

Algunas reflexiones sobre las PERSONAS CON DISCAPACIDAD en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Dr. Claudio F.A. Espósito

claudiofaesposito@gmail.com

El Honorable Congreso de la Nación sanciona con fecha 1 de Octubre de 2004 la ley 26.994, aprueba el “Código Civil y Comercial de la Nación”, promulgado el 7 de Octubre de 2014, publicado en el B.O. 8/10/2014. Tanto el Código Civil como el Código Comercial, a excepción de algunos artículos de este último que son incorporados al nuevo, son derogados (artículo 4 de la ley 26.994), perdiendo vigencia normativa.

Este nuevo Código regirá las relaciones civiles y comerciales para todos los habitantes del territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes (artículo 4* del Anexo I de la ley 26.994), a partir del 1* de enero del año 2016 (artículo 7* de la ley 26.994).

En nuestro Ordenamiento Jurídico, y a partir de la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, se incorporó el denominado “Bloque Constitucional Federal”. Este es definido por Bidart Campos¹ como un conjunto normativo que tiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la constitución documental. El Bloque Federal tiene dos subsistemas, un articulado constitucional propio, y las normas del derecho internacional nominadas en el. Lo que nos está hablando en primer lugar de la Jerarquía de la Norma Constitucional en lo más alto del Ordenamiento Jurídico, y que los instrumentos internacionales hayan sido incorporados a la Constitución Nacional. Estos Instrumentos sin estar incorporados a la Constitución Nacional gozan de la Jerarquía de la Constitución. El artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional es el reconocimiento de dicha Jerarquización de los instrumentos internacionales, y permite una comunicación directa entre nuestro ordenamiento jurídico y el sistema de protección universal e interamericano de derechos humanos.

Para que un instrumento de derechos humanos pueda obtener la jerarquía que el constituyente previno, es necesario que el mismo sea aprobado por el Poder Legislativo

¹ BIDART CAMPOS, G. (1995). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Ediar.

con una mayoría especial (artículo 75 inciso 22); es decir que un instrumento internacional de derechos humanos puede ser aprobado y ratificado por la República Argentina, por

mayoría común, aunque para ser parte del “Bloque Federal”, es necesario que el mismo cuente con dos tercios de “totalidad de los miembros de ambas Cámaras”.

Ahora bien, más allá de la mención de los documentos internacionales en el texto del artículo citado, la “jerarquización” de los instrumentos internacionales, permitió la visibilización de dichos instrumentos para los operadores judiciales, abogados y todo profesional ligado al contralor del cumplimiento de los derechos humanos. Si bien, el Bloque Constitucional Federal fue el producto del consenso de los constitucionales, los tratados de derechos humanos firmados y ratificados por la República Argentina se encontraban vigentes y su aplicación se realizaba con el acompañamiento de la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en virtud que el compromiso que asume la República Argentina es para con las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, y la responsabilidad internacional se genera por la violación de los derechos humanos en su territorio, estableciendo el basamento jurídico para efectuar el “control de convencionalidad jurisdiccional.

El Bloque Constitucional Federal surge como una excelente mirada del Convencional Constituyente, ya que establece un lazo directo entre las normas locales y las del sistema de protección de derechos humanos. Ahora bien, la progresividad en materia de derechos humanos nos lleva a pensar que el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional debe ampliar su mirada para no resultar taxativa, enumerativa y limitante². Ya que si se coloca la mirada solamente en su articulado y existen instrumentos internacionales que por situaciones políticas del País como la actuales que impiden obtener las mayorías calificada, los mismos si bien tienen el aval de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³ para ser aplicados en los Países que firmaron la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Declaración de los

² GIL DOMINGUEZ, A. (2008). *Control de convencionalidad. Control de constitucionalidad e interdicción de la tortura en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - Control de Convencionalidad*. Ediar.

³CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – SENTENCIA: *Ximénes López c/ Brasil – Sentencia del 4 de Julio de 2006 – Corte Interamericana de Derechos Humanos*. .

Derechos Humanos, tendrán su resistencia en la aplicación, como lo tiene actualmente la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad.

Una de las características del nuevo Código es la “progresividad” propia del sistema de protección universal e interamericano de derechos humanos; en este sentido, al establecer sus “fuentes y aplicación” e “interpretación” (artículo 1* y 2* del Anexo I de la ley 26.994), menciona a los “*tratados de derechos humanos en los que la República sea parte*” como instrumentos indispensables para el análisis de las relaciones civiles y comerciales entre las personas.

En este sentido, el nuevo Código va a ampliar las herramientas de “aplicación e interpretación” en materia de relaciones civiles y comerciales, superando la jerarquización que establece la Constitución Nacional, que ha resultado ampliatoria de derechos por un lado, y limitante de aplicación por el otro, como es el caso de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad que muchos operadores judiciales se resisten a aplicar en virtud de la falta de incorporación al “Bloque Federal”; ya que establece como “fuente” de derecho a los tratados internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte, se encuentren o no dentro del “Bloque Federal”⁴.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad si bien siempre fue aplicable en la República Argentina desde su ratificación y aprobación por parte de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁵ y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos así lo han entendido. El

⁴ PIZZOLO, C. *La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal*. La Ley.

⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo “EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL C/ SOFOVICH, GERARDO Y OTROS. S/ RECURSO DE HECHO” del 07/07/1992.....9)..... Por ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la Convención Americana constituye un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción y que dichos instrumentos no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al probar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino

nuevo Código Civil y Comercial establece que respecto de las relaciones civiles y comerciales de las personas con discapacidad, todo el sistema de protección universal e interamericano de derechos humanos son fuentes de interpretación y aplicación, y por ende también lo es la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Interpretar o aplicar el Código Civil y Comercial de la Nación, a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad conlleva necesariamente hacerlo en base al “modelo social de la discapacidad”. Para ello es necesario dejar el “modelo médico hegemónico” fuente de la mayoría de la legislación vigente en materia de discapacidad, donde la personas con discapacidad es considerada un “objeto de protección”, e ir hacia un “modelo social”, donde la discapacidad como concepto en “evolución” obliga a la remoción de las barreras, para la protección del goce, disfrute y ejercicio de los derechos humanos.

En el Libro Primero, Parte General, Título I “persona humana” – Capítulo I, los artículos 19, 20 y 21 van a hablar del comienzo de la existencia de la persona humana, del embarazo y de su nacimiento; dejando en claro que el nuevo Código Civil y Comercial *no va a definir* que es una “persona humana” en ningún artículo.

El artículo 21 expresa: “...Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió...”; de ello se puede inferir que el nacimiento con vida hace o no a la existencia, aunque nunca se va a poner en duda que es “persona”; por ende el “fruto” de la concepción o implantación en el útero femenino, nazca o no con vida el nuevo Código, constituye “persona humana”. De esta forma el Código Civil y Comercial de la Nación se diferencia del anterior, ya que en su artículo 51 definía que era una “persona de existencia visible” (“...todos los entes que presentasen signos características

hacia los individuos bajo su jurisdicción (Pedro Nikken, "La protección internacional de los derechos humanos", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ps. 91/92, Ed. Civitas).¹⁷) Que un tratado internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su ratificación internacional, es orgánicamente federal, pues el Poder Ejecutivo concluye y firma tratados (art. 86, inc. 14, Constitución Nacional), el Congreso Nacional los desecha o aprueba mediante leyes federales (art. 67, inc. 19, Constitución Nacional) y el Poder Ejecutivo nacional ratifica los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional. La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación (art. 86, inc. 14, Constitución Nacional).

de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible...”).

En este sentido, va a mencionar distintos colectivos de personas, entre ellos podemos citar: vulnerables (artículo 706), indígenas (artículo 18), extranjeros (artículo 4) y con discapacidad (48, 2448 y concordantes). En lo que respecta a los colectivos de personas vulnerables o pueblos indígenas, el Código Civil y Comercial *“no define persona indígena, vulnerable o extranjera”*, ya que si no fue necesario para el “codificador” definir a la “persona humana”, en concordancia con ese pensamiento no fue necesario “definir persona vulnerable o indígena”.

Cuando hablamos del colectivo de “personas con discapacidad”, no va a suceder lo mismo, ya que el Código Civil y Comercial va a definir que es una persona con discapacidad (art. 48 y 2448 del Código Civil y Comercial).

En el contexto específico de una legislación que ampare derechos de grupos especialmente protegidos, la definición resulta imprescindible; así la ley 22.431 (sistema de protección integral para discapacitados), al igual que la ley 25.280 (Convención para la eliminación de todas formas de discriminación contra las personas con discapacidad) y la ley 26.378 (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad), definen que es una “persona con discapacidad”⁶.

En este sentido el Código Civil y Comercial decidió “no definir persona humana”, no definir “persona vulnerable”, no definir “pueblo indígena”, no definir “extranjero” aunque sí decidió definir “persona con discapacidad”. Esta definición resulta discriminatoria en términos del sistema de protección universal e interamericano de derechos humanos, ya que en nuestro Código Civil *“es el único colectivo”* definido, y decididamente etiqueta, encasilla y estigmatiza.

⁶Infr. CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (A/RES/61/106), 24 de enero de 2007.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, *instrumento autorizado para la interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial*, establece en su preámbulo: "...e) Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona 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 y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás..."⁷; esta mirada "progresiva" del concepto en "evolución" nos coloca frente a una dinámica distinta a la propuesta por el "codificador", que decide "etiquetar" solamente a este colectivo de personas en una definición que no solo contradice la propuesta de "no definición de persona humana", sino que resulta contraria al modelo social de la discapacidad.

En segundo lugar es dable destacar sin entrar en consideraciones específicas, las que trabajaremos más adelante, que el nuevo Código no solo "define" persona con discapacidad, *sino que va a definirla 2 (dos) oportunidades.*

En este sentido el artículo 48 del Código Civil y Comercial menciona: "...A estos fines, se considera persona con discapacidad, a 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..."; y el artículo 2448 del Código Civil y Comercial expresa: "... A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a 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..." *Ambas definiciones son iguales.*

⁷ Infr. CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (A/RES/61/106), 24 de enero de 2007.

La sola definición como mencionamos con anterioridad estigmatiza, y la doble definición profundiza la discriminación.⁸

Ahora bien, vamos a detenernos en el contexto donde es definida la persona con discapacidad, y se efectúa en el marco del “modelo médico hegemónico”. Este, es producto de las sociedades industriales cuyos rasgos más salientes estarían dados por su

adhesión al enfoque positivista, unicausal y biologicista, su perfil mercantil, su privilegio de la dimensión curativa sobre la preventiva, su suposición (y reforzamiento) de la pasividad del sujeto, su concepción de la enfermedad como desviación de lo normal y de la salud, como ausencia de enfermedad y su promoción de una modalidad de atención asilar y manicomial⁹, constituye la raíz de la ideología dominante del “pensamiento médico”¹⁰, que es que procura deslindar lo que es normal de lo que es anormal, e intentará distinguir a diferencia del jurídico en lícito e ilícito, en normal y anormal.

El Parágrafo 5º - Inhabilitados ARTÍCULO 48.- Pródigos, establece: “...Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad, a 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. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes....”

El “codificador” decide definir “persona con discapacidad” en el artículo donde va a hablar de “inhabilitados”, hecho no casual; una definición ideológicamente necesaria en el contexto de la “deficiencia”, y que denota la ideología “médico hegemónica” dominante.

⁸VASEN, J. (2011). *Una nueva epidemia de nombres impropios - el DSM V invade la infancia en la clínica y las aulas*. Noveduc.

⁹ MENENDEZ, E. (1981). *Poder, estratificación y salud*. México: De la casa chata.

¹⁰ FOUCAULT, M. (2012). *El poder, una bestia magnífica - sobre el poder, la prisión y la vida*. Siglo XXI Editores S.A.

Nótese que el artículo habla de “prodigalidad” en los bienes. El centro del artículo es la inhabilitación de las personas “prodigas” no las “personas con discapacidad”. Solo va mencionar a este colectivo como uno de los 4 grupos plausibles de ser sujetos pasivos de la prodigalidad de un tercero; por ende la definición de “persona con discapacidad” en este artículo resulta descontextualizada ya que no define a los otros grupos (cónyuge, conviviente, etc.).

Por último analizaremos la propia definición que el Código Civil y Comercial propone para definir “persona con discapacidad”.

Tanto el artículo 48 como el 2448 definen a la persona con discapacidad como “...a estos fines, se considera persona con discapacidad, a 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...”

La definición nos habla de “padecimiento”. Esta definición que tiene raíces en el “pensamiento médico” nos hablar de una situación y condición personal de la propia persona y constituyente de su personalidad. La mención de la “alteración funcional” va a profundizar el pensamiento “normalizador” sostenido por Quetelet, Dalton o Bell¹¹, que sumado la idea de “desventajas para su integración”, nos indican un fuerte mirada médica que contraria los principios de derechos humanos que emanan del sistema de protección universal e interamericano.

Esta definición difiere sustancialmente del modelo social de la discapacidad, de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, se centra en el déficit, coloca la responsabilidad sobre la propia persona, profundiza la estigmatización, establece

¹¹RODRIGUEZ MORENO, A. *Giorgio Agamben y los derechos humanos: Homo Sacer I. El poder soberano y lanuda vida.* Obtenido de: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhumex/cont/16/art/art4.pdf).
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhumex/cont/16/art/art4.pdf>

principios de integración como respuestas sociales, en detrimento de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Conforme los artículos 1 y 2 del Anexo I de la ley 26.994, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad resulta ser “fuente de interpretación y aplicación” del Código Civil y Comercial, por ende resulta jurídicamente reprochable que la definición de persona con discapacidad no sea otra que la que establece el artículo 1* “...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...”

Esta definición resulta clara en cuanto a un modelo de ejercicio de derechos, de eliminación de barreras, de participación plena, de igualdad de condiciones que los demás. El Código Civil y Comercial de la Nación es contrario en este sentido al sistema de protección universal e interamericano de derechos humanos, la definición de persona con discapacidad contraría el principio de “no definición de persona humana”; en igual sentido la “doble” definición profundiza la estigmatización; y la definición contraria al modelo de protección de derechos humanos resulta una violación clara de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.