiones que se tomen desde la administración de justicia hacia las personas que se encuentran expuestas y vulnerables al cuestionarse su capacidad. Y la interpretación de esta noción podría ayudar a corregir deudas pendientes con respecto a la dignidad, libertad e igualdad de oportunidades de las personas sometidas a procesos de restricción de capacidad. Para ello, se utilizó cualitativo, teórico, con enfoque descriptivo.

## PALABRAS CLAVES

Derechos Humanos, Vulnerables.

## INTRODUCCIÓN

El problema que trata de resolver este trabajo se centra en la construcción humanista de la personalidad. Un tema recurrente a lo largo de la historia de la humanidad, el hecho de cómo se ha ido transformando y evolucionando la noción de capacidad, impactando y siendo impactada por los contextos, hasta entenderla hoy la legislación nacional e internacional como un atributo de la persona – inherente a la misma- ya que es propio de la naturaleza humana y por ello se lo considera un Derecho Humano por excelencia.

El argumento o hipótesis principal es la presunción de capacidad de las personas como atributo de su personalidad y como un Derecho Humano, inescindible de la misma. Es decir, que opera como regla y sólo podría haber limitaciones de carácter excepcional sólo cuando sean en beneficio de la persona para ayudarla a manifestar su propia voluntad, en respeto de su dignidad, libertad y de la igualdad humana que exige ayudar a quienes se encuentren en circunstancias donde se vean vulnerables.

La importancia de la investigación radica en la trascendencia de la presunción de la capacidad de todas las personas, por el simple hecho de serlo. Es decir, como principio y como regla inicial de cualquier abordaje jurídico.

Los antecedentes del problema y justificación de la razón por la que se abordó su estudio tienen relación con la importancia de superar el paradigma tutelar en sus distintas dimensiones. No sólo el intentar proteger a las personas, decidiendo por ellas, como se hacía antes sino también el hecho de la relación simbiótica que se establecía entre las pericias psicosociales –con un diagnóstico básicamente médico- y la realidad de la capacidad jurídica de estas personas. Pero también, el hecho de soslayar su participación en el proceso de decisión sobre la restricción de su capacidad, como se puede observar en la práctica. Observándose que el nuevo modelo social de discapacidad incorporado a nuestra legislación interna desde la incorporación –con rango constitucional- de la Convención de los Derechos de las Personas con

Discapacidad, nuestra Ley Nacional de Salud Mental y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, no se estaría materializando en la praxis, con las consecuentes barreras que hallan estas personas para participar en igualdad de condiciones, mientras se siguen vulnerando sus derechos humanos.

## MÉTODOS

El trabajo se llevó a cabo a partir de estudios teóricos, con enfoque descriptivo. El problema se estudió de manera cualitativa, con indagación teórica y estudio de jurisprudencia, en el marco de la investigación doctoral de la carrera de Doctorado en Derecho. La misma se centra en un recorte temporal basado en el cambio de paradigma en nuestro país, a partir de los cambios legislativos promovidos por el instrumento internacional referente en la materia que es la CDPD.

En cuanto a las técnicas de recolección de datos y las fuentes, se recurrió a la elaboración de un banco de archivos vigentes en materia de leyes y, por otra parte, se confeccionó un banco de fallos de estudios a partir de la identificación realizada por los operadores de estos procesos en entrevistas sobre sus percepciones y experiencias en la materia.

## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

El significado de estos hallazgos tiene que ver con la dificultad de nuestra sociedad jurídica para abarcar cabalmente el paradigma de la capacidad. Se ha podido observar que existen normas dictadas en nuestro país, anteriores y posteriores al dictado del nuevo CCCN, que no se adecuarían a los principios de protección integral requeridos por el nuevo paradigma establecido en la CDPD. Esto de alguna manera obligaría a remitirnos siempre a esta norma supranacional, como ley marco que, al menos hasta aquí, entendemos cubre todos los pormenores que refiere el modelo social. Y a la vez, se ha detectado la

necesidad de otorgar mayor relevancia en la práctica a la comunicación directa o inmediatez con la persona cuestionada y la persona que administra justicia y sus auxiliares, para conocer su voluntad real, sus intereses y preferencias, y valorar su discernimiento.

En virtud de la hipótesis y los objetivos planteados al inicio de este trabajo, se ha confirmado la necesidad de advertir y revalidar la noción de persona y sus atributos inherentes. Ello a fin de retomar - desde esta noción- el enfoque de derechos humanos que debe signar el abordaje jurídico de cuestiones atinentes a personas en situación de vulnerabilidad como lo es un justiciable.

Así, se puede retomar lo establecido en el último Informe de evaluación periódica a nuestro país por parte del Comité de la CDPD de Naciones Unidas. Donde se establece que los derechos de estas personas siguen siendo vulnerados y que existen aún importantes deudas en la implementación real de la CDPD. Entre ellas se destaca el "...Armonizar el Código Civil y Comercial de la Nación con la Convención para garantizar el igual reconocimiento como persona ante la ley de todas las personas con discapacidad, incluyendo la eliminación de las disposiciones que permiten la restricción de su capacidad jurídica, así como las figuras de la incapacitación y la curatela...". Esta recomendación va en línea con los hallazgos de este estudio, enfatizando la necesidad de revisar nuestra normativa y su interpretación.

Entre los autores que discuten esta cuestión, encontramos a Hans Kelsen, para quien la noción de persona es una "construcción artificial", ya que considera, a diferencia de la doctrina tradicional, que la persona física no es el hombre. Según este autor, hombre y persona son "objetos totalmente diferentes" y lo fundamenta en la teoría pura del derecho.

Por su parte, Guillermo A. Borda critica la postura de Kelsen, diciendo que "la persona no nace porque el derecho objetivo le atribuya la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, sino que le reconoce esa capacidad porque es persona. En otras palabras, la persona no es un producto del derecho, no nace por obra y gracia del estado; es el "hombre de carne y hueso", el que nace, sufre y muere – sobre todo muere– el que come y juega y duerme y piensa y quiere". Sin embargo, los tratados internacionales de derechos humanos que se han plasmado en los últimos años –y a los que nuestro país ha otorgado jerarquía constitucional a partir de la incorporación del artículo 75 inciso 22 en la reforma de nuestra carta magna en el año 1994) encaran estas cuestiones desde un enfoque de derechos, centrándose en la noción de persona. En este sentido, se puede citar el texto del art. 6º de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), según el cual "...todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica..."; el art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1996) establece que "...todo ser humano tiene derecho en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica..."; o el artículo 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969), donde se explica que "persona es todo ser humano", y "...Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica...". De esta manera, se podría decir que la noción jurídica de persona constitucionalizada actualmente en nuestro país se refiere al ser humano en sí mismo, garantizando su protección jurídica, en el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos. En línea con lo trabajado en esta investigación, se reconoce la posibilidad de ahondar, en un trabajo futuro, sobre la declaración de incapacidad que nuestra

legislación adrede ha dejado existir en nuestra normativa, desconociendo lo estipulado al respecto por la Convención (CDPD). Sobre que pueden existir casos donde la persona necesite de ayuda para ejercer su capacidad jurídica, ello no significa que esté avalando su reemplazo o exclusión de modo alguno como se hacía antes. Que, si bien nuestro país ha dejado esta opción como herramienta extrema y de última ratio, no deja de reconocer esta posibilidad dentro de nuestro sistema jurídico, con la mentalidad que ello supone en esta construcción humanista de la personalidad y la noción de persona.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bender, D. B. (2011). *Coordinadora. Vulnerables. Obra colectiva*. Lajouane.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS); Mental Disability Rights International (MDRI). (2007). *Vidas arrasadas: la segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos. Un informe sobre Derechos Humanos y salud mental*. Mental Disability Rights International.
- Famá, M.V. y otros (2008). *Salud Mental en el Derecho de Familia*. Hammurabi.
- Foucault, M. (2016). *Enfermedad mental y psicología*. Paidós.
- Gutiérrez Posse, H. D. T. (1988). *Los Derechos Humanos y Las Garantías*. Zavalía.
- KRAUT, A. J. (2006). *Salud Mental: Tutela Jurídica*. Rubinzal-Culzoni.
- Organización Mundial de la Salud OMS. (2011). *Salud mental: un estado de bienestar*. [http://http://www.who.int/features/factfiles/mental\\_health/es/](http://http://www.who.int/features/factfiles/mental_health/es/)
- Salmón, E. y Bregaglio, R. (2014). *Nueve conceptos claves para entender la CDPD*. PUCP. Instituto de democracia y Derechos Humanos.
- Comité de la CDPD ONU. *Observaciones finales sobre los informes periódicos*

*segundo y tercero combinado de Argentina.*  
[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FARG%2FCO%2F2-3&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FARG%2FCO%2F2-3&Lang=en)

Lafferriere, J.N. (2011). *La persona humana en el Nuevo Código Civil y Comercial. El Derecho.*  
<https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/8998/1/persona-humana-nuevo-codigo.pdf>

Borda, G. A. (1996). *Tratado de derecho civil. Parte general, 11ª ed. act.* Perrot.

Kelsen, H. (1983). *Teoría pura del derecho.* Eudeba.

EJE TEMÁTICO DE LA  
COMUNICACIÓN  
Derechos Humanos / Sujetos  
Vulnerables

FILIACIÓN  
AUTOR 1: Tesista De Doctorado -  
Trabajo de Seminario de  
Investigación.