

CAPÍTULO I

Los modelos de tratamiento de las personas con discapacidad y sus relaciones con el ordenamiento jurídico venezolano

El Derecho, a lo largo de su historia, ha respondido de diversas formas ante el fenómeno de la discapacidad, tales respuestas han sido sistematizadas por la doctrina a través de fórmulas que evidencian una manera homogénea de tratar dicha situación jurídica, sustentada en unos principios que subyacen en cada enfoque normativo que se tenga sobre las personas con discapacidad.

En efecto, la doctrina ha examinado las diversas normas que componen el ordenamiento jurídico, estudiado y visualizado un enfoque común en cuanto a las aspiraciones que se tienen ante el fenómeno social de la discapacidad y sus repercusiones jurídicas.

Obviamente, no existe completa sincronía entre los autores, ello en parte por la natural ambición de innovar que los guía, pero, en todo caso, las variaciones son básicamente de denominaciones, concurriendo cierto consenso en sus principales caracteres.

El comprender cuáles han sido los modelos de tratamiento de las personas con discapacidad que han operado a lo largo de la historia es fundamental para asimilar los objetivos que persiguen ciertas instituciones jurídicas, pues la terminología, razones, perspectivas o progresiones van a depender, en gran medida, del grado de alineación que un determinado ordenamiento jurídico posea en relación con un modelo en específico. Aunque hay que advertir, desde ya, que no se va a ubicar un caso real que posea un definido paradigma en estado puro, ello en razón de que los cambios

no se imponen de un día para otro, sino que son sucesiones de etapas que paulatinamente van cristalizando la preponderancia de un sistema y el desplazamiento del predecesor de acuerdo con la razón¹ o, al menos, eso es lo que se ha observado con meridiana claridad en el caso del modelo médico que gradualmente es sustituido por el modelo social.

Entonces, corresponde aquí fijar los caracteres que definen los principales modelos sobre el tratamiento de las personas con discapacidad, a saber: prescindencia, médico y social, así como los institutos que los desarrollan, con especial énfasis en materia de la capacidad de ejercicio, y adicionalmente identificar las normas jurídicas que en el ordenamiento venezolano responden a cada uno de dichos paradigmas o modelos.

I. LOS MODELOS O DISEÑOS DE PARADIGMAS

La discapacidad como condición, aunque denominada con diversos vocablos, siempre ha acompañado al hombre, y por ello no es de extrañar que desde los cimientos del Derecho occidental se aprecian normas jurídicas –aunque tal vez rudimentarias– que se dediquen a regular tal situación y sus relaciones.

Esas normas incipientes, con el devenir de los tiempos y su evolución científica, van a mutar hacia otras visiones del asunto y serán los científicos los que extraerán de ellas unos perfiles identificadores que denominarán «modelos»².

¹ BELLO Andrés: «Administración de justicia. Examen del proyecto presentado al Consejo de Estado por don Mariano Egaña». En: *Obras completas*. T. XVIII (Temas jurídicos y sociales). 2.^a, La Casa de Bello. Caracas, 1982, p. 558, advierte de pasada: «Ni todo ha de dejarse por antiguo, ni todo ha de despreciarse por nuevo; y es preciso dar lugar a la razón para que examine detenidamente las cosas, a fin de que se admita siempre lo más conveniente y útil, lo más equitativo y justo, sin pararse en la recomendación de lo viejo, ni en la aparente brillantez de lo moderno».

² Para A. LLEWELLYN y K. HOGAN, el término «modelo de discapacidad» es «un tipo particular de teoría estructural que intenta explicar el fenómeno haciendo referencia

Tales formas de tratar el fenómeno jurídico no son novedosas, pero sí en extremo útil. Un ejemplo claro donde se pueden captar los beneficios de emplear un modelo como instrumento de análisis de una situación dada se ve en el denominado: «paradigma de la protección integral» que se posiciona en la escena mundial a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño³ y que viene a desplazar el modelo identificado como «doctrina de la situación irregular» que había pervivido por muchos años como una respuesta idónea para la realidad infanto-juvenil⁴.

a un sistema y un mecanismo abstracto», citado en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Ángela: *Modelos en el tratamiento de las personas con discapacidad: especial referencia a la discapacidad intelectual*. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid, 2010, p. 22. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *Metodología del estudio y de la investigación*. 4.^a, Ediciones Centauro. Caracas, 1976, p. 94, comenta que los científicos emplean teorías e hipótesis, pero «De igual modo pueden valerse en sus construcciones teóricas de “modelos” que los utilice el investigador como paradigma o guía de sus estudios, que habrá de confrontarse con la realidad social para ver si son adecuados a ciertos usos, ya que los modelos no son ni verdaderos ni falsos (...) Su importancia radica en su aspecto instrumental y pragmático que, desde el punto de vista epistemológico o del saber científico, se utiliza como interpretaciones de una teoría». Cfr. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: «Las estructuras y los modelos en el Derecho». En: *Anuario de la Facultad de Derecho*. N.º 8. ULA. Mérida, 1978, pp. 76 y 80, «hace referencia a comportamientos colectivos-tipo que se toma conciencia de ellos en la vida social y cuyo conocimiento va más allá de los datos sensibles, imprimiéndoles a estos forma y contenido»; en síntesis, los modelos del Derecho son «Modos de comportamiento colectivo tipificadores de una estructura jurídica, cuya construcción lógico-positiva responde a exigencias de la vida social y que por su perfil carismática se presentan como paradigmas en el mundo del Derecho».

³ Vid. Ley aprobatoria, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 34 541, de 29-08-90.

⁴ Cfr. «Exposición de motivos» de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 5266 extraordinario, de 02-10-98. CASTILLO CALVO, Anabel: «La Convención Internacional de los Derechos del Niño y la construcción de nuevos esquemas de investigación». En: *De los menores a los niños una larga trayectoria*. UCV. Caracas, 1999, p. 62, «Los últimos quince años se han caracterizado por un conjunto de cambios en lo que a la concepción del niño se refiere. Para muchos esta evolución ha estado marcada por un cambio de paradigmas, siendo la Convención Internacional de los Derechos del Niño un hito principal. Podría suponerse que este proceso de cambio y redefiniciones se inicia con

Ciertamente, el aludido paradigma de la protección integral conformado por su visión, principios e institutos ha implicado una verdadera renovación del sistema de tratamiento de la infancia, y hoy es prácticamente unánime la necesidad de su implementación para garantizar de manera idónea los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La fortuna de haber estudiado sistemáticamente tal área del Derecho nos ha dotado de las herramientas hermenéuticas para afirmar que su principal logro –desde el punto de vista teórico– ha sido consolidar una nueva visión de la infancia que envuelve todas sus figuras jurídicas aunque mantengan sus antiguas denominaciones, pues, el cambio ha sido principalmente de enfoque y a partir de allí se han realizado las adecuaciones necesarias para que los institutos que la desarrollan y las normas jurídicas en general se ajusten tanto terminológica como operativamente a la visión que emana del referido modelo, generando, a la postre, importantes beneficios para la población infanto-juvenil.

En el supuesto de las personas con discapacidad y su tratamiento, se observa una situación similar, aunque con una propia fisonomía, pero básicamente el paso de un modelo a otro parte de un enfoque totalmente diferente que es desarrollado bajo principios, institutos y órganos que, aunque existieran previamente o sean creados especialmente para regir esta nueva perspectiva, comparten una visión común aglutinadora y que además los dota de una coherencia interna.

De lo anterior se desprende con nitidez la relevancia del asunto y el esfuerzo que diversos sectores –institucionales, académicos, profesionales y otros– han empleado en construir un modelaje que permita comprender, incluso por el profano, cuáles son las directrices que se deben seguir en determinada sociedad sobre el tratamiento de las personas con discapacidad.

la Doctrina de la Situación Irregular la que en su momento (hasta los años setenta) pretendió ofrecer un espacio para el cambio de las posiciones que en esa época se habían sostenido como de corte penalista para abordar la problemática de los jóvenes en situación de abandono y de violación de normas».

2. TAXONOMÍA DE LOS MODELOS DE TRATAMIENTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Como se indicó *supra*, la doctrina recientemente ha efectuado enormes esfuerzos para sistematizar las formas en que se ha tratado a las personas con discapacidad, en gran sentido por su importancia pedagógica. Empero, no se ha llegado a establecer uniformidad en la clasificación de tales modelos, de allí que cada autor fija su propio esquema.

PALACIOS distingue tres modos en que la sociedad ha tratado el fenómeno de la discapacidad: prescindencia –con los submodelos eugenésico y de marginación–, rehabilitador y social⁵, clasificación tripartita que se sigue en este trabajo.

Para RODRÍGUEZ LÓPEZ es en el siglo XX en donde se dan los avances para que surjan «los tres modelos de tratamientos de la discapacidad» que se ven reflejados en las disposiciones jurídicas del actual ordenamiento español, a saber: biomédico, social y sociopolítico⁶.

⁵ Vid. PALACIOS, Agustina: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. CERMI. Madrid, 2008, *in totum*. Cfr. DE ASÍS, Rafael; BARIFFI, Francisco y PALACIOS, Agustina: «Principios éticos y fundamentos jurídicos». En: *Tratado sobre discapacidad*. R. DE LORENZO GARCÍA y L. C. PÉREZ BUENO, directores. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2007, pp. 84 y ss. También, algunos autores han efectuado su modelaje desde la capacidad, así BENAVIDES LÓPEZ, Álvaro Fernando: *Modelos de capacidad jurídica: una reflexión necesaria a la luz del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Universidad Carlos III de Madrid. Tesis doctoral, R. DE ASÍS ROIG, director. Madrid, 2013, pp. 11 y 12, señala «se identifican tres modelos teóricos que han sustentado una noción de capacidad y a partir de ello han justificado ciertos límites a la capacidad, determinando un tipo de trato a quienes no se ajustan a dicha noción», los modelos serían modelo de *status*, paternalista y promotor; cada uno se enmarca en el equivalente modelo de tratamiento de la discapacidad: prescindencia, rehabilitador y social, respectivamente.

⁶ RODRÍGUEZ LÓPEZ: ob. cit. (*Modelos en el tratamiento...*), p. 8.

Por su parte, JIMÉNEZ LARA propone una clasificación con cinco tipologías: i. el modelo tradicional, ii. la ideología eugenésica, iii. el modelo médico, iv. el modelo social y v. el modelo de integración⁷.

Tales construcciones no son meramente especulaciones sociológicas o expresiones de una agenda política que desea posicionar una visión ideológica sobre el tema de la discapacidad, al contrario, representan una clara expresión de las formas en que se trata un fenómeno jurídico asociado a las personas con discapacidad con recepción en normas jurídicas. Lo que no impide que tales normas puedan responder individualmente a distintos momentos de creación y, a su vez, a diversos modelos, manteniendo aparente vigencia, conviviendo y generando distorsiones; de allí la relevancia de su estudio e identificación, para así lograr unificar paulatinamente el ordenamiento jurídico de forma tal que solo perviva un prototipo –actualmente fundado en un enfoque de derechos humanos– que sirva de soporte a una visión global y coherente sobre el tratamiento de las personas con discapacidad.

Finalmente, el tener presente los distintos tratamientos jurídicos a que han estado expuestas las personas con discapacidad, más allá de facilitar la comprensión del fenómeno, permite extraer un contexto histórico sobre su evolución y con ello apreciar las razones de algunas políticas públicas y su desarrollo normativo, así como entender el legítimo reclamo por su superación y las consecuentes adecuaciones a las nuevas tendencias. Pues, no se trata meramente de un tema de moda o de «penetración» foránea con afán de novedad⁸, sino de la necesidad de que este aspecto sea visualizado

⁷ Vid. JIMÉNEZ LARA, Antonio: «Concepto y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes». En: *Tratado sobre discapacidad*. R. DE LORENZO GARCÍA y L. C. PÉREZ BUENO, directores. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2007, pp. 177 y ss.

⁸ Vid. SPÓSITO CONTRERAS, Emilio: «Panorámica iberoamericana de las actuales tendencias jurídicas sobre las personas con discapacidad». En: *Derecho y Sociedad*. N.º 19 Universidad Monteávila. Caracas, 2022, p. 190, advierte sobre estos peligros: «La subversión del sentido tuitivo de nuestro Derecho no es un evento cualquiera,

bajo un enfoque de derechos humanos, donde descuelle la dignidad, la igualdad y no discriminación, y la autonomía como expresión de la libertad de todo ser humano.

3. EL MODELO DE PRESCINDENCIA

Algunos autores han subrayado que, si bien el desarrollo científico de esta materia comienza en el siglo xx, gracias en gran parte a los avances en la medicina, la psiquiatría y la psicología, el Derecho nunca ha dejado de tratar el asunto, aunque con normas muy rudimentarias e incipientes, muchas de ellas fundadas en intereses exógenos al sujeto regulado, el cual era calificado como de «incapaz» relativo o absoluto.

Empero, la reflexión sobre tal visión contemporánea a la génesis del Derecho occidental –antigua Roma–, además de ser la más amplia, cronológicamente hablado, es significativa en razón de que en algunos ordenamientos todavía existen –solapadamente– reglas jurídicas y prácticas sociales que se identifican completamente con dicho esquema de proceder, lo cual, además de invitar a su revisión, representa un palpable ejemplo de lo que tardan las ideas atávicas en ser superadas.

En todo caso, huelga subrayar que la relevancia de este apartado es fundamentalmente de carácter histórico y didáctico, ya que persigue evidenciar el hecho de que siempre ha existido un interés en regular a las personas con discapacidad, aunque en este estadio sea a través de institutos primitivos sustentados en apreciaciones ritualistas o religiosas.

sino que puede amenazar las propias bases de nuestra convivencia. El afán de novedad, e incluso esnobismo, tan del gusto de nuestro carácter, muchas veces nos hace asumir posturas que, por equivocadas o extrañas a nuestra cultura, están condenadas al fracaso».

3.1. Definición

Partiendo de que la sociedad históricamente ha distinguido entre patrones de «normalidad» y «anormalidad», el Derecho occidental –que es el que aquí se analiza– se enfocó desde su génesis en construir un sistema para el grupo que entraba dentro de la casilla estándar y, en contrapartida, excluyó lo que identificaba como raro, extraño o irregular generando como efecto jurídico que se descartaran de la sociedad⁹, de allí surge el denominado «modelo de prescindencia» que, por definición, implica exclusión u omisión.

PALACIOS comenta que, siendo que para tal estadio «la discapacidad tenía un origen religioso, y asimismo imperaba la creencia de que las personas con discapacidad no tenían nada que aportar a la comunidad, sino más bien que eran una carga, para sus propios padres, o para la sociedad»¹⁰ se decide prescindir de ellas, ya sea por medio de políticas eugenésicas o ubicándolas en asilos para los «anormales» o pobres¹¹.

⁹ PALACIOS: ob. cit. (*El modelo social...*), p. 26, «las personas con discapacidad se consideran innecesarias por diferentes razones: porque se estima que no contribuyen a las necesidades de la comunidad, que albergan mensajes diabólicos, que son la consecuencia del enojo de los dioses, o que –por lo desgraciada–, sus vidas no merecen la pena ser vividas».

¹⁰ Citada en DE ASÍS, *et al.*: ob. cit. («Principios éticos...»), pp. 84 y 85.

¹¹ Vid. DIEZ-PICAZO, Luis: «Prólogo» al libro: *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español*. UAM. Madrid, 1975, p. 15, «Antiguamente, el individuo subnormal quedaba como enterrado en el seno de la familia, la cual, por regla general ocultaba el hecho, considerándolo, de alguna manera, como vergonzoso. Existía también un cierto atavismo por virtud del cual las personas en estado de subnormalidad eran consideradas como poseídas por fuerzas extrañas y llegaban incluso a infundir miedo». *Cfr.* BENAVIDES LÓPEZ: ob. cit. (*Modelos de capacidad...*), p. 18, «El ser consideradas innecesarias, llevará a que la sociedad decida prescindir de ellas, ya sea a través de políticas eugenésicas o a través de la marginación. En esta época, la persona con discapacidad alberga mensajes diabólicos, que son la consecuencia del enojo de los dioses o un castigo hacia sus progenitores. Por estos motivos, serán temidos, perseguidos o en casos extremos eliminados por la sociedad».

Ahora bien, dicha exclusión es palpable en cuanto al disfrute de los derechos, ya que no se concibe que estos «marginados» —«deficientes» físicos o mentales— tengan posibilidades de disfrutar de facultades, incluyendo las más elementales, sino, en el mejor de los casos, de medidas caritativas o paliativas. Por lo anterior, era común en una primera etapa la aplicación de prácticas eugenésicas a los que nacían con deformaciones congénitas¹².

Un claro caso de lo expuesto se puede visualizar en la teoría sobre el inicio de la personalidad distinguida como «teoría de la figura humana». Vale recordar que la misma planteaba que, para que el feto fuera reputado como persona, se requería que naciera vivo y que, además, poseyera figura humana, por lo que excluía de la personalidad a los seres humanos con deformidades físicas graves¹³. Tesis que se mantuvo incorporada en el Código Civil español (artículo 30)¹⁴ hasta su reciente modificación a través de la Ley 20/2011 del Registro Civil (disposición final tercera). Dicha posición también formó parte de ordenamiento venezolano durante la vigencia del

¹² FERRER, FRANCISCO M.: «El matrimonio y los problemas jurídicos de la eugenesia». En: *Cuestiones de Derecho Civil*. N.º 3. Rubinzal y Culzoni. Santa Fe, 1979, p. 174, comenta «Los brahmanes mataban o abandonaban a los niños que después de dos meses de nacidos les parecían de mala índole (...) Los espartanos mataban a los recién nacidos enfermos, degenerados o mal formados, por considerarlos una carga inútil para el Estado. La Ley romana de las XII Tablas autorizaba al padre a dar muerte al hijo deforme».

¹³ Vid. VARELA CÁCERES, Edison Lucio: *Lecciones de Derecho Civil I Persona*. Editorial RVLJ. Caracas, 2019, pp. 216 y 217. Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte)*. TSJ. Caracas, 2007, pp. 86-91.

¹⁴ Código Civil español es de 1889 y sigue en este aspecto el proyecto de 1851 de GARCÍA GOYENA que indicaba en el artículo 107: «Para los efectos legales, solo se reputa nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y vive 48 horas naturales». Concretamente, GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. T. I. Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial a cargo de F. Abienzo. Madrid, 1852, pp. 121 y ss., al comentar la fuente de la regla proyectada, observa que lo de la «figura humana» es influencia de los textos romanos —el Digesto— y Las Partidas y se toma por tradición.

Código Civil de 1867¹⁵. Obviamente, la exclusión de la personalidad abría las puertas para la licitud del infanticidio.

Otra forma de prescindir de los recién nacidos –que solapadamente podría devenir en la muerte– era el mero «abandono», así los denominados niños «expósitos» son aquellos infantes que eran dejados a su suerte o en determinados lugares donde se presumía que se les podía dar albergue; muchos de esos niños poseían alguna diversidad funcional; de allí que la legislación civil procurara dejar constancia de «cualquier señal» y las particularidades del hallazgo a los fines de ubicar a los progenitores¹⁶.

En lo que respecta a los que padecía una «enfermedad mental» o «deficiencia intelectual», aunque jurídicamente desde la Ley de las XII Tablas se observaban regulaciones dirigidas a proteger básicamente el patrimonio

¹⁵ Vid. artículo 122 del Código Civil de 1867. Cfr. *Leyes y decretos de Venezuela*. T. iv (1861-1870). Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1982, p. 609, www.cidep.com.ve.

¹⁶ Vid. artículo 312 del Código Civil de 1867, supuesto actualmente regulado en artículo 91 de la Ley Orgánica de Registro Civil. Por otra parte, tal conducta estaba castigada por el Código Penal de 1873, «Del abandono de niños e incapaces»: «artículo 401.- Los padres, abuelos, tutores o encargados de un niño menor de tres años que lo abandonaren en lugar despoblado o intransitado, o lo expusieren en lugar donde puede ser devorado por animales o muerto por cualquier accidente, sufrirán la pena de encierro...», que también sancionaba atenuadamente si el abandono era de niños menores de 8 años o si era en lugar seguro o en «casas de expósitos», «artículo 407.- Lo dispuesto en esta ley para castigar el abandono de los niños, se observará respecto del abandono de personas físicamente incapaces, haciéndose por una experticia la equiparación entre aquellos y estas para la condigna aplicación de las penas, según los casos». Vid. *Leyes y decretos de Venezuela*. T. v (1870-1883). Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1983, pp. 478 y 479. Cfr. OCHOA, Francisco: *Exposición del Código Penal venezolano*. Imprenta Bolívar-Alvarado. Maracaibo, 1888, pp. 427-431, donde señalaba: «Los tribunales deben, conforme al precepto de ley, practicar una experticia que demuestre el grado de ese impedimento y determine el mal que puede acarrear en estos casos el abandono del incapaz». Véase también artículo 435 del Código Penal vigente (según reforma publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 5763 extraordinario, de 16-03-05).

de aquel *sui iuris* que se hallaba privado de capacidad natural de obrar¹⁷, no existía una verdadera comprensión del fenómeno, ni de sus causas, lo que ocasionaba que socialmente se concibiera como producto de un castigo de las divinidades o de acciones diabólicas¹⁸, todo ello envuelto en creencias religiosas, ritualistas y mágicas, propias de dicha época.

3.2. Presupuestos

Si se quisiera hacer un listado de los fundamentos de esta visión, y siempre teniendo presente que se bosqueja en líneas gruesas, pues corresponde a un largo periodo histórico que debe ser juzgado según las creencias y desarrollos culturales de cada estadio, se pueden señalar los siguientes:

i. Ausencia de regulación: salvo lo referido a las instituciones de protección –tutela o curatela– que han pervivido en la actualidad –aunque con enormes alteraciones a sus concepciones iniciales– enfocadas principalmente, desde el punto de vista práctico, al tema patrimonial¹⁹, no se aprecian importantes instituciones jurídicas dirigidas al tratamiento de las personas con discapacidad, lo que implica que prácticamente dependían exclusivamente de su suerte; de allí su clara exclusión del concierto social.

Pudiera, quizás, aludirse a algunas regulaciones aisladas sobre el disfrute de pensiones para los «heridos de guerra»²⁰; decretos presupuestarios sobre

¹⁷ Vid. ROGEL VIDE, Carlos: «La tutela del deficiente mental». En: *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español*. UAM. Madrid, 1975, pp. 160 y ss.

¹⁸ Cfr. RODRÍGUEZ LÓPEZ: ob. cit. (*Modelos en el tratamiento...*), pp. 13-15.

¹⁹ CARRETERO PÉREZ, Adolfo: *La problemática jurídica de los subnormales en España*. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1977, pp. 88 y 89, comenta que la tutela en el Derecho romano, el tutor: «Se limitaba a lo patrimonial y sobre la persona del pupilo no tenía potestad, sino que en dicha esfera actuaba la madre o los parientes más cercanos» y en cuanto a la curatela o cura «Tampoco cuidaba de la persona, sino de los bienes».

²⁰ Vid. Ley sobre goces de inválidos y modos de comprobar la invalidez, de 1836 y reformas de 1839, 1842 y 1846. Cfr. *Leyes y decretos de Venezuela*. T. I (1830-1840). Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1982, pp. 257-258 y 512-513;

asilos, nosocomios, manicomios, etcétera²¹ o disposiciones sobre el orden público²², ello sin que se aprecie una política pública en conjunto dirigida a tal problemática, sino soluciones coyunturales e improvisadas.

ii. Percepción mitológica o simbólica de las causas de las discapacidades: se asume que la discapacidad es consecuencia de un comportamiento malvado que es castigado por los dioses por medio de la discapacidad o un mensaje de los dioses ante acciones proclives al pecado y, por tal razón, no se puede hacer nada a favor de ello, pues no se pueden contradecir tales designios.

Entonces, bajo tal forma de ver el asunto, las personas con discapacidad no merecen vivir y de allí que se prescindiera de ellas²³, por medio de prácticas eugenésicas, o sean recluidas a barrios o zonas aisladas destinadas a las clases pobres, minorías o marginados.

iii. Respuesta meramente eugenésica o caritativa: durante esta etapa era común, en un principio, las soluciones eugenésicas como las ya mencionadas

Leyes y decretos de Venezuela. T. II (1841-1850). Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1982, pp. 100-101 y 326-327.

²¹ *Vid.* Decreto por el cual se distribuye la renta pública nacional destinada a obras públicas de 1876, donde se asigna para terminar «Hospital de locos» en Los Teques 5500 venezolanos. *Cfr. Leyes y decretos de Venezuela*. T. VII (1873-1878). Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1984, p. 318.

²² *Vid.* Ley 2.^a del Código de Policía de 1854, sección 2.^a de la seguridad pública: «Artículo 16.- Deben los empleados de policía impedir de que anden por las plazas, calles y caminos públicos, locos o personas furiosas, haciendo que los que se presenten sean retenidos y asegurados en sus casas por sus deudos, o en los hospitales u otros establecimientos de caridad...». *Cfr. Leyes y decretos de Venezuela*. T. III (1851-1860). Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1982, p. 258.

²³ PALACIOS: ob. cit. (*El modelo social...*), p. 62, «las personas con discapacidad fueron objeto de un doble tratamiento. Por un lado, del trato humanitario y misericordioso que inculcaba la caridad cristiana, y por otro, de un tratamiento cruel y marginador, originado como consecuencia del miedo y el rechazo. Cualquiera de estas dos consideraciones tenía el mismo resultado: la exclusión».

referentes a la negación de la personalidad de los nacidos con algunas deformaciones físicas²⁴, pero ya con el influjo del cristianismo surgieron remedios compasivos dirigidos a fomentar las responsabilidades familiares y la creación de auspicios por órdenes religiosas. En todo caso, no se contemplaba la posibilidad de la recuperación²⁵, por lo que las personas con discapacidad que no tuvieran recursos económicos debían apelar a la caridad²⁶, mendicidad o a la diversión como «fenómenos de feria» para lograr su supervivencia.

En efecto, comenta CARRETERO PÉREZ: «Históricamente, el minusválido, era apartado de la sociedad y abandonado a su suerte, sin cumplir una

²⁴ Comenta PALACIOS –citada en DE ASÍS *et al.*: ob. cit. («Principios éticos...»), p. 85– «Tanto la sociedad griega como la romana, basándose en motivos religiosos y políticos, consideraban inconveniente el desarrollo y crecimiento de niños con deficiencias». FERRER: ob. cit. («El matrimonio y los problemas...»), p. 176, alude que bajo prácticas eugenésicas más recientemente se ha impulsado otras medidas negativas como la esterilización, el aborto o la eutanasia. Así, por ejemplo, comenta BARIFFI, FRANCISCO: *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Ediciones Cinca. Madrid, 2014, p. 175, «la discapacidad suele utilizarse como motivo o justificativo para autorizar prácticas de eutanasia, bajo la consideración de que la vida de ciertas personas con discapacidad no merece seguir siendo vivida».

²⁵ Recuerda PALACIOS: ob. cit. (*El modelo social...*), p. 54, que «el hecho de considerar a la diversidad funcional como una situación inmodificable originaba que la misma debiera ser aceptada con resignación».

²⁶ Ya desde la génesis del Derecho Constitucional se deslumbraba esta visión cuando la Declaración de los Derechos del Pueblo de Venezuela de julio de 1811 establecía en su sección «Deberes del cuerpo social»: «artículo 3.- Los socorros públicos son una deuda sagrada a la sociedad: ella debe proveer a la subsistencia de los ciudadanos desgraciados, ya asegurándoles trabajo a los que puedan hacerlo, ya proporcionando medios de existencia a los que no están en este caso», después ratificado en la Constitución de diciembre de ese mismo año: «artículo 198.- Siendo constituidos los Gobiernos para el bien y felicidad común de los hombres, la sociedad debe proporcionar auxilios a los indigentes y desgraciados y la instrucción a todos los ciudadanos», *cfr. Las constituciones de Venezuela*. T. I. 3.^a, Academia de Ciencias Sociales y Políticas. «Estudio preliminar» de A. R. BREWER-CARÍAS. Caracas, 2008, pp. 551 y 575.

función social para la comunidad y se les dedicaba a la mendicidad; después la atención religiosa hizo que se les apartase de la mendicidad y por último se pretende educarlos...»²⁷.

PALACIOS y BARIFFI, al referirse al submodelo de marginación, propio de la Edad Media, observan que su rasgo principal «es la exclusión, ya sea como consecuencia de subestimar a las personas con discapacidad y considerarlas objeto de compasión, o como consecuencia del temor o el rechazo por considerarlas objeto de maleficios o como advertencia de un peligro inminente. Es decir que –ya sea por menosprecio, ya sea por miedo–, la exclusión parece ser la respuesta social que genera mayor tranquilidad»²⁸.

La mendicidad era el destino seguro de aquellos individuos que, por su condición física o mental particular, eran relegados a un abandono lastimero, salvo que estuvieran provistos de un núcleo familiar que los atendiera o de un patrimonio atractivo que obligara a la constitución de una institución de protección civil –tutela o curatela, según el caso– y, si bien la indigencia, en general, no era bien vista, tal opción era socialmente tolerada²⁹. Así, por ejemplo, el Código de Policía de 1854 establecía:

Artículo 54.- También es obligación de los empleados de policía vigilar en que no se pida limosna públicamente, sino por aquellas personas

²⁷ CARRETERO PÉREZ: ob. cit. (*La problemática jurídica...*), p. 39. Cfr. COBREROS MENDAZONA, Eduardo: «Aspectos jurídicos del internamiento de los enfermos mentales». En: *Revista de Administración Pública*. N.º 94. CEP. Madrid, 1981, p. 139, «A lo largo de la historia los locos han sido generalmente marginados y ocultados junto con las demás especies improductivas, encerrándolos a todos en las casas de beneficencia existentes (hospicios, hospitales, casas de misericordia, etc.)».

²⁸ Vid. PALACIOS, Agustina y BARIFFI, Francisco: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ediciones Cinca. Madrid, 2007, p. 15. Cfr. BARIFFI: ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 32.

²⁹ PALACIOS: ob. cit. (*El modelo social...*), p. 53, «Podría afirmarse que las clases sociales eran un factor importante en la determinación de la incidencia de la diversidad funcional en el destino de la persona».

a quienes las leyes, decretos u ordenanzas sobre este ramo autorizan para ello, y con las condiciones y formalidades que en ellas se determinan³⁰.

Por su parte, la Ley sobre el régimen y organización política de las provincias de 1830 establecía que los jefes políticos: «No permitirán: 1. Que haya cuestores³¹ de limosna en sus cantones, sin expresa licencia del gobernador. 2. (...) Ni que ningún mendigo pida limosna públicamente sin licencia por escrito del juez local, quien deberá concederlas solamente a las personas que no puedan ganar el sustento con su trabajo...» (artículo 47)³².

Ahora bien, se dispuso más adelante por el Decreto organizador del Distrito Federal en su régimen político-administrativo de 1864, que los Concejos Departamentales tendrán entre sus atribuciones: «Establecer casas de misericordia donde tengan asilo los infelices a fin de que no haya limosneros por las calles» (artículo 18.13)³³. Posteriormente, el Decreto

³⁰ Cfr. ob. cit. (*Leyes y decretos...*), t. III, p. 262.

³¹ Vid. *Diccionario de la lengua española*, cuestor: «1. Persona que pide limosna con fines benéficos», www.rae.es.

³² Reformada por Ley de 1838 unificando la licencia por la primera autoridad local (artículo 50) –cfr. ob. cit. (*Leyes y decretos...*), t. I, pp. 74 y 415–; véase también: *Código sobre el régimen político de las provincias de 1857, ley 2.^a (artículo 10)* –cfr. ob. cit. (*Leyes y decretos...*), t. IV, pp. 74 y 594–. Siendo que la «Ley señalando el juicio y penas en las causas de hurto» de 1836, consideraba vago: «Al que sin lesión bastante que le impida ejercer algún oficio, arte o industria útil, anda de puerta en puerta pidiendo limosna» (artículo 42.3) –cfr. ob. cit. (*Leyes y decretos...*), t. I, p. 358–, derogado por la Ley sobre Procedimiento y Pena contra los Vagos y Mal Entretenidos de 1845, «artículo 1. Son vagos: (...) 2. Los que sin lesión bastante o vejez demasiada que les impida ejercer algún oficio, andan pidiendo limosna (...) 6. Los que sin ser locos se hallaren habitualmente durmiendo en las calles por no tener hogar» –cfr. ob. cit. (*Leyes y decretos...*), t. II, p. 245–. Sobre la represión de la vagancia de los que tenían empleo, véase la tesis doctoral de PARRA ARANGUREN, Fernando Ignacio: *Antecedentes del Derecho del Trabajo en Venezuela 1830-1928*. Fondo Editorial Nacional. Caracas, 1999, pp. 171 y ss. (facsimilar de la 1.^a edición de 1965). De hecho, el autor logra identificar normas en las cuales se establecía la obligación de trabajar (pp. 176 y 177).

³³ Cfr. ob. cit. (*Leyes y decretos...*), t. IV, p. 308.

de 1872, que reforma esa materia, estableció que el denominado Consejo Municipal del Distrito tiene atribuciones para «Procurar y proponer al presidente de la República el establecimiento de casas de asilo o misericordia donde se abriguen los infelices, a fin de que no haya limosneros por las calles» (artículo 17.26)³⁴.

Lo descrito coincide con las premisas propias de este modelo de prescindencia, donde en palabras de LORENZO GARCÍA y PÉREZ BUENO:

La sociedad decide prescindir de las personas con discapacidad, ya sea a través de la aplicación de políticas eugenésicas, o ya sea situándolas en el espacio destinado para los anormales y las clases pobres, con un denominador común marcado por la dependencia, el sometimiento, en el que asimismo son tratadas como objeto de caridad y sujetos de asistencia³⁵.

Como se puede observar, el ordenamiento nacional –en su etapa incipiente– posee ciertamente claros ejemplos de recepción del modelo de prescindencia, al menos en el subtipo denominado «caritativo».

3.3. *Algunos institutos jurídicos donde perviven el modelo de prescindencia*

Tomando como punto de partida el Derecho romano –y sin detenernos en sus distintas etapas– se aprecia que las respuestas ante situaciones de discapacidad mental o intelectual denominadas como *furiosus*, *demens*, *mentecaptus*, *stultus*, *fatuus* o *insanus* eran uniformes en el sentido de que la solución consistía en designar un tutor o curador que se encargara primordialmente del patrimonio y subsidiariamente del pupilo³⁶.

³⁴ Cfr. ob. cit. (*Leyes y decretos...*), t. v, p. 129.

³⁵ DE LORENZO GARCÍA, Rafael y PÉREZ BUENO, Luis Cayo: «Consideraciones generales introductorias». En: *Tratado sobre discapacidad*. R. DE LORENZO GARCÍA y L. C. PÉREZ BUENO, directores. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2007, p. 70.

³⁶ Vid. por ejemplo, el Proyecto de Código Civil de 1853 preparado por Julián Viso en el libro primero, título XIII, ley única, se refiere a: «De la interdicción o de la

Tal prototipo se mantiene en la actualidad en el sistema patrio, aunque con importantes variantes³⁷.

Ahora bien, conviene indicar, a título ilustrativo, que, por ejemplo, en algunas legislaciones foráneas se logró reformar su Derecho Penal para incorporar un tipo de aborto legal provocado denominado «aborto eugenésico»³⁸, el cual persigue despenalizar el tipo para los casos en los cuales el feto presente enfermedades físicas o mentales graves³⁹. Así, por

tutela de las personas que son incapaces de administrar sus bienes por varias causas» en concreto en su artículo 1 apunta: «El mayor, o el que ha cumplido veintiún años de edad, que está en un estado habitual de imbecilidad, demencia o furor, de prodigalidad o de perpetua enfermedad, debe ponerse interdicción, aun cuando presente en su estado lúcidos intervalos»; según su texto los entredichos «se asimilan» a los menores de edad «en cuanto a su persona y bienes» (artículo 10); y sus rentas «deben emplearse en aliviar su suerte, y acelerar su curación», pudiendo el juez disponer que «siendo furioso, hacer que se le ponga en lugar seguro» (artículo 11). Cfr. VISO, Julián: *Proyecto de Código Civil*. Editorial C. T. P. San Juan de los Morros. 1955, pp. 104-107 (facsimilar de la 1.^a edición de 1854).

- ³⁷ Vid. sobre la tutela actual por interdicción VARELA CÁCERES: ob. cit. (*Lecciones de Derecho...*), pp. 630 y ss. Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Manual de Derecho Civil I (Personas)*. Ediciones Paredes. Caracas, 2011, pp. 440 y ss. COBREROS MENDAZONA: ob. cit. («Aspectos jurídicos...»), p. 162, refiriéndose al Derecho español de inicios de la década de los ochenta, «La incapacitación y la tutela solo funcionan para muy pocos de los enfermos mentales. Y cuando la compleja maquinaria prevista en el Código Civil se pone en marcha, suele tratarse, casi indefectiblemente, de enfermos que son titulares de un considerable patrimonio económico. No es exagerado afirmar que la tutela funciona para el enfermo-propietario».
- ³⁸ Vid. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: «El aborto eugenésico en la legislación extranjera». En: *Revista Venezolana de Ciencias Forenses*. N.º 1-1. Sociedad Venezolana de Ciencias Forenses. Mérida, 1986, p. 20, «definido como aquel que interrumpe voluntariamente el embarazo ante la posibilidad razonable de un defecto fetal, somático o psíquico, incurable»; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Ciencias penales y otros ensayos*. Ediciones Librería Caracas. Caracas, 1945, p. 155, «Aborto autorizado por móviles eugenésicos: es decir, cuando el futuro hijo habría de ser, por causa de la herencia morbosa transmisible de uno o de ambos padres, un enfermo somático o psíquico».
- ³⁹ Vale la pena recordar que durante la primera mitad del siglo xx existió un fuerte movimiento eugenésico que impulsaba prácticas de selección y mejoramiento de la especie humana. Véase: DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique: *Problemas de eugenesia*.

ejemplo, el Anteproyecto de Código Penal elaborado por el Tribunal Supremo de Justicia contemplaba la figura en los siguientes términos:

Artículo 241.- Aborto eugenésico. No es delito el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la gestante, cuando se diagnostique médicamente que el hijo nacería con graves taras físicas o psíquicas⁴⁰.

Se observa en la disposición proyectada una clara influencia en el Código Penal español que en su artículo 417 *bis* –incorporado según la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio– despenaliza el aborto eugenésico para el supuesto que «se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas»⁴¹. ANGULO FONTIVEROS, autor y coordinador del Anteproyecto venezolano, indicó al respecto:

Los partidarios del aborto por indicaciones eugenésicas (al menos en mi caso y no sé de opiniones distintas en ese punto específico) no queremos

Universidad Autónoma de Cochabamba. Cochabamba, 1943, *in totum*; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Libertad de amar y derecho a morir*. 3.^a, Historia Nueva. Madrid, 1929, *passim*. En Venezuela, el médico Luis RAZETTI afirmaba: «el único medio profiláctico contra la degeneración de la raza es impedir el matrimonio de los que padecen enfermedades degeneradoras» (*vid. Gaceta Médica de Caracas*, noviembre de 1912); por su parte, FERNÁNDEZ, Fernando M.: «El Estado democrático y social de Derecho y la situación de los minusválidos». En: *Ministerio Público*. N.º 9 (3.^a etapa). Caracas, 1986, p. 87, abogaba por una reforma del «Código Civil y la Ley de Ejercicio de la Medicina: los cuales impiden el aborto en casos de estado de necesidad, debido a malformaciones congénitas (...) enfermedades incapacitantes hereditarias. Se hace imposible la planificación familiar de estos sujetos debido a que el aborto es considerado como delito». También puede mencionarse la esterilización como requisito para el matrimonio entre leprosos, regulada en el Código Civil de 1942, *vid. VARELA CÁCERES*, Edison Lucio: «El matrimonio entre leprosos previa esterilización. Un caso emblemático para explicar los modelos de tratamiento de las personas con discapacidad». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 20. Caracas, 2023, pp. 168 y ss.

⁴⁰ *Vid. Anteproyecto de Código Penal*. TSJ. Caracas, 2004, p. 190.

⁴¹ *Vid. GONZÁLEZ MARSAL*, Carmen: «El aborto eugenésico en España». En: *Intersticios: Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*. Vol. 4, N.º 2. UCM. Madrid, 2010, p. 259.

organizar «matanzas» de «oligofrénicos, dementes y paralíticos». En mi caso lamentaba mucho la indiferencia con que hacía décadas el Estado veía la tristísima situación de los dementes que deambulaban por calles y autopistas caraqueñas. Y pienso que nada tiene que ver una cosa con la otra: no se hace ningún bien a un anormal (como los que –por las madres haber usado la droga talidomida– nacían sin brazos ni piernas) trayéndolos a juro al mundo, a sufrir y ser blanco de burlas de malvadas personas. Y opino así en función de la gran virtud que es la empatía, esto es decir, poniéndonos en lugar del «otro» (del «prójimo» en la terminología cristiana), que en este caso es el que nacería con semejante anormalidad⁴².

En España, esta materia ha sido reformada por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo⁴³, que, entre sus disposiciones, establece «una nueva regulación

⁴² ANGULO FONTIVEROS, Alejandro: «El aborto». En: *Revista de Derecho de la Defensa Pública*. Caracas, 2016, pp. 142 y 143 (también del mismo autor: «Anteproyecto de Código Penal». En: *Anteproyecto de Código Penal. Comentarios*. TSJ. F. PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2004, p. 80). Al respecto, QUINTERO P., Jesús R.: «Lectura política criminal del anteproyecto de Código Penal propuesto por el doctor Alejandro Angulo Fontiveros, desde la perspectiva de la parte especial». En: *Anteproyecto de Código Penal. Comentarios*. TSJ. F. PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2004, p. 626, al comentar el aludido anteproyecto venezolano expresa que al regularse un aborto libre: «hace innecesarias las previsiones relativas al aborto eugenésico, al aborto por angustiosa necesidad social y al aborto ético, desde luego que aun fuera de las expresadas circunstancias constitutivas de los tipos de aborto en cuestión, la mujer es libre de practicárselo por cualquier otra razón. Hubiera sido más fácil decir que el embarazo puede ser libremente interrumpido dentro de las doce semanas siguientes, sin referencia alguna a la necesidad social, la eugenesia o a circunstancias de carácter ético». En descarga a la aludida crítica, el autor del Anteproyecto indicó que se incluyeron varias fórmulas ante la creencia de que el legislador fuera reacio a incorporar el «aborto libre» como despenalizado y así tuviera otras opciones; en definitiva, no se le dio ningún curso legislativo al instrumento proyectado, como ocurrió con anteriores intentos de reforma del Código Penal. *Vid.* TAMAYO RODRÍGUEZ, José Luis: *La codificación penal venezolana*. UCV. Caracas, 2012, pp. 611 y 612.

⁴³ *Vid.* BOE N.º 55, de 04-03-10, www.boe.es, donde se «deroga el artículo 417 bis del Código Penal introducido en el Código Penal de 1973 por la Ley Orgánica

de la interrupción voluntaria del embarazo fuera del Código Penal», en lo que aquí interesa para «aquellos casos en que “se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida”, en que decae la premisa que hace de la vida prenatal un bien jurídico protegido» o en los supuestos en que «se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico» (Preámbulo).

Artículo 15.- Interrupción por causas médicas. Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: (...) b. Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija. c. Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

Sin entrar a discutir sobre lo justificado que pueden ser los argumentos a favor o en contra de la licitud del aborto provocado, lo cierto es que al menos en este supuesto es evidente la discriminación en perjuicio del feto que presenta «graves anomalías» detectadas a nivel prenatal⁴⁴ en comparación con

9/1985, de 5 de julio, y cuya vigencia fue mantenida por el Código Penal de 1995». Actualmente, cursa en el Congreso español un proyecto de reforma de la Ley Orgánica 2/2022 (15-12-22); no obstante, ratifica las causales de aborto eugenésico por razón de discapacidad, *vid.* nota de LAFFERRIERE, Jorge Nicolás: «La reforma a la ley de aborto en España y la discriminación de las personas con discapacidad», 2023, www.centrodebioetica.org.

⁴⁴ *Vid.* Código de Deontología Médica –aprobado por la Federación Médica Venezolana, octubre de 2004– que establece: «Artículo 60.- El médico está obligado a informar a los padres el resultado de las pruebas diagnósticas prenatales indicadoras de anomalías fetales. Los padres tienen derecho a conocer la existencia de la verdad. Solo a partir de ese momento podrán tomar la decisión que consideren válida. Si luego de un conocimiento pleno de la situación, los padres experimentan

el fruto de la concepción que en las evaluaciones médicas no ha arrojado indicios de tal condición, pues es innegable que este tipo de aborto discrimina por razón de presentarse una discapacidad⁴⁵, ello más allá de la afirmación que se realiza en el Preámbulo sobre fundamentarse en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y de que «La vida prenatal es un bien jurídico merecedor de protección que el legislador debe hacer eficaz, sin ignorar que la forma en que tal garantía se configure e instrumento estará siempre intermediada por la garantía de los derechos fundamentales de la mujer embarazada».

Ciertamente, el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (Cermi) ha indicado:

... este tratado internacional de derechos humanos de las personas con discapacidad obliga a que en la regulación nacional sobre la interrupción del embarazo no se incurra en ningún tipo de discriminación por razón o motivos de discapacidad, como es el caso del llamado aborto eugenésico, en que la circunstancia de la discapacidad presente o futura en el feto, justifica un trato diferenciado más desfavorable, que evidencia la consideración negativa que sobre la discapacidad aún subsiste en la mentalidad social y en la legislación, como vidas de inferior valor, que pueden ser sometidas a tratos desventajosos...⁴⁶.

dificultades para tomar una decisión, no debe vacilar el médico en utilizar el derecho que tiene de ayudarles activamente en la toma de decisiones que, a su juicio, y sobre la base de experiencia acumulada, le luzcan razonables». Recuérdese que, cómo destaca PEMÁN GAVÍN, Juan: «Hacia un estatuto del enfermo hospitalizado». En: *Revista de Administración Pública*. N.º 103. CEPC. Madrid, 1984, pp. 133 y 134, «No tienen estas reglas un valor normativo, como sabemos, pero resultan indicativas de la sensibilización que existe por el tema y de la atención que se le dedica dentro de la profesión médica».

⁴⁵ GONZÁLEZ MARSAL: ob. cit. («El aborto eugenésico...»), p. 265, es enfática al sostener: «El aborto de los fetos con malformación se fundamenta realmente en cierta selección eugenésica».

⁴⁶ Informe del 2022, citado en LAFFERRIERE: ob. cit. («La reforma a la ley...»). *Cfr.* PALACIOS, Agustina: «¿Por qué el aborto eugenésico basado en discapacidad es

En Gran Bretaña se decidió por la Corte de Apelaciones recientemente –25 de noviembre de 2022– un recurso que cuestionaba la legalidad de la Ley de Aborto de 1967 que «legaliza el aborto si hay un riesgo sustantivo de que el niño que nacerá sufrirá una malformación física o mental que le provocará una severa discapacidad, incluso más allá de las 24 semanas de embarazo [sección 1(1)(d)]»⁴⁷. Tal solución legislativa es claramente discriminatoria, pues facilita que el *nasciturus* sea abortado por el hecho de que, por ejemplo, tenga Síndrome de Down, lo cual en la práctica implica «que sus vidas tienen un menor valor».

En síntesis, es evidente que la despenalización del aborto por razones eugénicas es una figura que, aunque de reciente reglamentación⁴⁸, encuadra en el modelo de prescindencia eugénica, y ello por inclinar la balanza, en el fondo, a favor de una visión que discrimina entre seres por nacer con discapacidades pronosticadas y otros sin ese dictamen, los primeros se les puede coartar la posibilidad de ser personas a los otros no.

contrario a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?». En: *Revista Síndrome de Down*. Vol. 27. Fundación Síndrome de Down de Cantabria. Cantabria, 2010, p. 51, «cuando “dicha vida prenatal merecedora de protección” tiene “riesgo” de tener una discapacidad, el legislador toma la decisión de no proteger dicha vida prenatal de igual modo que la del resto de vidas prenatales. Esto nos conlleva inexorablemente a entender que el legislador valora de manera diferente la vida prenatal de una persona con discapacidad que de otra que no la tiene».

⁴⁷ *Vid.* nota de LAFFERRIERE, Jorge Nicolás: «Rechazan cuestionamiento a ley británica que permite aborto de personas con discapacidad hasta el momento del nacimiento», 2022, www.centrodebioetica.org.

⁴⁸ *Cfr.* JIMÉNEZ DE ASÚA: ob. cit. (*Libertad de amar...*), p. 83, indica como antecedentes el Proyecto Checoslovaco de 1925, a saber: «No es punible el aborto practicado por médico, con la autorización de la mujer encinta: (...) 3. Si hay temor fundado de que el niño que iba a nacer llevaría taras corporales o mentales graves...» (artículo 286).

4. EL MODELO MÉDICO O REHABILITADOR

Los avances en la medicina, psiquiatría y psicología –inicios del siglo xx– aportaron, además de nuevas técnicas para abordar las enfermedades físicas y mentales, una visión científica sobre su tratamiento jurídico, así, se comienza a transformar los asilos para enfermos en verdaderos centros de salud dirigidos a buscar la rehabilitación y con ello la integración del paciente a la sociedad⁴⁹. En cuanto a los «discapacitados intelectuales» se persigue incorporarlos en centros de educación especial que puedan fortalecer sus capacidades y así logren aprovechar el máximo de sus potencialidades, enfocándose en la adquisición de destrezas en el manejo de un oficio o arte que les permita su subsistencia.

Tal modelo representa un gran avance desde el punto de vista de que se subraya que las causas de la discapacidad no responden a fuentes místicas o espirituales, sino científicas que pueden perfectamente determinarse bajo cánones técnicos, lo que permite su diagnóstico médico, medición y el diseño de tratamientos clínicos que persigan, en el mejor de los casos, la plena integración, es decir, la normalización del sujeto⁵⁰.

La tesis fundamental del modelo médico es que las personas con discapacidad deben someterse a tratamientos clínicos para que logren compensar sus limitantes y así se integren socialmente, es decir, se rehabiliten; para ello se echa mano de las ciencias de la salud, que aportan las herramientas teóricas y prácticas destinadas a que se dé ese paso a la normalidad⁵¹.

⁴⁹ PALACIOS: ob. cit. (*El modelo social...*), p. 68, ubica en los inicios del siglo xx la consolidación de este modelo.

⁵⁰ Señalaba FERNÁNDEZ: ob. cit. («El Estado democrático...»), p. 80, «Los ciudadanos con algún tipo de incapacidad tienen en el Estado social la posibilidad de realizar sus aspiraciones y ver satisfechas sus necesidades (...) Así mismo, la inserción, integración y normalización del individuo incapacitado hacia el colectivo».

⁵¹ Vid. PALACIOS y BARIFFI: ob. cit. (*La discapacidad como una cuestión...*), p. 16, «En dicho proceso de recuperación o “normalización”, y a dichos fines, los contenidos o herramientas esenciales pasaron a ser la educación especial, los beneficios de

4.1. Definición

Antes de construir un concepto de este modelo, conviene aclarar sus diversas denominaciones. Así, hay autores que lo identifican como «modelo biológico»⁵² en consideración a que se centra en individuos con patologías o dolencias que siempre corresponde a un ente natural humano; otros emplean el epígrafe «modelo médico» atendiendo a los profesionales del área de la salud —médicos, psiquiatras o psicólogos— que participan y determinan la condición de «discapacidad» del sujeto y algunos «modelo rehabilitador» por la razón de que es esencial el que se aspire a rehabilitar a la persona.

En efecto, este paradigma se concentra en acentuar la anormalidad del sujeto estudiado —de allí el uso de términos como deficiente, minusválido, incapaz, etcétera— y de cómo él, al salirse del molde ordinario, debe necesariamente ser encausado nuevamente por medio de la medicina logrando como fin último su integración social. Por ello, CARRETERO PÉREZ sostiene: «la tendencia de la sociedad, es que reciba una asistencia que le permita coparticipar activamente, con el potencial que le queda, en la vida de la comunidad»⁵³.

Las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles o innecesarias, pero siempre en la medida en que sean rehabilitadas. Es por ello que el fin primordial que se persigue desde este modelo es normalizar a las personas con discapacidad, aunque ello implique forjar a la desaparición o el ocultamiento de la diferencia que la misma discapacidad representa⁵⁴.

Entonces, el modelo pregona la posibilidad de que el individuo pueda lograr su integración a una sociedad que lo ha excluido en razón a su condición

rehabilitación médica y vocacional, las cuotas laborales y los servicios de asistencia institucionalizados».

⁵² RODRÍGUEZ LÓPEZ: ob. cit. (*Modelos en el tratamiento...*), p. 27, se decanta por esta denominación.

⁵³ CARRETERO PÉREZ: ob. cit. (*La problemática jurídica...*), p. 19.

⁵⁴ PALACIOS: ob. cit. (*El modelo social...*), p. 26.

particular y de la cual la colectividad no es responsable; por tanto, en la medida que se pueda mitigar o disminuirse los efectos de la diversidad funcional, ya sea a través de tratamientos médicos, educación especial y otras acciones de discriminación positiva⁵⁵, podrá el individuo ya rehabilitado incorporarse a la organización y ser útil.

4.2. Presupuestos

Se pueden identificar ciertos postulados que sirven de soporte a esta mirada del asunto, a saber:

i. Consideración de la persona con discapacidad como anormal: este modelo parte de que las personas, según si poseen discapacidades o no, pueden catalogarse entre normales y anormales, estos últimos deben someterse a tratamientos médicos que les permitan superar las minusvalías y así conseguir reintegrarse a la sociedad al normalizar un renglón de sus potencialidades. Este enfoque es palpable en la derogada Ley para la Integración de las Personas Incapacitadas que a texto expreso indicaba lo siguiente:

Artículo 1.- Esta Ley tiene por objeto establecer el régimen jurídico aplicable a las personas incapacitadas, a los fines de su normal desenvolvimiento en la sociedad, y completa realización personal⁵⁶.

Por lo indicado, algunos autores afirman que este modelo reduce las causas de la discapacidad únicamente en el individuo⁵⁷, en el sentido de que es él con su condición el detonante de su marginación y por ello es la persona con discapacidad la que tiene que someterse a tratamientos

⁵⁵ Comentan PALACIOS y BARIFFI: ob. cit. (*La discapacidad como una cuestión...*), p. 17, «desde el punto de vista jurídico, la discapacidad es abordada exclusivamente dentro de la legislación de la asistencia y seguridad social, o como parte de ciertas cuestiones del Derecho Civil relacionadas con la incapacitación y la tutela».

⁵⁶ Vid. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 4623 extraordinario, de 03-09-93.

⁵⁷ Cfr. RODRÍGUEZ LÓPEZ: ob. cit. (*Modelos en el tratamiento...*), pp. 27 y 33.

médicos que le permitan superar, en algún sentido, su limitación y adaptarse a una normalidad establecida socialmente⁵⁸.

Conviene detenernos un instante en analizar lo que al respecto señala la Constitución de 1999⁵⁹, actualmente vigente, a saber:

Artículo 81.- Toda persona con discapacidad o necesidades especiales tiene derecho al ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades y a su integración familiar y comunitaria. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, le garantizará el respeto a su dignidad humana, la equiparación de oportunidades, condiciones laborales satisfactorias, y promoverá su formación, capacitación y acceso al empleo acorde con sus condiciones, de conformidad con la ley...

La Carta Magna innova en relación con la Constitución de 1961⁶⁰ al ampliar el catálogo de derechos fundamentales, así dentro de los denominados «derechos sociales»⁶¹ incluye la anterior disposición que se refiere a la «persona con discapacidad», siendo que acierta en emplear la terminología más actualizada sobre esta materia⁶². En todo caso, DOMÍNGUEZ GUILLÉN

⁵⁸ Cfr. BENAVIDES LÓPEZ: ob. cit. (*Modelos de capacidad...*), p. 34, «en este modelo, es la persona quien debe adecuarse, sobre quien recaerá el peso de la normalización».

⁵⁹ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 5908 extraordinario, de 19-02-09, publicación con las enmiendas aprobadas ese año, originalmente publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 36 860, de 30-12-99.

⁶⁰ Vid. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 662 extraordinario, de 23-01-61.

⁶¹ Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «La protección constitucional de los incapaces». En: *Temas de Derecho Administrativo. Libro homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*. Vol. I. TSJ. F. PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2002, p. 617, los derechos sociales «crean obligaciones positivas en la medida que solo sean realizables a través de la acción social del Estado. Son derechos de prestación porque requieren la concurrencia del Estado, cuyo papel es establecer las políticas sociales precisas para que dichos derechos estén al alcance de la población».

⁶² No obstante, para dicho momento estaba en vigencia la Ley para la Integración de las Personas Incapacitadas (1993) que seguía el modelo médico, véase a título de ejemplo el artículo 2: «Se entiende por personas incapacitadas, todas aquellas cuyas

ha indicado que la frase «necesidades especiales», por su generalidad, permitiría incluir a la persona con «deficiencia, discapacidad o minusvalía» según la distinción que estaba en boga por la Organización Mundial de la Salud (OMS)⁶³ y que actualmente se ha abandonado en favor de un término omnicompreensivo como es «persona con discapacidad».

Aun así el distinguir que «tiene derecho al ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades» implica un encuadre claro en el método rehabilitador⁶⁴, pues este parte de reconocer el ejercicio de los derechos de acuerdo con las potencialidades que se hallan normalizadas después de los tratamientos curativos a que se someta el sujeto, produciéndose su «integración»⁶⁵. Sostiene DOMÍNGUEZ GUILLÉN:

Tal normativa está inspirada en la idea de integración y normalización de tales personas, previendo una serie de medidas en este sentido, tales como el levantamiento de las barreras arquitectónicas, su ingreso al mercado de trabajo y la no discriminación. No obstante, como en muchas otras instituciones, la consagración legal y constitucional no ha sido suficiente para lograr una protección efectiva a favor de quienes sufren alguna discapacidad, deficiencia o minusvalía⁶⁶.

posibilidades de integración social estén disminuidas en razón de un impedimento físico, sensorial, o intelectual en sus diferentes niveles y grados que limite su capacidad de realizar cualquier actividad».

⁶³ Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («La protección constitucional...»), p. 632.

⁶⁴ Véase, por ejemplo, en el caso de los adultos mayores, la norma constitucional les garantiza «el pleno ejercicio de sus derechos» sin limitarlos a sus «capacidades» (artículo 80), en cambio, en las personas con discapacidad si las condiciona a únicamente donde posean esa «normalidad» o no se encuentren «incapacitadas».

⁶⁵ Cfr. RODRÍGUEZ LÓPEZ: ob. cit. (*Modelos en el tratamiento...*), p. 32, «la utilización de términos como “disminuido”, o el establecer como finalidad de la propia norma en la “total integración social” suponen una clara remisión al modelo biomédico de discapacidad».

⁶⁶ Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («La protección constitucional...»), pp. 632 y 633. Véase la Ley para la Integración de las Personas Incapacitadas (derogada por la Ley para las Personas con Discapacidad). En España, con la intención de desarrollar

ii. Centrado en los profesionales de la salud: el modelo se enfoca en las ciencias de la salud y cómo ellas pueden no solo identificar de manera positiva las causas de la discapacidad, sino proponer tratamientos clínicos.

Estas herramientas terapéuticas puestas al servicio de la comprensión del fenómeno generan resultados cuantitativos y cualitativos, como las mediciones de los niveles de «minusvalía» y clasificaciones técnicas de las diversas patologías, así como la identificación de los tratamientos necesarios⁶⁷.

iii. La rehabilitación es el fin último: la idea que motiva los esfuerzos médicos es lograr que la persona con discapacidad pueda ser rescatada de su estado de marginalización por medio de la medicina puesta a su favor y, redimidas sus falencias, logre integrarse a la sociedad⁶⁸. El objetivo «es situar al discapacitado en la sociedad, pero reformado»⁶⁹, para que así pueda desempeñar una actividad útil, dentro de sus posibilidades.

Así, por ejemplo, la Ley para la Integración de las Personas Incapacitadas –derogada– subrayaba tal finalidad en el caso del derecho a la educación

el artículo 49 de la Constitución de 1978, se dictó la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos –BOE N.º 103, de 30-04-82, www.boe.es– que, como sostiene RODRÍGUEZ LÓPEZ: ob. cit. (*Modelos en el tratamiento...*), pp. 32-37, sigue el modelo médico o biomédico. Cfr. PALACIOS: ob. cit. (*El modelo social...*), p. 80.

⁶⁷ Cfr. CARBONNIER, Jean: *Ensayos sobre las leyes*. Civitas. Trad. L. Díez-Picazo. Madrid, 1998, p. 55, «Por decirlo mejor, había que llegar a una legislación en que se pudiera prescribir por receta médica a cada enfermo sus dosis de capacidad, pues la psiquiatría moderna insiste en la esperanza de que la participación en los actos jurídicos puede tener virtudes psicoterapéuticas, lo que es sin duda un buen uso del derecho».

⁶⁸ Por su parte, la Ley de Servicios Sociales –*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 38 270, de 12-09-05–, define la integración social como el «proceso de desarrollo de capacidades y creación de oportunidades en los órdenes económico, social y político para que los individuos, familias o grupos sujetos de protección de esta Ley, puedan reincorporarse a la vida comunitaria con pleno respeto a su dignidad, identidad y derechos sobre la base de la igualdad y equidad de oportunidades para una vida activa y productiva» (artículo 7.13).

⁶⁹ CARRETERO PÉREZ: ob. cit. (*La problemática jurídica...*), p. 19.

de las personas con discapacidad al señalar: «... facilitar su rehabilitación e integración al proceso educativo formal e informal» (artículo 20), en materia de salud: «... derecho al uso y goce de prótesis y demás equipos auxiliares que faciliten su integración» (artículo 22), o en asuntos laborales: el «... Estado propiciará la integración de los trabajadores incapacitados en el sistema ordinario de trabajo, o en su efecto, su incorporación al sistema productivo mediante fórmulas especiales de trabajo...» (artículo 24).

La crítica se centra en que la visión del modelo médico o rehabilitador es la de borrar o esconder las diferencias, para así alcanzar la ansiada rehabilitación, resultado que por sí mismo es significativo; sin embargo, lo censurable es que únicamente se focaliza en el logro personal y no en los elementos externos surgidos en la sociedad que son los verdaderos obstáculos para la plena integración.

Como se aprecia –según esta visión–, no es la sociedad la que debe levantar las vallas que existen para la correcta integración del individuo, sino es a este al que le corresponde hacer lo necesario para superar sus limitaciones personales y rehabilitarse con la consecuente integración a la sociedad.

iv. La institucionalización como herramienta terapéutica: una de las principales alternativas para los supuestos de enfermedades mentales son los internamientos en centros psiquiátricos, en los cuales se practican técnicas médicas destinadas a la rehabilitación⁷⁰. Comenta PALACIOS que «dentro de las prácticas habituales» de este modelo «aparece plasmado un fenómeno que lo caracteriza: la institucionalización»⁷¹.

⁷⁰ Vid. Decreto N.º 2650, mediante el cual se dicta el Reglamento parcial sobre sanatorios de resocialización psiquiátrica (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 31 476, de 28-04-78) y Decreto N.º 3146, mediante el cual se dicta el Reglamento para establecimientos psiquiátricos de larga estancia de 1993, que se analizará *supra*.

⁷¹ PALACIOS: ob. cit. (*El modelo social...*), p. 67.

Empero, ya indicaba DOMÍNGUEZ GUILLÉN que la «internación es una medida radical y drástica que solo debe acontecer en particulares circunstancias. La doctrina indica que la psiquiatría ha abandonado hoy la idea de que la internación por sí sola sería curativa, y han dado paso a otras formas de tratamiento ambulatorio»⁷². Entonces, los internamientos no son negativos por sí mismos, sino el abuso de tal opción como principal técnica terapéutica para diversidades funcionales de tipo psicológico y la falta de control que sobre los mismos existía o existe.

4.3. *Algunos institutos jurídicos donde pervive el modelo médico*

Siendo este modelo más cercano, cronológicamente hablando, a los tiempos actuales, es natural que se identifiquen diversos institutos normativos que se mantienen vigentes y que sirvan de soporte al modelo médico. Lo indicado es por demás lógico si se parte de que algunas de sus figuras seguirán cumpliendo una función, aunque se cambie de paradigma, pues resultan positivas, obviamente demandarán una reinterpretación conforme al nuevo enfoque, así ocurrió en el pasado con la antigua tutela y curatela que perviven en el modelo rehabilitador.

4.3.1. Instituciones de protección (tutela y curatela)

Como se ha indicado *supra*, una de las formas de abordar el tema de las personas con discapacidades –ya sea que respondan a una diversidad funcional psicológica, por enfermedad mental o deficiencia intelectual– ha sido por medio de institutos dirigidos a sustituir o complementar la voluntad del sujeto «protegido», ello como producto de una tradición, en el caso nacional, decimonónica con marcada influencia en la codificación⁷³.

⁷² DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («La protección constitucional...»), p. 640.

⁷³ BENAVIDES LÓPEZ: ob. cit. (*Modelos de capacidad...*), p. 31, «Es un modelo, herencia de la sociedad patriarcal romana que pervive hasta hoy en nuestro ordenamiento jurídico, y, que sirve de base para comprender el tratamiento desigual al que han sido sometidas las personas con discapacidad en el ámbito de la capacidad y como consecuencia de ello, la vulneración a sus derechos».

En efecto, el legislador nacional, desde sus inicios, consideró necesario seguir el sistema arraigado en el Derecho codificado –Código Civil francés, 1804– representado por las figuras de la tutela y curatela como institutos que teóricamente perseguían proteger al que padece una enfermedad mental, y con ello se ha centrado cada vez más en el aspecto médico del asunto, auxiliándose constantemente en los profesionales de la salud y su respectivo diagnóstico a los fines de que el juez decida sobre la constitución de tales institutos de protección. Así, podemos observar que el Código Civil venezolano vigente⁷⁴ indica:

Artículo 393.- El mayor de edad y el menor emancipado que se encuentren en estado habitual de defecto intelectual que los haga incapaces de proveer a sus propios intereses, serán sometidos a interdicción, aunque tengan intervalos lúcidos.

Artículo 409.- El débil de entendimiento cuyo estado no sea tan grave que dé lugar a la interdicción, y el pródigo, podrán ser declarados por el juez de primera instancia inhábiles para estar en juicio, celebrar transacciones, dar ni tomar a préstamo, percibir sus créditos, dar liberaciones, enajenar o gravar sus bienes, o para ejecutar cualquiera otro acto que exceda de la simple administración, sin la asistencia de un curador que nombrará dicho juez de la misma manera que da tutor, a los menores. La prohibición podrá extenderse hasta no permitir actos de simple administración sin la intervención del curador, cuando sea necesaria esta medida.

En el Código Civil, libro primero, título x: «De la interdicción y de la inhabilitación» no se alude en ninguna de sus disposiciones a la intervención de profesionales de la salud. Empero, al regularse su decurso judicial, el Código de Procedimiento Civil⁷⁵ sí hace énfasis desde el inicio de la interdicción –etapa sumarial– de la designación de «por lo menos dos facultativos para que examinen al notado de demencia y emitan un

⁷⁴ Vid. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 2990 extraordinario, de 26-07-82.

⁷⁵ Vid. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 4209 extraordinario, de 18-09-90.

juicio» (artículo 733). Sobre la relevancia de esta prueba, ZAMBRANO FRANCO ha indicado:

La prueba de experticia es la más importante de todas las que dispone el Código Civil, por cuanto es esta prueba la que efectivamente determinará el grado de afección del notado de demencia y será determinante para la decisión del juez (...) ¿el juez puede apartarse del dictamen de los peritos de conformidad con lo que dispone el artículo 1427 del Código Civil venezolano? Se opina que pudiera ocurrir en casos excepcionales (...) No obstante, el juez, en todo caso, se encuentra obligado a motivar exhaustivamente la justificación de sus decisiones⁷⁶.

Ahora bien, al reformarse el Código Civil en 1982 e incluirse una nueva causal de divorcio por «perturbaciones psíquicas graves»⁷⁷ se indicó: «En

⁷⁶ ZAMBRANO FRANCO, Flor Karina: «Las pruebas en los procesos de incapacitación». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 4. Caracas, 2014, pp. 121 y 122. Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*. 3.ª, TSJ. Caracas, 2010, p. 368, «La pericia médica es la prueba fundamental en el juicio de insania y no puede prescindirse de ella en ningún caso, aunque la demencia fuere notoria: no puede limitarse a expresar si el enfermo está o no demente, además de calificar la enfermedad ha de fundamentarse y encuadrarse dentro de una clasificación científica» (también en: «El procedimiento de incapacitación». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 122. UCV. Caracas, 2001, p. 309). OTS Y ESQUERDO –parafraseado en PUPPIO PISANI, Franco: «La enajenación mental». En: *Derecho Procesal Penal. Libro homenaje al Dr. Arminio Borjas*. UCV. Caracas, 1996, p. 475– señalaba: «El perito llamado por un tribunal acude por ante el magistrado a ilustrarle sobre aspectos de medicina, sobre los cuales este no ha de conocer; por tanto, el perito emite una opinión, no la impone, pues esta implica un criterio personal de su ciencia, y cada juez está en perfecto derecho de aceptar o rechazar esas opiniones».

⁷⁷ Se indica «nueva» como motivo para alegar el divorcio, por cuanto el Código Civil de 1942 contenía una regulación según la cual «la demencia» podía alegarse para la separación de la habitación común (artículo 137); sus antecedentes se remontan al Código Civil de 1867 que permitía suspender la cohabitación (artículo 85). Con la reforma del Código se alude a «causa justa» (artículo 138). Cfr. TORRES-RIVERO, Arturo Luis: *Mis comentarios y reparos a la reforma del Código Civil en 1982*. Vol. I.

este caso el juez no decretará el divorcio sin antes procurar la manutención y el tratamiento médico del enfermo» (artículo 185.7)⁷⁸. Siendo que es requisito de procedencia que se certifique que el cónyuge con discapacidad recibe asistencia médica, se evidencia la relevancia que el legislador le da a la rehabilitación, en el sentido de que extinguido el vínculo matrimonial no quede el «cónyuge inocente» desprovisto de condiciones mínimas vitales, como alimentos y tratamiento de salud, ajustado a su condición. Para TORRES-RIVERO tal previsión no es suficiente: «se trata de una asistencia postmatrimonio, paliativo, especie de consuelo por piedad para el cónyuge entredicho» que es de por vida⁷⁹ o podrá cesar si el beneficiario «es rehabilitado» (artículo 187 del Código Civil).

Por otra parte, como se ha indicado, este modelo plantea que «la persona con discapacidad debe ser habilitada para funcionar en sociedad»⁸⁰ y, en efecto, el Código Civil al regular los objetivos de la interdicción destaca expresamente:

Artículo 401.- La primera obligación del tutor será cuidar de que el incapaz adquiera o recobre su capacidad, y a este objetivo se han de aplicar principalmente los productos de los bienes...

UCV. Caracas, 1984, pp. 40 y 41; *Código Civil de Venezuela, artículos 117 al 140*. UCV. Juana I. MARTÍNEZ LEDESMA *et al.*, relatores. Caracas, 1974, pp. 399-401. Por su parte, en los proyectos se aludía a esta causal como «locura judicialmente pronunciada y considerada como incurable» o a «enfermedades mentales que hagan imposible la vida conyugal», *cfr. Código Civil de Venezuela, artículos 184 al 185-A*. 2.^a, UCV. Maruja BUSTAMANTE MIRANDA *et al.*, relatores. Caracas, 1998, pp. 84 y 85.

⁷⁸ *Vid.* críticas y defensas de la causal en: ESPINOZA MELET, Manuel: «El divorcio fundamentado en la causal de interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 6. Caracas, 2016, pp. 75 y ss.

⁷⁹ TORRES-RIVERO: *ob. cit.* (*Mis comentarios...*), vol. I, p. 43; véase: vol. II, pp. 20 y 44 –publicado en 1987–.

⁸⁰ PALACIOS: *ob. cit.* (*El modelo social...*), p. 31.

Se puede concluir que, aunque las normas jurídicas que regulan la interdicción e inhabilitación que generan como efecto la constitución de una tutela o curatela, respectivamente, se caracterizan por su parvedad regulatoria, es evidente su encuadre dentro del modelo médico-rehabilitador.

4.3.2. Centros de educación especial

Partiendo este paradigma de que las personas con discapacidad deben superar su condición recurriendo a la ciencia, en el área formativa se crean programas e institutos educativos que ponderan los tipos de diversidad funcional con miras a lograr que se reciba una instrucción acorde a las necesidades y que así, producto del máximo esfuerzo personal, estos individuos puedan normalizarse logrando una rehabilitación que les permita ser funcionales en algún aspecto dentro de la sociedad.

Para PALACIOS, «En este modelo se busca la recuperación de la persona –dentro de la medida de lo posible–, y la educación especial se convierte en una herramienta ineludible en dicho camino de recuperación o rehabilitación»⁸¹. Comentan RUBIANO ALBORNOZ y LOZADA, que hasta la década de los 70 en Venezuela: «La atención de las personas con alguna minusvalía (...) tenía un enfoque netamente médico-asistencial y de carácter caritativo»⁸².

Ciertamente, como apunta CARRETERO PÉREZ, si la rehabilitación del individuo con diversidad funcional demanda una integración en la sociedad

⁸¹ PALACIOS: ob. cit. (*El modelo social...*), p. 67; la educación especial es la «herramienta esencial del modelo rehabilitador» (p. 84). Cfr. DE SOLAS RAFECAS, José María: «La educación del deficiente mental». En: *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español*. UAM. Madrid, 1975, p. 31, «la Medicina Psiquiátrica y la Psicología tienen comprobado y afirman que la educación especial solo debe dirigirse a los deficientes mentales leves. Los profundos, e incluso los medios, requieren un tratamiento más de tipo asistencial y médico que educativo en sentido estricto».

⁸² RUBIANO ALBORNOZ, Elisabel y LOZADA, Fabiola: «La educación especial en Venezuela. Memorias, retos y proposiciones». En: *Educere*. Vol. 19, N.º 62. ULA. Mérida, 2015, p. 216.

debe necesariamente habilitarse para el aprovechamiento de sus cualidades, trazándole unos «objetivos escolares» concretos, siendo que:

La primera fórmula ha de ser incluir al deficiente en programas de educación especial aptos para él, integrándolo en la escolaridad dentro de un sistema flexible, coordinando una y otra educación; la normal y la espacial por medio de programas combinados, resolución de problema que pertenece a las ciencias pedagógicas (...) La escuela especial solo tiene sentido como un medio para proporcionar aquella ayuda que el deficiente necesita para que alcance un nivel de conocimiento que le haga apto psicológicamente para una plena convivencia dentro del mundo normal...⁸³.

Para tal fin, desde temprana edad se identifican en la persona con discapacidad las limitaciones y se diagnostican con miras a incorporar al sujeto en un programa especial educativo que permita explotar su máximo potencial⁸⁴.

Así, moviéndonos en un terreno conocido, sobra echar un vistazo por la normativa infanto-juvenil para ubicar ejemplos significativos de esta visión, a saber:

La Ley Tutelar de Menores⁸⁵ establecía: «Artículo 14.- El Estado deberá crear y organizar servicios de educación para menores excepcionales», es claro que este último término es un eufemismo, para referirse a los menores de edad con alguna diversidad funcional, ya que en su Reglamento equipara tal excepcionalidad a los «menores o familias de muy bajos recursos económicos» (artículo 15)⁸⁶.

⁸³ CARRETERO PÉREZ: ob. cit. (*La problemática jurídica...*), pp. 38 y 39.

⁸⁴ Recuerda ÁLVAREZ, Ilda H.: «Vulnerabilidades en el derecho al trabajo de las personas con discapacidad», <http://www.saij.gob.ar>, p. 146, «muchas niñas, niños y adolescentes han quedado excluidos de las oportunidades educativas convencionales. Su educación tenía caracteres de segregación, dado que se desarrollaba en espacios destinados solo para personas con discapacidad, muchas veces unificadas a través de un diagnóstico».

⁸⁵ Vid. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 2710 extraordinario, de 30-12-80.

⁸⁶ Vid. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 3320 extraordinario, de 12-01-84.

La vigente Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes⁸⁷ hace lo propio al referirse a niños o adolescentes con «necesidades especiales»:

Artículo 61.- Educación de niños, niñas y adolescentes con necesidades especiales. El Estado debe garantizar modalidades, regímenes, planes y programas de educación específicos para los niños, niñas y adolescentes con necesidades especiales. Asimismo, debe asegurar, con la activa participación de la sociedad, el disfrute efectivo y pleno del derecho a la educación y el acceso a los servicios de educación de estos niños, niñas y adolescentes. El Estado debe asegurar recursos financieros suficientes que permitan cumplir esta obligación.

En efecto, la referida Ley Orgánica se enmarca dentro de este modelo, pues en las disposiciones en donde se refiere a los menores de edad con discapacidad subraya la rehabilitación como propósito. En concreto, establece que los niños y adolescentes con «necesidades especiales» –que después identifica como «discapacitados» (artículos 80, párrafo segundo y 124.d)– son titulares de todos los derechos y garantías como sujetos menores de edad «además de los inherentes a su condición específica» y «deben asegurarles el pleno desarrollo de su personalidad hasta el máximo de sus potencialidades» –si poseen una «condición de discapacidad mental ejercerán sus derechos hasta el máximo de sus facultades» (artículo 13 párrafo segundo)– lo que podría interpretarse como la normalización a que se aspira desde el modelo médico, y para tal fin debe proporcionárseles «programas de asistencia integral, rehabilitación e integración» (artículo 29).

En realidad, lo anterior se encuadra perfectamente en el paradigma que surge con la Convención sobre los Derechos del Niño, que se refiere al «niño impedido», el cual tiene derecho a «disfrutar de una vida plena» que «le permita llegar a bastarse a sí mismo», con «acceso efectivo a la educación, la

⁸⁷ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6185 extraordinario, de 08-06-15.

capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento»; todo ello «con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual (...) en la máxima medida posible» (artículo 23).

En lo que respecta a la Constitución de 1999, se garantiza la educación «sin más limitaciones que las derivadas de sus aptitudes, vocación y aspiraciones», siendo que «La ley garantizará igual atención a las personas con necesidades especiales o con discapacidad (...) para su incorporación y permanencia en el sistema educativo» (artículo 103) y se proporcionará en «todos sus niveles y modalidades» (artículo 102).

Las anteriores disposiciones son desarrolladas por la Ley Orgánica de Educación⁸⁸, donde se definen las modalidades del sistema educativo como «variantes educativas para la atención de las personas que por sus características y condiciones específicas de su desarrollo integral, cultural, étnico, lingüístico y otras, requieren adaptaciones curriculares de forma permanente o temporal», donde se incluye la «educación especial» (artículo 26); siendo que además el Estado garantiza «El acceso al sistema educativo a las personas con necesidades educativas o con discapacidad, mediante la creación de condiciones y oportunidades» (artículo 6.c).

Ahora bien, el Reglamento General de la Ley Orgánica de Educación⁸⁹ es el que define la modalidad de educación especial como aquella que:

... estará destinada a la atención de los niños y jóvenes que presenten alteraciones del desarrollo, dificultades para el aprendizaje, deficiencias sensoriales, trastornos emocionales y de la comunicación, parálisis cerebral,

⁸⁸ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 5929 extraordinario, de 15-08-09.

⁸⁹ Publicado inicialmente en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 6787 extraordinario, de 15-09-99 y reformado puntualmente (artículos 82.5, 177 y 178) según *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 5662 extraordinario, de 24-09-03.

impedimentos motores, retardo mental o impedimentos múltiples. También atenderá a quienes tengan aptitudes superiores y capacidad para destacarse en una o más áreas del desenvolvimiento humano (artículo 30).

Vale recordar que dicho Reglamento desarrollaba la Ley Orgánica de Educación de 1980⁹⁰, que aludía a la educación especial como «modalidad del sistema educativo» (artículo 16) y la definía de la siguiente forma:

Artículo 32.- La educación especial tiene como objetivo atender en forma diferenciada, por métodos y recursos especializados, aquellas personas cuyas características físicas, intelectuales o emocionales comprobadas sean de tal naturaleza y grado, que les impida adaptarse y progresar a través de los programas diseñados para los diferentes niveles del sistema educativo...

Artículo 33.- La educación especial estará orientada hacia el logro del máximo desarrollo del individuo con necesidades especiales, apoyándose más en sus posibilidades que en sus limitaciones y proporcionará la adquisición de habilidades y destrezas que le capaciten para alcanzar la realización de sí mismo y la independencia personal, facilitando su incorporación a la vida de la comunidad y su contribución al progreso general del país.

Como se ha indicado, si el modelo rehabilitador examinado se centra en las diferencias que posee la persona con discapacidad y cómo él debe hacer todo lo posible para normalizarse apoyándose en la ciencia —«para la atención

⁹⁰ Publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 2635 extraordinario, de 28-07-80. La educación especial se remonta al Código de Instrucción Pública de 1912, que en su artículo 32, al regular los tipos principales de escuelas primarias añadía: «... Puede el Ejecutivo Federal crear escuelas de tipos especiales, de acuerdo con las condiciones peculiares de la población escolar a que se destinen, tales como nocturnas, de adultos, dominicales, de ciegos, de sordo-mudos, anormales, etc.». Cfr. *Leyes y decretos de Venezuela*. T. xxxv (1912). Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1993, p. 416.

preventiva, de diagnóstico y de tratamiento de los individuos con necesidades de educación especial» artículo 34 de la Ley de 1980—, en este caso las pedagógicas, es lógico que cree un subsistema para estos individuos y que, por ejemplo, en el área de la educación, ella se preste bajo «régimenes diferenciados y por métodos, recursos y personal especializado, de acuerdo a las características y exigencias de la población atendida» y así la persona con diferencias funcionales pueda ir avanzando según sus aptitudes y, en último término, «Se logre la incorporación del educando a la sociedad, de acuerdo a sus posibilidades» (artículo 31 del Reglamento).

En cuanto a los «planteles y servicios», se recurre a varias opciones, desde aquellos que son exclusivos para las personas con discapacidad o de atención en el «medio familiar», a los mixtos con el «régimen ordinario» y en este último régimen, pero con «atención complementaria especializada» (artículo 32 del Reglamento). Subrayando el aludido Reglamento:

Artículo 33.- Las políticas y los programas de estudio de educación especial abarcarán la detección, la intervención temprana, el proceso de escolaridad y la preparación e incorporación activa de los educandos a la sociedad y al trabajo productivo.

En síntesis, es claro que bajo este esquema lo que se persigue es identificar y separar al individuo calificado de «anormal» o, eufemísticamente, «especial» o «excepcional» para que curse un régimen especializado que, ajustado a sus posibilidades, debilidades o limitaciones personales, pueda compensar las mismas y así logre su rehabilitación.

El principal problema de esta forma de proceder es que no prepara emocionalmente al individuo para desempeñarse en el medio «normal»⁹¹ y,

⁹¹ PALACIOS: ob. cit. (*El modelo social...*), p. 67, destaca que en el modelo rehabilitador «la mirada se encuentra centrada hacia la diversidad funcional —a las actividades que la persona no puede realizar— por lo que se produce una enorme subestimación con relación a las aptitudes de las personas con discapacidad».

aunque el sujeto adquiriera unas destrezas y competencias en un arte u oficio, se mantienen las barreras sociales que limitan su verdadera integración colocando la carga únicamente en el sujeto y no en el entorno que generalmente le es hostil.

4.3.3. Seguridad social

Como se indicó, uno de los efectos de este modelo es que, al centrarse en la anormalidad que debe superarse para lograr en el individuo la rehabilitación, se tiende a tener una mirada sobreprotectora, donde se trata de paliar la diversidad funcional con meras retribuciones económicas a cargo de la seguridad social y por medio de medidas de discriminación positiva, tales como cuotas de empleo⁹². Comenta PALACIOS:

... la asistencia social pasa a ser el principal medio de manutención, siendo ello en ciertos casos consecuencia de la imposibilidad de realizar ningún tipo de tarea, pero en otros muchos, debido a que la subestimación de la que son objeto genera la exclusión del mercado laboral de muchas personas con discapacidad, plenamente capaces de trabajar. Por ello, también aparece la modalidad de empleo protegido en casos donde no haría falta, si no fuera por la actitud de discriminación prevaleciente hacia este colectivo⁹³.

Tal respuesta resulta de una evolución desde la caridad privada –beneficencia– a la pública –asistencia social–, con visos populistas y la ambición soterrada de los gobernantes de obtener rédito político-electoral, pues la verdad es que el sistema funciona de forma deficiente en la práctica⁹⁴.

⁹² Cfr. BARRIFFI: ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 97, «El modelo médico de discapacidad fue probablemente el principal promotor de la necesidad de contemplar a la discapacidad dentro de las condiciones que justifican la inclusión de dichas personas en el marco de protección del sistema de seguridad social».

⁹³ PALACIOS: ob. cit. (*El modelo social...*), pp. 67 y 68.

⁹⁴ MÉNDEZ, Absalón: *Origen, desarrollo, crisis y reforma de la seguridad social en Venezuela*. ILDIS. Caracas, 2008, p. 1 (folleto), sostiene que la seguridad social como sistema de protección social ha existido por siglos, aunque no es sino a mediados

Así va surgiendo un modelo de seguridad social que, en principio, es de corte laboral⁹⁵ –invalidez, jubilación y sobrevivientes–, siendo que actualmente se ha extendido a nuevas contingencias, llegando a arropar a las personas con discapacidad en razón de su condición, sin que necesariamente deba ser trabajador con discapacidad⁹⁶. Al respecto, la Constitución establece:

del siglo XX que ha adquirido un avance significativo. En efecto, MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo: «El reconocimiento del derecho a la seguridad social en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 81. UCV. Caracas, 1991, p. 189, concuerda en indicar «que la idea de crear medios colectivos para atender a los estados de necesidad o riesgos sociales no es nueva y se manifestó en diversas formas a través de la historia. Lo que sí es propio de nuestro siglo es la aceptación de la idea de que todo individuo es titular del derecho subjetivo a reclamar determinadas prestaciones cuando sea objeto de una de esas contingencias».

⁹⁵ En España, PEMÁN GAVÍN: ob. cit. («Hacia un estatuto...»), p. 93, comenta que con la Ley del Seguro Obligatorio de Enfermedad de 1942 «no se pretendió realizar una asistencia sanitaria de todos los ciudadanos en cuanto tales, sino –de acuerdo con el concepto de seguro social en que se apoya– la protección de los trabajadores frente a la enfermedad entendida como un riesgo». Por ello, HERRERA GÓMEZ –parafraseado por PALACIOS: ob. cit. (*El modelo social...*), p. 86– sostiene «que el mundo de la pobreza deja de ser ese conjunto indiferenciado y homogéneo, para ser clasificado en virtud de un nuevo criterio que se reduce básicamente a la capacidad, o no, de poder trabajar. A partir de ello, solo serán dignos de ayuda los que padecen alguna imposibilidad que les impida ganarse el sustento, o bien aquellos que siendo ciudadanos honrados han perdido su habitual medio de vida, como las viudas, huérfanos o jornaleros en paro. Para el resto, que englobaría el conjunto de la población que vagabundea y simula dolencias, el Estado tomará medidas legales encaminadas a reprimir la vagancia para apropiarse de su fuerza de trabajo y destinarla allí donde más hace falta: el ejército y las obras públicas».

⁹⁶ MANTERO DE SAN VICENTE: ob. cit. («El reconocimiento del derecho...»), p. 206, «A partir de esas concepciones iniciales comienza a producirse un proceso de extensión del derecho que en el régimen de progresividad, propio de los derechos económicos y sociales, se fue extendiendo a nuevas categorías de personas hasta que las declaraciones internacionales consagraron su universalidad subjetiva». RAMÍREZ JIMÉNEZ, Antonio: «La seguridad social en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela». En: *Libro homenaje a Fernando Parra Aranguren*. Vol. II. UCV. R. ESCOBAR LEÓN, coord. Caracas, 2001, p. 281, apunta que la Constitución vigente amplía el concepto, así «En la protección de las contingencias

Artículo 86.- Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social...

Como se puede fácilmente apreciar, el modelo constitucional incluye como contingencias la invalidez, la discapacidad y las necesidades especiales, que, en otros términos, vienen a ser diversidades funcionales que categorizan a las personas con discapacidad. Empero, téngase presente que este derecho fundamental corresponde a «toda persona»⁹⁷ en la medida que se revele una determinada contingencia.

La seguridad social corresponde a un sistema complejo de acciones de protección y pueden incluir servicios de salud, funerarios o de capacitación; ayudas o asistencias materiales; provisiones habitacionales; prestaciones económicas, entre otras⁹⁸. Por lo que, según MANTERO DE SAN VICENTE,

o infortunios, además de las ya conocidas de vejez, maternidad, etc., incluye la discapacidad, necesidades especiales y riesgos laborales, además de aquel completamente novedoso como el de las enfermedades catastróficas».

⁹⁷ También alude expresamente la Constitución como beneficiarios o sujetos activos a los adultos mayores, amas de casa, trabajadores culturales, funcionarios y miembros de las Fuerzas Armadas Nacionales (artículos 80, 88, 100, 144 y 328).

⁹⁸ Vid. BREWER-CARÍAS, Allan R.: «Consideraciones sobre el régimen constitucional del derecho a la seguridad social, el sistema de seguridad social y la administración privada de fondos de pensiones». En: *Libro homenaje a Fernando Parra Aranguren*. Vol. I. UCV. R. ESCOBAR LEÓN, coord. Caracas, 2001, pp. 73 y 74, la seguridad social «es un servicio público complejo que implica la prestación de diversas actividades. Por ello, con razón se lo ha estructurado como un sistema, integrado por subsistema (...) como el sistema de salud, el sistema de pensiones, el sistema de riesgos profesionales, el sistema de vivienda, el sistema de recreación, el sistema de paro forzoso y capacitación profesional y el sistema de servicios sociales». Véase: la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social –*Gaceta Oficial de la República*

desde el punto de vista jurídico, estaría conformado por «un conjunto de normas coherentes entre sí que confieran al individuo el derecho subjetivo de accionar para reclamar el otorgamiento de determinadas prestaciones o medidas preventivas individualizables cuando se encuentre en una situación objetiva prevista por la norma»⁹⁹. En palabras de SARDEGNA:

La seguridad social tiene un fin propio consistente en la protección del hombre contra los riesgos o las contingencias de cualquier tipo que puedan producirse, para lo cual recurre a los medios que aquella estime necesarios, creando en beneficio de todos un conjunto de garantías para superar las eventualidades que puedan producirse, las que en su caso puedan reducir o suprimir la posibilidad de ganancias o imponer cargas económicas suplementarias¹⁰⁰.

Dentro del anterior enfoque general, se destaca la asignación económica para el caso de contingencia en razón de «discapacidad» o «invalidez» que, una vez calificada como tal por la medicina, da derecho a una prestación mensual representada por recursos económicos mínimos vitales para que el individuo imbuido en tal eventualidad pueda sobrellevar su existencia hasta que logre rehabilitarse e incorporarse al conglomerado de forma «productiva».

En estos casos, según la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social (artículo 18), las prestaciones incluyen, en lo que aquí nos interesa: «promoción de la salud», en particular para «la rehabilitación oportuna, adecuada y de calidad» en caso de enfermedades (numeral 1) y para los trabajadores por enfermedades o accidentes laborales, además de las prestaciones en dinero (numeral 3); pensión por «discapacidad» (numeral 7); «prestación en dinero por discapacidad temporal» (numeral 9).

Bolivariana de Venezuela N.º 39 913, de 30-04-12; corresponde a una reforma de la Ley de 2008– (artículos 5, 6 y 7).

⁹⁹ MANTERO DE SAN VICENTE: ob. cit. («El reconocimiento del derecho...»), p. 199.

¹⁰⁰ SARDEGNA, Miguel A.: *Asignaciones familiares y seguridad social*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1989, p. 40.

En materia de salud, tendríamos el «Régimen prestacional de salud». Siendo que la Ley de Seguro Social¹⁰¹ determina «las contingencias de maternidad, vejez, sobrevivencia, enfermedad, accidentes, invalidez, muerte, retiro y cesantía o paro forzoso» (artículo 1)¹⁰² y, aunque postula propender a su progresividad con la finalidad de abarcar «a todos los habitantes del país», solo «Están protegidos por el seguro social obligatorio, los trabajadores», así como «trabajadores a domicilio, domésticos, temporeros y ocasionales» y «no dependientes y para las mujeres no trabajadoras con ocasión de la maternidad» (artículo 2). También operará para los funcionarios «en los casos de prestaciones en dinero por invalidez o incapacidad parcial, vejez, sobrevivientes y nupcias» (artículo 3).

En el supuesto de pérdida del empleo de la persona «con discapacidad como consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional», aplicará el «Régimen prestacional de empleo» asíéndose acreedor de indemnizaciones de corto plazo (artículos 80 y 81 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social) y prestaciones no dinerarias para «capacitar y facilitar la reinserción» laboral (artículos 79 y 88.8 *eiusdem*). Además, la Ley de Servicios Sociales que regula el «Régimen prestacional de servicios sociales al adulto mayor y otras categorías de personas»¹⁰³ establece el deber de desarrollar programas de promoción de empleos para las personas con discapacidad (artículo 26), dentro de esa política se ubican las denominadas «cuotas de trabajo».

¹⁰¹ *Vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 39 912, de 30-04-12 –corresponde a una reforma de los artículos 6 y 7 de la Ley publicada en la *Gaceta Oficial* N.º 5976 extraordinario, de 24-05-10–. La primera Ley sobre esta materia data de 1940 y «contemplaba la cobertura de los riesgos de enfermedad, maternidad y accidentes profesionales para los trabajadores», *cfr.* RAMÍREZ JIMÉNEZ, Antonio: «La seguridad social en el Derecho Constitucional venezolano». En: *Libro homenaje al profesor Alfredo Arismendi A.* UCV-Ediciones Paredes. C. L. CARRILLO ARTILES, coord. Caracas, 2008, pp. 654 y 655.

¹⁰² *Vid.* Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social donde se indican las contingencias amparadas por el sistema, siendo que por leyes especiales «... se establecerán las condiciones bajo las cuales los sistemas y regímenes prestacionales otorgarán protección especial a las personas discapacitadas...» (artículo 17).

¹⁰³ *Cfr.* con la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social (artículos 56-60).

En cuanto a las cuotas de empleo –fórmulas de discriminación positiva¹⁰⁴–, se ha contemplado en diversos instrumentos legales el deber de contratar un determinado porcentaje de personas con discapacidad como un mínimo deseable. La aspiración con estas medidas es incentivar la contratación y reducir la brecha en el acceso al empleo de las personas con diversidad funcional.

Así, la Ley para las Personas con Discapacidad contempla la obligación de todo patrono –público o privado– de incorporar en su nómina –desde gerentes a obreros– «no menos de un cinco por ciento» de personas con discapacidad (artículo 28, en concordancia con el artículo 290 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras)¹⁰⁵. Siendo tal

¹⁰⁴ Los «programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas» que la Convención no prohíbe, pues los considera pertinentes para promover el empleo (artículo 27.h), igualmente la Constitución los permite a los fines de «que igualdad ante la ley sea real y efectiva» (artículo 21.2). *Cfr.* FLORES, Rafael *et al.*: «Marco jurídico de protección de la inserción laboral de las personas con discapacidad en Venezuela». En: *Civitas*. Vol. 3, N.º 1. Universidad Rafael Belloso Chacín. Maracaibo, 2015, p. 26, comentan que «En 1955, la OIT adoptó la Recomendación N.º 99 sobre la Adaptación y Readaptación Profesional de los Inválidos, que ha sido el instrumento internacional más importante con relación al derecho al trabajo de las personas con discapacidad hasta la adopción del Convenio N.º 159 sobre Readaptación Profesional y Empleo –OIT, 1983–, así como la Recomendación N.º 168 sobre Readaptación Profesional y Empleo de las Personas Inválidas –OIT, 1983– (...) el Convenio N.º 159 (...) marcó un hito al establecer una serie de principios fundamentales a estar en la base de las políticas de readaptación profesional y empleo, destacando aquellas referidas a la igualdad de oportunidades y de trato, las medidas positivas que no deberían ser entendidas como discriminatorias para otros trabajadores, así como las organizaciones representativas de y para personas con discapacidad».

¹⁰⁵ La derogada Ley para la Integración de las Personas Incapacitadas establecía: «artículo 25.- Las empresas públicas o privadas que empleen un número de trabajadores fijos que exceda de cincuenta, estarán obligados a emplear un número de trabajadores incapacitados no inferior al dos por ciento de la nómina, siempre y cuando los trabajadores incapacitados solicitantes reúnan las condiciones de aptitud y capacitación laboral necesarias para el ejercicio de los cargos ofertados». Esta materia ahora está también regulada por el artículo 11 de la Ley Especial para las Trabajadoras

porcentaje el más alto de Hispanoamérica –igual al de Costa Rica y Paraguay, por ejemplo–.

En retrospectiva, aunque este tipo de medidas compensa en cierto sentido la discriminación a que históricamente han sido objeto las personas con discapacidad de acceder a puestos de trabajo para los cuales poseen condiciones objetivas para el perfecto desempeño, es claramente insuficiente, primero, en razón a que no corresponde el porcentaje a un criterio proporcional a la población laboral disponible y, segundo, no pone énfasis en las barreras actitudinales que son los verdaderos obstáculos para ingresar a conformar la fuerza laboral¹⁰⁶.

Dentro del ámbito laboral, pero ya atendiendo al tipo de actividad, pueden surgir eventuales accidentes o condiciones que originen enfermedades ocupacionales que según su entidad determinen para el trabajador una diversidad funcional claramente «incapacitante». En tal sentido, por medio de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social se ha creado el «Régimen prestacional de seguridad y salud en el trabajo» (artículos 92-97), el cual es desarrollado por la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo¹⁰⁷, que persigue prevenir, corregir

y Trabajadores con Discapacidad –*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6735 extraordinario, de 27-01-23– (véase *infra* capítulo iv).

¹⁰⁶ PALACIOS: ob. cit. (*El modelo social...*), p. 87, comenta que en el caso del empleo protegido «el problema principal que presenta el carácter de permanencia en este tipo de medidas es que las personas con discapacidad siguen siendo excluidas de los ámbitos ordinarios de la sociedad. Además, debe subrayarse que, desde la perspectiva social, el trabajo protegido se considera inferior al “normal”». Cfr. ARTEAGA, Ana Jessenia: «Inclusión laboral de las personas con discapacidad». En: *Iustitia Socialis*. Vol. iv, N.º 1 (Edición especial). Fundación Koinonia. Santa Ana de Coro, 2019, pp. 16 y 21, «Es innegable el hecho de que las personas con discapacidad constituyen uno de los colectivos que mayor discriminación y exclusión ha recibido» de allí «la exclusión social de la que eran objeto por sus diferentes o reducidas capacidades».

¹⁰⁷ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 38 236, de 26-07-05 –deroga la Ley publicada en *Gaceta Oficial* N.º 3850 extraordinario, de 18-07-86–; su «Reglamento parcial» fue publicado en *Gaceta Oficial* N.º 38 596,

y aminorar dichas situaciones de forma tal que el trabajo se ejecute bajo condiciones de salud y seguridad óptimas, minimizando los riesgos y aumentando las garantías de los empleados o trabajadores.

Entre las distintas acciones, planes, medidas, órganos y programas resaltan –en lo que aquí interesa– la determinación del «grado de discapacidad del trabajador» (artículo 18.17)¹⁰⁸, pues tal esquema no hace más que ratificar la premisa de que la ciencia puede no solo determinar las causas médicas que generan la diversidad funcional, sino medir su impacto real en términos cuantitativos.

Ciertamente, una vez calificado el origen de la enfermedad como ocupacional (artículos 18.15 y 76), el legislador determina diversas categorías de «discapacidades» que dan derecho a «prestaciones dinerarias»¹⁰⁹, según el daño que se ha ocasionado al trabajador (artículo 78), a saber:

- i. «Temporal» es aquella que limita el trabajo por tiempo determinado (artículo 79);
- ii. «parcial permanente» implica una disminución de menos

de 03-01-07. Véase referencias históricas anteriores a la Ley del Trabajo de 1928 en PARRA ARANGUREN: ob. cit. (Antecedentes del Derecho...), pp. 199 y ss.

¹⁰⁸ Vid. VILLEGAS ALBA, Alexis: «Recursos legales contra la certificación de discapacidad dictada por el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL)». En: *Ensayos sobre Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. TSJ. F. PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2008, pp. 591 y ss., apunta que la calificación de origen ocupacional y la certificación del grado discapacidad emanadas del Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales, corresponden a «un acto administrativo» elaborado conforme al informe del «médico ocupacional» del Instituto (artículo 76 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, en concordancia con el artículo 7 de la Ley para las Personas con Discapacidad).

¹⁰⁹ También aludidas en otro subsistema involucrado, como sería el «Régimen prestacional de pensiones y otras asignaciones económicas» que cubriría las prestaciones dinerarias correspondientes a la pensión que corresponda por «discapacidad parcial permanente, discapacidad total permanente, gran discapacidad» (artículo 62.1 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social).

de un 67 % de las capacidades para el trabajo habitual (artículo 80); iii. «total permanente para el trabajo habitual» disminución de igual o más de un 67 % que impida el desarrollo de las principales actividades laborales, siempre que conserve capacidades para ejecutar otros trabajos (artículo 81); iv. «absoluta permanente para cualquier tipo de actividad» requiere que el porcentaje anterior inhabilite al trabajador para toda ocupación laboral (artículo 82), y v. «gran discapacidad» es aquella que es «total permanente» y que trae como secuela la necesidad de que el trabajador se «auxilie de otras personas para realizar los actos elementales de la vida diaria», pues se encuentra imposibilitado para efectuarlo por sí solo (artículos 83 y 131.1)¹¹⁰.

Sobre la denominada «gran discapacidad» se puede añadir que si la afectación es en las funciones mentales, la persona con discapacidad se encontraría en un supuesto para la procedencia de la tradicional interdicción por defecto intelectual habitual, ya que se encuentra limitado a proveer a sus propios intereses (artículo 393 del Código Civil); en cuanto al auxilio, actualmente sería proveído por el tutor, aunque leyes especiales han incorporado, recientemente, servicios de cuidados adicionales¹¹¹.

¹¹⁰ Según comenta PARRA ARANGUREN: ob. cit. (*Antecedentes del Derecho...*), p. 203, es en la Ley de Minas de 1915 donde se incorpora al Derecho venezolano un sistema de reparación de accidentes que aseguraba «una indemnización fija», contemplando en el artículo 149 los casos de «incapacidad absoluta y permanente», «parcial y permanente», «absoluta y temporal» «parcial y temporal». Este modelo después se incorporaría a la primera Ley del Trabajo (1928) y, como se observa, mantiene los tipos, salvo la novedad de la «gran discapacidad». Cfr. *Leyes y decretos de Venezuela*. T. xxxviii (1915). Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1993, p. 259.

¹¹¹ Vid. Ley de Servicios Sociales (artículo 9); Ley Orgánica para la Atención y Desarrollo Integral de las Personas Adultas Mayores –*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6641 extraordinario, de 13-09-21– (artículos 27.3 y 29); Ley de Sistemas de Cuidados para la Vida –*Gaceta Oficial* N.º 6665 extraordinario, de 11-11-21– (artículo 3) y reforma de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad –*Gaceta Oficial* N.º 6686 extraordinario, de 15-02-22– (artículos 3, 4 y 33).

La Ley de Seguro Social ratifica que tanto la «incapacidad temporal» como de «invalidez» y la «incapacidad parcial» dan derecho a una indemnización o pensión (artículos 9, 14, 16, 20 y 22), tal contingencia que también puede provenir de «un accidente común» (artículo 15) viene determinada por dictámenes médicos (artículos 23 y 26). Así, por ejemplo, en el caso de la invalidez se requiere de «una pérdida de más de dos tercios de su capacidad para trabajar, a causa de una enfermedad o accidente» (artículo 13); si producto de la invalidez –denominada en otros instrumentos «gran discapacidad»– «no pueda moverse, conducirse o efectuar los actos principales de la existencia o que necesite la asistencia constante de otra persona, tiene derecho a percibir una suma adicional» (artículo 17)¹¹². En todo caso, se establece que «El Instituto Venezolano de los Seguros Sociales debe prescribir exámenes, tratamientos y prácticas de rehabilitación con el objeto de prevenir, retardar o disminuir el estado de invalidez o incapacidad para el trabajo» (artículo 25). Por su parte, la Ley de Servicios Sociales alude a que los familiares deben: «4. Cooperar en la prevención, rehabilitación, habilitación e integración a la vida productiva o activa de personas integrantes del grupo familiar con algún tipo de discapacidad» (artículo 14.4).

La Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, además de regular en detalle el aspecto económico de la prestación y su determinación médica, destaca la promoción y participación de las «asociaciones de trabajadores con discapacidad» (artículos 10 y 11.4). En cuanto al desarrollo de las capacidades por parte de los trabajadores con discapacidad, las supedita a sus condiciones personales (artículo 11.6), en términos similares a los expuestos por la Constitución (artículo 81).

¹¹² *Vid.* Ley de Servicios Sociales que alude a «gran discapacidad» como «imposibilidad de satisfacer sus necesidades básicas y depender permanentemente de otra persona con escasos recursos», lo que da derecho a una protección prioritaria (artículo 30). En casos de «personas con discapacidad severa, mediante estudios médicos y socio-económicos» se podrá incrementar la asignación económica (artículo 37) y aquellas personas con discapacidad «total permanente o grave temporal» no protegidas por otras leyes «previa calificación y certificación de la condición, recibirán una asignación económica» (artículo 40).

Dentro de los objetivos que se persiguen en caso de enfermedades ocupacionales y discapacidades se ubican, respectivamente, «la restitución de la salud y la rehabilitación» (artículo 10). Para lograr tal propósito, los trabajadores con discapacidad tienen derecho a ser reubicados (artículo 53.9)¹¹³. También, se garantizan programas de capacitación y políticas de reinserción laboral «de acuerdo a sus capacidades» (artículo 91). Además de programas de protección especialmente dirigidos a personas con discapacidad y la incorporación de esta categoría dentro de los datos a conformar el Sistema de Vigilancia Epidemiológica de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Ocupacionales (artículos 5.1 y 34.9 del Reglamento parcial de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo).

Como colofón de este largo apartado, resulta evidente la idea subyacente en esta materia, en la cual básicamente se pretende compensar las diversidades funcionales con asignaciones económicas –que, generalmente no llegan, son ínfimas e incoherentes al solaparse varios regímenes entre sí–. Las mayorías de las contingencias están supeditadas a evaluaciones médicas y aspiran a la normalización por medio de la rehabilitación, que es su fin primordial. Por tanto, es claro que se enmarca esta visión en el modelo médico-rehabilitador.

4.3.4. Internamiento

Uno de los primeros paliativos que introdujo el modelo médico fue el internamiento para los casos de enfermedades mentales. Ciertamente, producto de la herencia del modelo de prescindencia y sus auspicios o asilos de corte caritativos y segregacionistas, en el modelo rehabilitador pronto se crearon instituciones, establecimientos, centros u hospitales psiquiátricos que entre sus funciones se encontraba la de encerrar a aquellas personas con discapacidad mental o intelectual a los fines de que recibieran tratamientos sanitarios con miras a su «protección» y así lograr su pronta reinserción a la sociedad¹¹⁴.

¹¹³ En concordancia con la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras –*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6076 extraordinario, de 07-05-12– (artículo 75).

¹¹⁴ Afirma PALACIOS: ob. cit. (*El modelo social...*), p. 92, «una gran cantidad de personas con discapacidad fueron encerradas en instituciones, alegándose que era una

La visión que privaba en estos institutos médico-asistenciales de pernocta, era claramente rehabilitadora, pues, en el caso de las personas con diversidad funcional, mental o intelectual, el ingreso, la evaluación, el tratamiento, el régimen, las medidas disciplinarias y el egreso de estos centros dependía básicamente de la decisión de las autoridades sanitarias, con participación a los parientes o representantes a los fines de su autorización, sin que se contara con la voluntad del paciente ni con un examen judicial de la medida de forma oportuna.

Es verdad que no solo las personas con discapacidad mental o intelectual son objeto de este tipo de privaciones a la libertad personal, ya que también existen actualmente establecimientos para sujetos en condición de indigencia, adictos a fármacos¹¹⁵, adultos mayores, migrantes ilegales e incluso para niños y adolescentes que son internados sin que prive su aquiescencia. Pero la gravedad del asunto es que tales reclusiones no están normalmente controladas por un juez que, de forma previa o posterior, certifique su constitucionalidad¹¹⁶,

medida idónea a los efectos de la asistencia y la rehabilitación, que debía ser adoptada por su propio bien, y con el fin de que no continuaran siendo una carga para la sociedad. La práctica de la institucionalización se realizaba en un gran número de casos en contra de la voluntad de las personas afectadas».

¹¹⁵ Vid. la Resolución N.º 56-695 del Ministerio de Sanidad y Asistencial Social, por la cual se dictan las «Normas de funcionamiento de los establecimientos de atención al farmacodependiente, del sector público y privado» –*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 36 291, de 15-09-97–, que remiten al Reglamento para establecimientos psiquiátricos de larga estancia (artículos 3.7 y 8).

¹¹⁶ En el caso de los menores de edad, la derogada Ley Tutelar de Menores de 1980, instituía como medida en caso de «situación irregular» por riesgo a la salud su internamiento (artículos 85.5 y 87), incorporó su judicialización previa: «artículo 122.- La asistencia en una institución curativa será acordada por el tribunal cuando el estado de salud física o psíquica del menor así lo requiera. El tratamiento médico a que se someterá el menor podrá efectuarse en régimen abierto o cerrado, y se prolongará hasta que se le declare curado o en condiciones de reintegrarse a la vida social», así como control posterior, siendo que «... su duración dependerá de los resultados del tratamiento, a criterio del juez. El Instituto Nacional del Menor deberá informar cada tres meses al juez de menores sobre la evolución del tratamiento del menor...» (artículo 123). Actualmente, aunque la Ley Orgánica para la

lo cual choca diametralmente con el derecho fundamental a la libertad personal¹¹⁷.

En efecto, tal contradicción ha motivado a que otros ordenamientos dicten disposiciones a los fines de garantizar que todo internamiento involuntario en un centro donde la persona no tenga libertad de entrar o salir del mismo deba ser examinado por un juez a los fines del control constitucional¹¹⁸.

Protección de Niños, Niñas y Adolescentes establece garantías a favor del derecho a la libertad personal (artículo 37) siendo judicial las referentes a la responsabilidad penal del adolescente (artículo 548); en el caso de internamiento en centro de salud, garantiza que permanezca con los padres (artículo 49); sin embargo, la orden de tal «tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico» puede ser acordado por el consejo de protección en el marco de una «medida de protección» (artículos 126.e, 129, 160.b), estando bajo su responsabilidad el control posterior (artículos 131 y 132, 184.d y 185), correspondiéndole al tribunal de protección, vía recursiva, su revisión.

¹¹⁷ Vid. Constitución de 1961 (artículo 60) y Constitución de 1999 (artículo 44). En el caso español, MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, Carlos: «En torno a la enfermedad mental fásica como causa de incapacitación: régimen y consecuencias». En: *Anuario de Derecho Civil*. Fasc. 2. BOE. Madrid, 1987, p. 721, comenta «el internamiento es una medida restrictiva de la libertad de las personas, en la que queda afectados derechos fundamentales del ser humano—señaladamente, su libertad—, constitucionalmente protegidos»; MARÍN LÓPEZ, Juan José: «Los locos y su libertad: el artículo 211 del Código Civil (sobre la sentencia del tribunal constitucional 129/1999, de 1 de julio)». En: *Derecho Privado y Constitución*. N.º 13. CEPCC. Madrid, 1999, p. 209, indica que es «correcta consideración del internamiento como una privación del derecho fundamental a la libertad consagrado en el artículo 17.1 Constitución española»; COBREROS MENDAZONA: ob. cit. («Aspectos jurídicos...»), p. 138, «el enfermo mental internado se encuentra en un estado prácticamente análogo al del recluso penal y, a veces, peor». Apunta CARBONNIER: ob. cit. (*Ensayos sobre las leyes*), p. 56, con mesura, que «En lo esencial, es un problema de Derecho Administrativo sobre el cual el Derecho privado puede pretender alguna competencia en virtud de la idea tradicional de que a los tribunales judiciales les corresponden los contenciosos de la libertad y además por analogía obsesiva con la detención preventiva y el Derecho Penal».

¹¹⁸ Vid. AZNAR LÓPEZ, Manuel: *Internamientos civiles y derecho fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales y sociosanitarios*. Editorial Comare. Granada, 2000, *passim*, comenta las reformas del Código Civil español—Ley 13/1983, de 24

En Venezuela, en caso de interdicción, el Código Civil se limita a indicar: «... El juez con conocimiento de causa, decidirá si el incapaz debe ser cuidado en su casa o en otro lugar; pero no intervendrá cuando el tutor sea el padre o la madre del incapaz» (artículo 401); también se establece que «... las disposiciones relativas a la tutela de los menores son comunes a la de los entredichos, en cuanto sean adaptables a la naturaleza de esta» (artículo 397), siendo que para la tutela de los niños o adolescentes se determina: «Cuando el tutor no sea abuelo o abuela, el tribunal, consultando previamente al consejo de tutela y oyendo al menor, si tuviere más de diez años, determinará el lugar en que deba ser criado este...» (artículo 348).

Tales disposiciones aplicarían solo para el caso de que la persona con discapacidad haya sido declarada entredicha, pero no cubre los otros supuestos donde dicho procedimiento no se halla instaurado¹¹⁹, además son tan escuetas las normas del Derecho común que no cumplen un propósito serio de control judicial para prevenir o evitar la privación de la libertad arbitraria o inconstitucional.

En contrasentido, se observa un instrumento administrativo que regula en detalle los establecimientos psiquiátricos, centros asistenciales u hospitales «destinados a la atención de pacientes con estadía superior a los 45 días», a saber el «Reglamento para establecimientos psiquiátricos de larga estancia»¹²⁰.

de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela— y la introducida con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (artículo 763). *Cfr.* MARÍN LÓPEZ: ob. cit. («Los locos y su libertad...»), pp. 191 y 192, quien además alude a la nueva redacción del párrafo del artículo 211 del Código Civil, realizada a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

¹¹⁹ AZNAR LÓPEZ: ob. cit. (*Internamientos civiles...*), p. 11, «no encuentro razón alguna para interpretar que internamiento e incapacitación deban ir por fuerza aparejados, siendo perfectamente posible un internamiento sin incapacitación, como también lo es, desde luego, una incapacitación sin internamiento».

¹²⁰ Dictado por el presidente de la República en ejercicio de la facultad reglamentaria y publicado en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 35 312, de 06-10-93. Vale comentar que en España, antes de la reforma del Código Civil de 1983, la

Del referido instrumento sublegal –compuesto por un total de 64 artículos– se extraen las notas básicas que permiten visualizar su encuadre dentro del modelo médico. Véase:

i. Preponderancia de las autoridades sanitarias: siguiendo las tendencias propias del modelo médico, se observa que en el trámite del internamiento no interviene el Poder Judicial, ya sea acordando tal medida –que en la práctica representa una «reclusión» si no ha mediado la voluntad de la persona con discapacidad– ni tampoco, controlando su ejecución y duración¹²¹.

Concretamente, según el Reglamento, corresponde a los «centros asistenciales de carácter público» referir a los enfermos (artículo 8)¹²², pudiendo

materia de los internamientos en establecimientos de salud mental estaba regulado por el Decreto del 3 de julio de 1931. *Vid.* BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo: «La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud». En: *Anuario de Derecho Civil*. Fasc. 4. BOE. Madrid, 1984, pp. 954 y 955, «El Decreto respondió, en su momento, a una afirmación, en el plano normativo, de la psiquiatría como ciencia. Se trataba, pues, con él de considerar al enfermo mental como persona a la que había que curar; para lo que se estimaba necesario facilitar la labor de los facultativos».

¹²¹ COBREROS MENDAZONA: *ob. cit.* («Aspectos jurídicos...»), p. 139, «Cuando una persona se somete a un tratamiento médico, ciertamente, no dirige él la marcha del mismo, sino que se somete a las sucesivas prescripciones de los facultativos, pero caracteriza al enfermo mental internado contra su voluntad el que no puede poner fin al tratamiento cuando él lo considere conveniente, ni abandonar el establecimiento en el que se encuentra cuando estime que es mejor salir del mismo».

¹²² *Vid.* Resolución N.º 56-695 citada *supra*, donde se estipula que: «El ingreso del paciente farmacodependiente a un establecimiento psiquiátrico de larga estancia debe fundamentarse en una evaluación clínica previa...» (artículo 71), y remite al Reglamento para establecimientos psiquiátricos de larga estancia (artículos 3.7, 8 y 72). Por su parte, el Código Médico Forense de 1878 –vigente según la Asamblea Nacional– contempla un internamiento a los fines de evaluar la exclusión del servicio militar por «inutilidad» física o mental; a tales fines: «Si los facultativos creyesen que la observación daría mejores resultados, seguirá en el hospital militar, la autoridad ordenará la traslación del reconocido a dicho establecimiento», «Cuando la observación tenga por objeto demostrar la existencia de afecciones mentales, durará sesenta días, pasados los cuales debe el facultativo certificar» (artículos 200

ser remitidos en caso de urgencia por «autoridades civiles, militares o eclesiásticas», pero en tal supuesto «deberán ser evaluados previamente por un especialista en psiquiatría» (artículo 10)¹²³. Por su parte, el expediente personal o «historia clínica»¹²⁴ será cumplimentada y actualizada por la dirección del establecimiento psiquiátrico y será «supervisado periódicamente por las autoridades del Ministerio de Sanidad» (artículos 12 y 61)¹²⁵.

En cuanto a la atención profesional, descansa fundamentalmente en profesionales de la salud, siendo que «el tratamiento psiquiátrico y los cuidados de cada paciente se basarán en un plan prescrito individualmente por el médico psiquiatra» (artículo 19)¹²⁶, pudiendo este ordenar «el control

y 206). Cfr. *Leyes y decretos de Venezuela*. T. VIII (1878-1880). Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1984, pp. 158 y 159.

¹²³ Vid. la Ley del Ejercicio de la Medicina –*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 39 823, de 19-12-11– que establece que los «profesionales que ejerzan la medicina están obligados a: (...) 4. Promover el internamiento en establecimientos hospitalarios, públicos o privados, de pacientes que por su estado somático, psíquico o por trastornos de conducta signifique peligro para sí mismo o para terceros» (artículo 25). Es oportuno aclarar que, según la *Gaceta Oficial* N.º 41 984, de 13-10-20, se publicó un «Decreto constituyente (*sic*) de reforma» de la aludida Ley donde se pretende modificar los artículos 3, 4, 22 y 35 a los fines de incluir una categoría de médicos «militares», *vid.* <https://accesoaljusticia.org>. En todo caso, aquí se cita la Ley de 2011, pues se está al tanto de que la Asamblea Nacional Constituyente no tiene facultades para dictar o reformar leyes, sino únicamente para preparar un proyecto de Constitución a ser sometido a referéndum, *vid.* PEÑA SOLÍS, José: «Breve excursión histórica y conceptual sobre las leyes constitucionales, a propósito de las dictadas por la sedicente Asamblea Nacional Constituyente». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 10. Caracas, 2018, pp. 581-609.

¹²⁴ Sobre el contenido de toda historia médica, véase: artículo 69.6 de la Ley Orgánica de Salud, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 36 579, de 11-11-98.

¹²⁵ Por su parte, según comenta AZNAR LÓPEZ: *ob. cit.* (*Internamientos civiles...*), p. 88, «el control judicial periódico debería ir más allá de la manera continuación o no del internamiento, para comprender el de las condiciones del mismo en lo atinente al respeto de los derechos fundamentales de la persona internada, desde la perspectiva de la garantía judicial de los mismos».

¹²⁶ Según anota STIKER –parafraseado por PALACIOS: *ob. cit.* (*El modelo social...*), p. 99– «en el universo denominado rehabilitación el médico es el principal actor

individual intensivo» –término eufemístico para aislamiento– (artículo 31) o la «contención física del paciente» (artículo 34), todo de lo cual se deberá dejar constancia en la historia clínica. Corresponde a las «autoridades médicas del establecimiento» organizar la visita (artículo 16), conceder permisos de salida (artículo 44) y dar el alta a los pacientes (artículos 47).

ii. Rehabilitación como fin principal: expresamente establece el Reglamento que la «hospitalización» tiene por objeto «lograr la recuperación, la resocialización y el egreso de la persona en el menor tiempo posible» (artículo 5), para tal propósito los familiares o representante deben colaborar con «el tratamiento y rehabilitación» (artículo 13), siendo que con la receta médica y la rehabilitación se deben «propiciar el logro de la mayor autonomía posible» y «el retorno al grupo familiar o a la vida en la comunidad, siempre que sea factible» (artículo 20), para lo cual se velará de que se promuevan actividades culturales, deportivas, recreativas, socio-comunitarias y laborales¹²⁷ con miras a una «auténtica resocialización de los enfermos» (artículos 41, 42 y 43), concediéndose al efecto permisos de salida (artículo 44)¹²⁸.

iii. Exclusión de la persona con discapacidad en la toma de decisión sobre el internamiento: como se ha indicado, la relevancia constitucional del control judicial surge en la medida que el internamiento ocurra sin mediar

en brindar asesoramiento a la persona con discapacidad. Él se pronuncia sobre la terapia, pero también opina sobre el destino de la persona con discapacidad y –de hecho– determina sus derechos.

¹²⁷ Sostiene SHAPIRO que existe cierto paralelismo entre esclavitud e institucionalización, ello en razón de que «en las instituciones eran puestas a trabajar, generalmente bajo la modalidad de empleo sumergido, por largas jornadas sin paga», parafraseado por Palacios: ob. cit. (*El modelo social...*), p. 94.

¹²⁸ COBREROS MENDAZONA: ob. cit. («Aspectos jurídicos...»), p. 140, se expresa en términos categóricos al afirmar que «las instituciones cerradas, sean cárceles o manicomios, no rehabilitan, no hacen capaz al individuo de reinsertarse nuevamente y de un modo positivo en la sociedad. Sí cumplen una determinada función, cual es la de aislar y proteger al resto de los ciudadanos».

voluntad de la persona recluida¹²⁹, pues en tal supuesto se corre el riesgo de que la hospitalización sea arbitraria y, aunque el Instrumento en análisis toma ciertos recaudos al advertir que ella operará «como último recurso terapéutico luego de haber agotado todas las posibilidades previas de restauración de la salud» (artículo 5)¹³⁰, la verdad del asunto es que en ningún caso media algún atisbo de intervención volitiva del paciente¹³¹.

¹²⁹ BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO: ob. cit. («La protección jurídica...»), pp. 953 y 954, recuerda «que la problemática de los internamientos involuntarios de enfermos mentales forma parte de otra más amplia. La de los reconocimientos, los tratamientos y la asistencia realizada sin contar con la voluntad de los ciudadanos objeto de los mismos, por razones de carácter sanitario y social». En nuestra Constitución sobre tratamientos involuntarios, véase el artículo 46.3.

¹³⁰ Así, por ejemplo, el Código de Deontología Médica de 2004 establece que el médico debe evitar las «hospitalizaciones innecesarias», pues estas, además de los costos elevados, pueden acarrear «problemas emocionales» (artículo 26). En todo caso, recuérdese que, como menciona PEMÁN GAVÍN: ob. cit. («Hacia un estatuto...»), pp. 106 y 107, «estas normas –como todas las regulaciones deontológicas– se mueven dentro del campo de la ética profesional. Por tanto, su respeto queda encomendado a los propios entes corporativos de la profesión, y en particular a los órganos disciplinarios de los mismos –a quienes corresponde imponer la sanción procedente en caso de violación de las normas deontológicas–, pero carecen de relevancia directa para el ordenamiento general: ningún tribunal podrá aplicarlas para resolver una contienda, y solamente podrán ser utilizadas como elementos de prueba para constatar la existencia de un uso profesional».

¹³¹ En concordancia con la Ley Orgánica de Salud que establece: «artículo 69.- Los pacientes tendrán los siguientes derechos: (...) 5. Recibir el representante del paciente, su cónyuge, hijos mayores de edad u otro familiar, explicaciones sobre las opciones diagnósticas del paciente cuando este se encuentre en estado de alteración mental que le impida entender y decidir». Por su parte, la Ley del Ejercicio de la Medicina, si bien establece como obligación del médico «Respetar la voluntad del paciente o de sus representantes manifestada por escrito, cuando este o esta decida no someterse al tratamiento y hospitalización que se le hubiere indicado (...) Sin embargo, la voluntad del paciente no podrá prevalecer en casos en que estén interesados la salud y el orden público...» (artículo 25.2). Como subraya PEMÁN GAVÍN: ob. cit. («Hacia un estatuto...»), pp. 116 y 117, «El consentimiento del paciente es, en principio, un requisito necesario en todas las pruebas instrumentales –prestaciones diagnósticas– y tratamientos sanitarios –prestaciones curativas– (...) cubre, por tanto, toda la actividad sanitaria, y no solo aquellos casos que llevan aparejado un

Téngase en cuenta que, en atención al Reglamento glosado, pueden ser internados en establecimiento psiquiátricos, según ciertas condiciones: psicóticos, retrasados mentales, severos y profundos, alcohólicos y farmacodependientes crónicos con deterioro psíquico severo y ancianos con problemas mentales (artículo 8). Hipótesis en las cuales no existe necesariamente ausencia plena de la voluntad o donde pueden darse intervalos de lucidez¹³². En palabras de AZNAR LÓPEZ, aun cuando los pacientes «no hayan podido consentir por sí el internamiento, no por ello pueden dejar de conservar, en un grado mayor o menor, en función de su desarrollo intelectual, la posibilidad de autodeterminarse en algunos aspectos»¹³³.

Para el Reglamento, el único consentimiento que con la medida se debe recabar es el de los familiares –si no ha mediado interdicción– o la del tutor –que vendría a ser el representante–¹³⁴. Así pues, al momento del ingreso se le informará sobre el diagnóstico, el plan individual, el tratamiento, los efectos secundarios y su participación a los fines de la rehabilitación, suscribiendo la «hoja de autorización y responsabilidad» (artículos 13 y 19), pudiendo posteriormente solicitar por escrito el egreso (artículo 48.c).

iv. Afectación a la libertad personal como consecuencia de la internación: el peligro de que los internamientos psiquiátricos se conviertan, en la práctica,

riesgo especial o que implican una alteración o disminución de la integridad física de la persona (...) se exceptúan los supuestos en los que la legislación sanitaria prevé su obligatoriedad por razones de protección de la salud pública. En aquellos supuestos en que está en juego la salud colectiva, el sujeto pierde esa esfera de disposición o de autodeterminación sobre su propia salud, en la medida en que así lo dispone una ley».

¹³² De hecho, puede ocurrir, como lo advierte COBREROS MENDAZONA: ob. cit. («Aspectos jurídicos...»), p. 140, que «ambas medidas (internamiento e incapacitación) no están coordinadas, sino que discurren cada una por su cauce con absoluta ignorancia recíproca, lo que acarrea un desvalimiento en el enfermo internado».

¹³³ AZNAR LÓPEZ: ob. cit. (*Internamientos civiles...*), p. 101.

¹³⁴ Como afirma BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO: ob. cit. («La protección jurídica...»), p. 956, «el internamiento de una persona puede responder a otras causas, tanto médicas como de otra índole», como podría ser el internamiento «en establecimiento “de educación o formación especial”».

en privaciones ilegítimas de la libertad es tan palpable que el propio Reglamento efectúa algunas advertencias en el epígrafe del capítulo II: «Del trato humanitario, de la libertad individual y de la seguridad personal de los pacientes», en efecto, señala que «debe ser respetado en su persona en todo momento» (artículo 6) y que se requiere de «un ambiente que imponga el menor grado de restricción» compatible con su autonomía (artículo 7).

Ya de forma específica alude a que «deben ser eliminadas las celdas y locales para aislamientos con características arquitectónicas carcelarias» (artículo 29) y regula la «fuga» como una situación a que el paciente puede recurrir, la cual se notificará a las autoridades competentes, el organismo que lo remitió y a los familiares a los fines de las «posibles soluciones del problema» (artículo 45): si es ubicado se deberá contrarrestar su conducta evasiva con el reforzamiento de cuidados y control del paciente (artículo 28), si no se localiza en el transcurso de una semana se considerará egresado del centro (artículo 48.f).

En definitiva, aunque las hospitalizaciones respondían a una visión médica-rehabilitadora que aspiraba a una eventual cura de la persona con discapacidad mental¹³⁵, la verdad es que se descuidó en demasía ponderar las líneas de encuentro o de choque existentes entre el derecho a prestaciones o asistencia sanitaria y el derecho a la libertad personal, de allí que el Reglamento comentado –y el modelo sanitario en general¹³⁶– no

¹³⁵ Incluso PALACIOS: ob. cit. (*El modelo social...*), p. 97, advierte. «Si bien la práctica de la institucionalización merece ser considerada una herramienta del modelo rehabilitador en cuanto a la filosofía que persiguen algunos de sus objetivos: concretamente la rehabilitación de las personas, su normalización y la educación dirigida al desarrollo de sus capacidades residuales; sin embargo, debe destacarse que en la práctica, si esta herramienta pierde su norte como en los casos reflejados, parece ser una estrategia más cercana al modelo de prescindencia en su versión de marginación».

¹³⁶ Afirma PEMÁN GAVÍN: ob. cit. («Hacia un estatuto...»), p. 91, «La falta de una normativa “garantista” sobre esta materia no puede sorprender si se considera el marco en el que tradicionalmente se ha desarrollado la actividad asistencial del Estado en materia sanitaria».

responde ante el evidente peligro que representan los internamientos involuntarios indebidos.

Todo indica –y así lo ha advertido la doctrina¹³⁷– la necesidad de un viraje en esta materia en el sentido de preferir los tratamientos abiertos o ambulatorios y solo recurrir a los internamientos involuntarios en casos excepcionales, siempre bajo la salvaguarda y control de un juez. No es el caso del ordenamiento jurídico venezolano que en esta materia, como se puede entrever de las fuentes jurídicas consultadas, sigue anclada en posiciones ya superadas en otros foros¹³⁸.

5. EL MODELO SOCIAL

Los autores reconocen que este modelo surge de la mano de las organizaciones de personas con discapacidad, una vez que toman conciencia de que su situación obedece a un patrón de discriminación enquistado en los centros de poder que, aunque han recibido algunos beneficios, no llegan a superar los estereotipos que limitan el disfrute, en igualdad de condiciones, de los derechos por parte de este colectivo.

De allí que se sostenga que las causas de las condiciones que viven las personas con discapacidad no responden únicamente a parámetros biológicos o individuales, sino que la sociedad genera un clima propicio para acrecentar dichas condiciones personales y convertirlas en verdaderas limitaciones para el disfrute pleno de los derechos, pues son objeto de discriminación.

¹³⁷ Cfr. AZNAR LÓPEZ: ob. cit. (*Internamientos civiles...*), p. 41, «la tendencia de las actuales modalidades de atención a la salud mental gira alrededor de la configuración del equipamiento hospitalario destinado a la asistencia psiquiátrica como centros abiertos».

¹³⁸ Expresamente la vigente Ley para las Personas con Discapacidad alude en materia de salud a «unidades de rehabilitación ambulatorias, de corta y larga estancia» (artículo 13).

El modelo social se centra en destacar un enfoque de derechos humanos a la hora de analizar el tratamiento de las personas con discapacidad¹³⁹ y, como consecuencia, descansa en la dignidad, libertad e igualdad a que todos tienen derecho con independencia a las diferencias que son propias de los individuos y que, en el caso de las personas con discapacidad, esas diversidades no deben interpretarse como obstáculos para el ejercicio personal de las facultades fundamentales, sino que, al contrario, deben eliminarse las barreras actitudinales que la sociedad impone fundada en estereotipos históricos que no responden a la verdadera esencia del ser humano. Como destaca PALACIOS:

Parte de la premisa de que la discapacidad es en parte una construcción y un modo de opresión social, y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad. Asimismo, apunta a la autonomía de la persona con discapacidad para decidir respecto de su propia vida, y para ello se centra en la eliminación de cualquier tipo de barrera, a los fines de brindar una adecuada equiparación de oportunidades¹⁴⁰.

En contraste con el modelo médico, aquí ya no se ubican las causas del trato diferencial en el hecho de la enfermedad como responsabilidad personal que el individuo debe superar, sino que se aprecia que más allá de la diversidad funcional subyace un entorno hostil que está moldeado bajo una supuesta normalidad que excluye de suyo a todo aquel que no encaje en tal patrón idealizado¹⁴¹; en el caso de las personas con discapacidad,

¹³⁹ Vid. PALACIOS y BARIFFI: ob. cit. (*La discapacidad como una cuestión...*), p. 11, quienes al comentar la relevancia de la Convención subrayan: «Este cambio de paradigma se resume en la consideración de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos. A partir de dicho enfoque, las políticas ofrecidas y las respuestas brindadas a los problemas que enfrentan las personas con discapacidad pasan a ser pensadas y elaboradas –desde y hacia– el respeto de los derechos humanos».

¹⁴⁰ PALACIOS: ob. cit. (*El modelo social...*), p. 27.

¹⁴¹ CARRETERO PÉREZ: ob. cit. (*La problemática jurídica...*), pp. 53 y 54, sostiene «El concepto de normalidad es muy relativo y equívoco. Con ello se hace una

la diversidad funcional pierde relevancia si se superan las trabas sociales creadas bajo estándares discriminatorios.

El presente modelo representa un viraje sobre lo que a antecedido¹⁴² y, aunque implica un reto importante para las sociedades actuales, tiene como ventaja sustentarse en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que sigue tal visión, además de los grupos de presión constituidos por las propias personas con discapacidad, que ven con buenos ojos el paradigma social y por ello han alzado su voz para impulsar este nuevo enfoque más humano.

5.1. Definición

Aunque a lo largo de esta tesis se va a profundizar sobre las diferentes aplicaciones prácticas del modelo surgido de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en particular en el ordenamiento nacional, no está de más proponer una síntesis que permita visualizar con claridad a qué se alude con «modelo social»; así pues, la doctrina ha indicado:

... es aquel que considera que las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas, ni científicas, sino que son, en gran medida, sociales. Desde esta filosofía se insiste en que las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad en igual medida que el resto de personas –sin discapacidad–, pero siempre desde la valoración y el respeto de la diferencia¹⁴³.

comparación sobre una base estadística; normal es la mayoría, o lo más frecuente; anormal es lo que se desvía de la mayoría».

¹⁴² No obstante, debe tenerse siempre presente, como sostienen PALACIOS y BARIFFI: ob. cit. (*La discapacidad como una cuestión...*), p. 19, que «Las críticas existentes hacia el modelo se encuentran dirigidas hacia una determinada ideología, pero de ningún modo deben interpretarse orientadas al proceso de rehabilitación respecto de la deficiencia de una persona con discapacidad. Se considera que dicho proceso es un elemento de enorme trascendencia, aunque sin olvidar que solo en un aspecto de la vida de la persona».

¹⁴³ PALACIOS: ob. cit. (*El modelo social...*), p. 26. Cfr. PALACIOS y BARIFFI: ob. cit. (*La discapacidad como una cuestión...*), p. 19.

El modelo social es una posición que parte de que la diversidad funcional no debe definir a la persona y con ello encasillarla en un reglón de lo «anormal», lo cual, de plano, sería contrario a la dignidad humana, sino que debe ser ponderada únicamente a los fines de crear entornos amigables que permitan en la realidad que todo individuo se integre a la sociedad. Por ello, entiende esta visión que todos pueden desarrollarse en igualdad si son superadas las barreras físicas y actitudinales que se ciernen en los entornos y en las mentes de los colectivos que se consideran «normales». Sobre esto DOMÍNGUEZ GUILLÉN ha apuntado:

Pareciera que a pesar de los avances de nuestra sociedad, todavía en ciertos sectores las personas con dificultades especiales no son del todo aceptadas. Esto, porque en ocasiones la aceptación solo es aparente y limitada a lo elemental, pues no se logra una integración del individuo a nivel de grupo de estudio o de amigos. El problema se torna más grave, aun cuando se observa un rechazo a participar en ciertas actividades con tales personas. Sin embargo, la integración social es esencial para el desarrollo y la aceptación de la persona afectada, pues un rechazo en este sentido se traduciría en la pérdida de la autoestima y la confianza de la persona en sí misma y en ocasiones, lamentablemente podría dar paso a una «minusvalía»¹⁴⁴.

Para tales fines, bajo el modelo social se reconoce la autonomía natural de las personas para que, en ejercicio de su libertad, puedan autodeterminar su destino de acuerdo con su voluntad, deseos o preferencias, no siendo un impedimento para ello el hecho de poseerse una diversidad funcional.

En síntesis, el modelo social centra su atención en lo colectivo y en las transformaciones que se debe hacer desde el entorno comunitario para garantizar realmente los derechos humanos de las personas con discapacidad que han sido históricamente discriminados como consecuencia de poseer una diversidad funcional que no debe ser considerada esencial si se

¹⁴⁴ DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («La protección jurídica...»), p. 45.

remueven los obstáculos –físicos, sociales y jurídicos– que limitan el ejercicio personal de los derechos en igualdad de condiciones a los demás sujetos que no padecen de esas barreras construidas socialmente e impuestas.

5.2. Presupuestos

Aunque al analizar el texto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y otros instrumentos normativos –*vid. infra*, capítulo II– se procederá a identificar con mayor detalle los cimientos del modelo social, se considera oportuno indicar sintéticamente sus presupuestos para que se comprenda su principal enfoque, en contraste con el modelo anterior médico-rehabilitador. Véase:

5.2.1. Enfoque de derechos humanos

Aunque esta nueva visión tiene un claro soporte normativo en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el más relevante tratado internacional del siglo XXI, su orientación en derechos humanos es mucho más amplio que tal referencia formal, pues lo que en realidad se desea subrayar es que parte de reconocer los derechos indiscutibles del hombre y los valores dignidad, igualdad y libertad que detentan las personas con discapacidad por el simple hecho de ser personas, y como tales postulados, deben impregnar la interpretación y aplicación, en especial, de los ordenamientos nacionales a la hora de su desarrollo efectivo.

La negación de los derechos como efecto de poseer una diversidad funcional afecta de forma directa la consideración de las personas con discapacidad en su dignidad, pues se les da un trato de meros objetos de protección y no de sujetos que tienen derecho de decidir libremente su destino y de interactuar en la sociedad en igualdad que otros individuos¹⁴⁵.

¹⁴⁵ *Cfr.* TAMAYO TORRES, Irma Alicia: «Una aproximación acerca de las políticas sociales y el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en Cuba». En: *Revista de Derecho de la Defensa Pública*. N.º 2. Caracas, 2016, p. 114, «es necesario entender que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos. Que las personas con

De hecho, la diversidad no sería relevante en muchos casos si no se partiera de una política segregacionista que en vez de mejorar su diseño para crear entornos incluyentes, se contenta con discriminar y adosar paliativos económicos a título de ayudas sociales, pero que en realidad esconde una infravaloración del potencial que tales sujetos pueden ofrecer a la sociedad si se les permitiera intervenir en igualdad¹⁴⁶.

PALACIOS apunta que «las personas con discapacidad remarcan que ellas tienen mucho que aportar a la sociedad, pero para ello deben ser aceptadas tal cual son, ya que su contribución se encuentra supeditada y asimismo muy relacionada con la inclusión y la aceptación de la diferencia»¹⁴⁷.

Entonces, no es suficiente con el reconocimiento formal de unas facultades en el caso de este grupo vulnerable, ya que es esencial que se comprenda que no son simples dádivas o prestaciones sociales, sino verdaderos derechos exigibles, y de los cuales son detentadores por el mero hecho de ser personas, no obstante que históricamente se han negado, por lo cual se demanda una regulación particular.

5.2.2. Problema social

Si bien no se pretende negar la existencia de diversidades funcionales, ellas por sí mismas no originan el estado actual de negación del disfrute de derechos fundamentales ni justifican las prácticas discriminatorias

discapacidad en ningún ámbito pueden convertirse en “objeto” de políticas caritativas, sino que son “sujetos” de derechos humanos. Empero, las desventajas que sufren estos sujetos en el orden social no deben eliminarse como consecuencia de la “buena voluntad” de otras personas o de los Gobiernos, sino que la razón de su eliminación debe estar fundada en que dichas desventajas son una flagrante violación del goce y ejercicio de sus derechos humanos».

¹⁴⁶ Cfr. BARIFFI: ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 42, en el modelo social, «la discapacidad es percibida como una característica de la diversidad humana con el mismo valor y dignidad que las demás, lo que supone centrar las respuestas sociales y jurídicas en la no-discriminación e igualdad de oportunidades, incluyendo la diferencia en la construcción y diseño de la sociedad».

¹⁴⁷ PALACIOS: ob. cit. (*El modelo social...*), p. 104.

a que las personas con discapacidad se ven expuestas continuamente. El mayor problema viene de una visión impulsada desde los que fijan las políticas públicas de considerar que es la persona con discapacidad la que debe hacer un esfuerzo personal para superar su condición y rehabilitarse –en la medida de lo posible– y no asumen ninguna responsabilidad sobre la creación de entornos hostiles que bajo otros cánones no representarían obstáculos al ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad¹⁴⁸.

Para PALACIOS y BARIFFI, este modelo «Parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social, y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad»¹⁴⁹.

De lo anterior, surge el reclamo de darle al tema un enfoque social que invite a considerar no solo al sujeto ideal, sino que pondere adecuaciones para aquellos que simplemente no encajan con tal parámetro idealizado. Debe entonces removerse los obstáculos –espaciales, sociales y jurídicos– que restringen el ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos.

5.2.3. Visión activa sobre el ejercicio de los derechos

Desde hace tiempo se ha demostrado que no es suficiente con reunir en un catálogo una serie de derechos para que se logre su efectivo disfrute,

¹⁴⁸ PALACIOS: ob. cit. (*El modelo social...*), p. 103, recuerda que, según este modelo, «se alega que las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas ni científicas, sino sociales o al menos, preponderantemente sociales. Según los defensores de este modelo, no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la propia sociedad». Cfr. BARIFFI: ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 42, «si se considera que las causas que originan la discapacidad son sociales, las soluciones no deben apuntarse individualmente a la persona afectada, sino más bien que deben encontrarse dirigidas hacia la sociedad».

¹⁴⁹ PALACIOS y BARIFFI: ob. cit. (*La discapacidad como una cuestión...*), p. 19. Cfr. BENAVIDES LÓPEZ: ob. cit. (*Modelos de capacidad...*), p. 58, «desde el modelo rehabilitador las personas con discapacidad recibían un trato paternalista, quizás resultante de una amalgama entre la piedad, el menosprecio y la tolerancia, que así mismo aspiraba a la recuperación de la persona con discapacidad, o al menos a su mayor disimulo».

sino que se debe facilitar que los propios titulares ejerzan personal y directamente sus facultades y solo intervenir de manera complementaria en aquellos supuestos donde materialmente no se pueda identificar la expresión de una voluntad directa por parte del titular.

Pero aun así, siempre el titular de los derechos debe estar en el «centro de las decisiones que le afecten»¹⁵⁰. Cuando se sustituye la voluntad, se limita la expresión de la misma o se ignora, se está imponiendo una barrera al ejercicio personal de los derechos y con ello cercenando sus facultades.

El modelo social destaca que las diversidades funcionales no deben ser empleadas como excusa para negarse a ponderar en igualdad de condiciones la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad y lo que se demandan son acciones desde la sociedad que se dirijan a facilitar la posibilidad de exteriorizar la intencionalidad, demanda o aquiescencia por todos los sujetos titulares tomando acciones positivas en determinados casos donde la diversidad funcional específica lo reclame¹⁵¹.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se enfoca en tales premisas y, en igual dimensión, deben ser desarrolladas por los Derechos internos para la efectividad del modelo social. Lo descrito será examinado con detalle –en cuanto al tema de capacidad de ejercicio– en los capítulos subsiguientes.

¹⁵⁰ PALACIOS Y BARIFFI: ob. cit. (*La discapacidad como una cuestión...*), p. 23.

¹⁵¹ Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «La protección jurídica de los impedidos». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 121. UCV. Caracas, 2001, p. 22, «La verdadera igualdad se logra penetrando la realidad de las circunstancias a fin de que el Derecho plasme a través de sus normas lo que en ocasiones el medio pretende desplazar. De allí que las personas con impedimentos deban ser tratadas con ciertos beneficios que compensen sus inconvenientes a fin de igualarse en condiciones a los seres dotados de la plenitud de sus facultades».