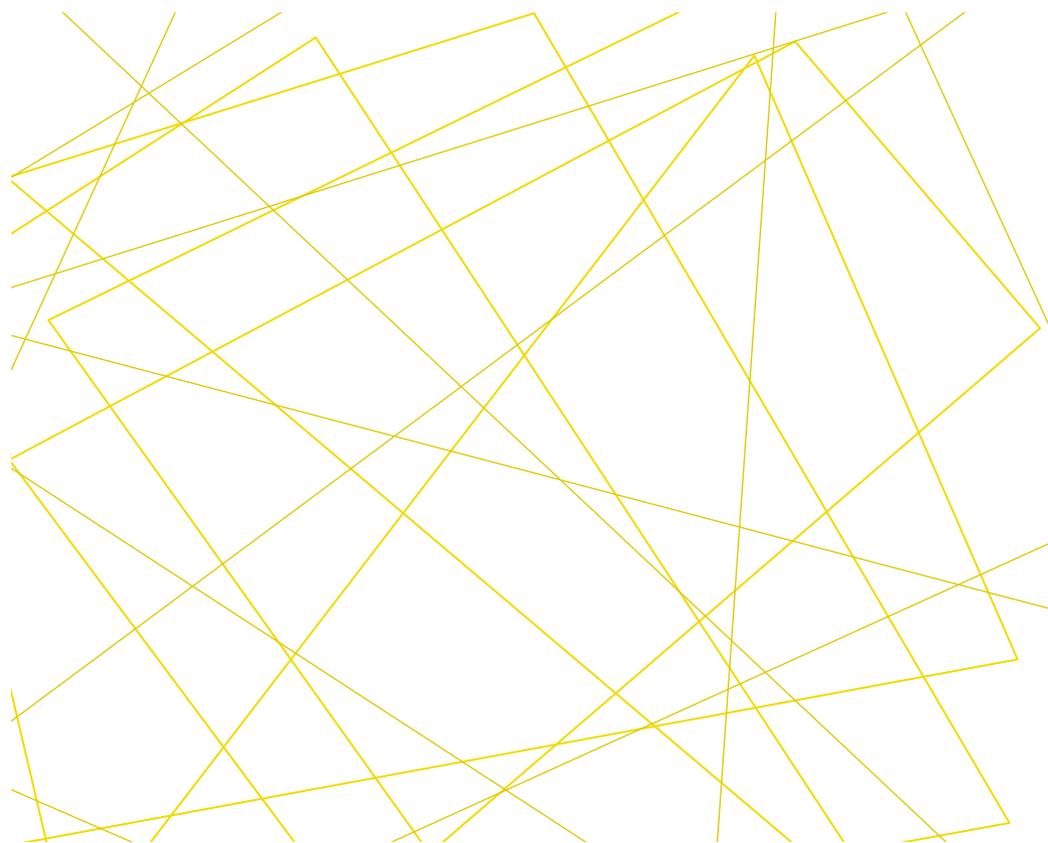


DISCAPACIDAD Y DERECHOS

IMPACTO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Juan Antonio Seda



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura



DISCAPACIDAD Y DERECHOS
IMPACTO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Juan Antonio Seda



www.editorial.jusbaires.gob.ar
editorial@jusbaires.gob.ar
fb: /editorialjusbaires
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]
+5411 4011-1320



Sello
**Buen
Diseño**
argentino

Seda, Juan Antonio

Discapacidad y derechos : impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad / Juan Antonio Seda ; prólogo de Leandro Vergara. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editorial Jusbares, 2017.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-4057-76-1

1. Discapacidad. I. Vergara, Leandro, prolog. II. Título.
CDD 346.013

© Editorial Jusbares, 2017

Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Consejo Editorial

Presidenta

Vanesa Ferrazzuolo

Miembros

Marcela I. Basterra

Alejandro Fernández

Lidia Ester Lago

Fernando Bosch

Fabiana H. Schafrik de Nuñez

Alejandra García

Dirección Editorial

María Alejandra Perícola

Revisión editorial: Daiana P. Fernández; María del Carmen Calvo

Corrección: Daniela Donni; Florencia Parodi

Oficina de Diseño

Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga

Maquetación: Carla Famá

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Geogrotesque* del tipógrafo argentino Eduardo Manso y *Alegreya* de la fundidora argentina Huerta Tipográfica.



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

Autoridades 2017

Presidenta

Marcela I. Basterra

Vicepresidente

Alejandro Fernández

Secretaria

Lidia Ester Lago

Consejeros

Silvia Bianco

Vanesa Ferrazzuolo

Juan Pablo Godoy Vélez

Darío Reynoso

Javier Roncero

Marcelo Vázquez

Administrador General

Alejandro Rabinovich

ÍNDICE

PRÓLOGO.....	09
CAPÍTULO 1. EL OBJETO DE ESTA INVESTIGACIÓN.....	13
POSIBLES APORTES DE ESTUDIO.....	13
CAPÍTULO 2. PERSPECTIVAS TEÓRICAS EN LAS CIENCIAS SOCIALES..	21
LA DENOMINACIÓN.....	21
LA CLASIFICACIÓN EN MODELOS.....	26
CAPÍTULO 3. MARCO NORMATIVO SOBRE DISCAPACIDAD.....	35
CONSTITUCIÓN NACIONAL Y CONSTITUCIONES PROVINCIALES.....	35
DOCUMENTOS Y TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.....	38
LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	41
LEYES NACIONALES.....	43
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.....	46
LAS CIENTO REGLAS DE BRASILIA.....	50
CAPÍTULO 4. JURISPRUDENCIA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA.....	55
ACLARACIONES PREVIAS A LA PRESENTACIÓN DE LOS FALLOS.....	55
Salud.....	57
Educación.....	106
Medidas de acción positiva.....	129

Discapacidad y familia.....	144
Accesibilidad física.....	151
CAPÍTULO 5. PRONUNCIAMIENTOS INTERNACIONALES.....	159
FURLÁN Y FAMILIARES CONTRA LA REPÚBLICA ARGENTINA.....	159
XIMENES LOPES CONTRA BRASIL.....	162
VÍCTOR ROSARIO CONGO CONTRA ECUADOR.....	165
BOTTA CONTRA ITALIA.....	167
LASHIN CONTRA RUSIA.....	169
STANEV CONTRA BULGARIA.....	172
FAG OG ARBEJDE CONTRA KOMMUNERNES LANDSFORENING.....	175
ARTAVIA MURILLO Y OTROS (FECUNDACIÓN <i>IN VITRO</i>) CONTRA COSTA RICA.....	176
CONCLUSIÓN.....	179
TRASCENDENCIA POLÍTICA DE LA CONVENCION.....	179
DISCAPACIDAD Y MULTICULTURALISMO.....	183
BIBLIOGRAFÍA.....	187

PRÓLOGO

Existen en el mundo jurídico, o quizás mejor dicho en la cultura jurídica, algunas creencias muy arraigadas. En esas totalidades, algunas de ellas son argumentalmente muy consistentes; empero, al mismo tiempo existen otras creencias (a veces muchas creencias) que, sin mucho asidero, se instalan colonizando todo el discurso. Esta situación es muy incómoda para los que no pueden adscribirse a las doctrinas dominantes, pues a menudo suelen ser tildados de apóstatas. No adherir a las opiniones de las mayorías suele ser poco confortable, en especial cuando esa mayoría está revestida de corrección, progreso y modernidad. Pese a todo, “no tiene por qué ser verdad lo que todo el mundo piensa que es verdad”. En ocasiones, aquellas opiniones supuestamente incontrovertibles no tienen tanto respaldo o, digámoslo así, sus bases son poco científicas. Algunas veces, las supuestas bases que respaldan la pretendida *communis opinio* no son tan firmes y, al final del camino, se descubre que ese rey no vestía las ropas que le adjudicaban; por todo, se revela “el rey está desnudo”.

Juan Antonio Seda ha hecho su tesis doctoral para anunciar a quien lo quiera oír, que el rey no tiene ropa, por tanto está desnudo... Nuestro autor se propuso demostrar “... que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no ha provocado una transformación significativa en la jurisprudencia argentina”. Esta afirmación, en gran medida, va a contrapelo de la opinión de muchos autores en materia de discapacidad, pues está la idea generalizada de que la Convención (explícita e implícitamente) es la fuente normativa *cuasi* excluyente de todo progreso y toda protección de las personas con discapacidad. Juan Antonio Seda se propuso plantear y demostrar su afirmación contravirtiendo al bloque de opiniones mayoritarias. Para ello, se ha valido de un seleccionado repertorio de autores y sentencias judiciales. Lo ha logrado; por ello, ha puesto las cosas en su lugar, sin olvidar el importante rol político de la Convención, así como su relevante valor simbólico.

La investigación proyecta implicancias de mucho interés práctico porque revela una distinción fundamental muy clara, según mi punto de vista, para la teoría del Derecho. La antedicha distinción podría

formularse de la siguiente manera: un texto legal puede reconocerse por su contenido con auténtico poder jurígeno, con suficiente fuerza para establecer verdaderos derechos subjetivos, o bien puede tratarse de un texto (también legal) en el que sólo pueden verificarse “expresiones de buena voluntad”. Estas últimas, si bien pueden ser muy útiles en varios terrenos, no constituyen por sí solas fuentes autónomas de derechos subjetivos, al menos no de manera inmediata (de ello se ha ocupado el autor).

La tarea del doctor Seda es importante porque abre un camino de reflexión en un tema de singular sensibilidad. El autor enfrenta a la “corrección” con valentía, respeto y rigor. No siempre es sencillo entender cómo nacen ciertas consignas que no tienen tanto respaldo. Los motivos posibles son esquivos; quizás por ello, alguna vez, habría que estudiar la relación e influencia de las psicologías de las doctrinas que defienden los autores y cómo se configuran. O tal vez, por qué no, en cómo una determinada teoría empalma con la psicología una determinada idea (cuando la hay). Intuyo que una cierta relación cuyo estudio, espero, despierte el interés de algún autor.

En cualquier caso, es curioso constatar cómo se generan y multiplican muchas consignas con poco respaldo argumental. Así como en el periodismo¹ se ha dicho de alguna manera que muchos encuentran una manera de vivir (como en) la “noticia deseada”, es decir, algo así como que se busca (consciente o inconscientemente) una forma de vivir bajo el imperio de la noticia en la que la opinión pública quiere creer, *mutatis mutandi*, en el Derecho muchos viven o desean vivir bajo las normas jurídicas que querrían tener pero que no tienen, o también queriendo vivir realizando deducciones que son, en rigor, sólo proyecciones de los mejores deseos (*wishful thinking*).

La doctrina no debe manejarse así, sólo con los buenos augurios tampoco debe deducir con ellos todas las soluciones a los conflictos; el sinnúmero de problemas de las personas con discapacidad no se resuelve con frases hechas ni adorando a un fetiche. Para desarrollar la disciplina que se ocupa de la discapacidad, es necesario adentrarse en las especificidades de muchas áreas, como por ejemplo la capacidad de las personas. En este caso, el objeto de estudio corresponde al Derecho

1. Wiñazki, Miguel, *La noticia deseada; leyendas y fantasmas de la opinión pública*, Buenos Aires, Marea Editorial, 2004, p. 7.

Civil. En fin, si la Convención fuera el final de la realización de los derechos de las personas con discapacidad, el mundo jurídico no terminaría de entender cómo y de qué manera cada discapacidad consigue obtener su reconocimiento concreto para realizar sus necesidades que van cambiando. Nuestro autor, en este trabajo, ha demostrado que los problemas concretos de los derechos de las personas con discapacidad requieren, para que sea un verdadero progreso, una profundización en cada tema, evitando las ambigüedades y generalizaciones preestablecidas.

Leandro Vergara

CAPÍTULO 1

EL OBJETO DE ESTA INVESTIGACIÓN

POSIBLES APORTES DE ESTUDIO

Este libro analiza la evolución en los últimos veinte años de la legislación y la jurisprudencia en materia de discapacidad en la República Argentina. Los datos utilizados provienen de una tesis de doctorado que realicé entre 2011 y 2016, y que recopiló más de un centenar de fallos judiciales de diversas provincias, de la Ciudad de Buenos Aires y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Para la publicación de este trabajo hemos reducido la cantidad de fallos, con el objeto de dotar de mayor fluidez a la lectura. Trataré de explicar que este proceso de evolución en la jurisprudencia ha sido lento, escalonado y progresivo. No pretendo mostrar aquí la totalidad de los fallos sobre discapacidad que existen en la República Argentina, tarea de improbable viabilidad fáctica, sino una cantidad relevante en un período delimitado. Podemos afirmar, entonces, que se presenta una cantidad considerable, representativa en términos cuantitativos, de fallos seleccionados con un criterio explicable y coherente.

Una de las preguntas centrales de todo el texto es si esta tendencia hacia un mayor reconocimiento ha sido causada por la incorporación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a nuestra legislación. Anticipo que la respuesta es negativa, ya que probaré que esta orientación jurisprudencial viene desarrollándose de manera continua y permanente desde mucho tiempo antes. Esto no invalida el valor de este tratado internacional de derechos humanos, sino que lo ubica en otro rol, más político y simbólico. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad goza de gran prestigio y consideración entre las organizaciones representativas, pero también en la comunidad académica que ha abordado el tema. Como cualquier norma, este tratado internacional de derechos humanos requiere de interpretación, en términos de discernir su sentido y alcance, en relación al caso concreto. La propia condición de amplitud de algunos términos de

la Convención torna imperioso un ejercicio de elucidación conceptual. Posiblemente, una de las imprecisiones que no tienen solución fácil es el límite borroso entre ser o no ser persona con discapacidad.

Los tratados internacionales de derechos humanos, junto a la propia Constitución Nacional, conforman el bloque de constitucionalidad federal, y estos tratados tienen vigencia directa y operativa sin necesidad de mediación de leyes locales.¹ El concepto de operatividad de los tratados internacionales había sido puesto en duda y, hasta el año 1983, la Corte Suprema sostenía que esos instrumentos se hallaban en situación de equivalencia con las leyes nacionales, interpretando el antiguo artículo 86, inciso 14, en consonancia con el artículo 67, inciso 19, de la Constitución Nacional.² Por tal causa, una ley nacional podía derogar una disposición en un tratado internacional, a partir del criterio temporal. Sin embargo, la Convención de Viena sobre los Tratados³ establece la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno. En este sentido, la discapacidad podría considerarse dentro del amplio espacio del Derecho Público.

Pero también podría decirse que la discapacidad es una cuestión atinente al Derecho Civil, ya que las prescripciones que refieren a la capacidad jurídica nos remiten a un tema clásico de esta rama del Derecho. Asimismo, los impedimentos para contraer matrimonio y la dispensa judicial que puede solicitarse o los requisitos para celebrar testamento válido. El propio texto del nuevo Código Civil y Comercial alude a la necesidad de interpretar sus prescripciones tomando en cuenta la integralidad del sistema jurídico, particularmente los tratados internacionales de derechos humanos.⁴ Se consolida la cons-

1. "Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros", Fallos: 315:1492, L.L. 1992-C-543; "Halabi", Fallos: 332:111, en reenvío a la doctrina de Fallos: 239:459; C.S. 27/12/1957; "Siri, Ángel", J.A. 1958-II-478, Fallos: 241:291 y Fallos: 315:1492.

2. Actualmente son el art. 99, inc. 11 y el art. 75, inc. 22, respectivamente.

3. Aprobada por Ley N° 19865 (octubre de 1972), pero que entró en vigencia el 27 de enero de 1980.

4. El artículo primero del Código Civil y Comercial refiere a sus fuentes en los siguientes términos: "Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que

titucionalización del Derecho Privado, tal como ya lo aconsejaba la doctrina mayoritaria en la materia. Es necesario destacar que, si bien este Código lo enuncia expresamente, esta tendencia no surge con su sanción, ya que se trataba de un debate muy anterior. Aquella perspectiva en la cual las relaciones entre los individuos se regían por los ordenamientos civiles, mientras que las declaraciones de derechos humanos y las constituciones eran la norma para asegurar los derechos fundamentales, ya no puede sostenerse de manera diferenciada.

Algunas divisiones tajantes entre ramas y temas han cedido en las últimas décadas; por ejemplo, los derechos personalísimos hasta el siglo XX eran considerados en la órbita del Derecho Público, ya que se entendía que eran limitaciones que el individuo podía exigir del Estado. Sin embargo, hoy reconocemos que tienen un componente iusprivatista fundamental. La primera reacción acerca del análisis de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad puede orientarnos al Derecho Público, particularmente a los Derechos Humanos y al estudio del sistema internacional. Sin dudas deben tomarse en cuenta esos aportes, ya que los tratados tienen un sistema de funcionamiento al que se obligan los Estados Partes.

El acceso a la justicia de las personas con discapacidad ha sido analizado desde la perspectiva procesal, particularmente con la inclusión de las Cien Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. ¿Corresponde un trato especial durante el proceso a la parte que acredita una situación de vulnerabilidad causada por la discapacidad? Esto lleva a debatir importantes aspectos del proceso con relación a la valoración de la prueba y también a la función del juez. Se tratará este punto en el capítulo cuarto, donde se muestran varios fallos en los cuales se tomó en cuenta la condición de persona con discapacidad.

Los estudios en Sociología del Derecho tienen mucho para aportar también; por ejemplo, en el análisis del movimiento asociativo, que congrega e impulsa los reclamos por equiparación de derechos. La propia conformación de una identidad social, cultural e incluso política en

no sean contrarios a derecho”. Asimismo, el segundo artículo dice que: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

torno a la discapacidad constituye un punto muy interesante para el análisis. Se necesita de esa perspectiva teórica para estudiar la conformación de ese movimiento asociativo, a través de la articulación de diferentes organizaciones representativas. O, por ejemplo, para entender la naturaleza de los reclamos del grupo que se denomina como “Cultura Sorda”, que sostiene una identidad casi étnica, totalmente alejada de la noción clásica de la discapacidad. Por lo tanto, no se trata ya solamente de una interpretación de normas, sino de un análisis sociológico o incluso antropológico de muchas de estas reivindicaciones.⁵ Hay muchos pronunciamientos que vinculan a la discapacidad con el derecho a la salud y a la vida, pero habría que aclarar que esto no implica que los reclamos de las personas con discapacidad queden siempre subsumidos en aquellos derechos genéricos. Hay muchas reivindicaciones que tienen que ver con la igualdad y refieren a educación, capacidad jurídica o trabajo, por citar algunas de las más comunes.

¿Podría constituirse un “Derecho de la Discapacidad”? Creo que aún está lejana la perspectiva de constituir un campo autónomo. Hay que resaltar la complejidad que acarrea el estudio de la discapacidad y rechazar cualquier simplificación que pretenda considerarla como un subconjunto dentro del derecho a la salud (o *de* la salud). Si bien no creo que se justifique la consideración de la discapacidad como una rama del Derecho, sí podría hablarse de un campo de estudio, donde confluyen diversas perspectivas profesionales. Por eso es importante discernir las incumbencias disciplinarias y profesionales. Posiblemente, muchos equívocos en las categorías de esta Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad provengan de un uso vulgar y poco riguroso de términos legales por parte de profesionales de otras áreas. El resultado de ese falso diálogo entre disciplinas es una banalización de conceptos complejos.

Este estudio pretende aportar consistencia a la investigación jurídica sobre los derechos de las personas con discapacidad. La vía propuesta es buscar significados más precisos a nociones genéricas

5. Recordemos que en este ámbito ya hay otra clase de objeto de estudio, donde se corre el eje de los enunciados normativos, como ha planteado Hans Kelsen: “La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos” (Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1987, p. 97).

que aún permanecen ambiguas. En este trabajo intento complejizar el estudio sobre esa brecha entre intenciones enunciadas y resultados. Para ello, debo demostrar que no ha sido una sola norma por sí misma la que provocó un cambio, sino que se trata de un proceso más extendido en el tiempo, gradual y más opaco, sin ese halo emancipador que rodea a los discursos sobre la Convención. Ello sin perjuicio de valorar la relevancia política de este tratado internacional, para lo cual considero necesario identificar y explicar la influencia real de esta Convención en la constitución y el fortalecimiento del conjunto organizado de las personas con discapacidad.

La relevancia de esta investigación estriba en asumir que el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad surgió como un proceso progresivo, con aristas diversas e incluso contradictorias. Esto no les quita relevancia a los tratados internacionales en general, ni a la Convención en particular, sino que pretende aportar una perspectiva completa del proceso de legislación, lo cual puede constituir un elemento valioso para la interpretación normativa. Dilucidar la influencia de una norma sobre los pronunciamientos judiciales en nuestro país sirve para medir su impacto y su eficacia en la práctica. Sin embargo, este trabajo no está orientado a esclarecer la vigencia o no de la norma.

Entiendo que muchos de los avances en materia de accesibilidad no provienen de sofisticaciones teóricas, sino de luchas políticas, movilizaciones y reclamos concretos por parte del movimiento asociativo.⁶ Ello no obsta a que pueda articularse un estudio académico alrededor de estos temas, sin necesidad de realizar rodeos cuya función sea el elogio demagógico a las propias personas con discapacidad, sus familiares y organizaciones. La diferencia entre un estudio académico y un panegírico no parece quedar clara para muchos colegas que, ya sea por adhesión previa o bien por funciones cumplidas en organismos estatales, parecen sentirse obligados a sostener las transformaciones sociales en orígenes heroicos del colectivo de personas con discapacidad. Está implícito en este trabajo el interrogante sobre si esta Convención es un dispositivo

6. El término “movimiento asociativo” se usa en el campo de la discapacidad para sintetizar la labor de las asociaciones defensoras de derechos de este colectivo. Estas entidades han tenido un rol destacado en los avances legislativos, incluyendo a la propia Convención, y se sintetiza su intención de participación permanente en las decisiones en esta materia en la consigna “nada para nosotros sin nosotros”.

portador de igualdad en sí mismo, o sea, si ha provocado en la jurisprudencia argentina un cambio significativo o, por el contrario, estamos frente a una evolución paulatina en la que concurren otras causas.

La posibilidad de construcción de conocimiento confiable a través de métodos reconocidos en el ámbito académico requiere de proposiciones claras, que puedan ser refutadas. Un problema en este sentido es que una afirmación sea tan genérica que no admita contradicción. En ese caso debe ser impugnada, por tratarse de una proposición ambigua. Trato de probar aquí que es un error afirmar que las transformaciones sociales tienen su causa en un “cambio de paradigma”. Esto no significa ignorar las mutaciones en el clima cultural, sino, por el contrario, revalorizar el peso de las pequeñas decisiones en la conformación de una tendencia sostenida e identificable en el largo plazo. El posible valor que podría tener este trabajo sería el de otorgar el mérito que corresponde a una multitud de pequeñas decisiones, que han conformado una dirección favorable al reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad.

La labor académica permite ampliar horizontes de pensamiento e interpretación normativa de manera fundada y coherente, pero obliga al cuidado de principios metodológicos y también éticos. Por eso me parece pertinente aclarar, desde el inicio de este trabajo, cuál es la ubicación y los intereses del autor en este tema, de forma de cumplir con el principio de transparencia en la investigación. Es perfectamente lícito que algunos autores expresen opiniones y defiendan intereses, asumiendo el rol de voceros de ciertos reclamos de un conjunto específico de la población. En estos casos, ese rol buscado siempre debe expresarse con antelación y claridad, de manera de evitar cualquier malentendido. En mi caso no me considero vocero ni representante del conjunto de las personas con discapacidad. Con esto no pretendo adjudicarme una pretendida (e imposible) objetividad, ni neutralidad, sino expresar las posiciones previas del investigador y los posibles intereses en la materia por estudiar.

Reitero, entonces, que asumo un compromiso con los principios éticos, jurídicos y políticos que defienden la igualdad entre los seres humanos y condenan la discriminación de las personas con discapacidad. Pero esto no me lleva automáticamente a adherir a todas las consignas que surgen del movimiento asociativo, ni tampoco de los gobiernos. Mi

actividad laboral actual se circunscribe a la cátedra universitaria, donde desarrollo desde 2012 un seminario en el Ciclo Profesional Orientado denominado “Discapacidad y Derechos”; también dirijo el Programa de Actualización en Discapacidad en el Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho (UBA), y soy profesor de una Comisión del Patrocinio Jurídico Gratuito dedicada a la defensa de derechos de las personas con discapacidad.⁷ Anteriormente, como ya fue expresado, llevé adelante otras investigaciones en el campo de la discapacidad, y además ejercí el cargo de coordinador del Programa Discapacidad y Universidad en el Rectorado de la Universidad de Buenos Aires, entre 2007 y 2010.

7. De hecho, esta función me permite patrocinar como abogado a personas con discapacidad en causas por discriminación o falta de prestaciones, aclarando que se trata de consultantes que no podrían sufragar el costo de un abogado particular.

CAPÍTULO 2

PERSPECTIVAS TEÓRICAS EN LAS CIENCIAS SOCIALES

LA DENOMINACIÓN

La cantidad de personas con discapacidad en el mundo está en aumento, según surge de los cálculos actuales de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Conforme con estos datos, aproximadamente un quince por ciento (15%) de la población mundial son personas con discapacidad. En 2010 se elaboró un informe denominado “Reporte Mundial sobre Discapacidad”,¹ del cual participaron diversas organizaciones intergubernamentales, entre las que se destacan el Banco Mundial y la citada OMS. Dicho documento compila datos y normas sobre accesibilidad, y muestra la progresión estadística en la cantidad de seres humanos que integran ese conjunto, por diversas causas, entre las que pueden citarse algunos avances en la tecnología médica (que permite una expectativa mayor de vida), pero también motivos sociales, políticos y culturales que dan mayor visibilidad a este colectivo.

El término “discapacidad” requiere aquí de un debate previo, ya que en los últimos cincuenta años se han producido modificaciones que afectan el concepto, con consecuencias trascendentes. Se trata de una categoría polisémica, o sea, con diferentes sentidos o acepciones posibles. Aquí me concentraré en las formas de definir de la OMS, que ha producido diversos documentos de circulación internacional, algunos con alto impacto en la materia, lo cual justifica su centralidad en la referencia. En 1980, la OMS publicó la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM), donde distinguía diferentes términos. Discapacidad es la restricción o ausencia (como consecuencia de una deficiencia) para realizar una actividad dentro de un margen que se lo considera normal para una persona. Así, deficiencia puede entenderse como “toda pérdida o anomalía de

1. Disponible en: http://whqlibdoc.who.int/publications/2011/9789240685215_eng.pdf

una estructura o función psicológica o anatómica”. Por otra parte, minusvalía es “una situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol en su caso (en función de la edad, sexo, factores sociales y culturales)”.

La terminología utilizada con relación a la discapacidad ha ido evolucionando, y en 2001 se publicó la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), en la cual se sustituyen los aspectos negativos de las deficiencias, discapacidades y minusvalías. En las nuevas nomenclaturas se exponen otras perspectivas, centradas en las actividades y la participación, y se incorporan en el análisis los factores ambientales. Actualmente, la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) distingue los siguientes conceptos, con sus respectivos significados:²

Discapacidad: Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo con una condición de salud dada y los factores contextuales (ambientales y personales). Es el término genérico que engloba todos los componentes: deficiencias, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Expresa los aspectos negativos de la interacción entre un individuo con problemas de salud y su entorno físico y social.

Deficiencia: Son problemas en las funciones fisiológicas o en las estructuras corporales de una persona. Pueden consistir en una pérdida, defecto, anomalía o cualquier otra desviación significativa respecto a la norma estadísticamente establecida.

Limitaciones de actividad: Son las dificultades que un individuo puede tener para realizar actividades. Estas dificultades pueden aparecer como una alteración cualitativa o cuantitativa en la manera en que la persona desempeña la actividad en comparación con otras que no tienen un problema de salud similar.

Restricciones en la participación: Son problemas que una persona puede experimentar al involucrarse en situaciones vitales, tales como relaciones interpersonales, empleo, etcétera, en el contexto real en el que vive. La presencia de una restricción en la participación viene determinada por la comparación entre la participación de la persona con

2. Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), Organización Mundial de la Salud, 2001. Disponible en: <http://www.sidar.org/recur/desdi/pau/cif.php>

discapacidad con la participación de una persona sin discapacidad en una situación análoga o comparable.

La mayoría de los autores en el campo de la discapacidad consideran que la terminología y la explicación que surgen de esta Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), que fuera aprobada en la 54ª Asamblea Mundial de la Salud, constituyen un importante avance porque se orientan hacia un enfoque universal, y cuando refieren a “discapacidad” no enfocan en las deficiencias, sino que apuntan hacia las limitaciones en la actividad y las restricciones en la participación. Como se puede apreciar, no es lo mismo deficiencia que discapacidad; este último es un término complejo, no es la deficiencia, ni tampoco las barreras, sino su interacción. Esto queda expresado en el artículo primero de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que trae la siguiente definición:

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. (Art. 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad)

Incluso puede agregarse, como particularidad, que aquí no se define discapacidad, sino quiénes pueden ser consideradas personas con discapacidad. Se refuerza la idea de un concepto compuesto, una categoría amplia y compleja, que requiere de un elemento objetivo (la deficiencia) y de un contexto de actuación que, si consiste en barreras, producirá un impedimento para la participación en sociedad. Si bien tiene cierta amplitud, incluso ambigüedad, esta definición viene a consolidar una perspectiva social, en detrimento de miradas tradicionales desde la profesión médica. En aquellas perspectivas, la persona con discapacidad se asimilaba a un individuo enfermo, que requería de atención.

La perspectiva médica tiene en cuenta aspectos diferentes a la mirada desde el punto de vista de las Ciencias Sociales. Si consideramos que la causa de la inaccesibilidad es la propia persona con discapacidad, desviamos la responsabilidad hacia el individuo. La imposibilidad de ingresar a una edificación que carece de rampa, por utilizar el ejemplo más gráfico posible, no sería una falta arquitectónica de los constructores o de los propietarios, sino que se transferiría a la persona con

discapacidad. En cambio, un enfoque social denunciaría la omisión de un ingreso accesible, ya que es un hecho aceptado que hay individuos que no pueden subir escaleras. La diferencia en el enfoque es trascendente, ya que permite pensar en una variabilidad de personas para quienes se construyen los objetos, una diversidad que supera los estándares de normalidad. Precisamente, esa normalidad es cuestionada por una perspectiva social que acepte la igualdad entre los seres humanos, más allá de determinadas características y aptitudes funcionales.

Hay también factores subjetivos dignos de tener en cuenta, en relación con la pertenencia a ese conjunto, ya que dos personas con las mismas condiciones físicas, sensoriales o mentales podrían tener diferentes percepciones de sí mismas en cuanto a su discapacidad. La forma de denominación es muy importante, como planteó Carlos Eroles respecto de los rótulos que sufren las personas con discapacidad, ya que los términos cargan juicios de valor. Muchos hablan de carencia, incompetencia, falta de valor.³ No es lo mismo hablar de “incapaz”, “minusválido”, “tullido”, “personas con necesidades especiales”, “personas con capacidades diferentes” o “personas con discapacidad”. Los modos de denominación han encarnado en muchos casos una ponderación negativa y, hasta en algunos casos, deshumanizante. Por eso, existen legislaciones que regulan la forma en que el Estado debe referirse a este colectivo. En nuestro país, han sido sancionadas algunas normas que optan por la forma en que denomina la Convención, o sea, “personas con discapacidad”.⁴ Esta nomenclatura evita los eufemismos, o sea, construcciones que desean evitar la referencia directa, disimulando una condición. Es el caso de nominaciones como “personas especiales” o “niños con capacidades diferentes”, utilizado sobre todo para niños en etapas iniciales de su escolaridad. La carga valorativa de los nombres utilizados ha sido motivo de reclamo por parte de organizaciones, que a nivel internacional lograron importantes

3. Carlos Eroles planteó con énfasis la importancia de evitar los eufemismos y considerar a la igualdad de las personas con discapacidad como una cuestión central en la agenda de las políticas públicas en derechos humanos (Eroles, Carlos, “La naturaleza de la discriminación contra las personas con discapacidad” en Eroles, Carlos y Fiamberti, Hugo (compiladores), *Los derechos de las personas con discapacidad*, Buenos Aires, Secretaría de Extensión Universitaria, UBA, 2008, p. 23).

4. Por ejemplo, en la Provincia de Buenos Aires rige la Ley N° 14519 (“Revisión de las expresiones lingüísticas que se refieren a las personas con discapacidad”), publicada en el Boletín Oficial el 25 de julio de 2013.

consensos a través de su activa participación en la redacción de la Convención. Precisamente, este instrumento internacional consagra la idea de “persona con discapacidad”, anteponiendo y priorizando el sustantivo a la condición. A pesar de todo lo expuesto en este sentido, no se trata de un debate acabado, permanentemente aparecen nuevas nomenclaturas. Si bien es cierto que el lenguaje construye realidades, estas cristalizaciones tienen que ver también con el uso en un contexto específico y un significativo no puede clausurar el sentido de un término.

Es difícil encontrar un término que abarque y tenga el consenso de todas las personas con discapacidad, que a la vez tenga potencia descriptiva y precisión. La fórmula alcanzada es genérica, requerirá de ampliaciones en caso de ser necesarias. Evidentemente, no es igual o equivalente la situación de una persona ciega que la de otra sorda, o la de quien tiene movilidad reducida, o bien la de quienes tienen padecimientos mentales o limitaciones intelectuales congénitas. El propósito de buscar un término que agrupe a todos tiene un objetivo de afirmación de una condición estigmatizada y muchas veces ignorada por la sociedad. También otorga mayor visibilidad y potencia a los reclamos del conjunto.

En cuanto a la amplitud del término “discapacidad”, ha dado lugar a que se debatan muchas situaciones específicas, por ejemplo en el caso de la obesidad. ¿Pueden ser consideradas personas con discapacidad aquellas que tengan obesidad? Si bien no hay unanimidad, hay normas y jurisprudencia que han receptado este criterio,⁵ tomando en cuenta las desventajas que esta condición física podría significar para una persona en un entorno social desfavorable. De esta forma, se consideró recientemente en un caso que sucedió en Dinamarca que la obesidad severa debía ser considerada como discapacidad y que, por lo tanto, correspondía aplicar la normativa relativa a discriminación por esa causa.⁶ De igual manera se han planteado otras situaciones difusas, por ejemplo la imposibilidad de concebir un hijo de forma na-

5. Por ejemplo, la Directiva N° 2000/78/CE, emitida por el Consejo de la Unión Europea, destinada específicamente a analizar situaciones discriminatorias en el ámbito laboral. Sin perjuicio de esta pauta general, queda a criterio de los tribunales nacionales la determinación de la discapacidad en cada caso.

6. *Fag og Arbejde (FOA) contra Kommunernes Landsforening (KL)*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), 18/12/2014.

tural.⁷ Como puede verse, y tal como afirma la propia Convención, la discapacidad es efectivamente un concepto dinámico.

LA CLASIFICACIÓN EN MODELOS

En este campo de estudio, han tenido importante influencia los pronunciamientos de organismos internacionales, en particular la ya mencionada Organización Mundial de la Salud (OMS). Como ya se hizo referencia, en 1980 la OMS emitió un documento que se denominó “Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías”. Ya para ese momento, la mirada exclusivamente médica empezó a ser cuestionada, abriendo el espacio para un discurso distinto sobre la discapacidad. En 1977 se había desarrollado la Asamblea Mundial de la Salud, que produjo la Declaración de Alma-Ata, donde se modificaron criterios sobre las políticas sanitarias. La enfermedad comenzó a analizarse como un fenómeno social, que no podía ser cargado exclusivamente sobre el individuo.

También se plantearon cuestionamientos sobre la discriminación de minorías a partir de la estigmatización, así como la necesidad de provocar una conciencia mundial sobre la equidad en el acceso a la salud. En este mismo sentido, años después se realizó la Conferencia *Rethinking Care*, en 2001, y la Conferencia Internacional sobre Rehabilitación Basada en la Comunidad, en 2003. La OMS modificó también términos, en función de esta permanente actualización, como ya fue dicho. Así, la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud, generalmente mencionada por sus siglas iniciales (CIF), actualiza su definición de discapacidad, poniendo el énfasis en las barreras sociales y ambientales. También denuncia los prejuicios, entendidos como actitudes negativas. Una de estas manifestaciones son las fallas en los diseños del entorno. La OMS ha desarrollado un área de estudio e investigación denominada *Disability and Rehabilitation Team*, cuya tarea es promover la reflexión y el debate sobre la categoría “discapacidad”.

7. En el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012 “Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) contra Costa Rica”.

La perspectiva de la discapacidad desde la medicina ha reforzado, desde cierto punto de vista, la idea de enfermedad. Ciertamente, no todas las personas con discapacidad padecen una enfermedad; la discapacidad no es enfermedad en sí misma. Por eso, a esa asimilación se le da el título genérico de “modelo médico” o “rehabilitador”, el cual refiere a la discapacidad en términos de enfermedad y define que las personas con discapacidad pueden tener algo que aportar a la comunidad, sólo si se rehabilitan y logran ellas asimilarse al resto de la sociedad. Esto plantea una explicación de la discapacidad que parte de la anterior premisa, y así resta posibilidades de inclusión. Ante ese “modelo médico” se ha opuesto el denominado “modelo social”, que considera que la discapacidad es una restricción de índole social, pero que no debe ser adjudicada al individuo.

Como ya dijimos antes, uno de los puntos destacables de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha sido la participación muy directa de las organizaciones de la sociedad civil. Esta forma de involucrarse con la gestación de la legislación, a nivel de los Estados y en instancias supranacionales, ha producido resultados muy favorables para estas demandas. El año 1981 fue declarado por la Organización de las Naciones Unidas como “Año Internacional de los Impedidos”, con gran cantidad de actividades tendientes a promover la divulgación de estos reclamos. El clima cultural hacia la discapacidad en todo el mundo se modificaba, los cambios legislativos comenzaban a ser acompañados por programas gubernamentales y asignación de fondos de los presupuestos estatales. En la Argentina, precisamente en 1981, se sancionó la Ley N° 22431, que establecía un sistema de protección para personas con discapacidad, con medidas de acción positiva como prioridades en el acceso al empleo público con un cupo de al menos cuatro por ciento de la planta de empleados.

El eje del llamado “modelo social” es evitar tratar a la persona como portadora de una discapacidad y, asimismo, promover la aceptación de las diferencias en las funcionalidades. Esta apelación a la diversidad humana ataca la estandarización de lo que se podría llamar un ser humano normal. De allí que la denominada “normalización” constituye una forma de producir discapacidad. Las personas con discapacidad merecen respeto por su igualdad, en lugar de lástima o conmisericordia. No se trata de una tragedia personal por la cual haya que lamentarse,

sino de asegurar que no haya barreras para que exista una plena inclusión en la interacción social. De allí que el eje de la discapacidad está en las barreras discapacitantes y no en las posibles deficiencias de un individuo. De hecho, se insiste en que no debe estandarizarse la manera de pensar a los seres humanos; por el contrario, es importante reivindicar la diversidad de formas y funcionalidades.

Michel Foucault se refirió al dictamen médico como un dispositivo que puede clasificar a los seres humanos según su patología o deficiencia, lo cual lleva a diluir la integralidad de la persona, que es opacada y hasta sustituida por aquella condición. Esa clase de discurso médico aleja a la persona del grupo; la comunidad teme al contagio y se alienan respuestas opresivas. Hay, según este autor, un vínculo entre la disciplina de los cuerpos y el control social. Incluso, esa influencia del dictamen médico se expresa en minusvalía jurídica y moral. Este autor reconoce que la aparición de la figura del ser humano como centro político y jurídico es un producto de la modernidad.⁸ Esta mirada antropocéntrica es el eje del liberalismo político y está vigente aún; incluso se va sofisticando, al reconocer diversas desigualdades estructurales a partir de la funcionalidad. De allí que el estilo ambiguo, moralista y virtuoso que tienen los tratados internacionales de derechos humanos sea difícilmente compatible con la crítica al humanismo genérico que hace este autor.⁹

Mike Oliver, sociólogo inglés, investigó acerca de las influencias médicas en la sociología norteamericana. A partir de esos estudios, sostuvo que en la corriente funcionalista hay una asociación entre enfermedad y desviación social.¹⁰ Erving Goffman produjo, a mediados del siglo XX, una de las más lúcidas obras acerca de las etiquetas y rótulos: *Estigma, la identidad deteriorada*. Allí planteaba la discordancia

8. Foucault, Michel, *¿Qué es usted, profesor Foucault?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, p. 48. Este autor distingue entre lo que es la mención de una categoría teórica y su uso. Por ejemplo, hoy en día es difícil no mencionar “modelos” o “paradigmas” al escribir sobre discapacidad, ya que se trata de términos muy usados (incluso trillados) en este campo de estudio.

9. Al respecto, dice Foucault que el humanismo se basa en la “búsqueda del hombre”, lo cual es una quimera obnubilante. Foucault, Michel, *¿Qué es usted, profesor Foucault?*, *op. cit.*, p. 53.

10. Oliver, Mike, “¿Una sociología de la discapacidad o una sociología discapacitada?”, en Barton, Len (comp.), *Discapacidad y sociedad*, Madrid, Morata, 1998, pp. 34-58.

entre una “normalidad” esperada y atributos observables que no conciben con aquella expectativa, que hacen que una persona sea segregada y oprimida. El inglés Len Barton estudió cómo, en la propia denominación y las clasificaciones, las personas con discapacidad son puestas en un lugar inferior, caracterizado por un menor valor para la comunidad. Hay que tener en cuenta también que, a diferencia de Goffman, Barton y Oliver, así como el grupo de investigadores que se congregó alrededor de lo que se conoce como *Disability studies*,¹¹ adoptó una postura activista desde el primer momento, enfatizando la necesidad de reclamar por derechos desde el ámbito académico y priorizando la militancia en ese sentido.

Otro tipo de enfoque ha profundizado más en las formas de tratamiento específico en situaciones concretas, sin desarrollar tanto los motivos que existen detrás de la segregación. Tales trabajos se han concentrado más en las demarcaciones de competencias y habilidades, con el propósito de ofrecer una vida más autónoma. Así, la calidad de vida puede variar mucho en las personas con discapacidad, según la planificación que se haga del entorno y los apoyos individualizados que se brinden.¹² La vida independiente también puede ser promovida, aunque ello requiere un compromiso con valores de igualdad y dignidad de la vida humana. Desde lo valorativo, es importante insistir con un cambio de enfoque, que no culpe ni segregue a la persona con discapacidad.

En la literatura especializada en el campo de la discapacidad, es muy usual hallar un esquema de conceptualizaciones que clasifica según modelos. Estos términos suelen ser utilizados con diversas acepciones, a veces como constructos teóricos, otras como etapas en una evolución histórico-social, y también como sinónimos de ideologías. De allí que, si bien tienen un amplio recorrido en la materia discapacidad, las nociones de modelos no tienen verdadera potencia descriptiva ni explicativa. De cualquier forma, es importante aquí dar a conocer y analizar estas

11. Se trata de un influyente colectivo de intelectuales ingleses, provenientes de las Ciencias Sociales, muchos de ellos personas con discapacidad o familiares, que cobraron relevancia internacional por explicar la discapacidad como otra más de las formas de explotación capitalista. Entre sus referentes más prominentes podemos destacar a Barton y Oliver.

12. Verdugo Alonso, Miguel Ángel, *Personas con discapacidad. Perspectivas psicopedagógicas y rehabilitadoras*, Madrid, Siglo XXI, 2005.

formas de clasificación, ya que son de uso muy común en el campo de la discapacidad. El investigador español Ramón Puig de la Bellacasa¹³ utilizó una periodización muy difundida sobre la mirada social:

- *Modelo tradicional*: Referencias históricas dan cuenta de la muerte violenta de personas débiles, citando especialmente a las ejecuciones de los niños nacidos con deformidad en Esparta, en el monte Taigeto. También en Roma, en la conocida roca Tarpeya, se procedía a matar a niños y ancianos con invalidez. Plantea que el advenimiento del cristianismo impuso la caridad con los más débiles. Desde ese momento, hasta bien entrada la Revolución Industrial, según este autor, las personas con discapacidad son consideradas sujetos de asistencia.
- *Modelo de la rehabilitación* (otros autores lo llaman modelo médico): En el siglo XIX, con los enfoques racionalistas, aparece el modelo psico-médico-pedagógico: ya no depende la consideración estrictamente de razones religiosas, sino que hay un deber laico y racional de atención y caridad. Se desarrollan importantes dispositivos médicos, que implican avances con relación a la calidad de vida de muchas personas con discapacidad. Pero aún este conjunto mantiene su condición subordinada, por no poder participar activamente del proceso productivo. Admiten los autores que sostienen esta modelización que en cada etapa subsisten resabios o componentes de anteriores paradigmas (como fue señalado, se usan como sinónimos los términos “modelo” y “paradigma”). En este modelo se suele ubicar a la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de la Organización Mundial de la Salud.
- *Modelo de la autonomía personal*: surge en la década de 1970, con importante influencia de los veteranos de guerra de Vietnam en los Estados Unidos, y se diferencia notoriamente del modelo (o paradigma) de la rehabilitación, porque no es la deficiencia y la falta de destreza el eje de la discapacidad, sino la falta de adecuación

13. Puig de la Bellacasa, Ramón, “Concepciones, paradigmas y evolución de las mentalidades sobre discapacidad”, en *Discapacidad e información*, Madrid, SIIS Editorial, Real Patronato de la Prevención y Atención a Personas con Minusvalía, serie “Documentos”, 1990, pp. 14-90.

de los entornos. Aquí la persona con discapacidad es, por fin, un sujeto de derechos. Se valora mucho la participación de las personas con discapacidad en reclamos a nivel gubernamental, a partir de la consigna “nada para nosotros sin nosotros”.

Otro importante autor español, Demetrio Casado Pérez,¹⁴ enuncia, en cambio, cuatro modelos, aunque esta vez sin una impronta evolutiva en el tiempo:

- *Integración comunitaria*: donde existe una aceptación de las personas con discapacidad, aunque a partir de una actitud de resignación o fatalismo;
- *Exclusión aniquiladora*: el encierro y ocultamiento de la persona con discapacidad por parte de su propio núcleo familiar;
- *Atención especializada y tecnificada*: predominio técnico en cuanto a servicios para usuarios con discapacidad;
- *Accesibilidad*: una “normalización” de la persona con discapacidad, en términos de acceso al desarrollo de una vida que se considera normal, a partir de la eliminación de barreras.

Este último concepto (normalización) ha merecido extensos debates, ya que implica el uso de medios culturalmente normativos para obtener una igualación de las personas con discapacidad a las condiciones de los demás ciudadanos. Claro que estos medios requieren una especie de adaptación, por medio de internalización de hábitos (habilidades, competencias), e incluso pueden llegar a afectar apariencias, experiencias y reputación.¹⁵ Sin embargo, este concepto se ha renovado en los últimos cuarenta años, para hoy expresarse en distintas políticas de integración o inclusión (el término “inclusión” es más aceptado actualmente por quienes consideran que expresa algo diferente y más igualitario que la palabra “integración”). Estos dos términos precisamente se utilizan en el plano educativo, cuando se habla de la incorporación de niños con discapacidad a la escuela ordinaria. Este planteo apareció en Gran Bre-

14. Casado Pérez, Demetrio, *Panorámica de la discapacidad*, Barcelona, INTRESS, 1991.

15. Wolfensberger, Wolf, *The principle of normalization in human services*, Toronto, National Institute on Mental Retardation, 1975.

taña en 1978, a partir del llamado “Informe Warnok”,¹⁶ que expresaba la necesidad de promover que los niños con discapacidad asistieran a escuelas ordinarias. La idea de integración fue avanzando luego hacia diferentes áreas de la vida comunitaria, por ejemplo hablándose de integración laboral, o directamente de integración social.

La perspectiva teórica desde la que me ubico se enrola en los enfoques democráticos liberales e igualitaristas, que reconocen la situación actual de discriminación que sufren las personas con discapacidad en el plano material y simbólico. Así, asumo la importancia de la legislación en la eliminación de barreras, pero sin perder de vista que la sanción de declaraciones es apenas una formalidad que no garantiza resultados por sí misma. En este sentido, tomo de Norberto Bobbio la noción histórica de los derechos humanos como construcción política dinámica. Según este autor, la idea de democracia no puede ser desprendida de la Edad Moderna y del individualismo como noción política que permite tomar a las libertades individuales como indicador del progreso de una comunidad.¹⁷ La igualdad forma parte del programa democrático liberal desde el inicio de la modernidad, pero cada legislación local abordaba el tema con distinto énfasis.

Bobbio tuvo la lucidez y la perspectiva política necesarias para anticipar, hace casi medio siglo, que las normas del Derecho Internacional Público no agotan su influencia en la relación entre Estados, sino que están llamadas a marcar pautas en los vínculos entre las autoridades locales y las personas, e incluso entre los mismos individuos en sus relaciones cotidianas. Esto lo lleva a plantear que es necesario asumir un pluralismo jurídico, ya que el origen normativo es variado; no quedan las normas circunscriptas a los Estados nacionales. Esta evolución podría asimilarse a la idea civilizatoria de pensadores como Norbert Elías que, desde una perspectiva marxista, reconoce el valor de los avances legislativos en las sociedades modernas para la evolución de

16. Warnock, Mary, *Special Educational Needs. Report of the Committee of Enquiry into the Education of the Handicapped Children and Young People*, Londres, HMSO, 1978. Helen Mary Warnock es una profesora inglesa, especializada en filosofía moral, filosofía de la educación y filosofía de la mente, desde una perspectiva existencialista. Entre 1974 y 1978 presidió la Comisión Británica de Investigación sobre Educación Especial, de donde surgió un reporte, conocido como “Informe Warnock”.

17. Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991.

las libertades, pero también denuncia la fragilidad de algunos modelos democráticos contractualistas.¹⁸ Este autor hace notar la dificultad de analizar al individuo como una entidad por fuera de la sociedad, como un ente abstracto y también estandarizado.¹⁹ Norberto Bobbio defiende, también en esta perspectiva de contexto, el pluralismo jurídico como una alternativa para mantener los clásicos principios liberales, pero asumiendo que existen derechos de grupos específicos. En este caso, podríamos referir al estatuto que les corresponde a las personas con discapacidad.²⁰ Retomaremos este debate, vinculado al pluralismo jurídico, en las conclusiones finales.

18. Elías, Norbert, *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.

19. La utilización de la figura del *homo clausus*, por parte de Elías, podría ser muy valiosa para analizar la situación de muchas personas con discapacidad. Este autor refiere a cómo muchas metáforas de locación (interior, exterior) concentran la atención de pensadores, ignorando algunos condicionamientos radicales para esta clase de analogías. Si bien se está refiriendo expresamente a condicionantes sociales, las dificultades para “ocupar un lugar” en el intercambio social podrían bien ser aplicadas a este colectivo, en particular en cuanto a aquella noción cartesiana del individuo que mira al mundo de forma alienada (pienso, luego existo).

20. Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, *op. cit.*

CAPÍTULO 3

MARCO NORMATIVO SOBRE DISCAPACIDAD

CONSTITUCIÓN NACIONAL Y CONSTITUCIONES PROVINCIALES

La protección a las personas con discapacidad tiene rango constitucional, a partir de la reforma de 1994. Así, la Constitución Nacional establece lo siguiente cuando refiere a las atribuciones del Congreso:

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23, primer párrafo).

Las medidas de acción positiva aparecen como una necesidad para garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, precisamente porque se reconoce una realidad hostil para estos grupos. Los segmentos sociales que menciona este inciso (niños, mujeres, ancianos, personas con discapacidad) son, por lo tanto, acreedores a los beneficios que puedan emerger de medidas de acción positiva, o sea, políticas específicamente dirigidas a ellos, que les permitan el real ejercicio de los derechos reconocidos por las leyes. Tal reconocimiento surge de la premisa de la necesidad de una discriminación positiva para que estos grupos, a quienes se identifica como víctimas de acciones que vulneran su pleno desarrollo en la vida social, puedan ejercer plenamente sus derechos constitucionales.

Sin dudas la perspectiva de las acciones positivas forma parte de una idea de intervención estatal más activa en la defensa de minorías. En el caso de los niños, tal criterio ya venía desarrollándose con potencia en las últimas décadas, y especialmente luego de la aprobación por parte de nuestro país de la Convención sobre los Derechos del Niño.¹ Algo similar podría señalarse respecto de la situación de las mujeres, tal como se plantea en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de

1. Aprobada a través de la Ley N° 23849, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Discriminación contra la Mujer.² En cambio, respecto de las personas con discapacidad y de los ancianos, hasta hace poco tiempo no existían todavía instrumentos internacionales de la jerarquía de una convención internacional. La resolución de aprobación de la ONU de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es de 2006. Y en junio de 2015, la Asamblea de la Organización de los Estados Americanos (OEA) aprobó la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores. En ambos casos, la premisa que sostiene la necesidad de medidas de acción positiva es que tales grupos de la población sufren situaciones de segregación.

Sin embargo, vale la pena mencionar que en la Convención Constituyente de 1994, la inclusión de las personas con discapacidad no estaba comprendida en la redacción original del inciso 23 del artículo 75 (antiguo art. 67 de la Constitución Nacional). En el dictamen de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales, solamente estaban mencionados los otros tres grupos poblacionales (niños, mujeres y ancianos). Esta Comisión produjo un despacho, que planteaba como uno de los objetivos fundamentales la transformación de la retórica en acción. Este informe expresaba que muchas enunciaciones en documentos internacionales de derechos humanos quedaban solamente en eso, declaraciones de intenciones. Entendía este despacho que la Constitución Nacional debía receptar esas declaraciones, pero a su vez ofrecer medios idóneos para que se pudieran expresar en políticas concretas, que desarrollaran su plena operatividad. De esta forma, en línea con la doctrina actual en materia de derechos de las minorías, se asumía que existía una discriminación de hecho, a pesar de las múltiples normas que prohibían esa conducta. El constituyente argentino de 1994 consideró entonces que las acciones positivas eran un instrumento apto para evitar esa discriminación.³

2. Adoptada por la Organización de las Naciones Unidas a través de la Resolución N° 34/180 del 18 de diciembre de 1979. También debe mencionarse la existencia de un organismo permanente, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

3. "Inserción solicitada por el convencional Eduardo Valdés sobre Discapacitados", Secretaría Parlamentaria en la Sesión Plenaria Número 23, T. V, p. 5249, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos del Ministerio de Justicia de la Nación, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, Buenos Aires, La Ley, 1995.

En cuanto a las constituciones de las provincias, son varias las que han incorporado expresamente los derechos de las personas con discapacidad. Me limitaré aquí a citar algunas, ya que muchas prescripciones se reiteran, ya sea en los textos constitucionales de las diversas provincias, como en las respectivas leyes locales que surgen en general como consecuencias de esas normas rectoras:

- a. La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su artículo 42, enumera varias medidas tendientes a lograr la equiparación de oportunidades.
- b. De igual modo, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en su artículo 36.
- c. La Constitución de la Provincia de Tucumán, en su artículo 24, incorpora también la idea de medidas de acción positiva para diversos grupos, incluyendo a las personas con discapacidad, en consonancia con el ordenamiento federal.
- d. La Constitución de la Provincia de Entre Ríos, en varios artículos, hace referencia al tema; en su artículo 21 refiere a las diversas políticas activas que deben llevarse adelante, incluyendo trabajo, transporte, accesibilidad, educación y salud.
- e. La Constitución de la Provincia de Río Negro, en el artículo 36, prevé medidas de protección integral, garantizando su asistencia, rehabilitación, educación, capacitación e inserción en la vida social. Asume la obligación de producir una concientización, y además señala, en originales y curiosos términos, que “el Estado promueve a las personas excepcionales y facilita su educación especial”.
- f. El artículo 44 de la Constitución de Corrientes señala que la familia, la sociedad y el Estado tienen a su cargo la protección integral de las personas con discapacidad.
- g. El inciso segundo del artículo 37 de la Provincia de Misiones señala que el Estado ampara a la “maternidad, a la infancia, minoridad, incapacidad y a la ancianidad”.
- h. El artículo 48 de la Constitución de la Provincia de Jujuy refiere expresamente a la protección de los discapacitados.
- i. Finalmente, la Constitución de Tierra del Fuego, en su artículo 20, refiere a los derechos de las personas con discapacidad, y

señala la excepcionalidad que se necesitará en algunos casos para fomentar la integración.

Es de esperar que en las próximas reformas de cada provincia se incorporen artículos o párrafos como los ya señalados. De cualquier manera, prácticamente todas las constituciones provinciales en la Argentina cuentan con prescripciones contra la discriminación arbitraria y a favor de la igualdad entre las personas.

DOCUMENTOS Y TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Un antecedente importante es la Declaración de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó el 9 de diciembre de 1975, y que fue suscripta por nuestro país. Allí se plantea el necesario respeto a la dignidad humana de las personas con discapacidad y su derecho a una vida decorosa, normal y plena, cualquiera sea el origen, la naturaleza o la gravedad de sus trastornos y de sus deficiencias.

En 1979, también la Organización de Naciones Unidas aprobó la Declaración de Derechos Generales y Específicos de los Retrasados Mentales, término que hoy en día ha devenido retrógrado y no recomendado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) por sus connotaciones peyorativas. Recordemos que unos años atrás, en 1976, la Asamblea General de la ONU había proclamado que 1981 fuera el Año Internacional de los Impedidos, término que actualmente no es utilizado en documentos oficiales. En aquel momento, la Resolución N° 31/123 de la Asamblea General planteó que esa declaración podría tener efectos favorables, que tendieran a aumentar la igualdad de oportunidades, prevenir la discapacidad y alentar una mayor participación, por medio de la sensibilización de la opinión pública.

Otro documento trascendente, también aprobado por la República Argentina, fue el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad. Este texto fue sancionado por la Asamblea General de la ONU el 3 de diciembre de 1982. También allí se mencionaba la participación plena de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones. Refería a la necesidad de lograr mejoras en las condiciones de

vida de este segmento de la población, en particular en cuanto a su situación social y económica. Un año después, en 1983, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en su Conferencia General, aprobó el Convenio 159, que trata acerca de la Readaptación Profesional y Empleo de Personas Inválidas, por supuesto enfatizando también en la necesidad de lograr una efectiva igualdad de oportunidades.⁴

Un antecedente más es la Declaración de Cartagena de Indias sobre Políticas Integrales para las Personas con Discapacidad en el Área Iberoamericana, emitida en 1992. Allí, los Estados firmantes (entre los cuales está la Argentina) se comprometen a diseñar y ejecutar políticas integrales y coherentes con vistas a “prevenir la aparición de deficiencias”. También se enuncian allí diversas obligaciones estatales en cuanto a la disponibilidad de recursos, servicios y medidas específicas de rehabilitación y atención integral. Conceptos tales como participación, autonomía, respeto al propio contexto, vida digna, no discriminación, vida independiente y otros, se reiteran en este y muchos documentos similares.

Es necesario recordar que el reconocimiento a los derechos de las personas con discapacidad estaba ya consagrado en muchos otros tratados internacionales de derechos humanos. Así, tenemos la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo VII, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25 (inciso 2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en sus artículos 4 (inciso 1) y 19, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 24 (inciso 1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 10 (inciso 3) y la Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 23, 24 y 26. En todos los casos hay referencias directas a los principios de igualdad y no discriminación, que obligan a los Estados firmantes a tomar las medidas necesarias para eliminar cualquier trato degradante o segregación que pudieran sufrir las personas con discapacidad. También hay un compromiso explícito para que puedan acceder a todos los servicios necesarios, educación, trabajo, así como a los beneficios de la seguridad social.

4. En nuestro país, aprobado a través de la Ley N° 23462.

El 17 de diciembre de 1991 las Naciones Unidas aprobaron la Resolución N° 46/119, que trata sobre los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental. En 1993 se dictaron las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades de las Naciones Unidas, con diversas recomendaciones a los Estados en muchas áreas. Este documento tiene una relevancia extraordinaria en cuanto a la modernización de muchos conceptos sobre discapacidad, accesibilidad, apoyos y otros términos que luego fueron utilizados en textos normativos.

El 6 de julio de 1999, en la asamblea de la Organización de los Estados Americanos celebrada en Guatemala, se sancionó la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.⁵ Este trascendente tratado se adelanta a la Convención en diversas definiciones:

1.2. Discriminación contra las personas con discapacidad

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

b) No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad, y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, esta no constituirá discriminación.

Con posterioridad, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad recogió y amplió aquellos avances legislativos. Es un proceso paulatino, que demandó décadas de

5. Aprobada en nuestro país por la Ley N° 25280, publicada en el Boletín Oficial el 4 de agosto de 2000.

elaboración, y que en cada país se ha ido desarrollando con diferentes características, según las normas internas.

LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue aprobada mediante una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, tras la suscripción del documento por parte de más de setenta países. Fue suscripta por la República Argentina y aprobada la ratificación por el Honorable Congreso de la Nación a través de la Ley N° 26378.⁶ Varios años después, en 2014, a través de la Ley N° 27044 se la incorporó al grupo de instrumentos internacionales a los que refiere el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional.

Este tratado internacional reconoce la difícil situación en la que se halla el conjunto de las personas con discapacidad, y su propósito es "...promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad..." (art. 1, primer párrafo). Resalta que es persistente la discriminación que sufren en la práctica las personas con discapacidad, aun cuando existen muchas normas que deberían impactar en la realidad para proteger sus derechos (inc. k del Preámbulo). Este texto reconoce el carácter dinámico del concepto *discapacidad*, a partir de la idea de interacción entre una deficiencia y una barrera, y considera que no hay una persona naturalmente discapacitada, sino que tal situación se produce por un entorno y por actitudes discriminatorias que "evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás" (inc. e del Preámbulo). En cuanto a los principios generales que reivindica este instrumento legal, son los siguientes:

- a) El respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b) La no discriminación;

6. Publicada en el Boletín Oficial del 9 de junio de 2008.

- c) La participación y la inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y de la condición humanas;
- e) La igualdad de oportunidades;
- f) La accesibilidad;
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer;
- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y su derecho a preservar su identidad (art. 3).

El estilo de redacción elegido por quienes formularon esta Convención elude en general el tratamiento de discapacidades específicas, lo cual tiene como faz positiva que reafirma la unidad al interior del conjunto de personas con discapacidad, pero también hay que señalar que da lugar a algunas ambigüedades para la interpretación del sentido de sus prescripciones. En cambio, esta norma se ocupa minuciosamente de explicitar a qué refiere cuando nombra a determinados términos que merecen una explicitación más amplia, incluso por sus detalles técnicos; por ejemplo:

La ‘comunicación’ incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso (art. 2, primer párrafo).

Otro concepto que atraviesa toda la Convención y que busca orientar las políticas estatales en esta materia es el llamado “diseño universal”, o sea “el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado” (art. 2, último párrafo).

A partir del artículo 5, la Convención enuncia los derechos expresamente reconocidos, muchos de los cuales ya aparecían en diferentes tratados internacionales de derechos humanos, pero aquí también se mencionan, agregando la situación de las personas con discapacidad. Así, se alude al derecho a la igualdad y no discriminación (art. 5), a la situación de las mujeres con discapacidad (art. 6), a las medidas necesarias para niños y niñas con discapacidad (art. 7), al compromiso para generar una toma de conciencia respecto del tema (art. 8), a la accesibilidad física (art. 9), al derecho a la vida (art. 10), a las situaciones de

riesgo y emergencias humanitarias (art. 11), al igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 12), al acceso a la justicia (art. 13), a la libertad y seguridad de la persona (art. 14), a la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 15), a la protección contra la explotación, la violencia y el abuso (art. 16), a la protección de la integridad personal (art. 17), a la libertad de desplazamiento y nacionalidad (art. 18), al derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (art. 19), a la movilidad personal (art. 20), a la libertad de expresión y de opinión y acceso a la información (art. 21), al respeto de la privacidad (art. 22), al respeto del hogar y de la familia (art. 23), a la educación (art. 24), a la salud (art. 25), a la habilitación y rehabilitación (art. 26), al trabajo y empleo (art. 27), al nivel de vida adecuado y protección social (art. 28), a la participación en la vida política y pública (art. 29) y a la participación en la vida cultural, actividades recreativas, esparcimiento y deporte (art. 30).

LEYES NACIONALES

Las leyes nacionales que tratan sobre discapacidad son muchas, y no todas coherentes entre sí. La Ley N° 22431 crea y establece un sistema integral con el propósito de brindar atención médica, beneficios de la seguridad social y educación, así como diversas franquicias y medidas de acción positiva para promover el empleo, el transporte y otros estímulos. La Ley N° 24901 crea un sistema de prestaciones en salud, que enfatiza el concepto de cobertura integral. Esta norma tiene una íntima imbricación con las que rigen respecto de las obras sociales (Leyes N° 23660 y N° 23661), así como a las empresas de medicina prepaga (Ley N° 26682). En el ámbito educativo, la Ley N° 26206 (Ley de Educación Nacional), la Ley N° 24521 (Ley de Educación Superior) y su modificatoria Ley N° 25573 incorporan la obligación de incluir a las personas con discapacidad. Como podrá verse en los distintos textos, difiere la forma en que se conceptualiza la discapacidad, incluso tratándose de normas que se hallan simultáneamente vigentes y deben ser armonizadas para su interpretación.

La Ley N° 22431, conocida como “Sistema de protección integral de las personas discapacitadas”, fue sancionada el 16 de marzo de 1981

por la Junta Militar que dirigió el autodenominado “Proceso de Reorganización Nacional”. Con diferentes modificaciones, esta norma de la dictadura sigue vigente en muchas de sus prescripciones. Se plantea como objetivo asegurar a las personas con discapacidad:

... su atención médica, su educación y su seguridad social, así como a concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca y les den oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas normales (art. 1 de la Ley N° 22431).

Como se planteó antes, la perspectiva médica quedó impregnada en muchos documentos y normas a través de la presentación de una polarización entre “discapacidad” y “normalidad”, que puede rastrearse sin ninguna dificultad a través de toda la Ley N° 22431. También pueden encontrarse muchos beneficios ligados a la idea de beneficencia o “compensación” para neutralizar la desventaja, como expone el artículo 1. Esta ley incorpora el uso del término “discapacitados”, ya que previamente la Ley N° 20475, sancionada en 1973 (que otorgaba beneficios previsionales), utilizaba el término “minusválidos”. Aquella norma fue luego complementada por la Ley N° 20888, en cuanto a jubilaciones especiales para personas con discapacidad. Anteriormente, por aplicación de la Ley N° 19279 ya se habían fijado franquicias especiales para la compra de automotores. A pesar de la modificación terminológica, la Ley N° 22431 sostiene una perspectiva centrada en el tratamiento médico, la rehabilitación y la divergencia respecto de la “normalidad”:

A los efectos de esta ley, se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral (art. 2, Ley N° 22431).

Algunos de los otros aspectos regulados por esta ley son la certificación de la discapacidad, los servicios de asistencia, el sistema de rehabilitación integral, un circuito de formación laboral o profesional, préstamos y subsidios destinados a facilitar su actividad laboral o intelectual, escolarización, prioridad para el ingreso al empleo público y planteo de un cupo mínimo de cuatro por ciento de la planta del personal del Estado. También incluye algunas normas de accesibilidad

edilicia y para el transporte, por ejemplo libre tránsito y estacionamiento, además de beneficios fiscales.

Muchas otras leyes regulan otros aspectos, tales como la accesibilidad para personas con movilidad reducida (Ley N° 24314), el beneficio para personas con discapacidad para explotar la concesión de pequeños comercios en edificios públicos (Ley N° 24380, que vino a modificar la Ley N° 22431, que ya regulaba ese aspecto), el sistema de prestaciones básicas en salud (Ley N° 24901), programas de empleo para grupos específicos, se destacan la incorporación de los llamados talleres protegidos de producción y el trabajo a domicilio (Leyes N° 24147 y N° 24013), modificaciones al código electoral para posibilitar la participación de las personas con discapacidad (Ley N° 25858), pautas sobre turismo accesible (Ley N° 25643), readaptación profesional y empleo de personas inválidas, según los términos del Convenio N° 159 de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (Ley N° 23462). En 2009 se sancionó la Ley N° 25504 con el propósito de implementar el Certificado Único de Discapacidad.⁷ El acceso gratuito al transporte público para las personas con discapacidad fue ordenado a través de los Decretos N° 38/2004 y 118/2006, y abarca trenes, subterráneos y transporte automotor (colectivos y micros). Ya estaba vigente el libre tránsito y estacionamiento por medio de la Ley N° 19279 y el Decreto N° 1313/1993 (esta norma ya había sido citada, ya que también incorpora la franquicia para compra de automotores con la eximición del pago del Impuesto al Valor Agregado). La Ley N° 24714 incorpora la posibilidad de percibir una asignación por hijo con discapacidad a aquellos padres, tutores o encargados que acreditaran tal situación. La misma ley prevé que puede solicitarse una asignación por ayuda escolar anual para hijos con discapacidad. También, el Decreto N° 1602/2009 refiere a una asignación universal por hijo para protección social del hijo con discapacidad.

El sistema previsional también prevé beneficios, como la pensión derivada de padres a hijos (pensión contributiva), para cuando fallece una persona que gozaba de una jubilación y tenía cónyuge o hijo con discapacidad a su cargo. Las pensiones no contributivas son aquellas que pueden

7. La Ley N° 25504 modificó el art. 3 de la Ley N° 22431, al establecer que el Ministerio de Salud de la Nación será el organismo encargado de expedir el Certificado Único de Discapacidad, y que tendrá el mismo alcance que los que emiten las provincias que hubieran adherido a la Ley N° 24901.

solicitarse a pesar de no contar con los requisitos necesarios para obtener el beneficio jubilatorio (por no haber realizado aportes al sistema jubilatorio). La Ley N° 18910 (y luego el Decreto N° 432/1997) regulan las pensiones por invalidez, así como la Ley N° 13337 (de 1948) fija y regula las pensiones graciables que pueden otorgar los legisladores nacionales. La Ley N° 20475 y la Ley N° 20888 fijan soluciones específicas para personas ciegas, y con posterioridad la Ley N° 24241 modificó las condiciones para el retiro por causa de invalidez.

Una gran cantidad de otras leyes tienen referencias indirectas a personas con discapacidad, sin mencionar las normas de carácter provincial o municipal. A pesar de esta profusa cobertura normativa, el grado de conflictividad en sede judicial se ha expandido por incumplimientos flagrantes, a veces cometidos por parte de las propias autoridades estatales.

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Durante 2014 se sancionó la Ley N° 26994, que aprobó el texto del Código Civil y Comercial unificado y que contiene algunas modificaciones en materia de discapacidad. Obviamente, es necesario incorporar aquí a los aspectos más salientes de esa reforma en referencia a los derechos de las personas con discapacidad.⁸ El término *discapacidad* tiene un uso relativamente limitado en el nuevo Código Civil y Comercial, y el principal tema que desarrolla en este sentido está vinculado a la discapacidad mental e intelectual, con referencia a restricciones para realizar algunos actos jurídicos. Es entonces la cuestión de la capacidad jurídica el punto central con relación al impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ya se habían producido anteriormente modificaciones en esta materia (en 2010), a partir de la incorporación del artículo 152 *ter* al Código Civil (vigente en ese momento), por medio de la Ley N° 26657, conocida como Ley de Salud Mental. Esta norma implicó un cambio en cuanto al procedimiento y a los requisitos para la declaración de insania o inhabilitación, y promovió la necesidad de un dictamen interdisciplinario y no solamente médico.

8. La vigencia de este nuevo Código Civil y Comercial fue dispuesta para el 1° de agosto de 2015, por la Ley N° 27077.

En este punto, hay que mencionar que algunas organizaciones de defensa de derechos de las personas con discapacidad, e incluso algunos organismos internacionales, habían formulado opiniones contrarias a la distinción que realiza el Derecho argentino entre capacidad de hecho y capacidad de derecho. El motivo es que entienden que las restricciones a la capacidad de hecho constituyen una anulación, o al menos una restricción excesiva de la subjetividad. Esto se explica a partir de lo que consideran una sustitución de la voluntad de quien es declarado incapaz. Esta opinión proviene de una interpretación amplia del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que dice lo siguiente:

Igual reconocimiento como persona ante la ley

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible, y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad

de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

En todo el texto de la Convención hay un énfasis en lograr la mayor autonomía posible, aunque eso no puede fácilmente asimilarse como una oposición explícita a la distinción entre capacidad de derecho y capacidad de obrar por sí mismo. Sin embargo, he aquí el punto principal de controversia en esta materia, incluso fomentado por las Observaciones realizadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, organismo dependiente de la Organización de las Naciones Unidas. En las observaciones formuladas a las autoridades argentinas en 2012, ese comité manifestó como un aspecto negativo que la legislación argentina vigente en ese momento, así como también la proyectada (el Código Civil y Comercial unificado, en aquel momento en estado de proyecto parlamentario), mantenían la figura de la interdicción y la sustitución de la voluntad de la persona. Cito aquí un fragmento de estas observaciones específicas:⁹

El Comité expresa su máxima preocupación por las inconsistencias observadas tanto en parte de la legislación vigente, como en los proyectos de ley en actual tramitación en el Estado parte, que se basa o continúa basándose en el modelo sustitutivo de la voluntad de la persona, en clara contradicción con el artículo 12 de la Convención. Le preocupa también la resistencia por parte de algunos operadores judiciales para poner en práctica la normativa que establece limitaciones a la discrecionalidad judicial para restringir la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Los aspectos criticados por estas observaciones no fueron modificados, y el Código Civil y Comercial fue sancionado por el legislador argentino, con una solución en este tema que mantenía la restricción en el ejercicio. Hay que decir también que esta clase de crítica, promovida por organizaciones de la sociedad civil, recae contra diversos gobiernos del mundo, ya que en casi todo el mundo se mantiene la institución de la restricción de obrar para algunos actos a aquellas personas que carecen de discernimiento. La legislación civil, en esta materia, tiene a su vez otras consecuencias importantes, tales como

9. El texto completo de las Observaciones está disponible en: www.ohchr.org/Documents/HRBodies/.../CRPD-C-ARG-CO-1_sp.doc

los impedimentos matrimoniales, el ejercicio del rol parental, las posibilidades del heredero con discapacidad para contar con una mejora en las disposiciones testamentarias,¹⁰ las condiciones para dictar testamento y la internación de personas con discapacidad mental o intelectual.¹¹ La autonomía del individuo es uno de los objetivos centrales de la legislación argentina en materia civil, tanto en el anterior Código Civil como en el actual Código Civil y Comercial. En ese esquema, las restricciones a la capacidad de hecho son una excepción, y deben ser interpretadas de la forma menos restrictiva posible, favoreciendo la actividad de las personas con discapacidad a través de los apoyos y salvaguardas que sean necesarios.

Ello no quita que quienes se hallen en condición de vulnerabilidad por causa de su discapacidad mental o intelectual no reciban la protección que corresponda. Pero tal cuidado no debe interferir en el ejercicio de la autonomía, ni convertirse en una sustitución de la voluntad. Hay que recordar que la incapacidad de hecho no siempre es una ficción jurídica, y en algunos casos esta situación es fáctica, generalmente causada por dificultades cognitivas. Ahondaré en este tema en el análisis de varios casos concretos en el capítulo siguiente.

Podemos sintetizar, entonces, que con el nuevo Código Civil y Comercial mantiene la tradicional distinción entre capacidad de derecho y capacidad de obrar por sí mismo, en los artículos 23 y 24, y se agrega ahora que se brindarán los apoyos que sean necesarios. Queda evidenciado que la cuestión de la representación tiene un vínculo estrecho con los apoyos que se mencionan en este texto y en la Convención. Un mal desempeño de esa representación puede convertir lo que debería ser un apoyo en una sustitución, circunstancia a la cual los jueces deberán prestar especial cuidado. Si existen los apoyos necesarios, junto al control judicial, se puede lograr ese equilibrio entre protección

10. En este punto sí existe un cambio, ya que el art. 2448 amplía la porción con la que se puede mejorar al heredero con discapacidad, algo que no existía en el texto previo.

11. Sobre este tema he investigado en anteriores trabajos. Uno de los aspectos principales de las internaciones es que suelen convertirse en situaciones crónicas, por lo cual en todo el mundo se prefieren los tratamientos ambulatorios. Hay que aclarar que no se trata de una cuestión solamente de intenciones, ya que en muchos casos las personas internadas se encuentran en condición de alta vulnerabilidad socioeconómica. Ver Seda, Juan A., *Discapacidad intelectual y reclusión. Una mirada etnográfica sobre la Colonia Montes de Oca*, Buenos Aires, Noveduc, 2011.

y autonomía evitando abusos contra los más débiles por su discapacidad mental o intelectual. Si bien hay muchos progenitores que no podrían asumir los cuidados básicos, es importante agotar las vías y buscar posibles alternativas en apoyos ligados a las redes familiares. En el caso de una adopción, se debe asegurar el mantenimiento de una adecuada comunicación entre el niño y sus progenitores biológicos (situación que no encaja con el formato de la adopción plena).

LAS CIEN REGLAS DE BRASILIA

Para finalizar este capítulo referido a la normativa aplicable en nuestro país en materia de discapacidad, mencionaré un documento que no surgió como una norma, pero que igualmente tiene impacto, en especial, en cuanto a lo procesal. Se trata del texto conocido como las “Cien Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, aprobadas en 2008, en la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana.

Aquel encuentro consistió en una reunión de los presidentes de cortes supremas de justicia y consejos de veintitrés países iberoamericanos, que ocupaban los cargos más relevantes en el Poder Judicial. Unos años atrás, en otro encuentro realizado en la ciudad de Cancún en el 2002, se había aprobado un antecedente de estas reglas, que llevó por título “Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano”, y que incluía un capítulo que trataba sobre “Una justicia que protege a los más débiles”.

En la Argentina, las Reglas de Brasilia fueron incorporadas en una Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N° 5/2009) aunque, como veremos a continuación, hay recomendaciones que surgen de ese texto que involucran a otros poderes y no solamente al judicial. Estas reglas plantean que existen varios grupos de personas en situación de vulnerabilidad, como los niños, los pueblos originarios, los migrantes, los ancianos, las mujeres. No es una lista taxativa ya que podrían incorporarse otros segmentos de la población, como por ejemplo las minorías sexuales. El objetivo de estas Reglas es formular recomendaciones a los Estados para que tomen medidas que permitan el acceso a la justicia. Una de las vías propuestas es la

disponibilidad de un asesoramiento gratuito, con profesionales idóneos a cargo y que sea gratuito.

En varios fragmentos, este documento resalta la importancia de tomar medidas procesales que sean convergentes hacia “el acceso real a la justicia”, entendiéndose que quien no cuenta con los medios necesarios de apoyo, no podrá hacer valer los derechos sustantivos reconocidos por normas nacionales e internacionales. En referencia específica sobre la discapacidad, en el punto 3 la define de la siguiente manera:

Se entiende por discapacidad la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno social.

Como puede apreciarse, esta definición tiene una diferencia sustancial respecto a la que hemos visto que propone la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en cuanto a que en las Reglas de Brasilia se asimila discapacidad a deficiencia, una contigüidad que ha provocado copiosas polémicas en este campo. Respecto a los objetivos del documento en cuanto al sistema judicial, expone que

Se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación.

Una de las preocupaciones más claras de las Reglas de Brasilia es que los procedimientos y requisitos formales no constituyan una barrera más para el acceso a la justicia de las poblaciones vulnerables. Así, solicita que se tomen medidas para simplificar cualquier trámite cuando hubiera personas con discapacidad involucradas, a la vez que se deberían articular los apoyos necesarios en esta dirección. Se insiste en lo que se llama “fallos de lectura fácil”, que es la agregación, a una sentencia judicial que trate sobre una persona con discapacidad mental o intelectual, de un fragmento en el cual se explique de manera sencilla la resolución. Con relación a esta especie de simplificación, hay un riesgo: que pierda rigor técnico el texto. ¿Cómo podría interpretarse si hubiera alguna divergencia entre la versión técnica y la de lectura fácil? También

se propone que los Estados elaboren manuales sobre buenas prácticas y protocolos de actuación destinados a funcionarios públicos de los tres poderes para que sepan cómo conducirse cuando deban intervenir en casos en los cuales se hallen frente personas con discapacidad.¹²

Una cuestión para tener en cuenta en materia procesal es que en la República Argentina, los códigos de procedimientos son sancionados por cada legislatura provincial y no por el Gobierno federal, por ser una facultad no delegada por las provincias a la Nación.¹³ Muchas de las recomendaciones tratan sobre el proceso, y su aplicación podría requerir de reformas legislativas. Los puntos 31, 32 y 33 promueven soluciones más flexibles y favorables para aquellos grupos que son víctimas de discriminación, entre los que se hallan las personas con discapacidad. Específicamente, pide a los Estados miembros que no apliquen las mismas normas sobre carga de la prueba cuando estén involucrados derechos de integrantes de algunas de las minorías protegidas, por ejemplo en la recomendación N° 33:

Se revisarán las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin.

1.- Medidas procesales

Dentro de esta categoría se incluyen aquellas actuaciones que afectan la regulación del procedimiento, tanto en lo relativo a su tramitación, como en relación con los requisitos exigidos para la práctica de los actos procesales.

En tal sentido, los tribunales u órganos administrativos estarían obligados a cargar con la producción de la prueba, además de la que

12. Es muy dudosa la efectividad de esta clase de manuales, ya que las prácticas cotidianas dependen de muchos otros factores que no pueden ser previstos en un protocolo de actuación. Sin embargo, algunas autoridades nacionales han considerado que la sola redacción de estos instrumentos puede dar una señal a los funcionarios acerca de esta preocupación. En esa tendencia se inscribe la sanción del Decreto N° 1375/2011, que creó el Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de la Justicia (ADAJUS), y que insume recursos estatales en la contratación de personal propio, en lugar de delegar esta tarea en organizaciones de la sociedad civil o universidades, que cuentan con mejor preparación y también con autonomía del Poder Ejecutivo Nacional.

13. Art. 121 de la Constitución Nacional: "Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación".

reciban de las partes. Podríamos afirmar entonces que, en referencia al plano procesal, las Reglas de Brasilia parecen alentar un activismo judicial. Como se verá en el próximo capítulo, muchos de los reclamos judiciales en materia de discapacidad se suelen viabilizar por la vía expedita del amparo, incluso con particularidades en materia de salud cuando se halle la vida o la integridad física de las personas en peligro. Estas vías procesales suelen dejar un margen escaso para el desarrollo de argumentos y pruebas, al menos para las medidas cautelares. Aquí entonces es donde el arbitrio del juez busca, desde la perspectiva activista, una solución justa para el caso particular, aunque esto implique apartarse de cierto rigor formalista. Una expresión de este activismo es la teoría de las cargas dinámicas de la prueba. Contra esta postura se alza la perspectiva garantista en materia procesal civil, que no acuerda con la actividad creativa de los jueces, quienes deberían enfocarse en asegurar la previsibilidad en el cumplimiento de las normas, la congruencia de la decisión y la imparcialidad (e imparcialidad) del proceso, en tanto garantía constitucional.

Finalmente, hay otras recomendaciones que tratan sobre la accesibilidad física a los edificios donde se imparte justicia, que por causa de las barreras arquitectónicas no permiten el acceso ni la circulación de personas con discapacidad motriz. Esto no requiere modificaciones normativas, sino de la preocupación y del diseño en esta materia de las áreas de intendencia o de la infraestructura de cada Poder Judicial, en las distintas jurisdicciones.

Todos estos debates resultan útiles para analizar las posibles técnicas legislativas, ya que en varias oportunidades se ha propuesto la sanción de una ley integral que abarque a todos los aspectos que hacen a los derechos de este colectivo de la población. Esta forma de legislar, casi a modo de un estatuto para las personas con discapacidad, puede verse en la Ley N° 22431. Por otra parte, en el repaso sobre las normas nacionales podremos ver las dificultades que acarrea la sanción de normas con diferentes concepciones sobre la discapacidad e, incluso, llegando a la aprobación de normas específicas. Podemos citar en este sentido la sanción de una ley especial para enfermedades poco frecuentes, otra sobre pacientes celíacos y la propuesta de una Convención sobre los Derechos de las Personas con Síndrome de Down.

A continuación, se analizarán sentencias judiciales donde se ponen en juego derechos de personas con discapacidad y se podrá comprobar que los cambios que se produjeron fueron parte de un proceso paulatino y apoyado en muchas normas, algunas internacionales pero casi siempre de carácter nacional.

CAPÍTULO 4

JURISPRUDENCIA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

ACLARACIONES PREVIAS A LA PRESENTACIÓN DE LOS FALLOS

En este capítulo analizo una colección de casi un centenar de sentencias judiciales emitidas en la República Argentina, referidas a derechos de personas con discapacidad. La cantidad de fallos no es en sí misma relevante, ya que no se trata de un estudio estadístico, y la metodología elegida para la tarea de refutación no está basada en un análisis de probabilidades. Como ya fue expresado en la introducción, aquí se reduce la cantidad de fallos para facilitar la lectura, pero en la investigación de base la cantidad relevada era de ciento veinte fallos. El método asumido se funda en la necesidad de contrastar las hipótesis con las observaciones.¹ O sea que, mostrar un solo caso de discordancia podría ser una prueba suficiente de la falsedad de la hipótesis estudiada. Los propósitos de reunir, clasificar y analizar tal cantidad de fallos son los siguientes:

- a. Exhibir cuáles son los reclamos más comunes en materia de discapacidad.
- b. Releva cuáles son las normas que se aplican a cada situación.
- c. Finalmente, comprobar si la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad provocó en esta jurisprudencia una transformación radical.

¿Cómo comprobar si la Convención es la norma que realmente funda un fallo? Una opción es observar qué lugar le otorga el propio juez que produce esa sentencia. Otro criterio importante es saber si, en los casos en que la sentencia es previa a la sanción de la Convención, la

1. Popper, Karl, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1980. p. 27. Este es uno de los puntos centrales que plantea Karl Popper cuando refiere al problema de la inducción, y lo resume de la siguiente manera: “Ahora bien, desde un punto de vista lógico dista mucho de ser obvio que estemos justificados al inferir enunciados universales partiendo de enunciados singulares, por elevado que sea su número; pues cualquier conclusión que saquemos de este modo corre siempre el riesgo de resultar un día falsa: así, cualquiera que sea el número de ejemplares de cisnes blancos que hayamos observado, no está justificada la conclusión de que *todos* los cisnes sean blancos”.

solución es la misma que si este tratado ya estuviera vigente. Como podrá verse, los reclamos admiten diferentes abordajes, pero aquí me enfoco expresamente en el eje de esta investigación, o sea, el impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en las decisiones de los jueces argentinos.

Durante este recorrido aparecerán algunas de las preguntas más frecuentes sobre la igualdad de derechos de las personas con discapacidad. Esta igualdad se expresa muchas veces en forma de prestaciones en salud (es uno de los campos más transitados en relación con la discapacidad), educación, empleo, vivienda, como también en políticas activas necesarias para eliminar barreras a la accesibilidad. Los textos que aquí presento no son estrictamente comentarios a fallos, ya que esa labor requeriría una mayor extensión en cada sentencia, y podría desviar la atención del argumento central que pretendo delinear a lo largo de la investigación. Se trata, en cambio, de síntesis de sentencias que permiten resaltar aquellos puntos de conexión con el tratamiento que se da a los derechos de las personas con discapacidad. Para ello, expongo cada caso poniendo el énfasis en el conflicto jurídico, en relación con los derechos de las personas con discapacidad.

La labor propuesta implica una selección de información, priorizando aquella que fuera relevante para el recorte propuesto en esta investigación. Cabe reiterar que el presente estudio no tiene pretensiones estadísticas, debido a que ya expresé que no es fácil de determinar un listado completo de los casos resueltos en todo el territorio argentino con relación a este tema. Sin embargo, es una cantidad significativa de sentencias de diversas jurisdicciones, que expresan algunos de los aspectos más salientes en el reclamo por derechos de este colectivo de personas.

La hipótesis que atraviesa la lectura de este conjunto de sentencias judiciales es que el eje vertebrador de la reivindicación de derechos no está marcado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sino por leyes previas a la sanción de aquel tratado internacional de derechos humanos. A continuación, presento los fallos agrupados por áreas y con su respectiva identificación.

SALUD

La mayoría de las sentencias sobre discapacidad tratan sobre prestaciones de salud, de hecho en esta recopilación es el tema más nutrido, con casi la mitad de los fallos reunidos. Como podrá verse, la casi totalidad de los pronunciamientos plantean cobertura de prestaciones, generalmente contra obras sociales o contra empresas de medicina prepaga. En muchos casos, son demandados también el Estado nacional o las provincias. Se trata de un campo en el que se ha producido una evolución en las normas, que hay que tener en cuenta para poner en contexto a los fallos judiciales que aquí incorporo.

Como ya he mencionado antes, las fechas de cada uno de los fallos están en notas al pie de página. En cada caso se mencionarán las normas que fueron aplicadas, independientemente de la actual vigencia. Vale la aclaración, ya que el sistema ha ido incorporando nuevas prestaciones y obligaciones a las empresas de medicina prepaga y a las obras sociales. Una norma que ha ampliado mucho el horizonte de cobertura es la Ley N° 24901, sancionada en noviembre de 1997, que impone un sistema de prestaciones básicas integrales. En los fallos previos a esa norma pueden verse debates que luego quedarían superados por la prescripción normativa explícita. Sin embargo, también han existido litigios por la aplicabilidad de una norma nacional en una materia no delegada al Gobierno federal por las provincias, como es Salud. También es importante señalar que muchos fallos son anteriores a la Ley N° 26682 (sancionada en mayo de 2011), que en su artículo 7 obliga a las empresas de medicina prepaga a cubrir las mismas prestaciones que las mencionadas en la Ley N° 24901.² Esto ha sido motivo de gran cantidad de fallos, algunos de los cuales aquí consignaré.

La función estatal en materia de financiación de prestaciones en el campo de la discapacidad tiene una muy extensa evolución. Así, la Ley N° 22431 (sancionada en marzo de 1981) prescribía que el Estado nacional debía financiar las prestaciones que la persona con discapacidad pudiera necesitar si esta no contaba con recursos, o bien si la cobertura de salud que poseía no podía afrontar el gasto. Esto fue modificado con la Ley N° 24901, que obliga primariamente al Sistema de Obras Sociales Nacionales (enunciadas en la Ley N° 23660). A su

2. Anteriormente, ya la Ley N° 24754 obligaba a las empresas de medicina prepaga a cubrir, al menos, los mismos servicios que otorguen las obras sociales.

vez, la Ley N° 23661 creó el Sistema Nacional del Seguro, que cuenta con un Fondo Solidario de Redistribución compuesto por las retenciones (porcentajes en función de la remuneración bruta mensual) de los aportes y las contribuciones de trabajadores en relación de dependencia y sus empleadores. La Superintendencia de Servicios de Salud delegó la administración del Fondo Solidario de Redistribución a la Administración de Programas Especiales (APE). En enero de 1998 se creó la Administración de Programas Especiales a través del Decreto N° 53/98. Esta Administración (APE) cambió su denominación por Sistema Único de Reintegros (SUR), con modificaciones, pero mantuvo las características centrales: un organismo autárquico y descentralizado del Ministerio de Salud de la Nación, que administra los recursos del Fondo Solidario de Redistribución. Su objetivo es financiar prestaciones de fuerte impacto económico, como trasplantes, tratamientos oncológicos, medicación, HIV, prestaciones por discapacidad y otras de baja incidencia y alto costo.

Específicamente en materia de prestaciones de salud, nuestro país cuenta con un sistema de cobertura amplia (mucho antes de la Convención), que incluso se ha expandido a través de las demandas tramitadas judicialmente. Tratamientos médicos muy costosos resultan financiados por fondos integrados por aportes de las obras sociales y presupuestos estatales.

Con relación a la armonización entre nuestra legislación y la Convención, las pautas que da este texto son bastante genéricas como para interpretarlas de forma contraria a la legislación local actual. Transcribo a continuación el artículo 25, correspondiente a Salud:

Artículo 25. Salud:

Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes:

- a. Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población;
- b. Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad,

- incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores;
- c. Proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales;
 - d. Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado;
 - e. Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando estos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable;
 - f. Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad.

Como se verá en los fallos reseñados, en la mayoría de los reclamos hay un importante componente económico, y las disputas suelen concentrarse en quién está a cargo de la prestación, así como la extensión de cada servicio. En muchos pronunciamientos se puede apreciar la impronta solidaria y colectivista de un sistema de salud argentino que permite acceder a tratamientos muy caros, que en otros lugares del mundo quedan reservados solamente a quienes pueden pagar por ellos. Ese principio igualitarista ya estaba presente en nuestra legislación antes de la sanción de la Convención, la Ley N° 24901, que reafirma un sistema de salud con pautas de solidaridad en la distribución de los costos. Esto no es tan armónico, en muchos casos, para obtener la efectiva prestación, se requiere una demanda que generalmente tramita por la vía del amparo.

Expongo a continuación los fallos sobre salud y discapacidad:

► Obligación para las empresas de medicina prepaga

La extensión de la cobertura de las empresas de medicina prepaga varía según si el afiliado es o no persona con discapacidad. La diferencia radica en que, de ser una persona con discapacidad, le es aplicable un régimen obligatorio de prestaciones médicas, educativas, terapéuticas

y asistenciales que es más amplio y detallado (la aplicación de la Ley N° 24901 plantea las prestaciones básicas de atención integral). Este tema se debatió en un conflicto entre una persona con discapacidad y su empresa de medicina prepaga, que rechazaba los pedidos de cobertura hasta que el afiliado presentó un amparo.³ En primera instancia, la empresa de medicina prepaga fue condenada, por lo que le correspondía garantizar la entrega a su afiliado de la medicación reclamada.⁴

La defensa de la demandada se basaba en que no se aplicaba la Ley N° 24901, ya que el afiliado en litigio no había acreditado su condición de persona con discapacidad. Sin embargo, la jueza de primera instancia consideró que, aun sobre la base de la aplicación de la Ley N° 24754, correspondía la cobertura. Recordemos que esta última ley impone a las empresas de medicina prepaga que aseguren al menos la misma cobertura que las obras sociales (regida por las Leyes N° 23660 y N° 23661). Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se había ya pronunciado respecto a la obligación de brindar asistencia médica integral a las personas asociadas con discapacidad.⁵ En la segunda instancia ya no controversió la condición de persona con discapacidad del afiliado, sino la provisión de la medicación durante el lapso de tiempo transcurrido entre que inició el reclamo y que obtuvo su certificado de discapacidad. La demandada estaba buscando una restitución por gastos realizados durante ese lapso en que el amparista no contaba con certificado de discapacidad. En el fallo de Cámara se confirmó la sentencia apelada y se destacaron, además, los argumentos a favor de la amplitud y de la variabilidad de prestaciones que pueden ir modificándose, aunque siempre los cambios deben ser beneficiosos para los afiliados. Incluso, resaltó el Tribunal que el concepto de calidad de vida es dinámico, por lo cual las interpretaciones de la voluntad contractual tienen que adecuarse a este criterio pro-afiliado, según lo dispuesto por la Ley N° 24240.

Respecto del efecto declarativo o constitutivo, el tribunal afirmó que el certificado “no constituye a la incapacidad como tal a partir de su fecha de verificación, sino que recoge su preexistencia a los ulteriores

3. “C. G. E. c/ Swiss Medical S. A. s/Amparo”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 06/08/2009.

4. Una dosis diaria de sufadiazina de plata, vitamina A, Lidocaína de 400 gramos (Platsul A), sin perjuicio de otras prestaciones necesarias para el tratamiento.

5. CSJN, Fallos: 324:754.

efectos legales”. La Ley N° 22431 establece que la condición de persona con discapacidad se acredita a través del certificado que expide la autoridad de aplicación; sin embargo, aquí la patología era preexistente. Existe la posibilidad de que una persona con discapacidad haga un mayor uso de los servicios de una empresa médica, lo cual implicará probablemente un mayor costo para la financiadora. En los fundamentos de este fallo no se cita a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aun cuando la solución es favorable al amparo, y esa norma ya estaba vigente. En cambio, se citan normas constitucionales sobre el derecho a la vida y a la salud, apoyándose también en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

▸ Tratamiento para niño con trastorno generalizado del desarrollo

A través de un amparo, los padres de un niño, representándolo, peticionaron a una empresa de medicina prepaga la cobertura integral de diversas actividades terapéuticas y educativas para él. El niño sufría de trastorno generalizado del desarrollo (TGD) y tenía certificado de discapacidad. El juez interviniente hizo lugar a esta acción de amparo.⁶ Los fundamentos de la sentencia remarcan que las empresas de medicina prepaga deben cumplir con las mismas prestaciones que se les exigen a las obras sociales. Ello se basa en el régimen de las Leyes N° 23660 y N° 23661. El tratamiento que los padres solicitan para su hijo está comprendido dentro de la cobertura de la Ley N° 24901, que contempla las prestaciones para las personas con discapacidad.

El juez acude en los fundamentos de su sentencia al bloque constitucional federal, al mencionar expresamente la Declaración Universal de Derechos Humanos y, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño. No se había sancionado aún en aquel momento la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pero la solución es plenamente coherente con los principios que ese tratado dispone.

6. “M. J. A. c/ Medicus S. A. de asistencia médica s/amparo”, Juzgado Nacional en lo Civil N° 75, 22/08/2002.

- Niño con discapacidad y sin obra social

El padre de un niño con discapacidad inició (en representación de aquel) una acción de amparo contra el Estado nacional para que se le provea de afiliación a una obra social que pudiera solventar las prestaciones que su condición le requería. Se trataba de un niño que residía en la Provincia de Santa Fe y padecía parálisis cerebral. Esto le provocaba discapacidad motriz e intelectual, lo cual requería de amplias y complejas prestaciones médicas. En primera y segunda instancia se le hizo lugar, lo cual derivó en un recurso extraordinario rechazado, y posteriormente en un recurso de queja, que llevó a que entendiera en el caso la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁷ El Máximo Tribunal ratificó el criterio de las instancias inferiores. Así, el sistema de prestaciones básicas para personas con discapacidad debió ser accesible para quienes carecieran de cobertura.

La Corte enfatizó que el derecho a la salud se vincula de manera estrecha con el derecho a la vida, en particular cuando las prestaciones médicas requeridas son de complejidad por la gravedad de la patología. Así, el derecho a la vida es condición necesaria para el ejercicio de los otros derechos, de allí su naturaleza trascendente. Y es la autoridad pública la principal responsable de garantizar las prestaciones necesarias, si es primordial a través de acciones positivas.

El régimen jurídico argentino, respecto a la protección integral de las personas con discapacidad (Ley N° 22431 y Ley N° 24901), confluía aquí con las prescripciones de la Convención sobre los Derechos del Niño. El fallo es varios años anterior a la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; sin embargo, reconoce los mismos derechos que los que hubieran sido aplicados por ese tratado internacional de derechos humanos.

- Prestaciones del Programa Médico Obligatorio

¿Cuál es el límite de las prestaciones a cargo de las empresas? ¿Acaso el listado del Programa Médico Obligatorio abarca todas las posibles prestaciones? Este tema fue tratado en un fallo que obtuvo sentencias

7. "M., M. c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 16/10/2001.

contestes en todas las instancias: un niño, representado por sus padres, solicitó al Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas (CEMIC), entidad a la que el grupo familiar estaba afiliado, la provisión de medicación psiquiátrica y de otros servicios que requería el joven. El juez de primera instancia hizo lugar al amparo, ordenando que se le proveyera al afiliado “sin topes ni límites, la medicación psiquiátrica solicitada en autos, 120 pañales descartables mensuales, silla de ruedas con arnés de tronco, apoya pies y sostén cefálico, con chasis ultraliviano y plegable”. En la segunda instancia, la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia. Ante la presentación de un recurso de queja, el caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que trató el tema de manera detallada.⁸

El fundamento legal estaba en que las empresas privadas deben cubrir, al menos, las mismas prestaciones obligatorias previstas para las obras sociales. Esto surge de lo dispuesto por las Leyes N° 24754, 23660, 23661 y 24445 y sus respectivas reglamentaciones. Asimismo, deben ser tenidas en cuenta tanto la Ley N° 22431, que establece un régimen de protección integral de las personas discapacitadas, como la Ley N° 24901, que instituye un sistema de prestaciones básicas de atención a las personas con discapacidad. En este caso, también era de aplicación la Ley N° 25404, de protección a las personas que padecen epilepsia. En su defensa, la demandada alegó la vigencia del Reglamento General del CEMIC, que receptaba las prestaciones dispuestas por el Programa Médico Obligatorio, aprobado por Resolución N° 247/96 del Ministerio de Salud. Según la demandada, la Ley N° 24754 no otorgaba facultades al Ministerio de Salud de la Nación ni a la Superintendencia de Servicios de Salud para crear, ampliar, modificar o incorporar en el futuro prestaciones médicas obligatorias para las entidades de medicina prepaga. Incluso planteó que tal ley ni siquiera designaba a esos organismos como autoridades de aplicación de dicha ley, ni las facultaba para ejercer el control de su cumplimiento. Siguiendo este razonamiento, no correspondía aplicar las normas inferiores posteriores a la Ley N° 24754, y existía una función de legislación en los hechos que violaba la división de poderes.

8. “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa C. P. de N., C. M. A. y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas”, CSJN, 28/08/2007.

Cabe mencionar que las autoridades sanitarias crearon en su momento un fondo de redistribución, conocido como Administración de Programas Especiales (APE), hoy Sistema Único de Reintegro (SUR), bajo la órbita de la Superintendencia de Servicios de Salud, y con el propósito de financiar desde el Estado a las prestaciones de muy alto costo y baja incidencia.⁹ Ese financiamiento alcanzaba a las obras sociales, pero no a las empresas de medicina prepaga.¹⁰ Señaló la parte apelante que entonces resultaba arbitrario e irrazonable pretender que estas entidades también se hicieran cargo de esos servicios, ya que no podían acudir a los fondos de reintegro.

La cuestión no atacada por la recurrente fue la constitucionalidad de la Ley N° 24754, que obligaba a las empresas de medicina prepaga a cubrir, al menos, los mismos servicios que las obras sociales. Así, cualquier modificación al régimen de prestaciones de las obras sociales impactaría sobre las empresas privadas. En su dictamen, la Procuradora Fiscal ante la Corte señaló que todas las personas con discapacidad se hallaban comprendidas por el Programa Médico Obligatorio (PMO), independientemente de estar afiliadas a una obra social o a una empresa de medicina prepaga. Esto implica para las empresas privadas una obligación que excedía las cláusulas contractuales iniciales, aunque debe tenerse en cuenta la naturaleza de ese vínculo, que supera lo mercantil para garantizar la vida y salud de la población. La función del Estado es garantizar la satisfacción plena de las prestaciones, no por sí, sino a través del control de la actividad de los particulares que toman esa tarea.¹¹ La Corte, en voto dividido, confirmó lo decidido, y resaltó que el vínculo entre usuarios y empresas de medicina prepaga implica la adhesión a cláusulas predispuestas. Por lo tanto, en caso de conflicto en la interpretación del contrato o de la ley, debe estarse a la solución que favorezca al consumidor, siguiendo lo que ordena la Ley N° 24240.

En su fallo en minoría, las doctoras Carmen Argibay y Elena I. Highton de Nolasco disintieron con la solución mayoritaria, considerando que

9. Cabe aclarar que no son estrictamente fondos estatales, sino de las obras sociales, o sea, aportados mayoritariamente por los trabajadores.

10. Exceptuando a los afiliados que hubieran realizado su opción de derivación desde su obra social de origen hacia una empresa de medicina prepaga.

11. Esto mismo había sido ya planteado por la Corte (Fallos: 324:754, voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez).

correspondía hacer lugar a la queja de la recurrente. El principal fundamento fue que la Ley N° 24901 “no estuvo dirigida a regular el funcionamiento de las empresas de medicina privada, en particular los contratos de seguro médico que celebran para la cobertura de prestaciones médicas”. De hecho, se intentó incorporarlas en una ley posterior, que fue aprobada por el parlamento, pero vetada por el Poder Ejecutivo.¹² Este voto en minoría también resaltó que muchas de las prestaciones no eran de carácter médico. Por ello, se elaboró un sistema de financiamiento para que las obras sociales pudieran hacer frente a las erogaciones que surgen de hacer frente a las prestaciones en discapacidad. Según Argibay y Highton de Nolasco, la Ley N° 24901 no fue pensada por el legislador para las empresas de medicina prepaga.

La extensión de su alcance por la vía judicial tuvo un impacto no solamente en el caso concreto, sino en el sistema de salud pública. De allí que se considerase improcedente una decisión que no contaba con el respaldo legal, ni tampoco técnico sobre el impacto en los costos del sistema. Por último, también redactó una disidencia el presidente de la Corte, Ricardo Lorenzetti, quien sostuvo que la decisión debería tener en consideración las consecuencias económicas y sociales que podía implicar. Aquí se están incorporando obligaciones claramente alejadas de la voluntad de una de las partes, pero que a su vez tampoco encuentran fuente legal. Al imponer obligaciones de este tipo, se afecta el equilibrio económico que sustenta el sistema, afirmó el presidente de la Corte Suprema en su voto. De cualquier manera, el fallo fue favorable al reclamo de la persona con discapacidad que reclamaba la prestación, y años después se modificó el régimen de la medicina prepaga. Claramente, es muy favorable al reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, a pesar de no estar vigente aún la Convención.

12. Se trató del proyecto de Ley N° 25683, luego vetado por el Presidente mediante el Decreto N° 2684/2002. En aquel proyecto se extendía el régimen de la Ley N° 24901, que abarcaba a nuevos sujetos obligados, entre ellos las empresas de medicina prepaga y cualquier otro organismo que ofreciera cobertura social. El veto expresó: “pese a la noble finalidad de la norma, respecto de las entidades que busca incorporar, no resulta, con claridad, del articulado del Proyecto de Ley, cuáles serían las alcanzadas ni cómo se financiarían las prestaciones”. El Congreso no insistió en su proyecto, en los términos del art. 83 de la Constitución Nacional.

- Denuncia en sede administrativa por omisión en la prestación

En otro caso similar al analizado precedentemente, se presentó una denuncia en sede administrativa contra la empresa CEMIC, en la cual se acusaba a esa entidad de haber incurrido en una infracción al artículo 19 de la Ley N° 24240, por la omisión en la prestación del servicio. Lo reclamado era una prestación para un niño con discapacidad motriz, que peticionaba que se aplicara la Ley N° 24901, a partir de la remisión que formula la Ley N° 24754 (tema ya visto arriba, en el fallo anterior). La primera denuncia se hizo ante la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires que, a través de la Resolución N° 2252/2006, encontró que sí correspondía a la empresa denunciada cumplir con la obligación. Por lo tanto, envió una solicitud a la Dirección de Defensa del Consumidor, para que actuase en consecuencia. La Dirección de Defensa al Consumidor ordenó al CEMIC, por medio de la Resolución 02-X-2006, que cubriera en forma integral las prestaciones requeridas, y se le dio un plazo para ello de cinco días. Sin embargo, aquella resolución administrativa fue recurrida administrativamente, y luego judicialmente.¹³

El argumento de la demanda era que no había legitimidad, por la inconsistencia de los requisitos para reclamar las prestaciones mencionadas. Sin embargo, la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal aceptó el caso y consideró acreditada la verosimilitud del derecho, confirmando la medida preventiva que había sido dictada por la Dirección de Defensa del Consumidor. Como puede constatarse, este fallo que resolvió la remisión y aplicación de normas favorables a este niño con discapacidad fue producido con anterioridad a la incorporación de la Convención por parte de nuestro país.

- Obligación estatal de suministrar tratamiento y elementos ortopédicos

En otro caso de reclamo al Estado por tratamiento médico, una persona con discapacidad motriz (con paraparesia, o sea, pérdida de fuerza y movilidad, sin llegar a la parálisis, que se localiza en ambos miembros inferiores) solicitó que se le brindase un tratamiento terapéutico conti-

13. "CEMIC c/ Secretaría DDC -resol 4-X-06", Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala II, 09/10/2007.

nuo.¹⁴ También reclamó una ayuda económica, fundando ese deseo en que no podía realizar tareas remuneradas, debido a su dificultad para el movimiento y en que debía dedicar una gran cantidad de horas a su tratamiento. Su situación requería de una rehabilitación permanente y de la utilización de elementos ortopédicos, que no le habían sido provistos por las autoridades estatales, a pesar de los múltiples reclamos hechos ante el Municipio Arrecifes (donde reside), a la Provincia de Buenos Aires y al Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente de la Nación. Necesitaba un calzado especial y bastones canadienses.

El amparista, de 46 años, no poseía cobertura de salud, ni a través de una obra social (no tenía empleo) ni tampoco tenía la posibilidad de pagar los servicios de una empresa de medicina prepaga. Su situación se agravaba porque, además de necesitar sufragar sus propios gastos, debía proveer al mantenimiento de sus cuatro hijos menores de edad, con quienes convivía, junto a su esposa (que también se hallaba desocupada en ese momento). Tampoco era acreedor a una jubilación ni a una pensión no contributiva, a pesar de haber reclamado ante diversos organismos estatales durante varios años. Ante la duda sobre si existía competencia originaria de la Corte, el dictamen de la Procuradora afirmó que sí, tomando en cuenta que el rechazo del tratamiento podría implicar que, en los hechos, quedarán sin protección “los derechos de las partes en los supuestos contemplados por el artículo 43 de la Constitución Nacional y por la ley 16986”. La Corte aceptó esta competencia originaria (arts. 116 y 117 de la Constitución), ya que a su vez el juez federal de primera instancia se había declarado incompetente y remitía las actuaciones.

Luego de aceptada la competencia, y verificados presupuestos de la acción de amparo (urgencia en el reclamo y verosimilitud del derecho), procedió a ordenar al Estado nacional y a la Provincia de Buenos Aires que remitieran un informe circunstanciado en un plazo de cinco días, de donde pudiera surgir que se han puesto en ejecución las medidas solicitadas por el amparista, y que hacen a su derecho a la salud. Se trató de una remisión al Poder Ejecutivo (nacional y provincial) para que tomaran medidas concretas, tendientes a hacer lugar a la solicitud. Si bien no se trataba de una resolución definitiva, se instaban informes

14. “Á., O. J. c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción de amparo”, CSJN, 12/07/2001.

a las respectivas administraciones para que se diera respuesta favorable a la petición. Asimismo es importante, como definición en materia procesal, la competencia originaria aceptada por la Corte Suprema. Este cuerpo ha tomado muchos casos en materia de prestaciones de salud para personas con discapacidad, reconociendo sus derechos, tomando como fundamento el bloque de constitucionalidad federal (aun con anterioridad a la incorporación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad).

▸ Adhesión de obras sociales al Sistema de Prestaciones de Atención Integral

La madre de una niña con discapacidad, afiliada a la Dirección General de Bienestar para Personal de la Fuerza Aérea, presentó una acción de amparo contra esa obra social para obtener la cobertura de su tratamiento. Alegó que la prestación estaba incluida en el Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad (Ley N° 24901). La demandada negó haber adherido a tal régimen, por lo que no debía el cumplimiento de esas prestaciones. En primera instancia el amparo fue concedido, pero la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (Sala I) revocó esa sentencia. Por lo tanto, a través de un recurso extraordinario, llegó a la Corte Suprema.¹⁵

La Corte revocó el fallo de Cámara, y ordenó la cobertura de las prestaciones. Además de la ley, citó los Decretos N° 762/97 y 1193/98. También, la Ley N° 22431 obligaba al Estado a asegurar a las personas con discapacidad los tratamientos médicos, en la medida en que las obras sociales a las que estuvieran asociadas no pudieran afrontar los costos. El argumento que sostuvieron aquellas obras sociales no adheridas al régimen de la Ley N° 24901 era que, según la Ley N° 23660, podían o no realizar tal adhesión, lo cual repercutiría en cuáles serían las prestaciones a las que estarían obligadas. Sin embargo, la Corte recordó que el Estado nacional tiene compromisos internacionales en materia de derecho a la salud y, específicamente, a favor de los niños. Se citan los artículos 14, 16, 18, 28, 31, 33, 42, 75, incisos 19, 22 y 23, y 99,

15. "M., S. G. y otros c/ Fuerza Aérea Argentina - Dirección General Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/Amparo", CSJN, 31/10/2002.

inciso 2º, de la Constitución Nacional, y los tratados internacionales de derechos humanos, en particular la Convención sobre los Derechos del Niño. Este fallo es previo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

► Acciones de clase

Un muy interesante caso se resolvió en 2015. La Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁶ aplicó un criterio amplio para otorgar legitimación activa al resolver en una acción de clase incoada por dos asociaciones civiles, que reclamaban por derechos que impactaban indirectamente sobre personas con discapacidad. En esta ocasión, se trató de dos entidades que iniciaron una acción de amparo contra el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP), para obtener el pago en tiempo y forma a las prestadoras de servicios médicos para personas con discapacidad. Este amparo fue rechazado *in limine* en primera y segunda instancias, ya que se negaba la legitimación activa a las asociaciones actoras. Este criterio restrictivo afirmaba que no estaban comprometidos los derechos de incidencia colectiva y, por lo tanto, el objeto de la acción no era el interés general de un conjunto específico de la sociedad. En la instancia de la Corte Suprema, este criterio fue modificado, en un pronunciamiento que consideró especialmente la situación de las personas con discapacidad.

La Corte expresó que ese carácter de interés general se podría hallar en que de esta resolución se pudiera beneficiar toda la comunidad. Eso sucede en otros temas como el medio ambiente, la salud pública o los servicios públicos. Lo que se resolvía era acerca de reclamos de asociaciones (demoras crónicas y graves en los pagos por parte de esa obra social, de carácter estatal). Esto afectaba a las posibilidades de las personas con discapacidad de acceder a las prestaciones que necesitaban. No era toda la población, pero sí un conjunto identificado. El argumento para otorgar legitimación en esta acción de clase fue que no era tan relevante que los sujetos beneficiarios fueran individualizados, sino que la demora constituía una situación que sufrirían todas las personas con

16. "Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/Amparo", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10/02/2015.

discapacidad (al menos aquellas que reciben prestaciones de la obra social demandada). Se aceptó el amparo porque había una conducta única y continuada, llevada adelante por la demandada, y que afectaba a un conjunto homogéneo de personas. Si bien este fallo es muy reciente, apenas se menciona la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y no se presenta como fundamento de la decisión, enfocándose los argumentos mucho más en la reforma de la Constitución Nacional de 1994 que en ese instrumento en particular.

► El Estado como garante del sistema de salud

La cuestión del rol estatal en la gestión del sistema de salud ha sido tratada en varios pronunciamientos de diverso orden; aquí nos enfocamos en aquellos fallos que refieren a prestaciones sanitarias para personas con discapacidad. En un litigio judicial desarrollado en la Provincia de Córdoba, en el 2000, la madre de un niño con discapacidad solicitaba al Estado las prestaciones necesarias para el tratamiento de su hijo.¹⁷ Se trataba de un niño con una discapacidad motriz y visceral a partir de dificultades en su médula ósea, que disminuían sus defensas inmunológicas. Este padecimiento¹⁸ requiere de una medicación muy específica, que le venía siendo suministrada de manera gratuita por el Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas, del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, entre 1996 y 1998. En aquel momento, ante la negativa de seguir suministrando la medicación, los padres decidieron intentar la vía del amparo.

El fundamento expresado por la demandada era que no se trataba de una enfermedad oncológica y que, por lo tanto, debían los familiares del niño dirigir su pedido ante el organismo correspondiente, ya que hasta ese momento se le había proveído solamente por razones humanitarias. Según la defensa, se debían requerir las prestaciones a la obra social correspondiente, según lo dispuesto por la Ley N° 24455 y la Resolución N° 247/96 MSyAS. El niño y sus padres eran cordobeses, con residencia en la ciudad de Río Cuarto; por lo tanto, se demandó ante el gobierno de esa provincia, que adhiere al régimen integral que

17. "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa C. de B., A. C. c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas", CSJN, 24/10/2000.

18. Enfermedad de Kostman o neutropenia severa congénita.

sanciona la Ley N° 22431, así como también al de la Ley N° 24901. Esa adhesión conlleva una obligación en cuanto a la vida y la salud de este niño, que requiere esa costosa medicación. Los jueces plantearon que oportunamente se podrán articular los recursos entre las autoridades sanitarias nacionales y provinciales, pero el niño y su familia deben contar con la medicación y el tratamiento de forma urgente. El amparo fue favorable en primera y en segunda instancia, y fue finalmente también ratificada la misma solución en la Corte.

Entre las normas que citó la Corte para fundar su decisión se hallan la Constitución Nacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño. Como podemos constatar, el pronunciamiento es previo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pero consistente con los principios de protección integral que allí se expresan.

▸ Alcance de las medidas cautelares para cobertura de medicación

La necesidad de medicamentos para personas con discapacidad hace que se requieran medidas judiciales urgentes, cuyo objeto puede coincidir con la demanda de fondo. Este tema fue examinado en un caso en la Provincia de Córdoba en 2013.¹⁹ Se trató de una medida cautelar contra el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP, conocido como PAMI), Unidad de Gestión Local Villa María, para la provisión de una medicación costosa (3 ampollas mensuales de somatotrofina). Tal prescripción había sido realizada por el médico de la propia obra social. En primera instancia, el juez federal de la ciudad de Villa María había rechazado la medida cautelar, dando como fundamento central que el objeto de esta medida era idéntico al de la petición de fondo debatida en el proceso. En cambio, la Cámara Federal tomó un criterio distinto al de primera instancia, e hizo lugar a la medida cautelar. Estaba en riesgo la integridad física y la salud de una persona con discapacidad y, en todo caso, no agotaba el análisis del procedimiento, ya que la demandada podría ejercer su

19. “K. F. M. c/ PAMI - Amparo Ley 16986”, Cámara Federal de Apelaciones de la Cuarta Circunscripción Judicial, Provincia de Córdoba (sala A), 24/05/2013.

derecho de defensa. Así, se trataba de un cumplimiento parcial y provisorio, propio de medidas cautelares.

Estuvo aquí en debate el alcance de las medidas cautelares contra el Estado nacional, debido a la reciente sanción de la Ley N° 26854 (publicada en el Boletín Oficial el 30 de abril de 2013). Esta norma reglamenta de manera más detallada varios requisitos para la apreciación de las medidas cautelares. Sin embargo, el Tribunal consideró que eran de aplicación en este proceso las normas que rigen el funcionamiento de esta obra social (Ley N° 19032, modificada por la Ley N° 25615). Como existía peligro en la demora y verosimilitud en el derecho, se resolvió la medida cautelar en forma favorable al amparista. El Tribunal destacó la condición del amparista de persona con discapacidad, acreditada por un certificado expedido por la autoridad estatal competente (Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba). Sin embargo, no cita en ningún momento a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y sí a la Convención Americana de los Derechos Humanos, en cuanto a la integridad física y psíquica.

- Adaptación de ayuda auditiva y prótesis a menor en edad escolar

Los avances tecnológicos hacen que muchas personas con sordera intenten tratamientos para recuperar la audición, ya sea total o parcialmente. Una de las vías utilizadas para estos tratamientos son las prótesis, que requieren de una cirugía con altos costos, muchas veces por la complejidad que requiere su implantación. Específicamente, las prótesis auditivas necesitan de dispositivos microscópicos; el más conocido es el implante coclear. Estos dispositivos, según el tipo de sordera que tenga la persona, pueden lograr la audición, con mayor o menor efectividad, según el caso. Los costos hacen que las familias soliciten la cobertura a las obras sociales, que muchas veces retacean la prestación. Tal fue el caso de la obra social Unión Personal, que, ante la presentación de un amparo, fue condenada en primera instancia, confirmando el fallo en la apelación,²⁰ a cubrir los gastos que demande la colocación de una prótesis de osteointegración para la adaptación

20. "B. A. d. V. y otro c/ Unión Personal s/Incidente de apelación de medida cautelar", Sala II de la Cámara en lo Civil y Comercial Federal de la Capital Federal -CCyCFCF-, 14/08/2012.

de ayuda auditiva, que también incluye un procesador externo de sonido con micrófono direccional.

Los argumentos de la obra social para denegar la prestación fueron que se carecía de una historia clínica completa y actualizada; de allí que lo que consideraban mejor era analizar otras alternativas de tratamiento. Agregaban que el procedimiento para la prescripción no fue el que la entidad lleva adelante usualmente, de acuerdo con las normas estatales sobre el Programa Médico Obligatorio. Por lo tanto, consideraban que no era una obligación de la obra social cubrir esos costos. Las sentencias de primera y segunda instancia remarcaron el carácter excepcional de una medida así, tomando en cuenta la situación que vivían el niño con sordera y su familia. Si bien ningún tratamiento aseguraba el éxito de manera absoluta, los informes previos daban una probabilidad elevada para el niño que recibiría la prótesis. Se consideró adecuado y oportuno el apartamiento de las prescripciones del Programa Médico Obligatorio, para hacer lugar al pedido de la familia, que solicitaba una marca específica de prótesis. Ante la duda técnica, la Cámara tomó un criterio a favor del derecho a la salud, aun cuando hubiera algunas dudas respecto de las especificaciones y de los argumentos de la obra social. El hecho de ser prescripto el material fabricado en el extranjero, por parte del profesional que atiende al joven, es un indicador fundamental en cuanto a la verosimilitud de lo peticionado.

El mismo tribunal había tomado la misma tesitura respecto de la ampliación de las disposiciones del Programa Médico Obligatorio, al ordenar a la empresa de medicina prepaga Medicus afrontar los costos de la internación de una afiliada, que padecía de Alzheimer. En aquel caso, la empresa alegó que esa prestación (internación geriátrica) no había sido convenida en el contrato entre las partes, así como tampoco estaba incorporada en el Programa Médico Obligatorio. La medida de internación tampoco había sido prescripta por un profesional médico que integrara la cartilla de esa empresa. Incluso el amparo que había presentado la afiliada, a través de su representante, había sido rechazado en primera instancia. Sin embargo, los camaristas entendieron que estaba en juego el derecho a la salud y a una vida digna, lo cual justificaba la medida cautelar innovativa. La indicación médica no quedaba invalidada por ser suscripta por un profesional ajeno a la cartilla de prestadores de esa empresa, ya que lo que aquí estaba en juego

era la fiabilidad del diagnóstico. El centro en el cual la anciana estaba internada no brindaba una prestación médica específica, sino que se especializaba en el cuidado integral de adultos mayores, en situación de dependencia funcional. A pesar de ser una sentencia ampliamente favorable a la amparista, los jueces no necesitaron acudir a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

▸ Continuidad de cobertura de un medicamento por esclerosis múltiple

Una mujer con esclerosis múltiple reclamó a la empresa de medicina prepaga con la que tenía vínculo la cobertura de un tratamiento acorde con su patología. Ante el rechazo de la empresa, se presentó por la vía judicial a través de un amparo. Una de las cuestiones debatidas en ese proceso fue si esa era la vía idónea, lo cual fue respondido de manera afirmativa por el juez, ya que la medida solicitada requería de gran celeridad, bajo riesgo vital.²¹ La extrema urgencia justificó el tratamiento por medio del amparo, el cual fue concedido, obligando a la empresa a cubrir el costo de un medicamento que anteriormente ya había sido suministrado por la demandada. El problema para la empresa es que el medicamento era sumamente costoso y debía ser importado desde Estados Unidos.

Aquel reconocimiento previo fue clave, según los fundamentos de la sentencia, ya que entendió que no sería lícito que la empresa contradijera su propia conducta previa, que ya había reconocido el reclamo. Según el fallo, la interpretación de los contratos debe regirse por la buena fe y la coherencia entre una conducta previa y la actual. Eso da previsión al obrar de las partes. Asimismo, el fallo resaltó la vigencia de las leyes que obligan a una cobertura de salud, como la Ley N° 24754 y las Leyes N° 23660 y N° 23661, que refieren a las obras sociales, y la Ley N° 24901 sobre prestaciones integrales para personas con discapacidad. Este fallo es varios años anterior a la sanción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pero es cónsono con lo que este tratado plantea en cuanto al derecho a la salud y la atención integral. De cualquier manera, sí son citados tratados internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal

21. "M. de M. N. C. c/ Asistencia Médica Social Argentina s/Amparo", Juzgado Nacional en lo Civil N° 24, 18/10/2002.

de Derechos Humanos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, incorporados al bloque constitucional federal por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

▸ Reintegro de los gastos producidos debido al incumplimiento de la Obra Social

Los padres de una niña, que habían realizado un gasto por la compra de audífonos y tratamientos para su hija, demandaron el reintegro de ese costo a su obra social (Obra Social del Personal de Edificios de Renta y Horizontal, OSPERYH). La niña era hipoacúsica bilateral desde su nacimiento; de allí la necesidad de los audífonos, que debían ir acompañados a su vez de un tratamiento. La obra social se negaba a pagar ese costo, ya que el tratamiento fue iniciado con una profesional que no integraba la cartilla de fonoaudiólogos que contrataba la entidad. Sin embargo, debieron pagarlo, ya que los padres de la niña presentaron un amparo con tal propósito, al cual se hizo lugar.

Con posterioridad, reclamaron que se le restituyeran gastos integrales, surgidos por las diversas consultas realizadas a partir de la negativa de la obra social. Esto incluía honorarios de la fonoaudióloga previos al amparo, reintegro de la tasa de justicia que pagaron en aquel proceso cautelar, gastos por consultas médicas, traslados y medicación. Asimismo, agregaron una suma en concepto de indemnización por daño moral y por daño en la salud. En primera instancia la obra social fue condenada, por lo cual se apeló tal sentencia, la cual también fue recurrida por los actores, ya que no se había dado lugar a la totalidad de los rubros pasibles de indemnización.²²

En la apelación, los camaristas destacaron que la obra social contaba en su cartilla con establecimientos adecuados para realizar los estudios que la niña necesitaba (o al menos, no se acreditó lo contrario, cuestión que debería ser probada por la parte actora). La obra social también contaba con profesionales médicos y fonoaudiólogos idóneos que podían atender el caso, si es que los padres lo solicitaban. ¿Podían entonces considerarse como incumplidas las obligaciones a cargo de la obra social?

22. "C., A. E.G. y otros c/ Obra Social del Personal de Edificios de Renta y Horizontal (OSPERYH) s/daños y perjuicios", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, 06/05/2002.

La defensa alegó que no, a partir de los artículos 2, 61, 11 y 18 de la Ley N° 24901, argumento que la Cámara consideró ajustado a derecho, y de allí que consideró que no correspondía ningún reintegro a los padres.

Este caso pone en debate cuál es el rol y las características de las obras sociales con relación a las prestaciones a personas con discapacidad, a partir de lo dispuesto por las Leyes N° 23660, 22431 y 24901. A diferencia de otros fallos, aquí no hubo una aceptación a la restitución de todos los gastos. La Cámara expresó dudas en cuanto a conceder una indemnización por gastos de traslados, ya que la hipoacusia no provoca en sí misma dificultades en la movilidad y no estaba totalmente acreditado ese vínculo causal. Sin embargo, sí concedió una indemnización aunque menor a la solicitada, tomando en cuenta que la falta de audífono hacía que la niña hubiera viajado mejor en transporte público, en caso de contar con ellos. Donde no duda es en la indemnización que corresponde pagar a la obra social por la reticencia a proveer los audífonos.

Resalta esta sentencia la obligación de la obra social frente a las personas con discapacidad que sean afiliadas. Los actores cuestionaban el rechazo en primera instancia del pedido de resarcimiento por daños a la salud. Manifestaban que la falta oportuna de provisión de los audífonos provocó ese daño, pero no se acreditaban pedidos previos al amparo. Tampoco hubo ofrecimiento de prueba acerca del daño a la salud (física o psíquica) que hubiera provocado tal omisión. Por lo tanto, la falta de comprobación de un daño impide que prospere la acción por responsabilidad civil. En cambio, sí se hace lugar al daño moral, que no requiere demostración y que corresponde ser resarcido.

El fallo es anterior a la sanción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pero es difícil de asegurar que la vigencia del tratado hubiera modificado los puntos que no fueron aceptados en la demanda, ya que en su mayoría son cuestiones de hecho que no pudieron ser acreditadas. De cualquier modo, se trata de un fallo valioso para conocer los criterios de estos magistrados en torno a las obligaciones de las obras sociales para con las personas con discapacidad hace casi quince años, y notar la evolución paulatina que se produjo.

► Implante coclear

Este caso refiere a una persona de 73 años, con hipoacusia perceptiva bilateral moderada a profunda, que debió presentar un amparo para que su obra social le cubriera los gastos de provisión y tratamiento anteriores y posteriores a esa cirugía.²³ En primera instancia, el juez hizo lugar al amparo solicitado al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI). Ante la apelación, la Cámara confirmó el pronunciamiento, y ordenó a la obra social que arbitrarse los medios para que esta persona accediera al implante conforme la prescripción médica, proveyéndosele de una prótesis *Nucleus Freedom* y el tratamiento necesario antes y después de la cirugía.

El argumento de la recurrente fue que ofrecía al afiliado otra prótesis, de origen nacional y que consideraban de adecuada calidad, ya que no había evidencia científica de la superioridad del producto importado. Se mantuvo la medida dictada en primera instancia, con todos sus alcances. En sus fundamentos se citaron pronunciamientos de la Corte respecto de las prestaciones en salud para personas con discapacidad, la Ley N° 24901, la Ley N° 23661 y la Ley N° 25415,²⁴ pero no la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

► Costos de la cobertura integral

En el caso “A.A.E. en representación de su madre E. L. c/ I.O.S.P.E.R. s/Acción de amparo”²⁵ se reclamó al Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos (IOSPER) para que proveyera una cobertura integral a una mujer anciana que requería medicación y rehabilitación domiciliaria especializada, con acompañantes terapéuticos de manera permanente y con estudios de control y diagnósticos permanentes. Asimismo, se requería de consultas médicas, elementos ortopédicos y

23. “F. O. W. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y otro s/Amparo”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, 05/03/2013.

24. Que crea el Programa Nacional de Detección Temprana y Atención de la Hipoacusia y establece que las obras sociales deberán brindar obligatoriamente las prestaciones que contempla dicho texto legal, incluyendo la provisión de audífonos y prótesis auditivas, así como rehabilitación fonoaudiológica.

25. “A. A. E. en representación de su madre E. L. c/ I.O.S.P.E.R. s/acción de amparo”, Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, 12/02/2009.

servicio de enfermería y transporte adecuados. Se presentó la hija de la persona con discapacidad, representándola, ya que la discapacidad motriz, visceral y neurológica no le permitía a la actora expresarse. La ley entrerriana prevé un procedimiento específico para las apelaciones en los amparos de acuerdo con los artículos 16 y 31 de la Ley N° 8369 (de Procedimientos Constitucionales), por los cuales corresponde la intervención del Tribunal Superior de Justicia provincial para entender si hay causas suficientes para declarar la nulidad de lo actuado. El amparo fue necesario debido a que se había presentado una nota oportunamente a la obra social, solicitando las prestaciones ya mencionadas, que fuera rechazada. En primera instancia se hizo lugar a la petición, pero con un importante cambio: la reducción del horario de los acompañantes terapéuticos, que cubrirían una franja diaria de doce horas, de lunes a viernes. Esto provocó la apelación por parte de la actora. El amparo se fundó en las siguientes normas: artículos 14, 17 y 43 de la Constitución Nacional; artículos 19 y 21 de la Constitución Provincial; Ley provincial N° 8369; Ley N° 22431, Ley N° 23660, Ley N° 23661 y Ley N° 24901.

El instituto de la obra social había reconocido parcialmente la cobertura solicitada, pero dejando fuera varios servicios que eran considerados fundamentales para el tratamiento idóneo de la paciente. Respecto de algunos cuidados personales, se agravio planteando que la hija conviviente y mayor de edad podía perfectamente hacerse cargo de esas tareas. Este tema plantea la difícil división de tareas entre la familia y las empresas médicas o el Estado. La asistencia familiar suple muchas veces las coberturas profesionales. La obra social planteó que la cantidad e intensidad de los servicios solicitados implicaban una erogación que ponía en riesgo su viabilidad, en términos económico-financieros. La situación de esta mujer anciana también era pasible de una internación en un establecimiento especializado, solución que sería a su vez menos gravosa económicamente para la obra social. Su hija era mayor de edad, graduada en odontología, pero no se hallaba trabajando en ese momento en su profesión (tenía suspendida la matrícula). En cambio, se hizo lugar al pedido original de medicamentos, utilizando como argumento que la actora tenía certificado nacional de discapacidad.

La Constitución Provincial de Entre Ríos fue reformada en noviembre de 2008, e incorporó dos artículos sobre atención sanitaria integral, que abarcan también prescripciones sobre educación (arts. 19

y 21). En todos los casos incluyó expresamente los derechos de las personas con discapacidad, e incluso crean un instituto que tendrá entre sus incumbencias la de velar por esos derechos.

Las obras sociales funcionan a partir de la vigencia del principio de solidaridad, o sea que algunos afiliados aportan más que otros, según sus ingresos, y también algunos gastan más que otros, según las necesidades sanitarias que tengan. Por lo tanto, es importante que la obra social se asegure de que cada prestación sea estrictamente necesaria, prescripta por un profesional competente y reconocido. El difícil equilibrio entre los requerimientos de los afiliados y la usual reticencia de las obras sociales requiere muchas veces de la intervención judicial. Nuevamente, en un fallo favorable a los derechos de una persona con discapacidad, no fue citada la Convención, a pesar de su vigencia al momento de la sentencia. Sí, en cambio, el fallo utilizó como fundamento normativo otros tratados internacionales de derechos humanos, llegando al mismo resultado.

▸ Adhesión de las obras sociales a la Ley N° 24901

En el caso “A., F. c/ D.I.B.A. s/amparo”,²⁶ la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió en un amparo, que llegó a esa instancia a través del recurso extraordinario. Se trataba de un caso proveniente de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, sobre un reclamo por coberturas prestacionales contra la Dirección de Bienestar de la Armada (DIBA). Ese tribunal había revocado parcialmente la sentencia de primera instancia, reduciendo a la mitad las pretensiones de la actora, que consistían en la provisión de una prótesis para amputación sobre rodilla.

La defensa de la demandada fue que no constituía una obra social y entonces no estaba incluida por la Ley N° 22431 ni por la Ley N° 24901. Esta última norma, que creó el “Sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad”, requiere de la adhesión de la entidad y que tal acuerdo nunca existió. En esa ley se ordenan las prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral para las personas con discapacidad, por supuesto siempre que la entidad adhiera al régimen. El punto central en debate estuvo en que la amparista planteaba que no se trataba estrictamente de una obra

26. “A., F. c/ D.I.B.A. s/amparo”, CSJN, 11/07/2006.

social, sino de un organismo estatal (dependiente del Ministerio de Defensa de la Nación). Por lo tanto, el requisito de la adhesión no le era aplicable.²⁷ Otro tema en debate era si la discapacidad se constataba a través del certificado de discapacidad que otorgaba la autoridad estatal, y que había surgido inicialmente a través del artículo tercero de la Ley N° 22431. Esta fue una defensa de la Dirección de Bienestar de la Armada, que fue acogida en el fallo de segunda instancia. La accionante, una persona con discapacidad motriz, producto de la amputación de su pierna izquierda, sin embargo nunca gestionó el certificado. El fallo de la CSJN fue anterior a la incorporación en nuestro ordenamiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad e hizo lugar al amparo.

► Cobertura integral de obra social no adherida a la Ley N° 24901

Otro caso sobre cobertura de la obra social se planteó en la Provincia de Entre Ríos, donde el Instituto de Obra Social de la Provincia (IOSPER) se negaba a brindar toda la asistencia necesaria que requería una afiliada, menor de edad, con síndrome de Down. Por ello, se presentó un amparo, a través de su padre en representación de la niña con discapacidad, donde en primera y segunda instancia se obligó a IOSPER a brindar la cobertura solicitada.²⁸

Como en varios de los casos ya analizados aquí, el sistema de prestaciones de la Ley N° 24901 le fue impuesto a la obra social, independientemente de la falta de adhesión previa por parte de la provincia o de la propia entidad (en este caso la adhesión de la provincia alcanzaría, ya que se trata de una obra social perteneciente a la administración provincial).²⁹ El Tribunal resaltó la vigencia de estos derechos a través

27. Corresponde aclarar que a pesar del requisito que surge del artículo primero de la Ley N° 24901, la Corte se ha pronunciado en otros casos similares planteando que esa adhesión no determina por sí que una entidad sea ajena al cumplimiento de aquellas medidas razonables a favor de las personas con discapacidad. Esto resulta por la naturaleza de los beneficios de la seguridad social, que justifica un alcance integral, conforme a la normativa en la materia.

28. "G. S. R. en nombre y rep. de su hija M. M. A. c/ Inst. de Obra Social de la Pcia. E. Ríos (IOSPER) s/Acción de amparo", Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de Entre Ríos, Sala III, 08/05/2007.

29. Para no reiterar esos argumentos, remito a la lectura de los fallos en esta misma sección.

de las garantías innominadas de la Constitución Nacional (art. 33) y el conjunto de tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por la República Argentina (aún no se había incorporado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

▸ Amplitud de la cobertura de empresa de medicina prepaga

En 2003 tuvo lugar una sentencia en la Provincia de Tucumán en la cual se condenó a una empresa de medicina prepaga a cubrir una amplitud de prestaciones que inicialmente negaba.³⁰ Se trató de una acción de amparo promovida contra la empresa Flores Servicios Sociales S.A., a la que se hizo lugar en primera instancia y se confirmó en la apelación. El objeto de la acción era la cobertura integral de un medicamento (“Interferón”) para una persona con discapacidad (sufría artritis reumatoidea). La Ley N° 24754 dictaminaba (al momento de esta sentencia) el mínimo de prestaciones a cargo de las empresas de medicina prepaga.³¹ Entonces, se debatió la amplitud exigible en la prestación del servicio de medicina prepaga, ya que la empresa alegó que no estaba obligada a afrontar todos los pedidos de sus afiliados. Según el tribunal tucumano, las empresas de medicina prepaga tienen una condición jurídica particular, propia de las normas que autorizan su funcionamiento. Por eso es exigible que, ante una situación límite y donde está en juego la vida de una persona con discapacidad, le sea exigible la provisión de esa medicación. Ello no impide que, en caso de corresponder, pueda entablar acción de repetición contra el Estado nacional.³² La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no pudo ser la causa de la resolución favorable, ya que aún no había sido sancionada.

▸ Acompañante terapéutico

El acompañante terapéutico es un servicio que suele ser contratado para personas con discapacidad mental o intelectual, y que tiene

30. “H., C. A. y otro v. Flores Servicios Sociales S.A”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de Tucumán, 01/07/2003.

31. Como ya se detalló en otros fallos más recientes, en la actualidad las empresas de medicina prepaga deben, al menos, ofrecer las mismas prestaciones para personas con discapacidad que el Programa Médico Obligatorio.

32. Las empresas de medicina prepaga no accedían al Fondo Solidario de Redistribución de los Programas Especiales de APE (actualmente denominado S.U.R).

diversos objetivos, según cada situación. Aquí planteo un caso en el cual se solicitó un acompañante terapéutico para una persona con discapacidad mental (trastorno bipolar) a la empresa privada de medicina prepaga CEMIC. En primera instancia se hizo lugar al amparo, que ordenaba a la empresa a otorgar la cobertura íntegra de lo solicitado. Apeló la demandada, promoviendo el tratamiento del tema por parte de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial.³³ El argumento de la empresa fue que la prestación solicitada (un acompañante terapéutico) implicaba una prestación social y no médica; por lo tanto, no tenía obligación de cubrir tal costo.

Aparece aquí la aplicación de la Ley N° 26682, que establece que los agentes de salud deben cubrir, “como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial, el Programa Médico Obligatorio y el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad prevista en la ley 24901”. Por lo tanto, se brindó la cobertura solicitada. Esta norma confirma que las empresas privadas deben adecuar sus prestaciones a lo fijado en la Ley N° 24901. A su vez, la Ley N° 26480 incorporó la asistencia domiciliaria al sistema de prestaciones básicas para personas con discapacidad.

En esta sentencia se citan diversas normas sobre discapacidad, en especial la Ley N° 24901, pero no se nombra a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

▸ Otorgamiento de modelo de silla de ruedas específico

En otro caso de solicitud de una prestación específica, que salía del rango de las coberturas habituales, una madre, en representación de su hija menor de edad, solicitó a través de la vía del amparo que le fuera provista a la niña una silla de ruedas con características especiales. El amparo fue concedido en primera instancia, lo cual motivó la apelación de la vencida.³⁴ La demandada fue la Obra Social del Personal Civil de la Nación (Unión Personal), y el objeto era el otorgamiento de un “bipedestador silla y supino 4 ruedas con freno”, que le fuera prescrip-

33. “F. S. E. c/ CEMIC s/Amparo”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, 30/04/2013.

34. “D. C. J. P. y otro c/ Obra Social Unión del Personal Civil de la Nación y otro s/Amparo”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, 30/04/2013.

to por el médico que atendía a la niña.³⁵ La obra social no desconoció la discapacidad, así como tampoco la necesidad de la silla. Sin embargo, ofreció otra de características convencionales, afirmando que cubría perfectamente los requerimientos.

La Cámara confirmó la sentencia, afirmando así la aplicación de la Ley N° 24901, que claramente determina que la cobertura integral implica una adecuación a las necesidades y requerimientos de las personas con discapacidad. También la Ley N° 23661 refiere a que “los agentes del seguro de salud deberán incluir, obligatoriamente, entre sus prestaciones las que requieran la rehabilitación de las personas discapacitadas” (art. 28). Además de estas normas locales, el fallo de Cámara cita varios tratados internacionales de derechos humanos, pero no la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a pesar de estar vigente al momento del pronunciamiento. Sin perjuicio de esta omisión, la solución es perfectamente coherente con aquella Convención.

▸ Medicina prepaga y responsabilidad subsidiaria del Estado

¿Cuál es el rol del Estado cuando hay un obligado por vía contractual? En el caso “A G., L. c/ OSDE y otro s/amparo”, se promovió un amparo contra la empresa de medicina prepaga “Organización de Servicios Directos Empresarios” (OSDE), pero de manera conjunta contra el Poder Ejecutivo Nacional, ya que aquella entidad negaba a un afiliado el otorgamiento de un equipamiento.³⁶ Se trataba de un padre que, en representación de su hijo menor de edad, reclamaba por la asistencia a través de la adquisición de un equipamiento para el desarrollo motriz y cognitivo del niño, que sufría de encefalopatía crónica no evolutiva. Esta patología también genera un retraso de la adquisición del lenguaje, con afectación de habilidades sociales. Asimismo, solicitaba que el tratamiento fuera realizado en la Fundación para la Lucha contra las Enfermedades Neurológicas de la Infancia (FLENI), por el grado de especialización de los equipos profesionales de esa entidad respecto de tan extraña patología.

35. La niña, de 8 años de edad, tenía certificado de discapacidad que detallaba que sufría de “atrofia espinal tipo II congénita cuadriparesia”.

36. “A G., L. c/ OSDE y otro s/amparo”, Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, 16/09/2008.

En primera instancia³⁷ se hizo lugar al amparo, por lo cual el Estado nacional, a través del Ministerio de Salud, apeló la sentencia, por considerar que no existe legitimación pasiva. El argumento de la parte actora fue que el Estado constituye el garante del derecho a la salud, mientras que la defensa alegó que esa garantía es para brindar el servicio a través del Hospital Público y no de manera conjunta con las empresas prestatarias de servicios de medicina prepaga. La defensa del Estado nacional ejemplificó lo irrazonable de esta clase de subsidiaridad, haciendo notar que con medidas como las tomadas en primera instancia se estaba beneficiando a la empresa de medicina prepaga.

Un punto a tener muy en cuenta es que la familia que demandó podría haber recurrido al sistema médico estatal, concurriendo a cualquier hospital público, tal como hacen quienes no acceden a contratar a las empresas de medicina prepaga más costosas. El efecto paradójico es que quien sí accede a ese servicio privado luego reclama judicialmente la prestación por parte del Estado, sin tramitarlo a través de los establecimientos estatales, sino por medio de aquellas entidades particulares que el propio cliente elige.

La apelación fue rechazada por la Cámara Federal, que fundó su decisión en tres elementos esenciales: el derecho a la salud, la discapacidad y el interés superior del niño. Además de citar varios tratados internacionales de derechos humanos, de jerarquía constitucional (enumerados en el art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), el Tribunal expresó que el sistema judicial debe permitir, a través de su labor, la realización efectiva y eficaz de los derechos. La tarea de los jueces en este caso se concentró en asegurar que se cumpliera la prestación médica, sin importar quién la proveyera. En este punto, el Estado apareció como garantía final ante cualquier ciudadano, en particular por los compromisos internacionales que había asumido con la suscripción de aquellos tratados. Lo novedoso (y polémico) de este fallo fue que se obligó al Estado a pagar a una institución privada por el servicio peticionado, en lugar de hacerlo a través de las vías por las que accede el resto de la población (el sistema de hospitales públicos). Por supuesto que la obligación principal recayó en la empresa OSDE

37. Juzgado Federal de Primera Instancia N° 3 de Lomas de Zamora.

y, en caso de tener el Estado que realizar la prestación, tendría luego habilitadas las vías legales para el reintegro que correspondiere.

Por lo tanto, la Cámara Federal sostuvo la decisión de primera instancia y condenó a la empresa OSDE a cumplir con la prestación. En caso de incumplimiento, sería el Estado nacional la entidad que debería suplir la omisión de la empresa. La condición de persona con discapacidad fue decisiva en este fallo, que aplicó la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad (incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley N° 25280). Unos meses antes de la sentencia, nuestro país ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

▸ **Modificación del Programa Médico Obligatorio: Esclerosis Múltiple**

La Asociación de Esclerosis Múltiple de la Provincia de Salta presentó una acción de amparo para que se declare la nulidad de la Resolución N° 1/01 del Ministerio de Salud de la Nación, que modificaba la N° 939/00 y establecía el Programa Médico Obligatorio (PMO). El amparo fue concedido, por lo cual la demandada interpuso recurso extraordinario,³⁸ lo cual constituyó el tema de este fallo de la Corte (si está o no bien concedido el recurso y si corresponde la participación del Defensor del Pueblo de la Nación en este litigio).

El tema de fondo es cuáles medicamentos y prestaciones integran el Programa Médico Obligatorio, en este caso respecto de las personas que padecen esclerosis múltiple y síndrome de desmielinizante aislado. Aquella resolución cuya nulidad se solicitó, excluía algunos medicamentos, lo que se consideró que provocaba un perjuicio actual y directo sobre el conjunto de las personas con discapacidad que sufren ese padecimiento. El argumento de la Asociación Civil Esclerosis Múltiple de Salta para fundar su legitimación es que “es titular de un derecho de incidencia colectiva a la protección de la salud -en el caso, la defensa de los derechos de las personas con esclerosis múltiple- como parte del objeto de la asociación”. En la apelación se confirmó la sentencia y se dio intervención al Defensor del Pueblo de la Nación.

38. “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional s/acción de amparo-medida cautelar”, CSJN, 18/12/2003.

Sin embargo, aquí ya había presentadas y accionando diversas entidades interesadas, lo cual le quita intervención a aquel funcionario.³⁹ La esclerosis múltiple es una enfermedad discapacitante, que provoca lesiones desmielinizantes, neurodegenerativas y crónicas del sistema nervioso central. Si bien no hay una cura certera, existen medicaciones y tratamientos para detener o hacer más lento su desarrollo. Se trata de una causa de discapacidad muy frecuente, especialmente en adultos jóvenes, entre los treinta y los cuarenta años. En la República Argentina existen diversas organizaciones de defensa de derechos de este colectivo, tanto a nivel nacional como provincial.

El Programa Médico Obligatorio (PMO) se aplica a todas las prestaciones que deben dar las obras sociales, de allí su importancia respecto de los medicamentos y tratamientos para aquellas personas que podrían estar sufriendo esa enfermedad. Una cuestión interesante para analizar es cuál es el alcance de la participación de las asociaciones representativas de los derechos de personas con discapacidad, ya que la magnitud de algunas demandas y la envergadura de los demandados (obras sociales, el Estado nacional o las provincias) hacen muy difícil la labor para individuos que no siempre cuentan con recursos disponibles para litigar en igualdad de condiciones. Se confirmó la legitimación de la accionante, aunque la Corte consideró que no podía participar en este litigio el Defensor del Pueblo de la Nación, así como tampoco incorporarse a la demanda otras asociaciones, más allá de la que inició el amparo.

▸ Cobertura en caso de duda

Un niño de ocho años, con una discapacidad motriz, requería que le hicieran estudios de marcha con electromiograma, para readaptación ortopédica y rehabilitación. Todos estos estudios habían sido prescritos por un profesional médico que integraba la cartilla de la empresa de medicina prepaga.⁴⁰ Sin embargo, la demandada se negaba a cubrir ese gasto, bajo el argumento de que existían otros tratamientos alter-

39. En el dictamen del Procurador General se hace referencia a la Ley N° 24284, que rige el funcionamiento del Defensor del Pueblo de la Nación, que en su art. 21 establece que, existiendo la participación de persona interesada en una demanda judicial, cesa la actuación del Defensor.

40. "B. D. M. y otro c/ MEDICUS S.A. s/sumarísimo", CNAC, 21/12/2004.

nativos, ya que la prestación solicitada no formaba parte del Programa Médico Obligatorio (PMO),⁴¹ que rige las prestaciones que deben brindar las empresas de medicina prepaga. En primera instancia se dio por acreditada la urgencia y la verosimilitud del derecho, lo cual posibilitó la acción de amparo. También estaba por supuesto acreditado el vínculo contractual entre la empresa y los padres del niño, a quien representaban. El tiempo que podría transcurrir en la búsqueda de tratamientos alternativos disminuiría las oportunidades de encontrar la mejor solución para la salud del niño. Asimismo, en fallo de Cámara, se destacó que la pauta de interpretación de este contrato debía privilegiar a la parte más débil en caso de duda. En este caso, el consumidor como tal era la parte más vulnerable, particularmente si se consideraba la discapacidad que sufre el niño. Nuevamente, se trata de un fallo favorable a la persona con discapacidad, previo a la sanción de la Convención.

► Aprobación del presupuesto correspondiente a los tratamientos terapéuticos

Como hemos visto en anteriores casos, los tratamientos terapéuticos muchas veces difieren respecto de orientaciones técnicas, aunque también en presupuesto. En la ciudad de La Plata se planteó si era o no obligatorio para una obra social cubrir el costo de una prestación, aun cuando no se hubiera aprobado con anterioridad el presupuesto. Los padres de una niña demandaron al Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA),⁴² en su calidad de afiliados a la obra social, solicitando que la entidad cubriera los gastos que correspondían al tratamiento terapéutico que la niña requería. Se trataba de una niña con discapacidad intelectual, que los padres describieron como un retraso madurativo moderado, que necesitaba un tratamiento de estimulación temprana, acompañado también por musicoterapia, fonoaudiología, psicología

41. El Programa Médico Obligatorio (PMO) rige desde el año 1996, y ordena las prestaciones mínimas (Ley N° 24754 y anteriormente las Leyes N° 23660, 23661 y 24455. Posteriormente, se sancionó la Ley N° 24901 específicamente para prestaciones básicas sobre habilitación y rehabilitación de las personas con discapacidad.

42. “B., L. A. y otro c/ IOMA s/Amparo Ley 16986”, Juzgado Federal de Primera Instancia N° 4, Secretaría N° 11, La Plata. La acción se entabló conjuntamente también contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires y contra el Ministerio de Salud de la Nación.

y terapia ocupacional. Solicitaron los padres de la niña que IOMA les aprobase un presupuesto presentado por una entidad que realizaba tales prestaciones. Pero la obra social realizó una aprobación parcial, que no contemplaba el costo del Jardín Terapéutico ni de la terapia ocupacional. Al recibir estas negativas, presentaron el recurso de amparo ya mencionado. En primera instancia, se le ordenó a la obra social que cubriera los gastos en la misma proporción que lo venía haciendo, sin restringir la prestación. Esto no satisfizo a la amparista, ya que en primera instancia no se hacía lugar en su totalidad a lo reclamado, por lo cual se presentó recurso de apelación.⁴³

En segunda instancia la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sí fue mencionada como fundamento. También se cita a las medidas de acción positiva que surgen del artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional. De esta manera le correspondió a IOMA brindar los tratamientos solicitados (psicología, terapia ocupacional, fonoaudiología y musicoterapia) con las modalidades propuestas por la entidad que había presentado la amparista.

▸ Responsabilidad del Estado en el suministro de la medicación para el tratamiento

En otro amparo iniciado conjuntamente contra el Estado nacional y la Provincia de Buenos Aires, los padres de una niña con discapacidad solicitaron que les fuera provista la medicación para la niña. Dichos medicamentos les fueron negados en diversas instancias administrativas, y resultaban de vital importancia para el tratamiento que necesitaba llevar adelante. La niña, en ese entonces de trece años, había sido operada cuatro años atrás por un cuadro de craneofaringioma y requería de un tratamiento específico que incluía varias medicinas.⁴⁴ En caso de no recibir ese tratamiento, la niña corría riesgo de vida. También contaba con certificado de discapacidad y, a pesar de los trámites realizados, no habían recibido la medicación. Por ello, de

43. "B. L. A. y otro c/ IOMA s/amparo ley 16986", CFALP, 01/08/2007.

44. La situación de panhipopituitarismo post quirúrgico requería recibir tratamiento con desmopresina 0,2, hidrositona 10 mg., acetato de leuprolide 7,5 mg. levotiroxina 100 mcg. y migral.

acuerdo con el artículo 117 de la Constitución Nacional, correspondía la competencia originaria a la Corte, que tomó el caso.⁴⁵

En el fallo, la Corte hizo lugar a lo solicitado y requirió al Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires y al Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación que presentasen informe circunstanciado, de acuerdo con el artículo 43 de la Constitución Nacional y el artículo 8 de la Ley N° 16986, dando lugar también a la solicitud de medicamentos, que se transmitió a aquellos organismos. Aún no se hallaba vigente la Convención en nuestro país al momento de la sentencia.

▸ Ausencia de profesionales en la cartilla de la obra social

Las obligaciones de las obras sociales no pueden quedar restringidas a los profesionales que integran su cartilla, en particular respecto de tratamientos que necesitan de la intervención de expertos en temas muy específicos. En 2004 se planteó un caso por parte de una familia, que solicitaba a un médico en particular que no estaba incluido en la cartilla. El argumento de la empresa para denegar el pedido era que, en su listado de profesionales, había médicos que podían brindar perfectamente la prestación que se les solicitaba. Por ello, no habría razón suficiente para buscar a otros profesionales ajenos al servicio que brindaba la empresa de medicina prepaga. Sobre la base de tal fundamento, el amparo fue desestimado en primera instancia, pero en la apelación los jueces entendieron que le asistía la razón a los amparistas.⁴⁶ El cambio en el criterio se basaba en la especial atención que requieren las personas con discapacidad, situación que es reconocida en la normativa sobre prestaciones, a partir de diversas leyes, particularmente de la Ley N° 24901. Esta norma apunta a la difícil tarea de integrar socialmente a las personas con discapacidad, reconociendo las dificultades que deben afrontar. Tal sistema contempla múltiples acciones, como de prevención, asistencia, promoción y protección. El objetivo es brindar una cobertura integral, según cada necesidad y requerimiento (art. 1 de la Ley N° 24901), lo cual denota un cuidado por la particularidad de cada caso. Aquí se trataba de un niño con discapa-

45. "B., V. L. y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/acción de amparo", CSJN, 24/04/2003.

46. "B. G. c/ OSDE s/amparo", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, 18/11/2004.

cidad motriz, que requería acciones terapéuticas en psicomotricidad y psicopatología, con atención interdisciplinaria integral. Se citó como fundamento también lo prescripto por el artículo 12 de la Ley N° 24901:

La permanencia de una persona con discapacidad en un servicio determinado deberá pronosticarse estimativamente de acuerdo a las pautas que establezca el equipo interdisciplinario y en concordancia con los postulados consagrados en la presente ley.

Cuando una persona con discapacidad presente cuadros agudos que le imposibiliten recibir habilitación o rehabilitación deberá ser orientada a servicios específicos.

Cuando un beneficiario presente evidentes signos de detención o estancamiento en su cuadro general evolutivo, en los aspectos terapéuticos, educativos o rehabilitatorios, y se encuentre en una situación de cronicidad, el equipo interdisciplinario deberá orientarlo invariablemente hacia otro tipo de servicio acorde con sus actuales posibilidades.

Asimismo, cuando una persona con discapacidad presente signos de evolución favorable, deberá orientarse a un servicio que contemple su superación.

Ante la duda sobre la idoneidad en el tratamiento a una persona con discapacidad, los jueces consideraron que debe garantizarse la prestación a través de los profesionales que la familia solicitaba mediante el amparo. Recordemos que al momento de este fallo aún no existía la Convención.

▸ Cobertura de medicamento para enfermedad rara

En 2007 se produjo una controversia entre un afiliado y la Obra Social de Ejecutivos (OSDE), debido a un tratamiento que requería una droga producida en el extranjero y que no se comercializaba en nuestro país. Esto implicaba un costo considerable, que derivó en una serie de peticiones vía administrativa por parte de la familia, hasta que se llegó a la presentación de un amparo.⁴⁷ Esta acción la inició el padre de un niño (de un año de edad) con discapacidad, que padecía una enfermedad rara denominada Hunter (mucopolisacaridosis tipo II – MPS II). El niño contaba con certificado de discapacidad. En primera instancia se hizo lugar al amparo, obligando a la obra social a la provisión del medicamento. Contra esta resolución apeló la obra

47. “E. A. A. y otro c/ O.S.D.E. s/Amparo”, Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 02/11/2007.

social, alegando que esta prestación excedía lo dispuesto por el Programa Médico Obligatorio (PMO), y que aquel medicamento está aún en una etapa de experimentación en niños con menos de cinco años. El medicamento en cuestión se denomina Elapraxe (idursulfasa), y al momento de esta acción de amparo no se comercializaba aún en nuestro país. Pero sí había sido aprobada la droga por la FDA (Agencia de Medicamentos de Estados Unidos) y por la ANMAT (Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica), por ahora sólo como de uso compasivo.

El llamado uso compasivo de algunos medicamentos está circunscrito a circunstancias excepcionales, como enfermedades que comprometan la vida del paciente, que evolucionen hacia la invalidez, que lo incapaciten permanentemente, que deterioren su calidad de vida, y aquellas para las que no exista en nuestro país un tratamiento convencional, siempre que exista un balance riesgo/beneficio razonable para el paciente. Esto surge del artículo 1 de la Disposición N° 840 de la ANMAT, de 1995.

El tribunal destacó la importancia de aquellos tratados de derechos humanos, con relación a la salud y a la vida.⁴⁸ En cambio, no mencionó en ningún momento la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación de las Personas con Discapacidad, que había sido sancionada en el año 1999 (la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no había sido aún sancionada al momento de este amparo). En cuanto a la normativa local, se fundó en la Ley N° 22431, la Ley N° 23660, la Ley N° 23661 (de “seguro de salud”) y la Ley N° 24901.

► El Estado nacional como garante de la salud y la vida

El vínculo arriba enunciado ya, entre derecho a la salud y derecho a la vida en casos de enfermedades graves fue planteado por la Corte en un amparo, en el año 2006.⁴⁹ Se trató de un caso en el que los progenitores

48. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 11 y 16), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), y la Convención de los Derechos del Niño (arts. 23 a 27).

49. “F. , A. C. y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional s/Amparo”, CSJN, 11/07/2006.

de un niño se presentaron en su representación, para peticionar ante el Estado nacional, en su carácter de garante subsidiario de la salud del menor. El pedido concreto era la prestación de servicios médicos para una enfermedad de fibrosis quística. Si bien el grupo familiar contaba con la cobertura de una obra social (Asistencia Mutual Integral de la Asociación Mutual de Supervisores Ferroviarios), esta entidad no había dado cumplimiento al tratamiento requerido de manera urgente.

En primera instancia no se hizo lugar al amparo, pero sí en la apelación ante la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, que condenó al Estado nacional a la prestación del servicio. Contra esta sentencia el Estado dedujo recurso extraordinario, que se concedió en cuanto a la cuestión federal planteada (están en juego normas de tal carácter que exceden el interés de las partes). Pero, en cambio, no fue concedido el recurso extraordinario en cuanto a razones de arbitrariedad y gravedad institucional. De cualquier manera, el tema llegó a la Corte, que lo trató en extenso, confirmando la decisión de la Cámara Federal de Paraná y condenando al Estado nacional.

Al igual que en el caso anterior, el fundamento legal está en las normas constitucionales del derecho a la salud (arts. 14, 14 bis, 18, 19 y 33), en los tratados internacionales suscriptos por el Estado nacional e incorporados a la Constitución y en la Ley N° 24901, junto al Plan Médico Obligatorio aprobado por el Ministerio de Salud de la Nación. La Corte reiteró que el amparo, en tanto procedimiento simple y breve, ofrece una efectiva protección de derechos.⁵⁰

La falta de adhesión de la Provincia de Entre Ríos a la Ley N° 24901 no podía colocar a sus habitantes en una condición de menor atención sanitaria por parte del Estado nacional. Este argumento coloca al Estado nacional en una especie de situación de garantía supra-provincial, lo cual de alguna manera difumina la tradicional diferencia entre materias delegadas y no delegadas. La salud (y la vida) por su trascendencia, parecen entonces también ser materias que competen a la Nación. El debate político respecto de la organización federal de nuestro país queda en un segundo lugar, ya que se prioriza la atención específica a una persona que requiere una prestación. Por último, tampoco la

50. Fallos: 321:2823, en especial si está en juego el derecho fundamental de la vida y de la salud (Fallos: 325:29; 302:1284; 310:112; 323:1339).

Corte convalida el lugar subsidiario del Estado respecto de cuestiones sanitarias, toda vez que en este y otros fallos se lo ha responsabilizado por diversas coberturas, aun cuando las personas fueran afiliadas a obras sociales, o incluso a empresas de medicina prepaga. La Convención no estaba vigente al momento de este fallo.

▸ Cobertura conjunta entre el obligado principal y el Estado nacional

Una persona con discapacidad motriz solicitó la cobertura de un reemplazo de cadera, a través de un amparo que peticionaba la colocación de una prótesis. Se trataba de un suboficial retirado de la Prefectura Naval Argentina, a quien se le diagnosticó fibrosis retroperitoneal idopática (enfermedad de Ormond), y además padecía una necrosis avascular aséptica de cadera izquierda. La acción de amparo fue dirigida conjuntamente contra la Dirección de Bienestar de la Armada y el Estado nacional a través de los órganos del Ministerio de Salud de la Nación. En primera instancia, el Juzgado Federal N° 2 de la ciudad de Rosario dio curso al amparo, ordenando a la Dirección de Bienestar de la Armada (D.I.B.A.) y al Estado nacional, a través de sus órganos competentes del Ministerio de Salud, que afronten conjuntamente y de forma íntegra el costo de una prótesis de cadera no cementada “Cotilio de Titanio con Pulido Espejo Interior Acrílico Cross Linked. Vastago CR-CO. Cabezas 28 o 32 con pares de fricción para la artroplastia”. El tratamiento fue prescripto por el médico de la amparista, acreditando la necesidad de esta prestación.

La jueza de primera instancia había condenado al Estado nacional fundando en que las normas internas de D.I.B.A. fijaban un tope para las erogaciones en estas prestaciones. La sentencia fue apelada por ambas demandadas. En la apelación⁵¹ el Estado nacional alegó que la condena correspondía solamente contra D.I.B.A. Esta Dirección no estaría comprendida por la Ley N° 23660 (art. 1) y, por lo tanto, no se hallaba bajo la supervisión y control de la Superintendencia de Servicios de Salud. El fundamento del Estado nacional era que de confirmarse la sentencia de primera instancia, se lo estaría condenando a subsidiar

51. “G. J. C. c/ Dirección de Bienestar de la Armada s/Amparo”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de Rosario, 25/10/2012.

el comportamiento omisivo de una obra social que no estaba bajo su control y supervisión.

El fallo de Cámara enumeraba los compromisos internacionales que asumió el Estado argentino en relación con el derecho a la salud, así como su condición de garante primario del sistema que expresa el artículo cuarto de la Ley N° 22431 (a las personas con discapacidad no incluidas en el sistema de obras sociales, en la medida que aquellas o las personas de quienes dependan no pudieran afrontarlos). El hecho de que la Dirección General de Bienestar para el Personal de la Fuerza Aérea, situado en la órbita del Ministerio de Defensa de la Nación, no haya adherido al sistema de las Leyes N° 23660, 23661 y 24901, no puede ser admitido como objeción para no brindar la cobertura que esas normas comprenden. Por lo tanto, se revocó la sentencia de primera instancia en lo que correspondía a la obligación del Estado nacional, y quedó íntegramente obligada la Dirección General de Bienestar para el Personal de la Fuerza Aérea a cubrir la prestación. En los fundamentos de la sentencia ni siquiera se cita a la Convención (que ya estaba vigente), sino que se hizo una referencia genérica a los tratados internacionales de derechos humanos y se mencionó expresamente a otros tres.⁵²

▸ Inclusión en cartilla médica de una prestadora

El contrato que propone una empresa de medicina prepaga para la prestación de esos servicios, incluye determinados prestadores que los clientes conocen. Sin embargo, para algunas prestaciones se requieren otros actores, y puede solicitarse la contratación específica por parte de la empresa. Esto puede ser controvertido judicialmente, como sucedió en un caso en el año 2005 en Capital Federal.⁵³ Se trató de una medida cautelar iniciada por los padres de una niña, que reclamaban que un tratamiento específico se realizara por medio de la prestadora que ellos proponían. Los padres fundaron su derecho en una interpretación armónica de las Leyes N° 24754 y N° 24901, en cuanto a la atención integral de las personas con discapacidad. En oposición, la

52. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12, ap. 1 y 2, incs. a), b), c) y d); Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 25.1 y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XI).

53. “L. H. c/ SPM s/inc. Apelación”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, 14/09/2005.

empresa de medicina prepaga alegó que se trataba de una pretensión abusiva, toda vez que ellos garantizaban el mismo servicio a través de un prestador que tenía vínculo contractual permanente con esta. Planteó la demandada que el tipo de vínculo refiere a una serie de servicios predispuestos, que no pueden ser modificados por cada cliente. Tanto en primera como en segunda instancia, los jueces otorgaron razón a la amparista, y obligaron a la empresa de medicina prepaga a cubrir la prestación en la institución que los padres de la niña solicitaban, aun cuando no estuviera incluida en la cartilla médica.

Esta sentencia es previa a la sanción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Los jueces fundaron su decisión, entre otras normas, en la Convención sobre los Derechos del Niño.

▸ Asistencia terapéutica domiciliaria

En la ciudad de Salta, una persona de 84 años, que sufría un deterioro cognitivo (diagnóstico de demencia, en la modalidad del mal de Alzheimer), tuvo un accidente que le provocó la rotura de cadera. Su esposa, de 77 años, también tenía dificultades de salud, por lo cual se hacía difícil encontrar las formas para el cuidado personal, que además implicaba una rehabilitación con sesiones de fisioterapia. Esto llevó a peticionar ante el Instituto Provincial de Salud la cobertura de un asistente domiciliario, que cubriera las 24 horas. En primera instancia el amparo fue rechazado, igual que en segunda, motivo que originó un recurso ante el máximo tribunal provincial.⁵⁴ El Instituto Provincial de Salud (IPS) ofrecía reconocer una porción importante de los costos que demandaran 12 horas de atención domiciliaria para este afiliado (80%). Esto no le resultaba aceptable a esta persona con discapacidad, ya que su condición no era solamente inestable en lo motriz, sino que tampoco tenía condiciones cognitivas favorables. La Corte de Justicia de Salta revocó el fallo apelado, obligando al IPS a cubrir los costos integrales que demandara la atención domiciliaria durante las 24 horas del día.

El fundamento legal se basó en las prestaciones integrales que prevé la Ley N° 24901, que en la Provincia de Salta fue incorporada a través de la Ley N° 7600. Allí aparecía la atención domiciliaria como una

54. "M. M. P. por su esposo P. C. R. vs. Instituto Provincial de Salud de Salta s/Amparo", Corte de Justicia de la Provincia de Salta, 21/03/2013.

prestación para las personas con discapacidad. La Corte de Justicia de Salta resaltó, además, el carácter operativo de las normas de la Constitución Nacional y los tratados con rango constitucional, que protegen de manera intensa el derecho a la vida y a la salud.

Si bien al momento del fallo ya estaba vigente la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no fue expresamente citada en los fundamentos de esta sentencia.

▸ Tratamiento médico en el exterior

En la ciudad de Bahía Blanca, el padre de una niña con discapacidad, en representación de ella, interpuso un amparo contra la Superintendencia de Bienestar de la Policía Federal Argentina, para que la entidad les diera ayuda económica suficiente para realizar un tratamiento médico en el exterior del país. La niña sufría una atrofia muscular espinal (enfermedad de Werdnig-Hoffman), cuya terapia se halla mucho más avanzada en otros países que en la República Argentina. De allí que solicitaran que se autorizara el costo para el traslado a un centro especializado, ubicado en la ciudad de La Habana (Cuba). En primera instancia se le hizo lugar al amparo, tomando también en consideración que tres años antes, la demandada había aprobado el inicio de ese tratamiento en aquel lugar. Se trata de un padecimiento que no tiene en la actualidad una terapia exitosa para la cura, sino que los tratamientos se limitan a cuidados paliativos para retardar los efectos y, en la medida de lo posible, mejorar la calidad de vida de la paciente. La Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca (Sala II) revocó ese fallo y señaló que la obra social había tomado todas las medidas que le correspondían para el tratamiento adecuado, que había sido abandonado por la familia de la niña. A través de un recurso de hecho llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que a su vez revocó el fallo anterior, haciendo lugar al amparo.⁵⁵ El derecho a la salud y a la vida de una niña, según el Máximo Tribunal, justificó tal resolución a pesar del rigorismo formal que la Cámara intentaba aplicar.

El criterio del interés superior del niño (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño) debe primar, obligando a los jueces a buscar

55. "M. S. A. s/ materia: previsional s/recurso de amparo. Recurso de hecho", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23/11/2004.

soluciones concretas que lo resguarden. Se trata de una sentencia anterior a la sanción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

▸ Tratamiento de rehabilitación ambulatoria

Una persona con discapacidad, con una hemiplejía derecha producto de una secuela de un accidente cerebro-vascular, solicitó al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI) la cobertura integral para su rehabilitación. La patología impedía a esta persona la libre deambulacion, obligándolo a utilizar una silla de ruedas para su desplazamiento. La rehabilitación implicaba una movilización permanente hacia los centros especializados, pero aun así la obra social discontinuaba el tratamiento, debido a la gran demanda de esos servicios. Ante esta falta de cobertura, se inició una acción de amparo para garantizar la prestación.

En primera y segunda instancia el amparo fue rechazado por razones formales (presentación extemporánea). La amparista interpuso un recurso de queja e intervino la Corte Suprema de Justicia de la Nación,⁵⁶ que revocó el fallo previo, obligando a la obra social a la cobertura integral solicitada. Respecto de la presentación fuera del plazo, se hizo notar que, al ser continuada la acción u omisión ilegítima, no podría aplicarse un término a la posibilidad de impugnarla por la vía del amparo.

Ha dicho la Corte en reiteradas ocasiones que el derecho a la salud, en particular relativo a enfermedades graves, tiene una íntima relación con el derecho a la vida, reconocido y garantizado por nuestra Constitución Nacional. Este fallo es previo a la aprobación en nuestro país de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

▸ Juez competente en materia de sistema nacional de salud

En aquellos litigios en los cuales estén en juego derechos que surjan del funcionamiento del sistema nacional de salud, corresponde la competencia a la justicia federal en lo civil y comercial o bien la justicia provincial, según a quién se demande. Este fue el tema de debate en un caso presentado inicialmente ante un juez provincial (Juzgado de

56. "M. S c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 07/11/2006.

Garantías N° 4 del Departamento Judicial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires), que se declaró incompetente y remitió las actuaciones al Juzgado Federal en lo Civil y Comercial de San Martín.⁵⁷ La cuestión que se debía decidir era sobre la provisión de medicamentos a una persona con discapacidad,⁵⁸ que solicitaba de manera primaria a la empresa privada de medicina prepaga con la cual había contratado, aunque también de manera subsidiaria demandaba a la Provincia de Buenos Aires y al Estado nacional. Además, solicitaba una medida cautelar. Esto último motivó el planteo del juzgado federal a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, acerca de la competencia originaria del máximo tribunal. Sin perjuicio de ello, este juzgado emitió la medida cautelar solicitada por la amparista, y luego remitió las actuaciones a la Corte para resolver sobre la competencia.

En un caso así, la obligación principal y directa de suministrar la medicación necesaria recae sobre la Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia, y sólo de manera subsidiaria sobre la Provincia de Buenos Aires y el Estado nacional. De allí que la Corte consideró que no correspondía su competencia originaria.⁵⁹ En cambio, en razón de la materia, la competencia para actuar correspondía a la Justicia Federal Civil y Comercial. Estaba en juego la tutela del derecho a la salud, pero concurre una materia federal con el derecho público local. Por lo tanto, la parte actora podrá optar por presentarse ante la justicia provincial, cuando se demandare a la provincia, o bien ante la justicia federal, cuando el demandado sea el Estado nacional.

Este fallo es previo a la sanción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Los argumentos que surgen

57. "G., F. M. y otra c/ Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia y otro s/amparo ley 7166", CSJN, 18/07/2006.

58. Se trataba más específicamente de dos progenitores que, en representación de su hijo menor de edad y que padece hemofilia, demandaban a la Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia (Hospital Francés), prepaga a la que pertenecen, contra el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires y, en subsidio, contra el Estado nacional (Ministerio de Salud y Ambiente). El objeto de la demanda era que los demandados le suministrasen regularmente la medicación necesaria para el tratamiento (17 frascos, por 1.000 unidades de F VIII Recombinante 1000 u c/u).

59. La competencia originaria de la Corte es de naturaleza restrictiva (art. 117 de la Constitución Nacional, art. 24, inc. 1, del Decreto-ley N° 1285/58, y Fallos: 312:640; 318:1361; 322:813), aunque también se planteó que sí puede atender amparos, cuando la naturaleza de los derechos en juego lo ameriten.

del fallo de la Corte para proteger el derecho a la salud y a la vida están fundados en el propio texto de la Constitución Nacional y en los compromisos internacionales que asumió nuestro país, enfatizados en la reforma constitucional de 1994.

▸ Amparo por estancamiento de un tratamiento en Entre Ríos

Llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación una demanda contra la obra social de la Provincia de Entre Ríos, y también contra el propio Estado provincial, entablada por una mujer con discapacidad motriz, mental, sensorial y visceral. La presentación, a través de una acción de amparo, fue acogida por nuestro Máximo Tribunal, por la vía del recurso de hecho, luego de haber pasado por las instancias judiciales de aquella provincia.⁶⁰ La omisión estatal que se reclamaba a través de esa acción era la falta de atención integral a una persona con discapacidad. Antes de llegar al recurso extraordinario y luego a la queja, se presentaron diversas peticiones e incluso denuncias penales por la falta de atención, ante una afiliada que requería con urgencia un conjunto de prestaciones médicas. El argumento de la Provincia de Entre Ríos era que no había adherido a la Ley N° 24901, que obligaba a las obras sociales a la cobertura integral de las prestaciones requeridas por las personas con discapacidad. Sin embargo, esto fue rechazado en la última apelación ya que hay un carácter operativo de las normas de rango constitucional, en particular el derecho a la vida y a la salud. La Corte planteó que, al estar en juego el derecho a la salud, en particular con referencia a enfermedades graves, hay una íntima relación con el derecho a la vida. En este caso, además, debía considerarse la condición de la persona con discapacidad, cuestión que el fallo enfatiza, citando la antigua Ley N° 22431.

Si bien la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ya había sido aprobada por la Asamblea General de la ONU, al momento de este fallo aún no había sido aprobada por el Congreso argentino. Sin embargo, sí estaba vigente otro instrumento internacional como la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación contra Personas con Discapacidad. No obstante, ninguno de estos tratados fue mencionado, y bastó para fundamentar la decisión con la Ley N° 22431, interpretada de forma armónica con

60. "M., F. J. c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 30/10/2007.

la doctrina de la Corte. En cambio sí fueron citados el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

- Especialistas que no pertenecen a la obra social prestadora

La atención de determinadas patologías, para algunos profesionales requiere de instalaciones específicas para estudios, intervenciones o tratamientos. Esto puede colisionar con los intereses de las obras sociales, que centralizan esas actividades en los establecimientos contratados previamente. De esta forma, la obra social tiene certidumbre sobre los costos y sobre el servicio prestado. Sin embargo, hay casos en los cuales los asociados a una obra social o a una empresa de medicina prepaga, pueden solicitar la atención en otros establecimientos, incluso con profesionales que no pertenecen a la cartilla de la propia entidad. Esto fue lo que sucedió en el caso aquí reseñado, en el cual los padres de una niña con discapacidad solicitaron que la atención de su hija se realizara en un prestador ajeno a la red de la empresa contratada. Ante la negativa de la empresa de medicina prepaga, los padres, en representación de su hija menor de edad, iniciaron una acción de amparo.⁶¹ El argumento de la demandada fue que el grupo familiar había contratado un plan cerrado, circunscripto a un grupo de profesionales, que la empresa contrataba y auditaba. En primera instancia el amparo tuvo acogida favorable, por lo cual la demandada apeló. Sin embargo, la Cámara confirmó el fallo de primera instancia, condenando a la empresa a cubrir los gastos, aunque los profesionales intervinientes no formaran parte de sus equipos de profesionales. En ambas instancias se dejó claro que los mayores costos que implicaba para la empresa de medicina prepaga no constituían un argumento válido.

Las normas que fundaron la decisión fueron la Ley N° 24901, N° 24756, N° 23660 y N° 23661. De la conjunción de estas normas surgió la obligación de las obras sociales de cumplir con una cobertura integral para las personas con discapacidad. También fue citado el bloque

61. "P. F. M. y ot. p. s. h. m. P. M., V. J. c/ Swiss Medical SA y ots. s/Amparo", Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas de Paz y Tributario, Tercera Cámara, Provincia de Mendoza, 08/02/2013.

de constitucionalidad y convencionalidad, que incluye la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ya incorporada a nuestro ordenamiento al momento de dictarse esta sentencia, aunque no mencionado expresamente en esta decisión judicial. Es importante remarcar, a los efectos de esta tesis, que en este fallo la idea de cobertura integral no dependía estrictamente de la vigencia de aquel tratado internacional de derechos humanos.

▸ Elección de establecimiento para un tratamiento

En un caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se rechazó un amparo presentado contra la Provincia de Buenos Aires, en el cual se solicitaba mantener la situación vigente de tratamiento.⁶² La posición del Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA, obra social provincial) planteaba que correspondía el traslado de un niño con discapacidad de un establecimiento privado a otro, que estuviera incluido dentro de la cartilla de la obra social. Los padres se opusieron, ya que había un equipo médico a cargo de los procedimientos, suministrando a su hijo tratamiento kinésico intensivo, fonoaudiológico, medicación, servicio de transporte y una silla de ruedas indicada por el profesional médico interviniente. La Corte rechazó la demanda, planteando que IOMA podía tomar esas prestaciones a su cargo. Se dijo que no existían constancias de una merma en la calidad de las prestaciones, por lo cual no se justificaba la salida de la vía de atención médica correspondiente. El rechazo del amparo también resaltó que la conducta de los demandados no revestía arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, requisitos de esa vía procesal.

▸ Tratamiento de esclerosis múltiple con botox

Una persona con discapacidad, que sufría esclerosis múltiple y paraplejía espástica, inició una acción de amparo contra el Instituto Médico Quirúrgico Sanatorio Plaza S.A., de la ciudad de Rosario, solicitando la cobertura para un tratamiento.⁶³ La prestación requerida era el suministro y la colocación de ampollas de toxina botulínica tipo

62. “P., H. D. y otros c/ Provincia Buenos Aires y otro s/Amparo”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/12/2002.

63. “P. M. T. c/ Cred. Sanatorio Plaza y/o Instituto Médico Quirúrgico Sanat. Plaza S.A. s/Amparo”, Juzgado de Primera Instancia N° 8 de Distrito en lo Civil y Comercial de Rosario, 06/06/2012.

A (botox), y había sido indicada por un profesional médico. El pedido se hacía en el marco de un contrato de medicina prepaga, de forma de obtener la cobertura integral para personas con discapacidad. La mujer que solicitaba esa prestación manifestó que por otras vías no encontraba solución ni mejora a su dolencia, que era progresiva. El tratamiento fue prescripto por el médico interviniente y no tenía propósitos estéticos, sino terapéuticos, ya que podría reducir la espasticidad y dar mayor eficacia al tratamiento kinesiológico que desarrollaba. Durante un prolongado lapso de tiempo, la propia paciente afrontó los gastos de este tratamiento, pero consideraba que debía ser costeado por la empresa de medicina prepaga, por lo cual inició reclamos administrativos y, ante la negativa, la acción de amparo. El argumento de la empresa fue que la sustancia requerida estaba en etapa de experimentación y aún no autorizada por el Ministerio de Salud de la Nación. Esto fue refutado por la amparista, que acreditó que el organismo competente (ANMAT) había aprobado el uso de esa toxina con fines terapéuticos a través del Certificado N° 409745.

Aun cuando una práctica no se hallara contemplada en el Plan Médico Obligatorio, si la necesita un afiliado (con discapacidad) se debe cubrir. El amparo fue resuelto de manera favorable y sí mencionó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. También se fundó la sentencia en otras normas, como la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia de Santa Fe y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que suscribió nuestro país, citándose expresamente al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Entre las leyes locales, se mencionaron la Ley N° 24754, la Ley provincial N° 6682, la Ley N° 23660, la Ley N° 23661 y la Ley N° 24901.

▸ Reintegro de gastos no admitido

En una acción de amparo contra una obra social, se hizo lugar a la petición principal, consistente en la cobertura integral del tratamiento que demandara la atención de un niño con discapacidad, representado en juicio por sus padres. En primera instancia se hizo lugar al amparo, lo cual motivó una apelación ante la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán. En tal instancia se confirmó el fallo, por mayoría,

y se ordenó a la obra social que brindase la prestación reclamada. La demanda fue entablada contra la Obra Social de la Universidad Nacional de Tucumán (ASUNT, Acción Social de la UNT), y se peticionó también el reintegro de gastos que habían sido erogados por los actores. Este segundo punto no fue aceptado en ninguna de las instancias previas, debido a la naturaleza del proceso de amparo, impropio para aquel debate. Por lo tanto, los actores apelaron hasta llegar a la máxima instancia federal. La Corte Suprema de Justicia intervino a través de un recurso extraordinario,⁶⁴ ratificando el criterio denegatorio respecto del reintegro por esta vía.

El fundamento legal del pronunciamiento se halla en la aplicación de la Ley N° 24901, respecto de la cobertura integral para personas con discapacidad, sin que se mencionara la Convención.

▸ Cobertura integral por parte de una obra social

Los padres de un niño con discapacidad iniciaron una acción de amparo contra el Instituto de Obra Social del Ejército (IOSE), para que a su hijo le fuera suministrado un tratamiento que necesitaba. IOSE cuestionaba el tratamiento prescripto, basándose en que no le eran aplicables las leyes que incorporaban esas prestaciones: Ley N° 23660, Ley N° 23661 y Ley N° 24901. La obra social distinguió su situación de la del Estado nacional, planteando que la entidad demandada estaba sostenida por los aportes de los afiliados y estaba normada por un Régimen de Servicios Asistenciales. Por lo tanto, no participaba del Fondo Solidario de Redistribución previsto por las leyes citadas. Sin embargo, en primera instancia se hizo lugar al amparo, por lo cual la demandada apeló, para que resolviera la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.⁶⁵

La obligación de cubrir las prestaciones a personas con discapacidad no puede ser eludida por las obras sociales. Tanto la Constitución Nacional como los tratados internacionales de derechos humanos garantizan a las personas con discapacidad la cobertura integral de las prestaciones que requieran. Los derechos emergentes de la Ley N° 24901

64. "R., D. O. y R. de M., M. c/ acción social de la Universidad Nacional de Tucumán", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14/11/2006.

65. "S., M. S. v. Instituto de Obra Social del Ejército", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, 08/03/2007.

no pueden ser interpretados de manera restrictiva a las prestaciones requeridas por las personas con discapacidad. La Cámara, para fundar su decisión, remitió a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto al derecho a la vida y a la salud de las personas con discapacidad.

Al momento de esa sentencia no se hallaba todavía en vigencia en nuestro país la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

▸ Ausencia de todos los requisitos para amparo de salud

En una acción de amparo iniciada por una mujer con discapacidad (representada por su hija), la Cámara Civil y Comercial Federal resolvió que podía prescindirse de algunos requisitos, tomando en cuenta aquella condición de la actora.⁶⁶ Esta mujer, de muy avanzada edad (92 años), reclamaba contra su obra social la cobertura de varias prestaciones. Su delicada situación le exigía varios cuidados especiales, por lo cual petitionó la contratación de una acompañante permanente, el transporte, la provisión de medicamentos, silla de ruedas, prótesis, pañales y otros elementos para su vida cotidiana. También reclamó que se le diera un tratamiento de fisio-kinesioterapia, que necesitaba realizar tres veces cada semana.

La actora presentaba un cuadro de deterioro cognitivo y contaba con certificado de discapacidad por un trastorno afectivo bipolar, con afasia, dificultades motrices, hipoacusia, baja visión e incontinencia urinaria no especificada. Con la demanda, solicitó que se dictara una medida cautelar, la cual fue rechazada en primera instancia, ya que la jueza consideró que no estaban acreditados los requisitos. Ante el rechazo de la medida cautelar, la actora interpuso recurso de revocatoria, con apelación en subsidio. El argumento para el rechazo fue, en esa oportunidad, que no se estaban presentando argumentos conducentes (aunque sí concedió la prestación de traslado en ambulancia desde el domicilio de la mujer hasta los consultorios médicos donde se atendía).

La Sala III de la Cámara Civil y Comercial Federal revocó el fallo denegatorio de la medida cautelar, dando como argumento que las

66. "M. P. E. E. c/ Vita's s/amparo de salud", Cámara Civil y Comercial Federal, Sala III, 11/12/2014.

prestaciones referidas tenían un carácter de necesidad inmediata. Expresaba el fallo que, cuando se trata de personas con discapacidad, “el criterio para examinar la procedencia de una medida precautoria –aun cuando ella sea innovativa– debe ser menos riguroso que en otros”. El argumento para sostener esto era que las consecuencias en casos así pueden ser realmente dañosas para la salud y la vida de las personas con discapacidad.

El pronunciamiento se fundó en lo normado por la Ley N° 24901 y mencionó genéricamente a los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional a través de su artículo 75, inciso 22. No hay referencia a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a pesar de estar vigente al momento de esa sentencia.

► Prestaciones a cargo del Estado

El objeto de esta acción de amparo es la cobertura de prestaciones para una persona con discapacidad. La demanda fue entablada contra dos organismos nacionales, la Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas (CONADIS) y el Servicio Nacional de Rehabilitación (SNR).⁶⁷

Un tema de controversia que fue argüido como defensa, fue que se trataba de una prestación que correspondía en todo caso al gobierno de la Provincia de Mendoza y no al Estado nacional. Otro argumento era que el Estado solamente debe cubrir las prestaciones cuando la persona con discapacidad “carece de cobertura de obra social y no cuenta con los medios adecuados para hacer frente a las erogaciones que demandan dichas prestaciones”. Esto había surgido a partir de lo prescripto por la Ley N° 22431, pero ya la Ley N° 24901 enunciaba que las personas con discapacidad que “carecieren de cobertura de obra social tendrán derecho al acceso a la totalidad de las prestaciones básicas comprendidas en la presente norma, a través de los organismos dependientes del Estado”. Este fue el criterio que adoptó finalmente la Corte, haciendo lugar al reclamo.

La Corte Suprema hizo un repaso sobre los criterios de interpretación de la ley y, a pesar de referir al sistema internacional de derechos

67. “P., A. c/ Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y otro s/amparo”, CSJN, 16/06/2015.

humanos, no nombró en ningún momento a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y en todo momento dejó en claro que la norma en la que se fundaba la decisión era la Ley N° 24901.

▸ Afiliación a una empresa de medicina prepaga

También se debatió el derecho a la salud y su íntima vinculación con el derecho a la vida en un caso en el cual una empresa de medicina prepaga denegaba la afiliación a una niña con discapacidad, poniendo como requisito el pago de una cuota extraordinaria por la preexistencia de una patología.⁶⁸ Ante la negativa de afiliación, el padre de la niña solicitó una medida cautelar para lograrla, y en primera instancia fue concedida, por lo cual la empresa de medicina prepaga apeló tal resolución. El fallo de Cámara ratificó el criterio de otorgamiento de la medida cautelar, obligando a la empresa a afiliar a la niña sin el cobro de una suma extraordinaria.

El fundamento jurídico de la sentencia se sostuvo en el derecho a la salud y a la vida, contenido en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (que incluye a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad recién a partir de la sanción de la Ley N° 27044, aunque no es mencionada expresamente). Por el contrario, nombró expresamente a varios de estos instrumentos, pero no a esa Convención, que para este caso se podría considerar más específica.

EDUCACIÓN

El ámbito educativo es uno de los principales escenarios donde se disputa el reconocimiento por la igualdad de derechos de las personas con discapacidad. El artículo 24 de la Convención enuncia una serie de derechos que aseguran a todas las personas una educación en el sistema general. La falta de accesibilidad en edificios escolares es alarmante, en un incumplimiento flagrante de las normas vigentes en nuestro país (incluso previas a la incorporación de la Convención). Tampoco este tema está instalado de forma clara y asertiva en los contenidos de los trayectos de formación docente.

68. “H.I.M y otro / OSDE s/sumarísimo de salud”, CNCIV Y COMFED, Sala III, 05/11/2015.

Como se verá, hay una muy importante presencia en este conjunto de sentencias de litigios vinculados al transporte escolar. Hay niños que no pueden concurrir por sus propios medios a los establecimientos educativos, ni siquiera con la asistencia de familiares en transporte público. Es interesante destacar que estas prestaciones son generalmente requeridas al sistema de seguridad social, a pesar de tratarse de una actividad educativa. En un sentido análogo, en este segmento incluimos los casos de reclamos por transporte hacia y desde los Centros de Día, aunque sabemos que no son establecimientos escolares en sentido formal.

También hay varios pedidos a esas entidades para que sufraguen el valor de la matrícula y del arancel en escuelas privadas. Hay otros fallos que solicitan la prestación de profesionales para estimulación cognitiva de alumnos con discapacidad. También hay, aunque en menor proporción, algunas sentencias vinculadas al derecho de admisión en instituciones de gestión privada, y sobre la construcción de rampas para el acceso y la circulación. Finalmente, incluyo un fallo muy interesante acerca de la modificación de requisitos académicos en una carrera universitaria.

Un tema que no está presente en las demandas judiciales, pero tiene gran relevancia en el debate del campo de la discapacidad, es la consistencia entre el principio de inclusión educativa y la modalidad de educación especial para estudiantes con discapacidad intelectual.

La Ley N° 26206 (Ley de Educación Nacional) rige a nivel nacional, aunque hay que aclarar que la educación, al igual que la salud, es una competencia no delegada por las provincias a la Nación. La pregunta es, entonces, si la existencia de una modalidad especial de educación es acorde con la Convención. Si bien las recomendaciones pedagógicas para algunos niños propenden a la inclusión de niños con discapacidad intelectual en escuelas comunes, ninguna de las prescripciones contenidas en el artículo 24 de la Convención (dedicado al tema educación) prohíbe expresamente que exista una modalidad especializada. Atento a la dificultad de hallar una respuesta clara, y también con el propósito de mostrar la clase de dificultades que trae la forma de redacción de este documento, transcribo a continuación el artículo 24:

Artículo 24. Educación:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los

- Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida, con miras a:
- a) Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana;
 - b) Desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas;
 - c) Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre.
2. Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que:
 - a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad;
 - b) Las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan;
 - c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales;
 - d) Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva;
 - e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión.
 3. Los Estados Partes brindarán a las personas con discapacidad la posibilidad de aprender habilidades para la vida y desarrollo social, a fin de propiciar su participación plena y en igualdad de condiciones en la educación y como miembros de la comunidad. A este fin, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes, entre ellas:
 - a) Facilitar el aprendizaje del Braille, la escritura alternativa, otros modos, medios y formatos de comunicación aumentativos o alternativos y habilidades de orientación y de movilidad, así como la tutoría y el apoyo entre pares;
 - b) Facilitar el aprendizaje de la lengua de señas y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas;
 - c) Asegurar que la educación de las personas, y en particular los niños y las niñas ciegos, sordos o sordociegos, se imparta en los lenguajes

y los modos y medios de comunicación más apropiados para cada persona y en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo académico y social.

4. A fin de contribuir a hacer efectivo este derecho, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para emplear a maestros, incluidos maestros con discapacidad, que estén cualificados en lengua de señas o Braille y para formar a profesionales y personal que trabajen en todos los niveles educativos. Esa formación incluirá la toma de conciencia sobre la discapacidad y el uso de modos, medios y formatos de comunicación aumentativos y alternativos apropiados, y de técnicas y materiales educativos para apoyar a las personas con discapacidad.
5. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás. A tal fin, los Estados Partes asegurarán que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad.

Como puede constatarse, no aparece ninguna recomendación sobre la educación especial, incluso tampoco distingue según cuáles son las discapacidades a las que se refiere en cada caso. Esta forma ambigua de legislar es común a todo el texto de la Convención, lo cual hace que se discuta sobre su correcta interpretación. En este sentido, hay que mencionar que la Ley N° 26206, sancionada con posterioridad a la Convención, incluye la modalidad de educación especial.⁶⁹

A continuación, se consignan y analizan los fallos que arriba se mencionaron, sobre reclamos formulados en materia de discapacidad y educación.

69. La Ley N° 26206, en su art. 42, ordena: “La Educación Especial es la modalidad del sistema educativo destinada a asegurar el derecho a la educación de las personas con discapacidades, temporales o permanentes, en todos los niveles y modalidades del Sistema Educativo. La Educación Especial se rige por el principio de inclusión educativa, de acuerdo con el inciso n) del artículo 11 de esta ley. La Educación Especial brinda atención educativa en todas aquellas problemáticas específicas que no puedan ser abordadas por la educación común. El Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, en acuerdo con el Consejo Federal de Educación, garantizará la integración de los/as alumnos/as con discapacidades en todos los niveles y modalidades según las posibilidades de cada persona”.

▸ Rampa en establecimiento educativo

Los establecimientos educativos deben ser accesibles en sus instalaciones, para que puedan ingresar y circular sin ningún problema los estudiantes, docentes y cualquier persona que desempeñe tareas de manera permanente o eventual. Sin embargo, son muchos los establecimientos que no alcanzan a cumplir los requisitos mínimos de accesibilidad. Es el caso del Instituto Superior de Enseñanza Radiofónica (ISER), dependiente de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA). En abril de 2013 se dictó sentencia en segunda instancia, en un amparo por este tema.⁷⁰ En primera instancia se había ordenado al organismo “la implementación en forma urgente de medidas inmediatas para garantizar la accesibilidad adecuada de las personas con discapacidad motriz”. La jueza otorgó tres meses para realizar las obras necesarias a tal fin. La medida había sido solicitada por un estudiante de locución, usuario de silla de ruedas motorizada, pero que no podía ingresar al edificio, ya que la entrada a este constaba de escalones sin rampa, ni medio mecánico que la sustituyera. La respuesta del organismo estatal fue que contaban con una rampa móvil. Sin embargo, el amparista respondió que ese dispositivo móvil era inseguro para su estabilidad.

La cuestión de los alcances de los dispositivos para la circulación es compleja, ya que lo que para algunos puede servir, para otros puede no ser útil. El fundamento en el cual se asentó la defensa del instituto fue que la rampa móvil fue fabricada de conformidad con las especificaciones técnicas brindadas por la Comisión para la Plena Participación e Integración de las Personas con Discapacidad (COPIDIS) del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.⁷¹ A su vez, el diseño del ingreso del instituto hace imposible la construcción de una rampa sin que se entorpezca el tránsito peatonal, en una zona densamente concurrida (aledaña a la estación Retiro, del Ferrocarril Mitre, en la Avda. Ramos

70. “C. M. R. C. c/ AFSCA s/Amparo ley 16.986”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, 09/04/2013.

71. Esta comisión fue creada por el Decreto N° 13 93/GCBA/2003, para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley N° 447/LCBA/2000. Es un área que depende de la Secretaría Hábitat e Inclusión del Ministerio de Desarrollo Económico, y su objetivo es la promoción de los derechos y las obligaciones de las personas con discapacidad en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Mejía 1398). Por lo tanto, la rampa movable se halla guardada dentro del edificio y se instala cada vez que se requiere para el ingreso o egreso de una persona con discapacidad motriz.

En su defensa, el organismo recordó que se trata de un monumento histórico, lo cual implica determinadas limitaciones, como la prohibición de modificación de la fachada. Asimismo, muchas construcciones antiguas no contemplaban en su diseño los estándares arquitectónicos actuales con relación a la accesibilidad. Otra defensa de la demandada fue que el amparo no era la vía idónea para esta disputa, ya que se requerían mayor debate y prueba. Esta cuestión de la viabilidad técnica de las obras al menos necesitaría de pericias más detalladas para armonizar el diseño antiguo del edificio con las nuevas necesidades en cuanto a accesibilidad.

A pesar de esta defensa, la Cámara se pronunció por la confirmación del fallo de primera instancia, fundando tal decisión en la vigencia de los tratados de derechos humanos suscriptos por nuestro país y por la propia Constitución Nacional en relación con las personas con discapacidad. El punto central fue la accesibilidad, según lo normado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su artículo 9. También se citó especialmente a la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Pero hay que señalar que esas mismas prescripciones surgían de normas del Código de Edificación local, así como de la Ley N° 24314, que modifica el artículo 20 de la Ley N° 22431.

▸ Derecho de admisión en escuelas privadas

En 2005, un instituto educativo de gestión privada de la Provincia de Buenos Aires denegó la vacante a un niño con discapacidad para el segundo año de la escuela general básica (EGB). Los padres iniciaron demanda por daños y perjuicios a la institución educativa. Alegaban que constituía un hecho ilícito la negativa a la inscripción, ya que la causa había sido discriminatoria. Se trataba de un niño con hipoacusia, con implante coclear. El niño había sido alumno en el primer año, y las autoridades escolares se defendieron planteando que había motivos pedagógicos para tomar esa medida y que nada tenían que ver con su discapacidad. En primera instancia fue rechazada la demanda,

por lo cual los padres apelaron y promovieron el pronunciamiento de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín (Provincia de Buenos Aires).⁷² El argumento de la escuela era que una reglamentación (Disposición N° 1/93 dictada por la Dirección Provincial de Educación de Gestión Privada, DIPREGEP) autorizaba la no renovación de la vacante, siempre que se notificara a los padres con la anterioridad suficiente (al final del ciclo lectivo del año previo). Por lo tanto, consideraban que no incurrían en acto ilegítimo o antijurídico, que generara responsabilidad civil. El argumento pedagógico que alegaban era que el niño tenía dificultades para aceptar límites, lo cual provocaba conductas agresivas de su parte.

Ante la situación de discapacidad, se defendió la escuela diciendo que los padres, al no aceptar la circunstancia de la minusvalía, provocaban ese desorden en la conducta del niño. Por lo tanto, sugerían, convendría que el niño acudiera a un establecimiento de educación especial. Para rechazar la acusación de discriminación, la demandada remarcó que “el colegio realiza un particular esfuerzo para integrar alumnos con capacidades diferentes”. Si bien el fallo de segunda instancia reconoce la libertad de contratación por parte de los establecimientos educativos (derecho de admisión y re matriculación), en este caso se condenó el accionar del establecimiento educativo. Así, en los considerandos de la sentencia se aclara que el término derecho de admisión no sería el más apropiado para quienes ya son estudiantes de la escuela (señala que admitir significa permitir entrar). La pretensión de los establecimientos educativos de considerar de vigencia anual el vínculo contractual desentona con cualquier perspectiva pedagógica seria, ya que la expectativa razonable de ambas partes sería continuar la relación educativa hasta la finalización del trayecto.

El tribunal planteó que, si bien hay casos en que podría justificarse la interrupción del vínculo por parte del establecimiento, aquí esa decisión no sería coherente con la interpretación armónica del contrato. Por lo tanto, los jueces resolvieron revocar la sentencia de primera instancia y condenar al colegio privado al pago de una indemnización por daños y perjuicios en concepto de daño moral a favor de los padres del

72. “L., M. I. y D. P., M. c/ I. C. M. s/daños y perjuicios”, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín, Provincia de Buenos Aires, 30/07/2007.

niño. Se hizo un detallado análisis de las características del contrato educativo y de las condiciones necesarias para un correcto ejercicio de la negativa a re matricular al niño. La condición de persona con discapacidad fue muy claramente tomada en cuenta en la decisión (en particular con relación a las pericias psicopedagógicas, que plantearon que los trastornos de conducta tenían directa vinculación con la reciente adquisición del lenguaje). Sin embargo, esta sentencia es previa a la incorporación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a nuestro ordenamiento nacional.

► Amparo contra colegio en La Plata por derecho de admisión

Los padres de un niño con discapacidad en la ciudad de La Plata intentaron debatir los límites del derecho de admisión en el marco de una acción de amparo. El objeto de la demanda era que un instituto educativo de gestión privada admitiera como alumno regular a un niño con discapacidad intelectual. El colegio había manifestado a los padres que no podía inscribirlo, ya que no contaba con personal especializado ni con instalaciones adecuadas para brindarle un servicio educativo acorde a su situación. Los padres entonces decidieron demandar a la escuela. En primera instancia se había hecho lugar al amparo; sin embargo, esa medida había sido apelada, y la Sala I de la Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata había revocado esa sentencia. De allí que los amparistas interpusieron recurso extraordinario por inaplicabilidad de la ley, y llegaron a la instancia del máximo tribunal provincial.⁷³ En la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se realizaron diversas consideraciones sobre el aspecto central de la cuestión, aunque la resolución (denegatoria del amparo) se sostuvo principalmente en aspectos procesales. Sin embargo, también planteó este tribunal que en el caso de acceder a una vacante en una escuela estatal, los padres estarían siendo privados de su libertad de elección sobre la formación religiosa que pretendían para su hijo en su trayecto escolar.⁷⁴

73. "G. J. A. c/ Colegio Nuestra Señora de la Misericordia s/amparo", Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 27/12/2007.

74. Las normas alegadas por los padres fueron el art. 14 de la Constitución Nacional, el art. 1071 del Código Civil, los arts. 2, 12, 28 y 29 de la Convención de los Derechos del Niño, el art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 13 del

La Corte provincial trató la providencia cautelar, ya que era lo que requería mayor urgencia. Claro que por la cercanía del inicio de clases, sería esa la única sentencia que pudiera dar respuesta a la obtención de la vacante solicitada. Por lo tanto, comprobado el peligro en la demora, quedaba por dar por acreditada la verosimilitud del derecho, requisito para la procedencia de la medida cautelar. Así, el tribunal consideró que no se percibía esta verosimilitud, dada la complejidad de derechos en juego. Consideró la sentencia que no se acreditó (con el grado de verosimilitud requerida) que “la medida dispuesta por el colegio obste al desarrollo de la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño”. La continuidad educativa del niño quedaría entonces asegurada a través del sistema estatal, ya que la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires informó que existían escuelas disponibles.

Esta sentencia se produjo pocos meses antes de la sanción de la Ley N° 26378 (el 21 de mayo de 2008), que ratifica la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. ¿Hubiera sido igual la resolución de este caso de estar vigente en ese momento la Convención? Sí en cambio estaba ya vigente la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación de las Personas con Discapacidad, desde 1999, instrumento que no es mencionado por la Corte provincial en toda la sentencia. Es difícil saber si la vigencia de la Convención hubiera modificado esta decisión, ya que los argumentos para el rechazo del amparo no apuntan desconocer el derecho a la pretensión de fondo. Se reconoce el derecho a la educación del niño y el de los padres a elegir escuela según sus convicciones religiosas, aunque aquí no hicieron lugar al amparo solicitado.

▸ Medida cautelar contra el Estado nacional y la Provincia de Buenos Aires

Este fallo trata de una medida cautelar, en el marco de un proceso judicial por indemnización de daños y perjuicios. Un padre, en representación de su hijo menor de edad, presentó una demanda contra la Provincia de Buenos Aires y el Estado nacional con el propósito de

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Ley Provincial de Educación y los principios establecidos en la Ley Federal de Educación.

obtener una reparación. La acción estaba dirigida a indemnizar los daños sufridos por su hijo, producto de una deficiente prestación de los servicios de educación especial y salud a cargo de las demandadas. El proceso tramitó en primera instancia en el Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes, donde se hizo lugar a una medida cautelar que fue apelada y resuelta por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de La Plata.⁷⁵

El niño, que contaba con 9 años al momento de este proceso, padecía un retraso crónico de crecimiento, lo cual le provocaba una discapacidad mental y motora parcial (certificada por las autoridades sanitarias). Si bien el origen era congénito, su padre expresó que la disfunción se había visto agravada por la falta de estimulación. Planteó que por la condición de indigencia en la que vivía su familia, esta labor debió ser llevada a cabo por el Estado, en su función de garante de la vida y la salud de los habitantes de la Nación. Los profesionales a los que pudo consultar oportunamente recomendaron enfáticamente que el niño fuera escolarizado en un establecimiento adecuado a su retraso. También le recomendaron la realización de un tratamiento psicopedagógico adecuado. Pero en lugar de encontrar medidas apropiadas a la situación de su hijo, en el sistema escolar solamente halló indiferencia y desidia en su tratamiento. Así, el niño concurrió a un Jardín de Infantes en la localidad de Florencio Varela, durante 2003, donde la única respuesta a sus dificultades cognitivas era pasarlo a salas inferiores, con niños más pequeños. El padre afirmó que su hijo aguardó en una lista de espera para tener atención psicológica, pero nunca la recibió. A su vez, los establecimientos educativos no lo inscribían porque argumentaban que superaba la edad del resto del grupo de niños. Fue entonces que le recomendaron inscribirse en el sistema de educación especial, lo cual no pudo concretar debido a la falta de vacantes en la institución cercana al hogar familiar.

El juez de primera instancia subrayó la obligación estatal a partir de lo dispuesto por la Ley N° 26206 (Ley de Educación Nacional), que dispone que se debe brindar educación integral, permanente y de calidad para todos los habitantes de la Nación, y una educación especial

75. "G. M. B. c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/Incidente de apelación (de medida cautelar)", Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de La Plata, Sala II, 22/11/2007.

destinada a las personas con discapacidades. Por tal motivo, hizo lugar a una medida cautelar, para ordenar a la Provincia de Buenos Aires y al Estado nacional que se encargasen de la efectiva inserción escolar de este niño, en un establecimiento adecuado. Esta medida fue apelada por el Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación, ya que la Ley N° 24049 había dispuesto la transferencia de los servicios educativos a las provincias.⁷⁶ Asimismo, alegó que no se había agotado la vía administrativa. Por lo tanto, el Estado nacional no tenía competencia para prestar ese servicio educativo. Pero la apelación fue desestimada, y se mantuvo la sentencia de primera instancia, que obligaba como medida cautelar al Estado nacional y a la Provincia de Buenos Aires a lograr la inserción escolar del niño en el sistema de educación especial.

▸ Incumplimiento del deber de vigilancia en Centro de Día

El deber de cuidado de los Centros de Día para con las personas con discapacidad que allí concurren es de naturaleza objetiva. O sea, para eximirse de responsabilidad, el establecimiento deberá demostrar que se produjo un hecho imprevisible o inevitable. La aplicación de esta norma requiere afirmar el carácter educativo de estas instituciones, cuestión que se debatió en el presente fallo. Trataré brevemente aquí este caso, cuyos hechos refieren a una mujer joven con discapacidad intelectual, que fue encontrada en el baño de mujeres de una de las instituciones siendo objeto de “actos corporales de contenido netamente sexual”, según describe la sentencia de primera instancia.

La madre de esta joven demandó al Centro de Día por daños y perjuicios, acusando a sus responsables de incumplimiento en el deber de cuidado y vigilancia. Las condiciones intelectuales de las personas que asistían al Centro de Día no permitían afirmar que la relación sexual fue consentida o, por el contrario, forzada. Asimismo, en muchos casos había carencia de frenos inhibitorios, lo cual requería aún mayor cuidado y previsión respecto de encuentros en lugares privados, como era el baño de la institución. En el fallo de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín⁷⁷ se confirmó la responsabilidad de

76. La confusa redacción de la Ley N° 26260 favorece la duda sobre la legitimación pasiva.

77. “G. M. D. C. c/ D. M. E. y otros s/Daños y Perjuicios por delito y cuasidelito”, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín, 15/11/2011.

la institución por los hechos, aunque se modificaron los montos de la reparación. Una de las cuestiones jurídicas importantes para resolver tenía que ver con la consideración del daño, aun cuando se tratara de un hecho entre dos concurrentes al Centro de Día. La institución planteó como atenuante de su responsabilidad que la joven tenía “antecedentes de conductas de masturbación compulsiva y un cuadro de esquizofrenia severa con delirios persecutorios”. Además, niegan que se produjera contacto sexual entre los dos jóvenes.

Los Centros de Día tienen características terapéuticas, aunque algunas labores también podrían ser catalogadas como educativas, sin formar parte del sistema escolar. Esta clasificación tiene importancia respecto de las obligaciones emergentes en cuanto al cuidado y a la vigilancia, así como en la evaluación de la responsabilidad por los hechos que pudieran sufrir las personas con discapacidad intelectual que allí asisten. En este, se analizó la responsabilidad de manera análoga a la que se determina si un alumno sufre un daño en un establecimiento educativo. Se trata de una responsabilidad contractual y objetiva, ya que el establecimiento debe brindar cuidado y apoyos. En el caso de personas con discapacidad mental o intelectual hay mayor riesgo y, por lo tanto, deberían existir más exigentes medidas de seguridad.⁷⁸ En cuanto a los rubros reclamados, en primera instancia se hizo lugar al daño moral sobre la joven, pero no al reclamo por daño moral a su madre. Tampoco fueron aceptados otros rubros como daño psicológico, lucro cesante y el daño emergente por la imposibilidad de acceso de la joven a otra institución (planteado en la demanda como una privación del derecho a la educación). En cambio, en segunda instancia sí fue aceptado el daño moral sufrido por la madre, se incorporó también el lucro cesante (ya que como consecuencia del hecho, debió sacar a su hija de la institución, para lo cual se vio obligada a dejar su empleo). También se incorporaron los gastos médicos y se redujo el monto asignado en concepto de daño moral de la joven.

Es interesante mencionar que en la sentencia no hay ninguna referencia a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ni siquiera tampoco a la Ley de Salud Mental, ambas en plena vigencia al momento del juicio e incluso de los hechos referidos.

78. Prevot, Juan Manuel, “La obligación de seguridad y los establecimientos psiquiátricos”, en *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales*, T. V, p. 533.

▸ Cobertura del costo de un Centro de Día

La concurrencia a Centros de Día es una actividad para personas con discapacidad intelectual que permite la interacción grupal y también promueve la estimulación cognitiva y el entrenamiento en habilidades sociales. Implica costos económicos elevados, ya que suele incluir el transporte especial y el servicio en sí requiere de una cantidad de personas contratadas para diferentes tareas. La representante de esta persona con discapacidad intelectual presentó un amparo contra la Provincia de Mendoza, el Servicio Nacional de Rehabilitación y la Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas con Discapacidad, reclamando la cobertura total de los costos de la concurrencia de su representada a un Centro de Día, de jornada doble. El caso llegó hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que no aceptó su competencia originaria, ya que también la demanda se entablaba contra el Estado provincial.

La joven representada tenía 35 años de edad, con diagnóstico de retraso mental moderado, epilepsia, trastornos en el lenguaje y dificultades en la deglución y la respiración bucal. A ello se sumaba delgadez e inseguridad motriz. La solicitud se presentó para obtener el costo de la inscripción en el “Instituto Naranjito”, en el Departamento de Guaymallén, Provincia de Mendoza. Durante un tiempo concurrió allí, con la cobertura de la Obra Social de Empleados Públicos de la Provincia de Mendoza. En ese instituto, la joven había logrado una adecuada atención en aspectos como kinesiología, fonoaudiología, psicología y terapia ocupacional, con avances en su situación. Pero en 2005 la obra social rescindió contrato con ese instituto. A pesar de ello, la representante solicitó un subsidio estatal, para mantener ya de forma particular la concurrencia al mismo Centro de Día. El gobierno provincial otorgó un subsidio, pero que no alcanzaba para cubrir la totalidad del costo (representaba alrededor del 60% del costo integral).

Siguiendo sus antecedentes, la Corte no aceptó la competencia originaria, ya que la demandada principal era la Provincia de Mendoza.⁷⁹ Aun sin existir un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, vale la pena tomar el caso para analizar si la vigencia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hubiera cambiado esta

79. “H. N., M. del C. c/ Provincia de Mendoza y otros s/acción de amparo”, CSJN, 14/11/2006.

resolución. Si bien este fallo es previo a la sanción de la referida Convención, sí estaban vigentes otros tratados internacionales de derechos humanos. Sin embargo, la negativa a aceptar la competencia originaria tiene que ver con reglas procesales constitucionales, por lo tanto aquí no habría un impacto significativo con o sin vigencia de la Convención.

También parece un valioso punto para tomar en cuenta el razonamiento de la amparista, en cuanto la legitimación pasiva es amplia, ya que hay normas de carácter nacional y provincial que expresan garantías y prestaciones para las personas con discapacidad. Siguiendo este razonamiento, el reconocimiento de derechos en leyes nacionales, pondría al Estado nacional en situación de garante de esos derechos. Esta postura en cuanto a beneficios ha sido receptada en muchos otros fallos sobre derecho a la salud, provocando una interpretación amplia del alcance de la Ley N° 24901, anterior a la sanción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

▸ Tratamiento educativo terapéutico y transporte especial

El tratamiento que reciben los niños con discapacidad intelectual para su estimulación cognitiva hace a su calidad de vida y desarrollo de las interacciones sociales. De allí que sea tan relevante, se lo pueda considerar terapéutico o educativo. Esta ambivalencia es propia de los Centros de Día, instituciones que reciben a personas con discapacidad intelectual y que no forman parte específicamente de un trayecto escolar formal, aunque allí se produzcan aprendizajes. En cambio, no cabe ninguna duda del carácter escolar de la asistencia en las llamadas escuelas especiales, en el marco de lo que la Ley N° 26206 (Ley de Educación Nacional) denomina la modalidad de educación especial. Aquí referiré a la petición que hizo una familia a una obra social para la cobertura de los costos de transporte especial y tratamiento educativo terapéutico.

En primera instancia, se hizo lugar a una medida cautelar y se ordenó a la Dirección de Bienestar de la Armada que brindara la cobertura. La demandada apeló el fallo, pero en segunda instancia se confirmó la medida. En el fallo de Cámara⁸⁰ se hizo referencia a la vigencia de los tratados internacionales de derechos humanos, con je-

80. "G. S. F. y otro c. Dirección de Bienestar de la Armada s.incidente de apelación", Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, 12/12/2006.

rarquía constitucional, que garantizan la salud de los niños. Destaca el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención sobre los Derechos del Niño (aún no estaba vigente la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

Nuevamente aparece, como en varios de los litigios aquí citados, la pretensión de la demandada de no cubrir las prestaciones a las que obliga la Ley N° 24901, con el argumento de que la Provincia de Buenos Aires no había adherido a tal norma nacional. Sin embargo, la respuesta es la misma que en la mayoría de los casos análogos, o sea que la falta de inclusión en el régimen de las Leyes N° 23660 y N° 23661 no puede eximir a la obra social de brindar las prestaciones emergentes del sistema de prestaciones básicas. De convalidarse tal eximición, estaría brindando menos prestaciones que el resto de las entidades que ofrecen servicios de salud.

Respecto de la cobertura en educación especial, la Dirección de Bienestar de la Armada manifestó que no correspondía un pago, ya que tanto en la Ciudad de Buenos Aires, como en la Provincia de Buenos Aires existen instituciones estatales que la brindan de forma gratuita.⁸¹ En cuanto al transporte escolar, también se negaba, afirmando que la persona con discapacidad intelectual no tenía problemas motrices y podía desplazarse sin dificultades físicas a través del sistema de transporte público (que le resultaba gratuito por su condición de persona con discapacidad). La Dirección de Bienestar de la Armada no tenía acceso a los sistemas de financiación previstos en las Leyes N° 24901 y N° 23661, porque no había adherido al momento de este fallo al Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad. Sin embargo, esto no resultó convincente para la Cámara Federal, que confirmó la sentencia de primera instancia. Tampoco valoró como razonable el agravio acerca del servicio educativo elegido (no estatal), ya que se adecuaba a lo recomendado por los profesionales actuantes, en un caso con una discapacidad múltiple (retraso mental, epilepsia, trastornos de conducta y problemas de columna). Este fallo es previo a la sanción de la Convención.

81. Para afirmar esto se apoya en el art. 6 de la Resolución 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social.

► Costos del transporte escolar

La madre de un niño con discapacidad intelectual, en representación de su hijo menor de edad y también por derecho propio, interpuso una acción de amparo contra el Estado nacional (Secretaría de Desarrollo Social de la Nación) con el propósito de obtener el apoyo necesario para asistir a un establecimiento educativo (transporte especial). En primera instancia obtuvo sentencia favorable, pero en la apelación tal fallo fue revocado, ya que la Cámara Federal de la Seguridad Social entendió que no correspondía la vía del amparo, sino la del juicio ordinario. Esta sentencia también fue recurrida, para que resolviera la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁸² La ley argentina prevé la asignación de un subsidio para que las personas con discapacidad intelectual puedan realizar su educación escolar (art. 4, inc. “c” de la Ley N° 22431). Esto incluye el transporte escolar, que muchas veces es necesario ya que no es posible utilizar el transporte público por las particularidades del niño. Esto a su vez fue revalidado por los términos de la Ley N° 24901, ya que el apoyo solicitado es una obligación del Estado nacional, siempre que las personas no puedan hacer frente a esos costos o tengan otra cobertura (obra social).

El Estado asume así un rol subsidiario pero que a la vez se compromete a garantizar que se preste el servicio. Este ha sido uno de los puntos controvertidos, ya que la sentencia de segunda instancia consideró que no se hallaba comprobada la imposibilidad de la familia para afrontar el costo que demandaba la educación del niño, incluyendo el transporte especial. De hecho, se planteó que podía presumirse una capacidad económica ya que ambos progenitores eran profesionales y que la madre recibía mensualmente una suma de dinero por hijo discapacitado, de parte de la Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires.

La discusión acerca del caudal económico de los integrantes de una familia, para sufragar los gastos que demanda la educación de un hijo con discapacidad es difícil de discernir. En este caso, ambos padres profesionales y con ingresos acreditados, plantearon que tenían muchos gastos, que incluían la contratación de un acompañante y que su obra social no cubría. A su vez, alegaron que sería una desigualdad flagrante que su hijo, por el hecho de tener padres que trabajan, quedara en una situación desventajosa frente a otros niños que cuentan con la cobertura

82. “L., G. B. y otros c/ Estado Nacional”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15/6/2004

estatal para altos costos, como el transporte escolar. De allí que el fallo de la Corte (fundado en el Dictamen del Procurador General) haya revocado el fallo denegatorio de segunda instancia, volviendo al criterio del juez de primera instancia que había ordenado al Estado nacional la cobertura de los gastos que demandare el transporte especial para asistir a un centro educativo. Dejó abierta la posibilidad para que, si el Estado nacional acreditare condiciones económicas de los padres que les permitieran hacer frente a esos gastos, pudiera ejercer una acción de repetición contra aquellos. Ante la situación de duda sobre algunos aspectos formales, los jueces están del lado de las necesidades de la persona con discapacidad. Este fallo fue dictado con anterioridad a la sanción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

▸ Transporte especial en Entre Ríos

Se analizó en la máxima instancia judicial de la Provincia de Entre Ríos una petición para la provisión del servicio de transporte especial que requería una niña con discapacidad intelectual para acceder a una institución educativa.⁸³ En primera instancia⁸⁴ se había hecho lugar a la demanda, ordenando al Instituto Obra Social de la Provincia de Entre Ríos (IOSPER) que otorgase la cobertura integral para trasladar a la niña. En la apelación, la obra social argumentó que esa prestación excedía el límite de sus obligaciones. Para ello, planteó que la provincia no había adherido al régimen de la Ley N° 24901 y, por lo tanto, aquella norma no le era aplicable.

La situación fáctica era muy difícil para la familia de la niña, ya que carecía de medios para afrontar ese costo por su cuenta y la niña no podía trasladarse sola. Esto fue planteado también por IOSPER, que le alegó que los recurrentes tenían mala fe en su reclamo, ya que la niña no tenía una discapacidad motriz que le impidiera asistir por sus propios medios al establecimiento educativo. Ello porque la obra social había ya otorgado un subsidio por transporte escolar, pero los amparistas planteaban que resultaba insuficiente para solventar ese costo.

Durante el transcurso del proceso se produjo un cambio importante, con la sanción de la Ley Provincial N° 9972, que dispuso que IOSPER

83. "D. N. L. en representación de su hija menor c/ IOSPER y SGPERS/Acción de amparo", Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, 07/07/2011.

84. Juzgado de Familia N° 2 de Paraná.

“tendrá a su cargo con carácter obligatorio la cobertura total de las prestaciones básicas consagradas en la Ley Nacional N° 24901, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas al mismo”. La noción de cobertura integral, incorporada en las leyes nacionales, resulta en estos casos muy favorable a los reclamos de las familias, ya que pueden superar los costos estándares fijados para transporte y obligar a fijar una suma mayor.

En los últimos años, el transporte es uno de los rubros que mayores gastos irroga en materia educativa con relación a prestaciones por discapacidad (como ya se dijo, financiado a través del sistema de seguridad social). Con esos argumentos, el recurso fue rechazado y se confirmó la sentencia que hacía lugar a la cobertura integral de IOSPER del transporte escolar de la niña, sin que el pronunciamiento mencionase a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (con más de tres años de vigencia, al momento de este fallo).

► Reclamo a obra social para el pago de una escuela privada

En la Ciudad de Buenos Aires, un padre, en representación de su hijo menor de edad, demandó a la Obra Social del Personal de Dirección de la Industria Metalúrgica y demás Actividades Empresarias (OSIM), reclamando la cobertura del costo de una escuela privada. Se trataba del padre de un niño con discapacidad intelectual (retraso mental leve), el cual asistía a un establecimiento educativo de gestión privada (Colegio San Lucas) desde hacía varios años. Pero en 2005 el padre presentó el amparo, planteando que requería del pago de la cuota del establecimiento escolar privado para garantizar la continuidad educativa del niño. En primera y segunda instancias el fallo fue favorable a los amparistas;⁸⁵ aquí trataré de sintetizar los argumentos, en referencia al derecho a la educación de las personas con discapacidad. ¿Se trata de una prestación que incumbe a las obras sociales? ¿Forma parte del sistema de prestaciones básicas estatuido en la Ley N° 24901? ¿Es razonable que existiendo un sistema de educación estatal gratuito se deba pagar un colegio privado?

El padre alegó que su hijo presentaba una evolución favorable en cuanto a su socialización y estimulación cognitiva. Este proceso

85. “H. M. A. c/ OSIM s/incidente de apelación”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, 03/03/2005.

requería de continuidad y hubiera significado un retroceso un cambio de establecimiento. En cambio, la obra social ofreció la alternativa de continuidad de los estudios del niño en el sistema estatal. El sistema de prestaciones básicas de atención integral contempla, brinda una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos. Esto surge del texto de la Ley N° 24901, que incluye expresamente (en su art. 13) el transporte escolar. Pero los pronunciamientos judiciales aquí citados interpretaron que también dentro de esas necesidades y requerimientos se hallaba el pago de la cuota escolar. Dentro de su tratamiento terapéutico, los profesionales intervinientes consideraron que su asistencia a la escuela constituía un beneficio para su evolución (si bien no se trata de una patología, susceptible de cura, la estimulación cognitiva contribuye a un mejor desenvolvimiento en sus interacciones sociales).

Fundando su resolución, la Cámara citó varios tratados internacionales de derechos humanos, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. No estaba aún sancionada la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

► Cobertura del costo de una escuela privada

En otro caso similar al anterior, los padres de una niña, representándola, iniciaron una acción de amparo contra la Obra Social Unión Personal, con el objeto de obtener la cobertura del costo de matriculación y cuota mensual en un establecimiento educativo de gestión privada. En primera instancia se hizo lugar al amparo, por lo cual la demandada apeló, pero en el fallo de segunda instancia se confirmó lo resuelto inicialmente.⁸⁶ Los padres solicitaban a la obra social que afrontara la totalidad del costo que insumía enviar a su hija a una escuela privada, el Centro Educativo Nuevo Horizonte. Según planteaban, allí la niña tenía mejores condiciones de aprendizaje que en una escuela estatal. El argumento de la demandada para rechazar ese reclamo era que la prestación de escolaridad en una escuela común no está específicamente contemplada en el Programa Médico Obligatorio (PMO) y que, por lo tanto, excedía de las obligaciones a su cargo. De esta forma, según la obra social

86. "I., J. M. c/ Obra Social Unión Personal de la Unión Del Personal Civil de la Nación s/Amparo de Salud", CNACAF, Sala 1, 11/12//2014.

demandada no existía vulneración de ningún derecho y, por lo tanto, no había condiciones para que prosperara el amparo.

Sin embargo, la Cámara no consideró acertados esos agravios y confirmó la sentencia favorable a la niña. Dado que se había acreditado la condición de persona con discapacidad de la parte actora, según el Tribunal correspondía la aplicación de la Ley N° 24901, en cuanto a que se trataba de la escolaridad, o sea de una prestación básica. Para ello aclaró que esa norma incluye acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindar a las personas con discapacidad una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos. Si bien la norma no especifica que las obras sociales deban pagar la matrícula a una escuela común, sí lo hace respecto del transporte especial para asistir a un establecimiento educacional. El fallo remarca que la Ley N° 24901 está caracterizada por su amplitud en cuanto a prestaciones, cuyo propósito es favorecer la integración social de las personas con discapacidad.

En cuanto a la relación entre la discapacidad de la niña y el beneficio de concurrir a una escuela privada, la sentencia se apoyó en el dictamen de un médico neurólogo, que afirmaba que ella había mostrado una adecuación favorable en la nueva escuela, ya que se comunicaba con un “grupo de compañeros que tienen un nivel mejor...”. Este punto estaba controvertido, ya que la demandada objetaba que no se probara la necesidad de una escuela privada, en lugar de un establecimiento estatal, que no implicase una erogación extra por parte de la obra social. El Tribunal fundó su resolución en la ya citada Ley N° 24901, y también refirió a la Convención sobre los Derechos del Niño para señalar que cualquier medida debe ser tomada según el interés superior del menor. Sin embargo, en ningún momento mencionó a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que llevaba ya varios años de vigencia.

► Asignación de un celador exclusivo a dos niños con Síndrome de Prader Willi

Los padres de dos niños con discapacidad intelectual, de 13 y 9 años, iniciaron una acción de amparo⁸⁷ contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con el propósito de obtener la designación de un celador exclusivo para sus hijos, que cursaban en una escuela estatal

87. “N.G. y otros c/ GCBA s/ Amparo (Art. 14 CCABA)”, Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 7 de la Ciudad de Buenos Aires, 10/02/2006.

de este distrito. Estos niños cursaban sexto y segundo grado respectivamente (en 2005, cuando se inició la acción), en la Escuela N° 9 del Distrito Escolar N° 2, que depende de la Secretaría de Educación del Gobierno de la Ciudad. El objetivo de la demanda era tener una persona exclusivamente encargada de la asistencia dentro del aula, en los recreos y también en aquellas actividades que los niños realizaran en el establecimiento escolar, siempre de acuerdo a sus posibilidades y a las respectivas prescripciones médicas. En el proceso judicial, los amparistas acreditaron la discapacidad de los niños, detallando que ambos padecían “Síndrome de Prader Willi por mutación del centro de imprinting”. Esta patología conlleva una hipotonía con torpeza motora, lo cual hace aconsejable un acompañamiento adulto para ciertos movimientos en la interacción con otras personas. Como ya se dijo antes, este síndrome incluye retraso mental, comportamientos obstinados, accesos de ira y falta de sensibilidad ante el dolor.

La presencia de un celador auxiliar estaba prevista en la legislación local, a través de la Ordenanza N° 47376/1993, situación que fue cumplida por el establecimiento escolar durante algunos años, aunque luego modificó la situación. En 2005, la escuela no alcanzaba con la cantidad de celadores para asignar a uno con exclusividad a estos dos alumnos. En este establecimiento había otros siete niños con discapacidad, por lo cual los cuatro celadores designados no daban abasto. Cabe mencionar que estos cuatro auxiliares se desempeñaban especialmente para los alumnos con discapacidad, y en su designación participaba la Dirección de Educación Especial. La respuesta administrativa consistió en plantear que no era justificable designar a un empleado por cada niño, debido a que podían movilizarse por sí mismos. Ante esta negativa, las familias presentaron una acción de amparo. El amparo fue acogido favorablemente, obligando a la escuela a designar un celador exclusivo para cada uno de estos dos niños.

Las familias se basaron para este pedido en el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el artículo 43 de la Constitución Nacional y en la Ordenanza N° 47376/93. Esta norma incorpora al Estatuto del Docente Municipal (Ordenanza N° 40593, art. 128) el cargo de celador para la atención de niños discapacitados. El fallo y todas esas normas son anteriores a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

► Estudiante con discapacidad motriz quiere ser profesor de educación física

En la carrera de Educación Física de la Universidad Nacional de La Matanza se entabló un conflicto cuando un estudiante con discapacidad motriz reclamó por su inscripción en ese profesorado, sin rendir los exámenes de aptitud deportiva que transitan los demás aspirantes. Asimismo, el estudiante solicitaba ser eximido de cursar esas asignaturas que requerían una actividad física, que él no podría realizar por su discapacidad motriz. El tema no se resolvió en la vía administrativa, por lo cual el estudiante inició una acción de amparo.⁸⁸ La demanda fue entablada contra la Universidad Nacional de la Matanza, alegando que existía una conducta arbitraria, al no permitir el ingreso al Profesorado Universitario en Educación Física.

La institución le había permitido estudiar la Licenciatura en Educación Física, pero no el Profesorado, ya que requería un ingreso consistente en pruebas de rendimientos físicos que no podría realizar por su discapacidad motriz. El joven aspirante se hallaba afectado por una cuadriparesia espástica de carácter permanente, que le impedía pasar los exámenes de admisión de la carrera. La acción de amparo fue admitida, ya que la jueza entendió que existía una conducta discriminatoria, violatoria del derecho a la educación y a la igualdad. Citó la sentencia los artículos 14, 16, y 75, incisos 19 y 23 de la Constitución Nacional. También hay una referencia explícita a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sin embargo, no aparece cuál es la disposición concreta de aquel tratado internacional de derechos humanos que utiliza, ya que el artículo 24 que refiere al derecho a la educación tiene una muy escasa referencia al nivel universitario.

La jueza hizo uso de un concepto debatido en el campo educativo, los “ajustes razonables” consistentes en modificaciones y reemplazos de contenidos que una persona con discapacidad no pueda realizar. En lugar de cumplir con las pruebas que el plan de estudios disponía, este alumno podría cursar otras asignaturas teóricas. La jueza citó como referencia un dictamen emitido por el Instituto Nacional contra la Discriminación, el Racismo y la Xenofobia (INADI), que no tiene

88. “N. E. P. c/ Universidad Nacional de la Matanza s/Amparo”, Juzgado Federal en lo Civil y Comercial y Contencioso Administrativo de San Martín N° 2, 22/11/2013.

competencia sobre las universidades nacionales. En esta sentencia la jueza manifestó que el principal fundamento normativo surge de la Convención, incluso con suficiente intensidad como para avanzar sobre la autonomía universitaria (también de jerarquía constitucional).

▸ Cobertura de una profesora de sordos e hipoacúsicos

La madre de un niño sordo, en su representación, presentó un amparo contra el Instituto de Obra Social del Personal de Entre Ríos (IOSPER), con el objeto de lograr que le cubrieran el costo de una profesora para sordos e hipoacúsicos, que necesitaba para poder desarrollar sus estudios en la escuela primaria. El gasto que demandaba este acompañamiento profesional era imposible de sufragar por la familia de este niño. Este estaba desarrollando un tratamiento, que incluía la adaptación a audífonos, con la asistencia de un equipo de profesionales en psicopedagogía, fonoaudiología y psicología. Sin embargo, la obra social excluyó de la cobertura a una profesora de sordos, alegando que por tratarse de una prestación educativa y no terapéutica, debía ser atendida por el Estado provincial y nacional, por medio del Consejo General de Educación. El argumento de la demandada era que el niño no era afiliado obligatorio de IOSPER y que contaba con la cobertura del Programa Federal de Salud Incluir Salud (PROFE).

En primera instancia se hizo lugar a la acción y se ordenó a la obra social cubrir el costo de la prestación, hasta un tope de \$2.052 mensuales. En forma subsidiaria la obligación recayó en el Estado provincial. El fallo fue apelado y llegó a la máxima instancia provincial.⁸⁹ Allí fue ratificado el criterio de primera instancia, basando tal decisión en lo prescripto en la Ley N° 24901 y la Ley Provincial N° 9891, así como en los artículos 33 y 75 (inc. 22) de la Constitución Nacional, y los artículos 15, 16, 18 y 19 de la Constitución de Entre Ríos. Estos artículos apuntan al reconocimiento del derecho a la vida y a la salud, así como la protección integral de los niños, que incluye de forma esencial al derecho a la educación. El fallo menciona las Leyes N° 24901 y N° 23660. Si bien ya estaba en vigencia la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no fue mencionada.

89. "V. C. P. en nombre y representación de su hijo menor c/ IOSPER y otro s/Acción de amparo", Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, 27/10/2011.

MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

Las medidas de acción positiva promueven un mayor acercamiento a la igualdad real, a través de determinadas prerrogativas en diferentes áreas de la vida social. Como ya fue señalado, están consagradas en la Constitución Nacional para algunos grupos de la población, entre los cuales se hallan las personas con discapacidad. Esta clase de acciones ya estaban previstas en leyes nacionales anteriores, como se verá a continuación, pero su puesta en funcionamiento puede ser objeto de litigios. También se conocen como cláusulas de protecciones especiales o discriminación inversa, y pueden incluir el dictado de normas que procuren la intervención estatal para asegurar una efectiva igualdad. Las medidas de acción positiva tienen una larga tradición jurídica e incluso para las personas con discapacidad, no surgen con la Convención. Por citar algunas normas nacionales, el artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional, la Ley N° 22431, la Ley N° 23462 y la Ley N° 24013, son algunos de los dispositivos que las reconocen. Por otra parte, no todas las medidas de acción positiva que se han desarrollado en nuestro país encuentran su origen en la Convención. Recordemos que en la Ley N° 22431 se eximía de ciertas cargas impositivas a las personas con discapacidad motriz que adquirieran automóviles, lo cual reduce mucho estos costos. También hay espacios reservados en la vía pública para el estacionamiento de vehículos de personas con discapacidad.

En esta sección mencionaré algunos casos en los cuales se solicitan medidas excepcionales con el propósito de salvaguardar derechos, vinculados al acceso a la justicia, el ejercicio del comercio o la posibilidad de participar de un programa para la vivienda o el ingreso al empleo público. En este punto podría afirmarse que las normas argentinas tienen un grado mayor de protección, en cuanto a que establecen un cupo específico en el empleo público y la obligación estatal de brindar determinados beneficios. En la Convención hay varias menciones genéricas acerca de “asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos” en materia de salud, educación, trabajo, accesibilidad, familia, vivienda, protección social y otras áreas, aunque sin dictar medidas específicas. Las medidas de acción positiva pueden tener formas muy diversas, e incluso aquí presentaré algunas en materia procesal, en consonancia con lo ya informado en el capítulo tercero,

sobre las Cien Reglas de Brasilia. La propia idea de medidas excepcionales para un grupo que se halla en una situación de vulnerabilidad propende a la búsqueda real de igualdad, intentando que ese propósito no quede como una enunciación vacía de contenido.

- Prioridad en la concesión para explotación de un comercio

Las personas con discapacidad tienen prioridad para el otorgamiento de la concesión para la explotación de determinados comercios, según lo dispuesto por la Ley N° 22431. Esto ha sido a su vez reproducido en diversos ordenamientos provinciales, por ejemplo la Ley N° 10592 de la Provincia de Buenos Aires. Se trata de pequeños comercios, ubicados en organismos públicos o bien en la vía pública. Este tema ha provocado diversos cuestionamientos, en particular al momento de las renovaciones. Aquí reseñaré lo sucedido a partir de la discontinuidad de una concesión para venta de bebidas y alimentos, en la Plaza Moreno de la ciudad de La Plata, que había sido otorgada en 1992 y cuya renovación, en 1997, fue denegada. Ante las sucesivas denegatorias en la sede administrativa, la persona con discapacidad, titular de esa concesión, recurrió a la vía judicial.⁹⁰ Si bien la Municipalidad no puso en duda la condición de persona con discapacidad del recurrente, alegaba que no había allí un derecho subjetivo que le permitiera continuar con aquella explotación. Aquella concesión tuvo un plazo de cinco años, cumplido el cual correspondía asignar el lugar a otra persona con discapacidad. Sin embargo, la Suprema Corte provincial falló de manera favorable a quien solicitaba la continuidad en la explotación. Se basó para ello en las normas sobre medidas de acción positiva.

En el plano provincial fueron mencionadas la Constitución provincial (art. 36) y la ya citada Ley N° 10592. También se planteó que en esas normas no había pautas acerca del cese de la concesión, lo que debería entenderse de manera favorable a la conservación del puesto de trabajo para quien ocupaba ya cada lugar de explotación. La Suprema Corte hizo notar que la Municipalidad de La Plata debía respetar normas relativas a la estabilidad laboral, la seguridad social y la condición particular en que vivían las personas con discapacidad, para quienes

90. "L., F. F. contra Municipalidad de La Plata. Demanda contencioso administrativa", Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 07/03/2007.

el acceso al empleo es más restrictivo. La prioridad que se asigna a las personas con discapacidad fortalece la equidad en las relaciones sociales. El argumento de la Municipalidad fue que la concesión inicial no había sido otorgada por causa de discapacidad, sino porque el recurrente ocupó el puesto por una cesión realizada por el concesionario original. A su vez, la persona con discapacidad explotaba el pequeño comercio junto a otra persona. Por lo tanto, no se trataría de una renovación a una concesión hecha en los términos de las normas que ordenan acciones afirmativas a favor de personas con discapacidad. Entonces, por ser una nueva concesión, debería ajustarse a los múltiples pedidos formulados por muchas otras personas con discapacidad.

En su voto, el Dr. De Lázzari planteó la dificultad de la Administración para priorizar a algunos ciudadanos en detrimento de otros, aun cuando todos sean personas con discapacidad. La cuestión de contar con medios escasos para distribuir abre un interrogante sobre la forma de administrar las medidas afirmativas. En este caso, el recurrente pretendía que se le asignara el mismo puesto que ya poseía, en un lugar de intenso tránsito de público y, por lo tanto, de mayor rentabilidad. Sin embargo, la Suprema Corte no consideró razonable tal exigencia, aunque se le ordenó a la Municipalidad que buscara alternativas para proveer a esa persona con discapacidad un lugar para explotar un pequeño comercio.

▸ Recurso *in forma pauperis*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió un recurso extraordinario a pesar de las carencias que tenía en cuanto a su formalidad, y también con relación a los argumentos allí expresados.⁹¹ Se trató de un caso en el cual el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Entre Ríos se pronunció contra un reclamo porque había caducado el plazo para que el Defensor de Pobres y Menores presentase los fundamentos. Este tribunal remarcó que no se había alegado una razón de urgencia, que afectara de forma inminente y grave la salud de la peticionaria. Contra ese pronunciamiento, la actora dedujo un recurso extraordinario, pero lo hizo *in forma pauperis*, sin fundamentación autónoma, sin aclarar que había cuestión federal y de gravedad extrema.

91. "Q. V. c. / IOSPER s./Su presentación", CSJN, 23/02/2012.

El tema en debate era una acción de amparo contra el Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos (IOSPER), promovida por una mujer, en representación de su hija con discapacidad, de escasos recursos económicos. Solicitaba que su hija fuera mantenida en condición de afiliada a la obra social, a pesar de haber cumplido los veinticinco años. La obra social denegó la petición, alegando una patología preexistente (hidrocefalia por bloqueo del espacio subaracnoideo). En primera instancia la demandada solicitó la caducidad del amparo iniciado, ya que había sido iniciado cuatro meses después de la notificación de la denegatoria por vía administrativa. Sin embargo, el juez de primera instancia hizo lugar al amparo, y obligó a la obra social a la afiliación requerida.

Planteó el fallo de la Corte que en este caso se justificaba el apartamiento del excesivo ritualismo, porque se hallaban comprometidos derechos constitucionales como la vida y la salud.⁹² De allí que, si bien no se trataba de una petición recursiva informal, suscripta por quien está privado de su libertad y sin asistencia letrada, la difícil situación de la actora podía equipararse a aquella otra circunstancia. El fundamento legal se basó especialmente en las Reglas de Brasilia, acerca del acceso a la justicia de las personas con discapacidad, en consonancia con la Constitución Nacional, en cuanto a la protección integral de la salud, la familia y la igualdad de oportunidades para personas con discapacidad. También se citó la Ley provincial N° 9891, la Ley N° 24901 y los siguientes tratados internacionales de derechos humanos: Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Pacto de San José de Costa Rica y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos.

▸ Forma de pago de una indemnización

El Estado nacional fue condenado en un juicio ordinario al pago de una indemnización por daños y perjuicios, a favor de una persona con discapacidad. El motivo de la acción fue un accidente de tránsito ocurrido en 1991, que motivó la responsabilidad extracontractual del Estado a favor de la víctima del hecho. La forma de pago de esa indemnización es

92. Esta no es una postura nueva en la Corte: Fallos: 327:5210; 329:1226; 330:4647; 332:1200; 333:380.

fijada por la Ley N° 23982 a través de bonos, que se cobrarían de forma escalonada. Ante esta forma de pago, la parte actora alegó la inconstitucionalidad de esa modalidad de pago en este caso, debido a la urgencia con que se necesitaba la disposición plena de los fondos para atender a una persona con discapacidad en grave estado de salud.

En primera y segunda instancia se hizo lugar al pedido de la parte actora, obligando al Estado a depositar la suma total. Estas resoluciones fueron apeladas, lo cual llevó, a través del recurso extraordinario, a que tomase intervención la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁹³ El Máximo Tribunal confirmó lo resuelto en las instancias inferiores, teniendo en cuenta la condición de persona con discapacidad. En otros casos se habían hecho excepciones a la forma de pago diferida, a partir del derecho a la vida y a la salud, ya que el crédito reviste carácter alimentario. La Ley N° 25344 permitía las excepciones para el régimen de consolidación, cuando hubiera situaciones de desamparo e indigencia, o el crédito adquiriera características de prestación alimentaria. Para los jueces, la condición de persona con discapacidad podía ser equiparable, en cuanto a la necesidad acuciante, con aquellas características. La Corte citó entre sus fundamentos a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

▸ Vivienda en la Ciudad de Buenos Aires

La madre de un niño con discapacidad solicitó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que se los incluyera a ambos en un programa social para la adquisición de una vivienda. Ante la denegatoria, la mujer inició, en representación de su hijo menor de edad, una acción de amparo ante la justicia de la Ciudad de Buenos Aires. La conducta ilegítima que denunciaba era la denegación de inclusión en materia de vivienda y la falta de alternativas para salir de lo que se denominó “situación de calle” de ella y de su hijo con discapacidad. Esto, según la amparista, violaba sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad y la vivienda, reconocidos en la Constitución Nacional y en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. En primera instancia, la jueza resolvió favorablemente esta acción de amparo, por lo cual el fallo fue apelado. En la Sala II de la

93. “M. M. M. G. c/ Ministerio de Economía (Estado Nacional) s/incidente - familia”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 05/07/2011.

Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires se confirmó el criterio, y se ordenó el pago de un subsidio que fuera suficiente para afrontar los gastos de alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad para el grupo familiar.

Ante una nueva apelación, el caso pasó a la resolución del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, que rechazó los argumentos de la instancia previa, y devolvió el expediente para que se resolviera de conformidad con los criterios que el Máximo Tribunal de la Ciudad había fijado. Así, utilizando los criterios del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se dijo que los Estados Partes no tienen la obligación de proporcionar vivienda a cualquier habitante. En cambio, la obligación es la de fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda.

En cuanto a las medidas de abrigo, las autoridades gubernamentales deben proporcionar una solución para aquellas personas en situación de calle, tales como albergues o paradores, pero no estrictamente una vivienda. Esta resolución del Tribunal Superior de Justicia fue apelada por la amparista, a través de un recurso extraordinario, que llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación luego de haber sido rechazado por el Tribunal Superior, pero admitido el recurso de queja.⁹⁴

La Corte volvió entonces al criterio de las dos primeras sentencias, y revocó el fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se basó para ello en las prescripciones de la Constitución Nacional, en relación al acceso a los beneficios de la seguridad social, que tendrían carácter de integral e irrenunciable. Dentro de estos beneficios tiene un lugar especial el derecho a la vivienda digna, consagrado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. A su vez, este derecho debe ser reforzado para grupos que vivían situaciones de vulnerabilidad, mencionados en el inciso 23 del artículo 75 del mismo texto, y que incluye expresamente a las personas con discapacidad y a los niños. También fueron mencionados otros tratados internacionales de derechos humanos incorporados al inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional y, además, por supuesto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención

94. "Q. C. S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo. Recurso de hecho", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24/04/2012.

Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

► Vivienda en Santa Fe

Un interesante caso para analizar el alcance de las medidas de acción afirmativa es si las personas con discapacidad tienen, por esa sola condición, el derecho a ser seleccionados en los planes gubernamentales de viviendas sociales. Si uno de los requisitos para acceder a estos planes es la vulnerabilidad social, la discapacidad debería ser considerada como una desventaja. Como ya fue mencionado, las personas con discapacidad suelen tener una desventaja respecto de las posibilidades de ingreso al mercado del trabajo. Esta cuestión tuvo tratamiento en sede judicial en la Provincia de Santa Fe,⁹⁵ cuando una persona con discapacidad presentó un amparo con la petición de adjudicación de una vivienda nueva o recuperada.

En aquel caso se debatió si podía eximirse a una persona con discapacidad de los requisitos solicitados a los postulantes a viviendas a través de planes sociales específicos. El amparista llegó hasta la instancia de la Corte Suprema provincial y obtuvo en todos los casos una respuesta negativa. Su planteo era que la Provincia de Santa Fe omitía el cumplimiento de su deber constitucional al no garantizar el derecho a una vivienda digna a un niño con discapacidad, lo cual podría hacer incorporando a la familia a “cualquier plan habitacional”. La demanda enfatizaba en sus argumentos las citas a los artículos 14 bis de la Constitución Nacional, 21 de la Constitución Provincial, y 27 y 11, inciso 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Corte, sin embargo, recomendó en sus considerandos al Poder Ejecutivo que para futuras adjudicaciones contemple un cupo preestablecido para “asignar a familias con niños discapacitados”. Como he señalado arriba, la demanda no se fundó en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que también incluye en su artículo 19 el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. Ese tratado internacional de derechos humanos no se había sancionado aún al momento de la presentación del amparo.

95. “C. J. M. y otra c/ Provincia de Santa Fe s/Amparo”, CSJPSF, 28/11/2007.

▸ Vivienda en Río Negro

Un habitante de la ciudad de General Roca, Provincia de Río Negro, presentó un amparo ante el Instituto de Planificación y Promoción de la Vivienda (IPPV), para que se le otorgase prioridad en la adjudicación de una vivienda adecuada, ya que en su grupo familiar había una hija con discapacidad intelectual (síndrome de Down y de West). En primera instancia la resolución fue favorable al amparista,⁹⁶ pero aquella decisión fue objeto de apelación, que fue tratada por el Superior Tribunal de Justicia provincial.⁹⁷ La situación de la niña era delicada en cuanto a su salud, ya que requería asistencia mecánica por tiempo prolongado, con traqueotomía por sus reiteradas neumonías y un deterioro de su estado nutricional. Su progenitor había iniciado el trámite ante el IPPV un año atrás, sin respuesta todavía al momento del amparo. La demandada respondió que era necesario cumplir con la normativa que fija el procedimiento para la adjudicación de planes de viviendas. Asimismo, señaló que el amparista no cumplía con los requisitos que fijaba ese organismo estatal para el otorgamiento de un plan. Se trataba de requisitos básicos que se aplican a todos los aspirantes, de allí que alegase el IPPV que no había ninguna clase de discriminación. Sin perjuicio de ello, reconoció que existía una pauta de prioridad para el acceso a la vivienda por parte de las personas con discapacidad, según surgía del artículo 57 de la Ley D N° 2055. Tal norma, en su reglamentación, fijaba un mecanismo para este acceso, que daba intervención al Consejo Provincial de las Personas con Discapacidad, a efectos de evaluar el orden de prioridades. De allí que otorgar por vía judicial un plan para una vivienda hubiera significado saltar ese procedimiento, con el listado de personas con discapacidad que habían realizado tales trámites.

La defensa del amparista, asumida por la Defensora de Pobres y Ausentes, a la cual se suma la Defensora de Menores e Incapaces, planteó que correspondía rechazar la apelación, en virtud del interés superior de la niña, del derecho al acceso a la vivienda y del derecho a la salud. En el dictamen de la Procuradora, se argumenta que se pueden hacer excepciones a la política habitacional y que, en este caso, se

96. Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 3 de la II Circunscripción Judicial, con asiento de funciones en la ciudad de General Roca.

97. "F. V. R. s/Amparo (IPPV) s/Apelación", Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, 05/06/2013.

justificaba eludir el procedimiento habitual para las adjudicaciones. En consecuencia, el Tribunal asumió ese criterio y, de conformidad con los principios *pro homini* y *favor debilis*, emanados de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, rechazó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. Por lo tanto, se ordenó al Estado provincial que brindara una solución habitacional inmediata a los amparistas, bajo la modalidad que se estimara más conveniente. A pesar de estar vigente la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no fue mencionada entre los fundamentos.

► Necesidades básicas insatisfechas de una persona con esclerosis múltiple

En Buenos Aires, en 2006, un hombre con esclerosis múltiple solicitó el otorgamiento de un subsidio por parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a través del programa “Ciudadanía Porteña, con todo derecho”.⁹⁸ Estaba inscripto en un registro laboral, pero sin resultados favorables. Por ello, inició una acción de amparo, que fue concedida.⁹⁹ El objeto de la medida era su reincorporación al programa citado u otro que le brindara un subsidio equivalente. El fundamento de la sentencia fue que el caso analizado encuadraba en las características requeridas por aquel programa, en cuanto a proveer acceso a la alimentación a personas que viven solas, privadas de un hogar, en situación de vulnerabilidad social. Tal situación se evalúa por indicadores como los ingresos, situación de mujeres embarazadas o niños, adultos mayores de sesenta y cinco años y quienes tengan personas con necesidades especiales a cargo (debe interpretarse que refiere a personas con discapacidad).

En cuanto hubo quedado acreditada la discapacidad del amparista, la sentencia obligó al Gobierno de la Ciudad a otorgarle la condición de beneficiario de ese programa u otro equivalente, que le permitiera cubrir sus necesidades básicas. Citaba el fallo como fundamentos normativos a la Constitución Nacional (art. 75, incs. 22 y 23), tratados internacionales de derechos humanos (sin mencionar específicamente a ninguno, pero resaltando el valor de la vida y la salud). Este fallo

98. La Ley N° 1878 establecía la asignación de un subsidio para subsanar necesidades básicas insatisfechas.

99. “V.V.E. c/ Ministerio de Derechos Humanos y Sociales s/amparo (art. 14 CCABA)”, Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2, 20/11/2006.

fue anterior a la sanción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

- Tope de extracción de saldo en una caja de ahorro por discapacidad

En materia de acciones afirmativas, hay muchas situaciones en las que las personas con discapacidad deben recibir un trato diferencial. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que los topes para extraer dinero de una caja de ahorro no se aplicaban a las personas con discapacidad.¹⁰⁰ El Juzgado Federal Civil y Comercial de Primera Instancia N° 2 de San Martín había hecho lugar a una medida cautelar que solicitó una persona con discapacidad, que demostró que tenía serias dificultades de salud, que describió como una esclerosis lateral amiotrófica. Durante la tramitación del amparo, el actor se hallaba en situación de internación domiciliaria, con asistencia médica permanente. Su estado de salud, con neumonía aspirativa de carácter grave, requería de la disposición inmediata de sus bienes. Con tal fundamento, el Máximo Tribunal ordenó que respecto de los actores se suspendiera la aplicación del inciso a del artículo segundo del Decreto N° 1570/01, para que pudieran extraer su dinero de la caja de ahorro y el plazo fijo que poseían en un banco privado.

En ese momento no estaba vigente aún la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aunque sí la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, pero aun así no fue mencionada como la norma en la que se apoyaba la decisión.

- Evaluación de idoneidad para el puesto de enfermero

Una persona con discapacidad auditiva reclamó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a través de un amparo, que lo contratasen para realizar tareas de enfermero. Planteó que estaba desempleado y que quería hacer valer la prioridad en la contratación de personas con discapacidad, reconocida en diferentes normas tanto a nivel nacional como en esa ciudad. En primera instancia el amparo fue admitido y se le ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que incorporase, con carácter prioritario, al amparista en un puesto de enfermero en el Hospital

100. "A., M. c/ P.E.N. s/amparo", CSJN, 23/04/2002.

de Agudos “Francisco Santojanni”. Se aclaró que esa designación sería provisoria, hasta tanto se sustanciaran los concursos para acceder a tal cargo. La disposición judicial hacía que el amparista eludiera de forma provisoria el proceso del concurso, pero contemplaba una evaluación de idoneidad. El actor había realizado un curso de enfermería para auxiliares, un año antes, en el marco de un programa de capacitación laboral de Subsecretaría de Gestión Social y Comunitaria del Gobierno; de allí su intención específica de obtener el cargo.

Contra esta decisión, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires apeló, argumentando que ya se había sancionado una norma específica, la Ley N° 1502 (LCABA), que reglamentaba la forma en que la Administración incorporaría a personas con discapacidad a su planta de empleados. Además, se agravió en la falta de necesidad de personal en aquel nosocomio, cuestión que no habría sido acreditada (ni por la afirmativa ni por la negativa). También pretendió el Gobierno plantear que se hallaba congelada la planta de empleados. Sin embargo, en segunda instancia el fallo fue confirmado.¹⁰¹ El único cambio respecto de la sentencia de primera instancia fue que se dio al Gobierno de la Ciudad la posibilidad de designar al amparista en cualquier otro nosocomio o centro asistencial, tomando en cuenta las demandas operativas de auxiliares de enfermería.

Entre los fundamentos normativos para reconocer una medida de acción positiva, se destacaron los artículos 16, 33 y 75, incisos 19 y 23 de la Constitución Nacional, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,¹⁰² la Ley N° 1502 y su decreto reglamentario 812/5. Al momento de este fallo no estaba vigente la Convención sobre los Derechos de las

101. “M. J. C. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo”, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, 30/08/2006.

102. “La Ciudad garantiza un régimen de empleo público que asegura la estabilidad y capacitación de sus agentes, basado en la idoneidad funcional. Se reconocen y organizan las carreras por especialidad a las que se ingresa y en las que se promociona por concurso público abierto. Asegura un cupo del cinco por ciento del personal para las personas con necesidades especiales, con incorporación gradual en la forma que la ley determine. En todo contrato de concesión de servicios o de transferencia de actividades al sector privado, se preverá la aplicación estricta de esta disposición” (art. 43).

Personas con Discapacidad. Sin embargo, vemos que aquí se siguió un criterio concordante a partir de la Constitución de la Ciudad, pero también tomando en cuenta antiguas normas sobre prioridad en el empleo público, una de las cuales se remonta a más de tres décadas atrás, la Ley N° 22431.

- Cargo de camillero para una persona con discapacidad intelectual

Los padres de un joven con discapacidad se presentaron a través de un amparo contra la Provincia de Buenos Aires, solicitando empleo público para su hijo. Se trataba de un hombre de 20 años de edad, con retraso mental leve y que prestaba colaboración (no remunerada) en el Hospital Zonal General de Agudos “Gobernador Domingo Mercante”, ubicado en la localidad de José C. Paz, y perteneciente al Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires. El padre se desempeñaba en ese nosocomio en calidad de médico, por lo cual desde 2001 su hijo colaboraba con él, en tareas no remuneradas. En 2002, el director del hospital solicitó el nombramiento del joven, para cubrir la vacante de camillero. Sin embargo, esa propuesta no prosperó por el congelamiento en las vacantes de la administración pública. De allí que los padres, en representación de su hijo con discapacidad intelectual, acudieran por la vía del amparo para solicitar ese puesto laboral.¹⁰³

La resolución en la acción de amparo fue favorable a la petición de la persona con discapacidad, y se ordenó a la administración provincial que le diera empleo como camillero en el nosocomio solicitado. Antes, el amparista debía realizar un examen de idoneidad, para demostrar que podría cumplir con las tareas que abarcaba ese empleo. Esta condición no era superficial, ya que implicaba asegurar que el empleado contara con la idoneidad suficiente para el cargo.

El juez citó el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional, y los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por nuestro país. En particular mencionó la Convención Interamericana sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad. También recordó que diversas normas nacionales y provinciales apuntan a la contratación preferente de personas con

103. “T. M. J. M. y otro/a c. Ministerio de Salud s/Amparo”, Juzgado N° 1 en lo Contencioso Administrativo de La Plata, Provincia de Buenos Aires, 08/06/2007.

discapacidad en la Administración Pública: la Ley N° 22431 (que crea el Sistema de Protección Integral de las Personas Discapacitadas) y la Ley N° 23462 (que aprueba el Convenio 159 de la OIT sobre readaptación profesional y empleo de personas inválidas), así como la Ley N° 24013 (que instituye Programas Especiales de Empleos para discapacitados). Finalmente, a nivel local, el artículo 36 de la Constitución Provincial, la Ley Provincial N° 10592 y la Ley N° 13508.¹⁰⁴

▸ Interés indirecto para cuestionar una omisión de la Administración

Una de las vías para interponer una acción es el amparo colectivo (tema ya tratado anteriormente, en el título “Acciones de clase”). Así, esta vía se utilizó para reclamar, por medio de un amparo colectivo interpuesto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que el Jefe de Gobierno diera cumplimiento al artículo 43 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Sin embargo, en primera instancia fue rechazado este amparo bajo el fundamento de una presunta falta de acreditación de un interés directo. Así, la jueza de primera instancia expresó que quien se presentaba no había acreditado ser una persona con discapacidad, ni tampoco que la Administración hubiera obstaculizado o denegado de manera irregular su ingreso al régimen de empleo público. Por lo tanto, la jueza entendió que no existía una omisión ilegítima que justificara la acción intentada y rechazó el amparo colectivo.

Ante tal rechazo, se realizó la correspondiente apelación y se indicó que el artículo 14 de la Constitución local permite un nuevo tipo de amparo, que reconoce una legitimación más amplia que el que legisla la Constitución Nacional. Por lo tanto, su afectación por cualquier medida discriminatoria no exigía que él mismo fuera una persona con discapacidad. La calidad de habitante de la Ciudad habilita entonces a cuestionar la constitucionalidad de actos u omisiones de la Administración. Por ello, la Cámara revocó el fallo de primera instancia y le reconoció legitimación al amparista, en los términos del artículo 14

104. Esta norma establece que la Provincia de Buenos Aires, sus organismos descentralizados, empresas del Estado, municipalidades, entidades de derecho público no estatales creadas por ley y empresas privadas subsidiadas por el Estado deben contratar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al cuatro por ciento de la totalidad de su personal. También obliga a establecer reservas de puestos de trabajo que serán ocupados exclusivamente por ellas.

de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, para cuestionar la omisión de la Administración en el cumplimiento de la prioridad en el empleo para personas con discapacidad, que deben cubrir al menos el cinco por ciento de los agentes.¹⁰⁵

▸ Empleo público en Río Negro

También en un caso sobre empleo público (nacional), en la Provincia de Río Negro, se utilizó como fundamento legal el artículo 8 de la Ley N° 22431. Recordemos que esa norma asigna prioridad en la asignación del empleo público a las personas con discapacidad, y ha sido objeto de reclamo en diversas jurisdicciones dentro de la República Argentina. En este caso, se demandaba un lugar en la justicia federal de aquella provincia. Una persona hipoacúsica bilateral profunda se presentó, a través de un recurso de amparo, ante un juez en la Provincia de Río Negro para solicitar que el Poder Judicial nacional reglamentase y pusiera en ejecución esa prioridad de contratación de personas con discapacidad, para alcanzar, al menos, el cupo del cuatro por ciento (4%) que establece la ley. En primera instancia se le hizo lugar, con el planteo de que no había ninguna justificación a la dilación. Tal pronunciamiento fue apelado, por lo cual tomó intervención la Cámara Federal de la ciudad de General Roca, ya que el demandado era el Estado nacional.¹⁰⁶ En el fallo de segunda instancia se mantuvo el criterio a favor del reclamo de la persona con discapacidad. El pronunciamiento ordenaba que se buscaran tareas en cada organismo público para que pudieran ser llevadas a cabo por personas con discapacidad, siempre tomando en cuenta la idoneidad de cada postulante.

La respuesta que ofreció el Estado nacional consistió en explicar que se estaba intentando dar satisfacción al requerimiento, a través del diseño de políticas activas que contemple la incorporación de personas con discapacidad como empleados de la Administración. En cuanto a la demanda concreta, que aludía al proyecto de Régimen de Ingreso a la Carrera Judicial, esta norma debía ser debatida también con los representantes del gremio de empleados judiciales. En tal proyecto, se

105. “B., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo”, Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 05/02/2007.

106. “B., D. H. c/ Estado Nacional s/Acción de amparo”, Cámara Federal de Apelaciones de General Roca (Río Negro), 26/10/2007.

contemplaba un cupo del cinco por ciento (5%) de vacantes para personas con discapacidad, o sea, superior al estipulado en la Ley N° 22431. Más allá de este reconocimiento al derecho en términos teóricos, este amparo no resultó el medio idóneo para obtener un resultado concreto.

▸ Cese de la relación laboral de persona con discapacidad

Presentaré a continuación una medida de acción positiva referida a la reinstalación en el puesto de trabajo de una persona con discapacidad. Se trató de un trabajador de la empresa Yacimientos Petrolíferos Fiscales, entidad que varió su situación jurídica en varios momentos de la historia reciente argentina, debido a sucesivas privatizaciones y estatizaciones. Esto tiene relevancia a efectos de fijar si es de aplicación o no la Ley N° 22431 (en su redacción al tiempo de este litigio). La Sala II de la Cámara de Apelaciones de La Plata confirmó lo expresado en primera instancia y, además, denegó el recurso extraordinario, por lo cual la parte vencida se presentó en queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pero, transcurrido el plazo para instar el procedimiento sin movimientos procesales, se procedió a declarar la caducidad de instancia y el fallo quedó firme.¹⁰⁷

Los jueces confirmaron que, al tiempo del ingreso del trabajador, la empresa YPF, en tanto sociedad del Estado, encuadraba en lo previsto por la Ley N° 22431. Por lo tanto, esa condición le otorgaba una protección adicional en cuanto a su estabilidad. La empresa no llegaba al 4% de empleados con discapacidad en su planta de personal; incluso estaba muy lejos de ese porcentaje. A pesar de no haber ingresado el trabajador a la firma acogiéndose al artículo 8 de la Ley N° 22431, igualmente debería considerárselo para conformar el 4% que requiere ese mismo artículo.¹⁰⁸ El argumento principal de la empresa fue que no se trató de un acto discriminatorio, sino de una reestructuración, en el marco de un proceso de reforma. El trabajador no alegaba que su despido fuera por causa de su discapacidad, sino que se trató de un proceso que alcanzó a miles de colegas de la misma empresa. Por lo tanto, la discriminación provenía de una omisión, al no haber otorgado la empresa una protección adicional, más intensa, a una persona con discapacidad. Según esta interpretación de la norma, no se trataba solamente

107. "C., L. E. c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales", PGN, 19/09/2002.

108. Otras normas citadas en la sentencia de Cámara fueron las Leyes N° 23462, N° 23592, N° 24013, N° 24465, así como el Decreto N° 1027/94.

de hacer ingresar a la persona con discapacidad al empleo público, sino en darle protección y estabilidad, incluso con preeminencia respecto de los demás trabajadores. Hoy en día estaría fuera de discusión que el trabajador de una empresa privada, a cargo de la concesión de un servicio público, está comprendido por el artículo 8 de la Ley N° 22431. Este conflicto fue anterior a la modificación que surgió de la Ley N° 25689, que modificó la Ley N° 22431, y así amplió la lista de sujetos obligados a dar prioridad de contratación a empleados con discapacidad.

DISCAPACIDAD Y FAMILIA

Como veremos a continuación en varios de los fallos seleccionados, hay medidas estatales que impactan de forma trascendente en un proyecto familiar. Uno de los aspectos más polémicos de la intervención estatal es la declaración del estado de adoptabilidad de los hijos de mujeres con discapacidad intelectual, sumado a la falta de previsión de un régimen de visitas adecuado y efectivo. Este será uno de los temas que se tratarán en este segmento, a través de varios casos en los cuales no se prestó la debida atención a esa obligación. Para poder cotejar con los estándares solicitados por la Convención, transcribiré lo dispuesto en este punto:

Artículo 23. Respeto del hogar y de la familia:

1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:
 - a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges;
 - b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos;
 - c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.

2. Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.
3. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias.
4. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.
5. Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar.

Los impedimentos para contraer matrimonio siguen siendo un problema en el caso de aquellas personas con discapacidad mental o intelectual. Sin embargo, veremos cómo, aun con la redacción del anterior Código Civil, los jueces podían autorizar estos matrimonios, como surge de la lectura del primer fallo presentado a continuación. El actual Código Civil y Comercial brinda una solución más directa, a través de la dispensa judicial.

▸ Matrimonio de dos jóvenes con discapacidad intelectual

Un joven, mayor de edad, con discapacidad intelectual y sobre quien se había dictado una declaración de insania (actualmente sería una restricción para obrar por sí mismo para algunos actos), solicitó contraer matrimonio. Esta persona concurría a un taller protegido, en

la Municipalidad de Miramar, donde compartían con su novia las labores vinculadas a la venta de mercadería de kiosco, tanto en un local como en la vía pública. La novia también era una persona con discapacidad intelectual, mayor de edad, y el noviazgo era de tres años al momento del pedido de matrimonio. Esta solicitud a la autoridad judicial se realizó a través de su representante legal (en aquel momento, curadora), que formuló la petición ante el juzgado competente. Antes de dar esa autorización, se realizaron varias medidas para comprobar que ambos tuvieran en claro las principales responsabilidades que tal decisión acarrearía, así como para saber si contaban con el apoyo de sus respectivas familias.

El Código Civil argentino vigente hasta 2015 tenía entre los requisitos para contraer matrimonio el de prestar el consentimiento libre y pleno. Sin embargo, la jueza autorizó la celebración, basándose en la Convención Interamericana contra Toda las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como también en el resto de los instrumentos que componen el bloque de constitucionalidad federal, que reconocen el derecho a contraer matrimonio y formar una familia.

Además de las audiencias en las cuales se entrevistó a los peticionantes, se realizaron pericias psiquiátricas, de donde se constató que la situación de discapacidad intelectual no había variado, y que se trataba de personas con “escasa asociación de ideas, y muy pobre abstracción”, así como un muy escaso nivel de autovaloramiento. Sin embargo, esto no les debía quitar su derecho a unirse en matrimonio. En el informe socio-ambiental surgió que los contrayentes pasaban juntos muchas horas diarias y se conocían bien. Asimismo, se analizó el entorno familiar, que brindaba diferentes apoyos y lo seguiría haciendo luego de la celebración del matrimonio. Claramente, este consentimiento, expresado a través de un representante, debía ser originado en una expresión de deseo clara y bien articulada por parte de la propia persona, ya que se trataba de un acto personalísimo y no podría ser decidido por un tercero.

La autorización judicial fue concedida y se realizó el matrimonio. En este fallo se hizo mención a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Curiosamente, hay que decir que este

instrumento, en su artículo 23, también exige el consentimiento libre y pleno para contraer matrimonio.

▸ Solicitud de prisión domiciliaria por tener una hija con discapacidad

Una madre, que había sido condenada a una pena privativa de libertad, solicitó el cumplimiento de prisión domiciliaria, ya que tenía una hija con discapacidad. Se trató de un caso planteado en la Provincia de Córdoba,¹⁰⁹ cuando una mujer fue condenada por delitos de falsificación de documento público a una pena de tres años y nueve meses de prisión. Ante esto, planteó que tenía una hija con discapacidad intelectual y, por lo tanto, reclamaba el cumplimiento en su hogar. Fundó su reclamo en el artículo 32 de la Ley N° 24660, sustituido por el artículo 1 de la Ley N° 26472.¹¹⁰ Este último inciso incorpora una situación novedosa, que pondera la necesidad de mantener el vínculo directo para los cuidados que demanden tanto un niño de menos de cinco años, como una persona con discapacidad, agregando en este caso que debe estar a su cargo.

La condición de persona con discapacidad en este caso había sido acreditada por medio de un certificado de discapacidad otorgado por la Junta Certificadora de Discapacidad del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba (Hospital Misericordia), que explicitó que se trataba de una “deficiencia de 902, discapacidad 15/22.9 y minusvalía de 1.5/4.5/6.4, y requiere acompañante, según los postulados de la ley nacional N° 23876 (art. 1)”. Los informes socio-ambientales habían confirmado que efectivamente la madre era el sostén de su hija, y que la detención obligó a cambios negativos para la niña, que atravesaba una edad delicada, ya que ingresaba a la adolescencia. Las dificultades cognitivas de la joven con discapacidad intelectual hacían que fuera aún más arduo atravesar esa etapa de la vida alejada de su principal referencia afectiva y de crianza. Cabe aclarar que también el padre de la joven estaba privado de su libertad.

El principio de personalidad de la pena (o principio de intrascendencia de la pena) implica que no debe pagar otra persona por los

109. “A., R. S. y otros - Ejecución de pena privativa de la libertad” - JUZGADO DE EJECUCIÓN PENAL DE 3ª NOMINACIÓN DE CÓRDOBA, 20/07/2009

110. “Art. 32: El juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: ... f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo”.

hechos realizados; esto surge como una larga evolución del Derecho Penal.¹¹¹ O sea, nadie debe sufrir el castigo por un hecho ajeno; la responsabilidad penal no debe extenderse, lo cual sucede cuando algunas medidas mortifican de manera irrazonable a miembros del grupo familiar que se hallan en una situación de particular vulnerabilidad social, como en el caso de las personas con discapacidad. Si bien la joven se hallaba viviendo con una tía, esa circunstancia provocó una situación de mayor aislamiento y profundización de su deterioro cognitivo, en un momento clave de su vida. La discapacidad intelectual no tiene un tratamiento que dé por finalizada la situación, es una condición de por vida. Pero el adecuado entorno facilitador colaboraba para una mayor estimulación en las relaciones sociales. La joven contaba con una pensión por discapacidad y el vínculo con la tía era bueno, ya que mantenía sus actividades cotidianas lo más similares posible a la situación previa a la detención de su madre.

El juez de ejecución de sentencia podría disponer de la prisión domiciliaria. En este caso, realizó un examen de la situación, apoyándose en los informes periciales y los testimonios sobre cómo era el rol materno antes del encarcelamiento. De allí que surgieran apreciaciones negativas sobre la forma de ejercer las tareas de cuidado y crianza de la niña. Según los informes, la figura materna se presentaba como “abandonica, indiferente, despreocupada y descuidada, en particular en relación a su hija”. Por el contrario, los informes sobre el cumplimiento de la tarea de tutora de la tía son muy favorables: enuncian un cuidado atento y dedicado. Por ello, el juez cordobés rechazó el pedido de prisión domiciliaria.

- ▶ Daño moral por falta de reconocimiento de paternidad a una niña con discapacidad

La falta de reconocimiento de la paternidad acarrea sanciones para el progenitor renuente; aquí veremos cómo fue incorporado a un caso el hecho de la discapacidad de una niña no reconocida. Se trató de un proceso de filiación, que incluía un reclamo de indemnización por daño moral, consecuencia del reconocimiento tardío de la paternidad.¹¹²

111. La sanción “... no puede trascender de la persona del delincuente” (art. 5.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

112. “P. M. F. c/ L. O. F. s/filiación - ordinario”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 10/09/2007.

El demandado se allanó luego de la pericia que comprobó el vínculo biológico. Sin embargo, el reclamo resarcitorio se mantuvo, aunque fue rechazada la pretensión en primera y segunda instancia. El rechazo de la pretensión indemnizatoria se basó en la falta de acreditación de un daño cierto, considerando la corta edad de la niña y el allanamiento del progenitor luego de la pericia genética. Entre los fundamentos legales que fueron citados, aparecen diversas prescripciones del Código Civil (aún vigente en ese momento, previo a la sanción del actual Código Civil y Comercial), en relación con el proceso de filiación, así como también la Convención sobre los Derechos del Niño, pero no la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

► Intimidad familiar ante la difusión pública de una intervención quirúrgica

En la ciudad de Mercedes, los padres de una niña con discapacidad, que había sido intervenida quirúrgicamente, demandaron al Semanario “Protagonistas”, de esa ciudad, por difundir detalles de la condición de la niña. El semanario difundió que la niña había sido diagnosticada con una enfermedad denominada “ataxia de Friedreich”, que producía “daño, discapacidad y minusvalía total permanente”. También informaron que la niña tenía una discapacidad visceral y motora. La familia consideró que se violaba la intimidad de la niña, así como también la del núcleo familiar.

En primera instancia se dieron por probados el daño y el nexo causal, por lo tanto se condenó al medio periodístico a indemnizar a los padres. El fallo fue apelado, por lo cual se pronunció la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial.¹¹³ En esa sentencia se ratificó que correspondía una indemnización por daño moral, tanto para la niña como para sus progenitores. La defensa alegó que la situación de salud de los niños era ampliamente conocida entre la comunidad. Sin embargo, el fallo destacó el respeto y cuidado en la difusión que debe tenerse cuando se trata de niños con discapacidad.

El fallo se fundó en normas constitucionales (arts. 14 y 19) y en diversas normas protectorias de los derechos del niño, como la Ley N° 26061, la Convención sobre los Derechos del Niño y otros tratados

113. “S. E. D. y ot. c/ I. H. R. R. y ot. s/Daños y perjuicios”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes (Provincia de Buenos Aires), Sala II, 28/06/2012.

internacionales de derechos humanos, pero no mencionó a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

▸ Alimentos urgentes para tratamiento psiquiátrico

La obligación alimentaria puede verse intensificada si quien debe recibirlos es una persona con discapacidad. Así surgió de un fallo de la Cámara de Apelaciones en Familia de la Provincia de Mendoza,¹¹⁴ que obligó al padre de una joven, menor de edad, a prestar una suma en carácter urgente para sufragar los costos de un tratamiento psiquiátrico. Incluso, se planteó la obligación de notificar cualquier modificación en el costo, ya que no podía ponerse en riesgo la continuidad de una terapia orientada a paliar una situación de discapacidad mental asociada con adicción a sustancias psicoactivas.

Uno de los argumentos del padre, para oponerse a ese aumento de cuota, fue que si le daba más dinero su hijo podría tener mayor disponibilidad económica para comprar más drogas. No estaba en debate aquí la restricción a la capacidad de ejercicio del joven con discapacidad mental, pero sí se planteó de forma reiterada la necesidad de un tratamiento. También es interesante analizar la situación ambigua, ya que el joven no contaba con certificado de discapacidad. De cualquier manera recordemos que la Convención no pone como requisito la existencia de un certificado. Por el contrario, apuntala una noción dinámica para la definición de persona con discapacidad, que claramente se aplicaría para quienes sufrieran una alteración mental. De cualquier forma, este fallo no hace ninguna mención a la Convención.

▸ Filiación

Las personas con discapacidad mental pueden y deben afrontar sus responsabilidades parentales. Esta es la cuestión que se debatió en un fallo (de primera instancia) en un juzgado de la localidad de San Isidro, en la Provincia de Buenos Aires, donde se planteó un proceso de filiación extramatrimonial contra un joven mayor de edad, con padecimientos mentales que había engendrado una hija con otra persona también con discapacidad mental.¹¹⁵ Quien se presentó en representación de la

114. "C.F.J. c/ C.D.F. s/Alimentos urgentes", Cámara de Apelaciones en Familia de la Provincia de Mendoza, 13/10/2015.

115. "P. A. C C/ L. P. s/Filiación", Juzgado de Familia N° 1 de San Isidro, 09/11/2015.

niña fue la abuela, que ejercía la representación (apoyo diríamos ahora) de su hija, madre de la niña de quien se pretendía establecer la filiación.

El proceso siguió los cauces de esta clase de juicios, y se determinó finalmente que el demandado era el progenitor de la joven a quien representaba su abuela. El derecho para esta demanda se fundó en la normativa nacional (Código Civil y Comercial y la Ley N° 26061), y se apoyó también en varios tratados internacionales de derechos humanos, como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero no se nombró a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.¹¹⁶

ACCESIBILIDAD FÍSICA

Esta categoría está enfocada específicamente en los casos vinculados a discapacidad motriz, ya sea en cuanto al transporte, como al ingreso y a la circulación en espacios públicos. Las normas que rigen en esta materia tienen casi medio siglo de antigüedad y, sin embargo, aún no alcanzan un nivel aceptable de cumplimiento. Por ello es que, para hacer valer sus derechos, muchas veces los damnificados deben apelar a la justicia, generalmente por la vía del amparo. El derecho a la circulación de las personas con discapacidad se halla limitado por barreras físicas, por ejemplo la falta de ascensores para usuarios de sillas de ruedas, falta de rampas, señalización insuficiente, presencia de obstáculos en la circulación de las estaciones y otras omisiones.

La imposibilidad de trasladarse conspira contra un pleno desarrollo de la persona, afectando otros derechos como el de participar en la vida social, el de trabajar o, básicamente, el de circular libremente. De allí que sea este uno de los temas más ampliamente tratados en la Convención, y aquí sí con precisiones:

Artículo 9. Accesibilidad

1. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el

116. Habría que distinguir que, si bien aquí la persona con discapacidad era la demandada, si la Convención tuviera real relevancia habría jugado un papel en el proceso.

acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a:

- a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo;
 - b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia.
2. Los Estados Partes también adoptarán las medidas pertinentes para:
- a) Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público;
 - b) Asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad;
 - c) Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad a que se enfrentan las personas con discapacidad;
 - d) Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión;
 - e) Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público;
 - f) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información;
 - g) Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet;
 - h) Promover el diseño, el desarrollo, la producción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo.

Esta prescripción se complementa con varias otras en la propia Convención; en particular, hay que mencionar al artículo 2, que brinda definiciones y destaca en este tema la siguiente:

Por ‘diseño universal’ se entenderá el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El ‘diseño universal’ no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten.

Este artículo 9 está vinculado de manera directa con el artículo 20, sobre movilidad personal, que enfatiza la independencia y los costos asequibles. Además, incluye en uno de sus incisos a los dispositivos de apoyo, que pueden consistir en tecnología, asistencia humana o animal.

Por las competencias legales en razón de la materia, muchas de las normas en este punto están dispersas en cada jurisdicción, e incluso en diferentes áreas (por ejemplo los códigos de edificación y los requisitos en contratos de servicios públicos). Pero aun así, hay muchas normas sancionadas y un escaso grado de acatamiento. Por ello, hay que aclarar que la cantidad de fallos consignados no es representativa respecto a los incumplimientos por parte de organismos estatales, ni de particulares. En el ámbito de transporte público, las empresas concesionarias del servicio tanto de corta, media o larga distancia, son controladas por órganos administrativos. Más allá de esta supervisión, los particulares acuden cada vez de forma más habitual a la vía judicial, en especial por la legitimación de organizaciones de la sociedad civil.

► Accesibilidad al transporte

La accesibilidad física es uno de los aspectos más debatidos en cuanto a reclamos administrativos y judiciales. En el fallo “A. A. c/ CNRT y otro s/amparo ley 16986”¹¹⁷ se demandó la construcción de obras para hacer posible la circulación en los subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires, que funcionaban (y aún funcionan) bajo la concesión de servicio público a cargo de la empresa Metrovías. La demanda se promovió contra el Estado nacional, en su carácter de titular de ese servicio público (en enero de 2012 se firmó un acta acuerdo entre el Gobierno de la Nación y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, y se transfirieron a este último los servicios de subterráneos y el control del contrato de concesión de servicio público). El tema llegó a esa

117. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, “A. A. c/ CNRT s/amparo ley 16.986”, 12/02/2008.

apelación, ya que en primera instancia se había dispuesto que la empresa concesionaria (Metrovías S.A.), el Estado nacional (a través de la Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios) y la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT) presentaran un plan de obras, en un plazo de seis meses, para hacer accesible ese medio de transporte. La tarea principal estaba a cargo de la empresa concesionaria, pero la jueza exhortó a la CNRT a que realizase la fiscalización de las obligaciones impuestas.

Los codemandados intentaron esgrimir como defensa que el sector se hallaba en estado de emergencia, declarado por el DNU N° 2075/02. Sin embargo, las barreras a la accesibilidad eran muy anteriores, al igual que las normas que ordenaban su remoción. Otra objeción, reiterada en varios litigios de esta naturaleza, fue que los magistrados, al ordenar medidas de gestión concretas, estaban vulnerando la división de poderes ya que esa clase de planificación y ejecución de políticas públicas corresponden a los funcionarios del Poder Ejecutivo. Sin embargo, el fallo apelado no invadía la zona de reserva de la Administración, ya que se limitaba a requerir la presentación de un cronograma razonable de cumplimiento a los encargados de llevar adelante lo dispuesto por una ley. Son tan manifiestas las omisiones estatales en esta materia, que tanto en primera como en segunda instancia se admitió la acción de amparo, también resaltando la celeridad que requería la labor para adecuar las instalaciones. Por lo tanto, el fallo de la Cámara confirmó lo ordenado en primera instancia, agregando incluso como antecedente el “V. M. I. c/ E.N. M. de Economía - Secretaría de Transportes y otro s/amparo ley 16.986”, del 30 de agosto de 1999, donde también se ordenó a la Administración la adecuación de diversos servicios públicos de transporte con vistas a lograr la accesibilidad para personas con discapacidad motriz, en aquel momento centrando el reclamo en la falta de rampas en estaciones del ferrocarril.

La norma invocada fue la Ley N° 22431 (“Sistema de protección integral de las personas con discapacidad”, BO 04/03/81) y el Decreto Reglamentario N° 498/83 (BO 04/03/83). Pero también se mencionó a una de sus modificatorias, la Ley N° 24314 y su Decreto Reglamentario N° 914/97 (publicado en el BO, 18/09/97). Aquella norma, sancionada en 1994, actualizaba algunos criterios sobre accesibilidad física de personas con movilidad reducida, y otorgaba un plazo máximo de tres

años para realizar las obras necesarias. Dos décadas después no se han realizado aún esas obras y el servicio de subterráneo sigue siendo inaccesible para personas con discapacidad motriz.

▸ Omisión de construir una rampa en un local comercial

En 2009, la empresa Telefónica Argentina fue condenada a pagar una indemnización a una persona con discapacidad, así como una multa civil por la omisión de la construcción de una rampa que permitiera la accesibilidad a un local en la ciudad de Mar del Plata. El fallo fue apelado, y la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de esa ciudad ratificó la medida.¹¹⁸ La falta de rampa en tal local comercial impedía el ingreso de la parte actora, cliente de esa empresa en el momento de los hechos (año 2008), que era una persona con discapacidad motriz, usuario de silla de ruedas. Esto fue considerado como una acción discriminatoria, por lo tanto la empresa fue condenada a pagar la indemnización y la multa referidas.¹¹⁹ En su defensa, la empresa demandada había alegado que no contaba con rampa de acceso, pero tampoco la tenía el juzgado donde se inició la acción. Por lo tanto, en la segunda instancia, la Cámara envió oficio a la Dirección General de Arquitectura, Obras y Servicios de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (delegación Mar del Plata), para que en un plazo máximo de cuarenta y cinco días se realizasen las obras de construcción de la rampa de acceso a tal juzgado.

El fallo de segunda instancia realiza un detallado análisis de los medios de prueba presentados, así como también de qué es la discriminación y por qué se configuró en este caso. No solamente destaca a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sino a todos los tratados que integran el bloque constitucional federal. En cuanto a la cuestión de la discriminación, funda su prohibición en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, surgido en 1966 y aprobado por nuestro país en 1986 a través de la Ley N° 23313. La propia situación de discriminación sería entonces razón suficiente para considerar ilícita la omisión de la empresa aquí demandada. El fallo

118. "M. H. N. c/ Telefónica de Argentina", Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, Sala Segunda, 27/05/2009.

119. Este fallo cobró notoriedad porque es uno de los primeros antecedentes en la aplicación de los llamados daños punitivos.

de Cámara también fue apelado, de forma que correspondió actuar a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.¹²⁰ En tal instancia se mantuvo el criterio de las sentencias anteriores, y se condenó a la empresa de telefonía, sentando un importante precedente con relación a la imposición de daños punitivos.

▸ Conflicto por juez competente para reclamo por rampa

La construcción de una rampa en la Ciudad de Buenos Aires fue objeto de reclamo a través de un amparo, aunque no resultó correcta la radicación inicial de la demanda. En un amparo presentado por la “Fundación Acceso Ya” ante la justicia en lo contencioso administrativa de la Ciudad de Buenos Aires, para la construcción de una rampa, se planteó el debate sobre cuál era el juez competente.¹²¹ El tema tiene relevancia práctica, por las normas aplicables al proceso de amparo; por ejemplo, en la Ciudad de Buenos Aires tramitan de forma gratuita para el peticionante. El juez local consideró que se trataba de un error cometido por la asociación amparista, ya que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no era demandada. Por lo tanto, fundó su decisión en lo dispuesto por los artículos 106 de la Constitución local, 48 de la Ley Orgánica de su Poder Judicial y en los artículos 1 y 2 de su Código Contencioso Administrativo y Tributario.

Al pasar entonces a la competencia nacional, recayó la causa en el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 108, que rechazó esta remisión ya que debían aplicarse normas de edificación emanadas por la autoridad local. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación debió intervenir ante este conflicto negativo de competencia,¹²² y resolvió que el amparo debía recaer en el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil. Como se puede ver en diferentes reclamos de similar naturaleza, la cuestión procesal juega especial relevancia, en cuanto a la competencia y, particularmente, en relación a la legitimación activa y pasiva.

120. “M. H. N. c/ Telefónica de Argentina S.A. Reclamo contra actos de particulares”, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 06/11/2012.

121. “Fundación Acceso Ya c/ propietario, concesionario, inquilino y/u ocupante de Net City y otros s/amparo (art. 14 CCABA)”, CSJN, 23/08/2005.

122. Art. 24, inc. 7 del Decreto-ley N° 1285/58, según Ley N° 21708.

▸ Falta de accesibilidad al lugar de trabajo

En una causa sobre despido en la Provincia de Mendoza,¹²³ el trabajador planteó que la empresa no había tomado medidas para garantizar su accesibilidad al lugar de trabajo. Por lo tanto, se consideraba despedido por causa de su discapacidad, y reclamaba que se lo considerase un despido discriminatorio (recalcando además que la discapacidad motora había surgido a partir de un accidente laboral mientras se desempeñaba para el mismo empleador). En este caso se hizo lugar a la demanda, porque se consideró que se estaba violando la Ley N° 23592 (generalmente conocida como ley antidiscriminación). También, por supuesto que se fundaba el reclamo en diversas prescripciones de la Ley de Contrato de Trabajo (particularmente, el art. 212 y también los arts. 17, 32, 79 y 81), y además se citó a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a efectos de tomar una definición sobre qué son los ajustes razonables para que un empleado con discapacidad pueda ejercer su empleo de forma adecuada. A efectos de determinar quién es una “persona inválida”, se utilizó el Convenio N° 159 de la Organización Internacional del Trabajo,¹²⁴ aunque posteriormente también mencionó a la Convención para expresar qué se entendía por despido por causa de discapacidad. Si bien la cita sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue expresa, se trató de menciones marginales con relación a otras normas que fundaban la decisión. Incluso fue citada para reforzar conceptos, y no parece que su ausencia hubiera modificado la resolución.

123. “A., A. G. c/ Falabella S.A.”, Cuarta Cámara del Trabajo (Mendoza), 07/09/2015.

124. “A los efectos del presente Convenio, se entiende por persona inválida toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida”.

CAPÍTULO 5

PRONUNCIAMIENTOS INTERNACIONALES

A continuación, señalaré varios casos que han llegado al plano de los organismos del sistema interamericano y del sistema europeo de derechos humanos, por incumplimiento de los Estados nacionales de normas de protección de derechos de las personas con discapacidad. La intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, da cuenta de la brecha que aún existe en varios países de la región, incluida la República Argentina, entre los compromisos asumidos en esta materia, las declaraciones estatales y las prácticas institucionales reales.

FURLÁN Y FAMILIARES CONTRA LA REPÚBLICA ARGENTINA

La República Argentina es Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el 5 de septiembre de 1984, fecha en la cual también aceptó a la Corte Interamericana como tribunal competente, según dispone el artículo 62.3 de aquel tratado internacional. Los Estados que adhieren a la Convención Americana de Derechos Humanos deben asegurar a sus habitantes las garantías judiciales, así como la integridad personal. Ante un incumplimiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede tratar un caso y determinar si hay o no responsabilidad de los Estados denunciados. El fallo “Furlán y familiares contra República Argentina” fue emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 31 de agosto de 2012, y declaró la responsabilidad internacional de nuestro país, por la falta de una respuesta efectiva a los reclamos judiciales de un joven con discapacidad. No solamente el joven, sino toda su familia fue víctima de reiteradas omisiones y acciones negligentes por parte del Estado argentino. La demora injustificada en una sentencia judicial, así como la falta de dispositivos para atender necesidades básicas de una persona con discapacidad, han sido las principales causas de aquella sanción. Uno de los señalamientos para

considerar por parte de aquel Tribunal es la falta de una adecuada capacitación en materia de discapacidad en los profesionales que intervinieron, así como en las principales instancias de gestión de la República Argentina (en referencia a funcionarios del Poder Ejecutivo y el Poder Judicial). Menciona en ese fallo que se requieren campañas de divulgación y cooperación institucional, para potenciar los efectos de los servicios a los cuales pueden acudir las personas con discapacidad.

Sebastián Furlán tenía catorce años en 1988 y vivía en la localidad de Ciudadela, en la Provincia de Buenos Aires. Junto a sus hermanos y otros amigos, solían ingresar casi a diario a un predio del Ejército Argentino, que en muchos lugares se hallaba en estado de abandono. De hecho, los alambres que delimitaban el perímetro estaban caídos, por lo cual el ingreso desde el exterior se producía con gran facilidad y era común que los niños de la zona traspasaran los límites para entrar a jugar. Uno de esos días, Sebastián se apoyó contra un poste y cayó sobre su cabeza un pesado travesaño, de cincuenta kilogramos. Esto le provocó importantes daños, que afectaron su capacidad motriz y el habla, por lo cual requirió prolongados tratamientos de rehabilitación.

La familia de Sebastián estaba compuesta por su madre, su padre y dos hermanos, menores que él. Antes del accidente, Sebastián estudiaba en una Escuela Técnica y realizaba diversas actividades deportivas (natación, básquet y karate). Por lo tanto, la lesión modificó sustancialmente su vida y la de toda la familia. Dejó el deporte, tuvo dificultades graves con el estudio e inició un proceso de deterioro de su personalidad, a partir de los trastornos en lo cognitivo. Asimismo, en una situación de depresión que lo llevó a varios intentos de suicidio, sufrió trastornos de personalidad, y comenzó a expresar algunas conductas violentas, tanto en el ámbito escolar como familiar. Esta clase de padecimientos requerían de una atención que el Estado argentino no le dispensaba.

Luego de trece años de juicio civil, cuando el Estado debió afrontar el pago de la indemnización, incluyó a estos acreedores bajo la modalidad establecida en la Ley N° 23982, de consolidación de deudas, por lo cual se vio perjudicada notoriamente la familia Furlán. Esa indemnización tenía un contenido reparador y alimentario, pero postergada por años perdía significación, especialmente por no permitir afrontar los gastos de rehabilitación. El monto que debía cobrar era de \$130.000, pero por haber tenido un 30% de culpa el propio actor,

se lo condenó a pagar las costas del juicio en esa misma proporción. Pero a su vez no se le pagó en efectivo, sino que se lo incluyó en el régimen ordenado por la Ley N° 23982 de 1991, de consolidación de las obligaciones vencidas de causa o título anterior al 1° de abril de 1991, que consistieran en sumas de dinero. Esa ley daba la opción de recibir el pago en diferido o suscribir bonos de consolidación (a dieciséis años de plazo). La precaria situación económica de la familia Furlán hizo que tuvieran que aceptar la segunda opción, que implicaba recibir mucho menos dinero que el ordenado en la sentencia firme de segunda instancia. Incluso los bonos fueron entregados recién en 2003, y de los \$130.000 ordenados, sólo quedó con \$38.000 por el pago de costas procesales. Sebastián gestionó durante varios años una pensión estatal,¹ la cual obtuvo recién en 2009, cuando la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales del Ministerio de Desarrollo Social dictaminó que padecía de un 80% de discapacidad a causa de un retardo mental moderado. Por aquella época no podía orientar su carrera laboral hacia un empleo estable, sino que dependía de la ayuda social que recibía, la cual era insuficiente para mantener a su familia y, por lo tanto, complementaba con actividades de venta ambulante.²

La Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró al Estado argentino responsable por la violación de los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos en relación con el artículo 1.1. de esta, en perjuicio de Sebastián Furlán y su familia. La causa de la responsabilidad fue la demora injustificada en el proceso por daños y perjuicios, que duró diez años, más el tiempo en que pudieron hacerse efectivos los bonos. En todo ese tiempo, tampoco se le dieron a la víctima los recursos necesarios para afrontar la discapacidad que sobrevino a partir de su accidente. Independientemente del impulso que las partes deben dar a una causa civil, el Estado no puede tener una conducta de pasividad y falta de diligencia durante el proceso ante un habitante con

1. Las pensiones no contributivas se rigen por la Ley N° 18910 y su decreto reglamentario N°432/2009, y su valor es menor a mil pesos. Sebastián completaba ese ingreso con las asignaciones por hijo que recibía (tiene dos hijos) y por ser discapacitado uno de ellos, ese beneficio es casi del mismo monto que su propia pensión.

2. Actualmente es empleado de la Auditoría General de la Nación, un organismo estatal pero independiente del Poder Ejecutivo Nacional.

discapacidad, ya que a ese padecimiento se agrega una violación a su derecho a la integridad personal.

Debió tener en cuenta el Estado argentino que Sebastián Furlán era una persona de escasos recursos económicos y que la discapacidad lo colocó en una situación más desventajosa aún. La Corte Interamericana plantea que hay un vínculo directo y significativo entre discapacidad, pobreza y exclusión social, el cual puede constatarse aquí a través de las múltiples dificultades para insertarse laboralmente. El tiempo transcurrido hasta la sentencia fue perjudicial para las posibilidades de un joven que sufrió un accidente y de su núcleo familiar, para realizar un adecuado tratamiento médico y psicológico. Esto perjudicó sus chances vitales, lo cual implicó un daño a su proyecto de vida.

XIMENES LOPES CONTRA BRASIL

En el caso “Ximenes Lopes contra Brasil”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló la responsabilidad que tiene el Estado Parte, aunque el hecho denunciado se hubiera provocado en el seno de una institución de gestión privada. Además de la responsabilidad por la omisión de cuidados, también aquí hay responsabilidad por la falta de respuesta judicial. Se trata de un caso que denuncia las negligencias que sufren las personas con discapacidad mental que se hallan internadas en establecimientos sin el debido control estatal. Las formas de sujeción para personas con trastornos mentales pueden transformarse en formas avanzadas de tortura, por lo cual deben tomarse todas las precauciones para no agravar la condición de quien requiere de cuidados especiales por tales padecimientos.

Este fallo, de 2004, tenía como antecedente una investigación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, iniciada en 1999. Damiao Ximenes Lopes era una persona con discapacidad mental, que se hallaba internado en una institución denominada Casa de Reposo Guararapes, en el Municipio de Sobrá, Estado de Ceará, Brasil. La institución psiquiátrica era privada, pero operaba en el marco del Sistema Único de Salud de aquel país. El 4 de octubre de 1999, Damiao Ximenes Lopes falleció, luego de tres días de internación, por una golpiza que sufrió mientras estaba en aquel instituto. Su hermana presentó la

denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya que en el cadáver se hallaron marcas de torturas.

Las investigaciones que se realizaron no hallaron a los responsables, a pesar de diversos indicios que orientaban las sospechas hacia el personal contratado por el instituto. La denunciante expresó que su hermano se hallaba internado en condiciones inhumanas y degradantes, por las formas de contención física que se utilizaban con él, además de la medicación psiquiátrica utilizada de forma injustificada. Las autoridades de la institución alegaron que no informaron a la policía sobre las condiciones de violencia del fallecimiento y que, por el contrario, intentaron ocultar esas circunstancias.³ Luego plantearon que los golpes recibidos fueron ocasionados por los intentos del personal de evitar un intento de fuga de Ximenes Lopes. Los golpes recibidos, bajo el pretexto de querer controlar una conducta desahogada del paciente, demuestran la falta de capacitación e idoneidad del personal contratado, precisamente cuando se requieren altos niveles de especialización. A su vez, las reglas contenidas en los manuales y procedimientos aceptados a nivel internacional en el campo de la internación psiquiátrica, advierten sobre los riesgos de la sujeción por medios físicos, lo cual hacía ostensible la incompetencia profesional de la institución.

A Damiao Ximenes Lopes no se le brindaron los cuidados necesarios, y ello derivó en su muerte en forma violenta. Si bien se trató de una institución psiquiátrica privada, el estado brasileño debía velar por su funcionamiento y el tratamiento que recibían las personas allí alojadas. Es una violación a los derechos humanos de los pacientes, que son contenidos con métodos excesivamente agresivos, que socavan su dignidad. El Estado no solamente debe abstenerse de violar los derechos; también debe cumplir con los controles para asegurar el respeto y garantía que merece la dignidad humana durante una internación por padecimientos mentales. La familia de Ximenes Lopes fue damnificada por la pérdida. Además, la situación de impunidad del crimen agravó el dolor de sus hermanos.

En este fallo se definen estándares mínimos para el cuidado de quien se halle internado en ámbitos psiquiátricos. Para ello cita una

3. Las comprobaciones sobre la violencia sufrida surgieron por una autopsia que la familia decidió hacer con posterioridad, en otra institución médica.

nutrida cantidad de documentos emanados de organismos internacionales, ya sea de carácter intergubernamental como disciplinarios. Los Estados deben tener cuidados intensos para la atención de quienes sufren discapacidad mental e intelectual, ya que están en una situación de extrema vulnerabilidad. Precisamente, la cuestión en este caso trata acerca de cuáles han sido las acciones que el Estado brasileño previó o debió prever a efectos de evitar el incidente que derivó en la muerte de una persona internada en un establecimiento psiquiátrico. Las omisiones en los cuidados son responsabilidad estatal, aun cuando hubiera una responsabilidad primaria en cabeza de una entidad privada, donde se hallaba internado. Fallaron los mecanismos de supervisión estatal sobre la institución donde falleció Ximenes Lopes, ya que según los informes posteriores, allí se vivía cotidianamente un clima de violencia y maltrato, en lo que el informe de la Corte denominó “condiciones inhumanas y degradantes”.

En la Casa de Reposo Guararapes no existía un consultorio médico, faltaban los medicamentos y constituía un mero espacio de confinamiento, con maltrato físico hacia los residentes. Sin embargo, la institución era prestadora del Ministerio de Salud, que realizaba muy esporádicas inspecciones a través del Grupo de Acompañamiento de Asistencia Psiquiátrica (GAAP), que en un informe realizado en 1996 había señalado las malas condiciones del lugar, incluyendo superpoblación del instituto y pacientes que dormían en el suelo. También existía un informe del Departamento de Vigilancia Sanitaria de la Secretaría de Salud y Asistencia Social, que refería una decena de aspectos irregulares. Sin embargo, la Casa de Reposo Guararapes siguió estando en funcionamiento, y poco tiempo después falleció Damiao Ximenes Lopes, en las circunstancias ya mencionadas. Posteriormente, el 29 de febrero de 2000, las autoridades sanitarias dispusieron la intervención estatal de la Casa de Reposo Guararapes, con el propósito de regularizar la situación, y el 10 de julio de ese mismo año se procedió a cancelar la acreditación como institución psiquiátrica para prestar servicios al Sistema Único de Salud.

El fallecido Ximenes Lopes percibía una pensión estatal por incapacidad, que rondaba los trescientos cincuenta reales, la cual fue transferida a su madre, ya que ella era económicamente dependiente de su hijo. El informe de la Corte destaca que este traspaso de la

pensión a la madre es independiente de la causa de muerte, por lo cual no puede ser interpretada como un resarcimiento. La familia del fallecido también sufrió maltrato institucional y falta de respuestas consistentes por parte de las autoridades estatales brasileñas. Cuatro años después (2004) la Asamblea Legislativa del Estado de Ceará otorgó a esta madre una pensión de carácter vitalicio, por una suma similar (equivalente al salario mínimo en ese Estado). La madre y la hermana de Damiao Ximenes Lopes han sufrido secuelas psicológicas por ese fallecimiento y la falta de respuesta institucional posterior por parte de los organismos correspondientes. A su vez, la búsqueda de justicia significó un laborioso trayecto para sus parientes, durante el cual sufrieron separaciones de su núcleo familiar para acceder a otras instancias gubernamentales que escucharan sus quejas.

El Estado no fiscalizó ni monitoreó con eficacia la Casa de Reposo Guararapes; de allí que la responsabilidad internacional del Estado brasileño fue señalada por la Corte Interamericana, debido al incumplimiento de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Los derechos vulnerados han sido el derecho a la vida, a la integridad personal, a las garantías judiciales y al proceso judicial, así como también la obligación a respetar los derechos. El propio Estado reconoció *inter alia* que había violado los artículos 4 y 5 de la Convención. Ese reconocimiento es una contribución positiva, según ese Tribunal, ya que denota una conciencia institucional. A su vez, se fijó la suma de u\$s125.000 en concepto de reparación material e inmaterial, para los familiares, y detalló cómo se distribuiría entre cada uno.

VÍCTOR ROSARIO CONGO CONTRA ECUADOR

Este es un pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 1998. Víctor Rosario Congo era una persona con discapacidad mental, que cometió un asalto con robo y fue encarcelado en 1990, en la Provincia de El Oro, Ecuador. Por tal motivo fue recluido en un centro de detención para presos comunes, el Centro de Rehabilitación Social de Machala, el 25 de julio de ese mismo año. El juez que intervino en esta primera etapa no incorporó al expediente la información sobre los posibles trastornos mentales del detenido. Sin embargo,

las conductas expresadas en el centro de detención, daban indicios de padecimientos mentales, a pesar de lo cual no se tomaron medidas de protección. En el Centro de Rehabilitación Social donde se hallaba sufrió diversos ataques por parte de otros internos, entre los que se destaca una golpiza en la cual fue herido en la cabeza con un garrote.

En varias oportunidades fue encerrado en una celda de aislamiento, donde permanecía desnudo e incomunicado. Su patología mental había sido percibida por las autoridades de esa prisión, por lo cual, pocos meses después se solicitó una evaluación psiquiátrica. Aquella solicitud fue presentada por la Comisión Diocesana de Derechos Humanos, que planteó al juez que Víctor Congo debía ser declarado inimputable y trasladado a un centro psiquiátrico. Este pedido era coincidente con el dictamen del médico del Centro de Rehabilitación Social. Luego de la pericia médica, se determinó que Víctor Congo atravesaba una psicosis carcelaria o “síndrome de Ganser”, que podría revertirse con un traslado a un centro médico especializado en psiquiatría. Por lo tanto, viajó a Guayaquil, pero allí fue rechazada su admisión en dos Hospitales Psiquiátricos, por lo cual fue llevado al Centro de Rehabilitación Social de Varones de Guayaquil. Allí estuvo poco menos de un mes, ya que el 25 de octubre debió ser trasladado de urgencia a un hospital, por un grado crítico de deshidratación, donde falleció a las pocas horas. Las causas de su muerte fueron desnutrición, desequilibrio hidroelectrolítico e insuficiencia cardiorespiratoria.

El Estado ecuatoriano tenía bajo su custodia a Víctor Congo y era responsable por la falta de atención médica, su incomunicación y la negligencia, que finalmente causó su muerte. Tampoco se llevó adelante una investigación judicial que pudiera establecer la responsabilidad de los individuos involucrados, ya fuera en las lesiones como en su posterior abandono. Según las pautas de las Naciones Unidas, una persona con discapacidad mental es aquella que es “incapaz de manejar su propia persona o sus asuntos y requiere de cuidado, tratamiento o control para su propia protección, la protección de otros o la protección de la comunidad”.⁴ Sin dudas, tal era la situación de Víctor Rosario Congo.

4. UN Sub Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Erica Irene Daes, “Principles, Guidelines and Guarantees for the Protection of Persons Detained on Grounds of Mental Ill Health or Suffering from Mental Disorder”, U.N. DOC. E/CN.4/Sub.2/1983/17, p. 43.

Los informes demuestran que los trastornos mentales eran previos a su ingreso al centro de rehabilitación, ya que durante su estadía en otro centro, requería de la administración de Valium por vía intravenosa para poder dormir. Esta discapacidad mental, previa a su encarcelamiento, debió ser advertida por las autoridades judiciales ecuatorianas, de manera de derivarlo hacia una institución especializada.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos entendió, por lo tanto, que el Estado ecuatoriano no había cumplido con sus obligaciones convencionales en cuanto al respeto y la protección del derecho a la integridad personal, la vida y la protección judicial. Víctor Congo se hallaba detenido en forma preventiva, mientras se investigaba el delito que se le imputaba. Mientras ello ocurría, el Estado era garante de su integridad personal (art. 5 de la Convención). Por tratarse de una persona con trastornos mentales, el Estado debió tener un cuidado más intenso, de acuerdo con los estándares internacionales establecidos por los organismos especializados. En lugar de un cuidado intensivo para Víctor Congo, se permitió su aislamiento en una celda pequeña y aislada, en lo que constituye un tratamiento inhumano y degradante. El Estado ecuatoriano se comprometió a entregar una compensación económica a los familiares de la víctima, por la suma de U\$S 30.000, en concepto de daño emergente, lucro cesante y daño moral. Como no se tenía contacto con ellos, ni se sabía su paradero, se fijó un plazo de seis meses para ubicarlos. De no poder contactarlos, las autoridades ecuatorianas dispondrían de ese dinero en favor de alguna institución de enfermos mentales que desarrollara su actividad en cárceles de ese país.

BOTTA CONTRA ITALIA

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó, en febrero de 1998, un fallo contra Italia, en el caso “Botta vs. Italia”, remitido a ese órgano por la Comisión Europea de Derechos Humanos. Se trataba de una persona con discapacidad motriz, nacida en 1939 en la Provincia de Milán, que se hallaba de vacaciones en 1990 en la Provincia de Ferrara, junto a un amigo, también con discapacidad. Pero las instalaciones para llegar hasta la playa no eran accesibles. El balneario no contaba

con rampas, ni tampoco lavatorio accesible, lo cual violaba la legislación interna italiana vigente en ese momento. La única forma de acceso a las playas era manejando su automóvil hacia otros lugares más alejados. Esto le provocaba un mayor desgaste y pérdida de tiempo, por lo cual el señor Botta dirigió una carta al Consejo Deliberante del Distrito de Comacchio, donde se hallaba ese balneario. En esa nota solicitaba que se tomaran las medidas pertinentes para dotar de accesibilidad a los puntos de entrada a las playas públicas, cuestión que correspondía también a las autoridades municipales.

Al año siguiente (marzo de 1991) nuevamente escribió Botta, esta vez al alcalde del Municipio de Comacchio, con la solicitud de que se tomaran las acciones necesarias para remediar los inconvenientes que había tenido por los obstáculos discapacitantes que impedían su acceso a la playa. Sin embargo, no recibió contestación. En agosto de ese mismo año (1991) concurrió el señor Botta al mismo balneario, sin que se hubiera realizado ninguna de las adecuaciones peticionadas. Ante la consulta al concesionario del balneario, el presidente de la cooperativa que gestionaba esa explotación le respondió que el contrato de concesión con el municipio no estipulaba ninguna de las obras que él estaba solicitando. Entonces, el señor Botta continuó con sus quejas ante las autoridades públicas, pidiendo que se incluyan pautas sobre accesibilidad en los contratos de concesión de la explotación comercial de los balnearios. Alegaba que la falta de facilidades lo obligaba a asumir costos mayores, ya que no podía concurrir a las playas públicas por negligencia de las autoridades en la supervisión de las obras, contempladas por la legislación italiana.

A pesar de haber iniciado una denuncia, Botta fue informado que el procedimiento judicial fue discontinuado, por inactividad de la procuración del municipio. Entonces, el denunciante envió otra carta al Procurador de la Provincia de Ferrara, en la que pedía información sobre el estado de las actuaciones, recibiendo una contestación telefónica en la que le confirmaron que la investigación había sido finalizada sin resultados favorables. A pesar de la inacción por parte de las concesiones a cargo de las playas públicas, en 1997 ya las playas privadas contaban con instalaciones que incluían cubículos y lavatorios accesibles para personas con discapacidad. El señor Botta alegó que se hallaba vigente la Ley N° 13 del 9 de enero de 1989, que obligaba a garantizar el efectivo

acceso a edificios públicos y privados, así como la remoción de barreras arquitectónicas que impidieran su uso por parte de personas con movilidad reducida. Asimismo, la Recomendación N° R (92) 6 del Comité de Ministros Europeos, aprobada el 9 de abril de 1992, definía criterios para remover obstáculos para el acceso de personas con discapacidad, incluyendo el criterio de vida independiente y plena integración a la sociedad. El 30 de julio de 1992 el señor Botta denunció al Estado italiano por incumplimiento de estas condiciones de accesibilidad, con el argumento de que había recibido un trato inhumano y degradante, contrario a lo dispuesto por el artículo tercero del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

La discriminación que sufrió por su discapacidad se agravó por la inacción y negligencia de las autoridades ante sus reiterados reclamos. Por lo tanto, en enero de 1996 la Comisión Europea de Derechos Humanos declaró admisible su reclamo. El Estado italiano violó el derecho al pleno desarrollo de la vida privada del denunciante (art. 8 del Convenio), así como omitió procurar las medidas necesarias para resolver la petición (construcción de rampas y cubículos con lavatorios en el balneario en la localidad de Comacchio). Las personas con discapacidad tienen derecho a disfrutar de una vida social normal, que incluye instancias de recreación en espacios públicos y privados. El Estado italiano debe garantizar la dignidad de las personas con discapacidad, el derecho a una vida independiente y la integración en la vida social. En este caso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por voto unánime, comprobó una violación a su derecho al desarrollo de la vida privada del denunciante, a través de omisiones reiteradas del Estado italiano.

LASHIN CONTRA RUSIA

El 22 de octubre de 2013 se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Lashin vs. Rusia”. El caso se originó en una denuncia formulada por un ciudadano ruso, Aleksandr Petrovich Lashin, quien fue diagnosticado con esquizofrenia en 1987. En esa década se desempeñaba como chofer de autobuses, hasta que dejó su empleo en 1995. Durante esa época sufría episodios que le provocaban conductas extraviadas y a veces agresivas, lo cual trajo conflictos en su vida privada,

en particular en su matrimonio. En 1996 fue acusado de tratar de estrangular a su esposa, lo cual llevó a que como resultado de este conflicto se divorciarán. Fue declarado en 1998 como una persona con discapacidad mental moderada, y se lo internó en el Hospital Psiquiátrico Regional de la localidad de Omsk en 2000. Los informes de esos años dan cuenta de una conducta errática, que no le permitía valerse por sí mismo, pero sin reportar más otros incidentes de violencia o auto destrucción. La condición mental del señor Lashin no era lúcida y se mantenía el diagnóstico inicial, también sostenido por el Instituto Serbskiy, que declaró que su conducta estaba fuera de control, al punto que se constataban acciones de hostigamiento hacia los médicos intervinientes.

En octubre de ese mismo año (2000) la hermana de Lashin se presentó a un juez para solicitar la restitución de la capacidad jurídica para obrar por sí mismo de Aleksandr Petrovich. Pero en 2001 se expidió el tribunal a cargo (en el distrito de Omsk) que confirmó la incapacidad y mantuvo la representación a cargo del padre de Aleksandr Petrovich. Un tiempo después, el propio padre solicitó una opinión médica a otro psiquiatra independiente, para contar con otro punto de vista que el del Hospital Psiquiátrico Regional de Omsk (donde estaba internado su hijo). Esta opinión planteaba que la condición del paciente no conllevaba la seriedad que el Hospital afirmaba, justificando el confinamiento. Por lo tanto, inició también el padre los pedidos judiciales para la recuperación de la plena capacidad civil de su hijo, y otorgó mandato a un abogado para llevar adelante este proceso judicial. Este mandato fue rechazado por el escribano público, bajo el argumento de la actuación por sí del representante de la persona con discapacidad mental. Por lo tanto, en octubre de 2002 nuevamente el tribunal de Omsk rechazó el pedido de rehabilitación de la capacidad.

Este conflicto se profundizó en diciembre del mismo año ya que Aleksandr Petrovich Lashin, junto con su novia, solicitaron al Municipio una licencia para contraer matrimonio, sin recibir respuesta (según el propio Lashin). Pero dos días después las autoridades municipales se expidieron por la negativa a la celebración del matrimonio, por el diagnóstico psiquiátrico del señor Lashin. Incluso, se ordenaba la internación compulsiva, aun contra la opinión del representante, su padre. El 9 de diciembre de 2002 se ordenó la hospitalización, sin haber siquiera dado oportunidad de oponer una defensa al padre. Las

conductas de las autoridades del Hospital trajeron como consecuencia diversas denuncias penales, formuladas por el padre de Aleksandr Petrovich Lashin y también por el padre de la novia.

La legislación rusa prevé en su código civil (arts. 21 y 22) que la capacidad legal plena se adquiere a la edad de dieciocho años, y que no puede ser limitada sin un proceso judicial prescrito por ley. La imposibilidad de una persona de comprender o la falta de control de sus actos por causa de una enfermedad mental pueden implicar la declaración de incapacidad, con la designación de un representante o guardián. La labor de este guardián se concentra especialmente en aspectos patrimoniales, relaciones laborales, residencia y traslados. Si desaparece la causa de la declaración de incapacidad, la persona recobra su plena condición jurídica. La internación contra la voluntad del paciente es incorporada en una ley específica, de 1992, estipulando que las internaciones deben ser voluntarias, salvo cuando mediere una declaración de incapacidad y el consentimiento del guardián o representante designado. Es importante destacar que esta ley no permite que se limite la libertad ambulatoria del paciente con el sólo diagnóstico del establecimiento psiquiátrico en el cual es confinado. El Tribunal Constitucional de la Federación Rusa consideró en 2009 que es inconstitucional una hospitalización involuntaria en un establecimiento psiquiátrico por más de cuarenta y ocho horas.

En cuanto al derecho a contraer matrimonio, el artículo catorce del Código de Familia de la Federación Rusa, sancionado en 1995, hace que sea imposible esa celebración si uno de los contrayentes ha sido declarado incapaz judicialmente por causa de una enfermedad mental. Esta previsión es relativamente coherente con las normas europeas, en particular los Principios sobre la Protección Legal de los Adultos Incapaces, Recomendación N° R (99) 4, elaborada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 1999. Estos principios plantean restricciones, pero tomando en cuenta la proporcionalidad de las medidas y también apuntando a la gradualidad de la capacidad.

Debe analizarse en cada caso si la persona puede celebrar ciertos actos, tales como casarse, dictar testamento, votar o tomar decisiones sobre su propio cuerpo, pero no debe existir una denegación automática acerca de estas decisiones personales (Principio 3, máxima reserva de la capacidad). La Federación Rusa suscribió la Convención sobre

los Derechos de las Personas con Discapacidad el 24 de septiembre de 2008, y la ratificó el 25 de septiembre de 2012, por lo cual debería aplicarse el criterio del artículo 23 en cuanto al derecho a casarse si se cumple con la edad legal y el pleno y libre consentimiento.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos constató en todo este proceso diversas violaciones por parte de la Federación Rusa al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (particularmente a sus arts. 5, 8, 12 y 13), así como también a su legislación interna y a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que ese país suscribió. El señor Lashin no tuvo las garantías necesarias para poder demostrar su capacidad jurídica a pesar de su condición psiquiátrica y, además, durante su interacción se le denegó arbitrariamente el derecho a contraer matrimonio.

STANEV CONTRA BULGARIA

El Estado de la República de Bulgaria fue condenado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 8 de septiembre de 2006 por violar los artículos 3, 5, 6, 8, 13 y 34 del Convenio Europeo sobre la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en perjuicio de un nacional, el señor Rusi Kosev Stanev. El denunciante fue representado legalmente por un abogado particular y también por el Centro de Abogados para la Discapacidad Mental, una organización no gubernamental con sede en la ciudad de Budapest (Hungría).

Stanev había nacido en 1956 y en 1990 fue declarado incapacitado para trabajar, ya que se le había diagnosticado esquizofrenia en 1975. Contaba con una pensión por invalidez, aunque no requería asistencia permanente. En diciembre de 2002 se suscribió un acuerdo entre el servicio social para adultos con discapacidad mental de la localidad de Pastra (donde residía inicialmente) y una institución que se hallaba bajo la responsabilidad del Ministerio de Trabajo y Políticas Sociales, lo cual implicó que Stanev fuera trasladado, sin que le fuera informado oportunamente el acuerdo. En diciembre de 2002, a pedido del director del Hogar de Cuidados de Pastra, el señor Stanev fue registrado como residente de la Municipalidad de Rila. Debe destacarse que ninguno de sus familiares había aceptado tomar la función de guardián o representante,

de forma que tal tarea quedó en manos de un funcionario estatal. En el acuerdo arriba mencionado, el 80% de la pensión que recibía el paciente debía destinarse al cobro de los servicios (alojamiento, comida, vestimenta, servicios médicos), pero el restante 20% debía entregarse al paciente, para gastar por sí mismo como dispusiera.

El lugar de residencia, en Rila, no cumplía con las condiciones mínimas indispensables en cuanto a limpieza y mantenimiento; se compartían habitaciones y a veces camas con otros residentes. También la comida era escasa y de mala calidad. La falta de higiene en baños y habitaciones era otro de los inconvenientes que debían afrontar los residentes. Retornó entonces a Pastra, pero no mostró progresos en su tratamiento; por el contrario, el lugar no resultaba saludable para él y varios reportes indicaban la conveniencia de abandonar ese Hogar de Cuidados, ya que había riesgo de adquirir el “síndrome de institucionalización” por el largo tiempo que llevaba allí.

Para 2002 comenzó a mostrar una inclinación al abuso del alcohol. A finales de 2004, a través de su abogado, solicitó a la Procuración Regional que se le restituyera su capacidad legal, para lo cual se pidió previamente opinión al Hogar de Cuidados de Pastra. Pero el dictamen médico expresaba que Stanev mostraba síntomas de esquizofrenia y que su salud se había estabilizado desde que fue internado en 2002, bajo la supervisión psiquiátrica. Por lo tanto, en agosto de 2005 se denegó la acción para restituir su capacidad legal plena. Insistía el señor Stanev en obtener al menos una guardia parcial, lo cual cambiaría sus opciones legales, según la legislación local, en particular respecto de la legitimación para actuar en juicio.

La República de Bulgaria suscribió la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en 2008, aunque a la fecha de este fallo no la había ratificado. En este instrumento internacional los arts. 12 y 14 remiten a obligaciones que los Estados asumen respecto a la capacidad y a la libertad y seguridad de las personas con discapacidad. Otra norma a tener en cuenta es la Recomendación N° R (99) 4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la protección de adultos con discapacidad, que resalta la importancia de atender las diferentes circunstancias que surgen de la graduación de la capacidad, conforme el principio de la máxima preservación posible.

El tratamiento al que se somete a una persona con discapacidad no puede consistir solamente en brindarle la medicación, sino que debe incluir terapia para el mantenimiento, evitando la cronificación de la internación. La estricta rutina a la que eran sometidos los pacientes no se correspondía con una motivación terapéutica, sino netamente disciplinante, que promovía el síndrome de institucionalización. Esto provocó un sensible deterioro en el bienestar del Rusi Stanev, y retardó sus posibilidades de reinsertarse socialmente en forma independiente. El Estado de Bulgaria tenía una expresa obligación respecto del cuidado de aquellos residentes en la Casa de Cuidados. Esta clase de establecimientos generalmente están ubicados en zonas rurales, sin un fácil acceso. En los casos en que los residentes dejan el lugar sin autorización, la policía los busca y los devuelve a la institución. Este régimen restrictivo en cuanto a las libertades no es coherente con los principios arriba mencionados, y que el Comité de Ministros del Consejo Europeo sancionó en 1999.

La ausencia de miembros de la familia Stanev en la tarea de guardianes o representantes hizo que la labor recayera en un oficial estatal, lo cual en la práctica alejó al paciente de las decisiones sobre su residencia en el Hogar de Cuidados de Pastra. De igual manera quedó sin opinar sobre el acuerdo para el tratamiento y la residencia en Rila, así como de posibilidades de queja ante las condiciones de su alojamiento. Estas conexiones causales fueron observadas y juzgadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demostrándose así el alejamiento de los deseos del paciente psiquiátrico. Incluso cuando Stanev expresó su deseo de abandonar el Hogar de Cuidados de Pastra, las autoridades lo denegaron, amparados en el dictamen psiquiátrico, sin siquiera darle la opción de debatir en sede judicial la restitución de su plena capacidad o al menos de manera parcial. Las autoridades argumentaron luego que tomaron tal decisión basados solamente en la consideración de la imposibilidad de la familia del paciente de hacerse cargo de su cuidado. Esta simple afirmación se apoyaba en que Rusi Kosev Stanev necesitaba asistencia social y, entonces, juzgaron que ello justificaba la privación de la libertad. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de manera unánime, declaró la responsabilidad de la República de Bulgaria por el incumplimiento de los artículos arriba citados

del Convenio Europeo sobre Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

FAG OG ARBEJDE CONTRA KOMMUNERNES LANDSFORENING

Este caso fue tratado por la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el 18 de diciembre de 2014, y trata acerca de la consideración de la obesidad severa como discapacidad. Es un pronunciamiento clave para enfatizar la noción dinámica de la definición de discapacidad. La obesidad, en principio, es considerada como una patología, mencionada en el Código E66 de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Puede tener etiología y grado diverso, lo cual tendrá influencia en su caracterización o no como discapacidad. Hay que resaltar que según los datos de la propia OMS, afecta a más de 1.500 millones de seres humanos.

En el caso en cuestión, el conflicto se planteó entre un ciudadano danés llamado Karsten Kaltoft y el Ayuntamiento de la Billdung, dependiente de la ciudad de Kolding (Dinamarca). El señor Kaltoft era empleado del Ayuntamiento y fue despedido, según él alegó, por causa de su obesidad severa. Por lo tanto, demandaba a la empleadora por discriminación laboral. Este empleado llevaba en su puesto alrededor de 15 años, pero en 2010 las autoridades le comunicaron la decisión de prescindir de sus servicios. La tarea asignada era el cuidado de niños en su casa, pero últimamente había reducido su capacidad laboral, lo cual fue entendido por el Ayuntamiento como una imposibilidad de continuar en esa labor. Sin embargo, la empleadora no se refirió expresamente a la condición física del señor Kaltoft (que a pesar de ello creyó que tal era la verdadera causa). Al momento del despido, este empleado estaba pesando 160 kilogramos.

Además de las normas comunitarias, Dinamarca cuenta con previsiones legales contra la discriminación de las personas con discapacidad, entre las que se destaca la Ley N° 1417, que fue sancionada en 2004 y reformada en 2008 (la Directiva N° 78 de la Unión Europea rige desde el 2000). En esas normas está prohibido el despido por causa de discapacidad, aunque no hay mención expresa a la obesidad. Por lo

tanto, la cuestión que los tribunales locales juzgaron fue si esta condición de obesidad severa podía ser considerada discapacidad. En caso afirmativo, el despido configuraría una situación discriminatoria.

Se planteó por ese motivo que el listado taxativo de la Directiva N° 78 no podía ampliarse por medio de una interpretación extensiva de los jueces. Esto hizo que si bien se alegó tal norma, los tribunales nacionales no dieron curso a la demanda con el argumento de constituir la obesidad una causal inexistente. Ahora bien, el Tribunal Superior de la Unión Europea podía interpretar los principios generales emergentes de los diversos tratados de protección de los derechos humanos y, específicamente en este caso, si la obesidad (no incluida en sí misma) podía ser considerada una discapacidad (que sí está incluida en la Directiva N° 78). En caso afirmativo, se consideraría entonces un despido discriminatorio.

Este Tribunal Superior de la Unión Europea opinó que las personas que sufren obesidad severa deben quedar protegidas en el empleo de igual manera que las personas con discapacidad. De esta forma, la sentencia expresamente dice que la obesidad es equiparable a la discapacidad, sin que esto signifique que en todos los casos sea así (depende del grado de cada obesidad en particular). En síntesis, la obesidad en sí misma no siempre configura discapacidad, pero hay casos en los cuales sí. Para este proceso se consideró acreditada la existencia de discapacidad y, por lo tanto, se condenó por discriminación al Ayuntamiento demandado.

ARTAVIA MURILLO Y OTROS [FECUNDACIÓN *IN VITRO*] CONTRA COSTA RICA

Para culminar este capítulo dedicado a pronunciamientos judiciales de órganos internacionales, relataré brevemente un caso tratado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que no refiere expresamente a los derechos de las personas con discapacidad pero que incorpora una definición importante. Se trata de “Artavia Murillo y otros (“fecundación *in vitro*”) c/ Costa Rica”, donde se debatió el alcance de las obligaciones estatales ante el deseo de una mujer de acceder a un tratamiento de fertilización asistida.

El punto que me interesa resaltar de este fallo es si la infertilidad puede ser considerada como una discapacidad, tema en el cual incurrió este Tribunal en el caso.⁵ Los jueces han resaltado el carácter médico (y también estigmatizante) que revisten términos como “infertilidad”, “esterilidad” o “infecundidad”, a partir de mandatos sociales y familiares que constriñen los imperativos de normalidad. Incluso cita el fallo a la Asociación Médica Mundial cuando dice que

La concepción asistida es distinta del tratamiento de una enfermedad, ya que la imposibilidad de ser padres, sin intervención médica no siempre es considerada una enfermedad. Aunque puede tener profundas consecuencias psico-sociales y médicas no es en sí limitante de la vida. Sin embargo, es una importante causa de una enfermedad psicológica y su tratamiento es evidentemente médico.

Esto fue debatido en la Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo, realizada en El Cairo en 1994, y en la Cuarta Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer, en Beijing en 1995, instancias en las que se adoptó un concepto integral de salud sexual y reproductiva, que la define de la siguiente manera:

... es el estado general de bienestar físico, mental y social, y no como una mera ausencia de enfermedad o dolencia, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos.

Lo que resulta trascendente sobre este fallo en particular es la inclusión de esta noción en el concepto de discapacidad, incluso citando la definición que provee la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.⁶

5. En nuestro país hay varios pronunciamientos judiciales que han considerado enfermedad a la infertilidad; por citar uno, en “B. C. y C. L. M. c/ Caja Previsión Social Profesionales de la Ingeniería Santa Fe – Delegación Rafaela s/amparo” se expresó que no se podía rechazar el pedido de tratamiento de fertilización *in vitro* bajo la objeción de que no era una enfermedad (por el hecho de no estar incluida en el Plan Médico Obligatorio). Por el contrario, las obras sociales deben brindar dicho tratamiento, dado que la Organización Mundial de la Salud ha considerado la infertilidad como una enfermedad.

6. Citando casi textualmente ese tratado, la Corte Interamericana dice que “... las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. La discapacidad resulta de la interacción entre las limitaciones

Los hechos en este fallo refieren a un debate en relación con una legislación promovida por el gobierno de Costa Rica sobre la fecundación *in vitro*, que fue impugnada y rechazada por la Corte local. En el pronunciamiento final se declaró la responsabilidad internacional de Costa Rica, en los siguientes términos:

... por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar; a la integridad personal con relación a la autonomía personal, a la salud sexual; a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; y el principio de no discriminación.

En el marco de ese conflicto, ajeno en principio al tema discapacidad, se planteó esta inclusión que seguramente dará lugar a polémica, por las implicancias que acarrea. En particular, porque amplía los límites de esa definición dinámica que la Convención da a la discapacidad. Incluso con argumentos basados en el texto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, muchos pronunciamientos judiciales sostienen una asimilación entre discapacidad y enfermedad, y mantienen un criterio que es rechazado por teóricos y activistas que consideran que ello implica una mirada médica y, por lo tanto, descalificadora de la subjetividad y la verdadera igualdad de las personas con discapacidad.

funcionales de una persona y las barreras del entorno que impiden el ejercicio pleno de sus derechos y libertades”.

CONCLUSIÓN

TRASCENDENCIA POLÍTICA DE LA CONVENCION

La influencia jurídica de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la jurisprudencia es una de las creencias más erróneas e influyentes que circulan en este campo. Creo haber refutado esa falsa creencia durante el desarrollo de este texto. Sin embargo, desmentir la influencia jurídica no invalida a esta Convención, ni mucho menos. Al contrario, abre la oportunidad de valorarla en su verdadera dimensión. Este instrumento internacional es una especie de “Constitución” o manifiesto de un colectivo disperso, pero cada vez más organizado y activo. De alguna forma se erige como un estatuto, que propone una consideración jurídica diferente para quienes integran ese conjunto de la población.

Las constituciones de los Estados modernos occidentales abrevaron en los principios de libertad e igualdad, pero este último concepto no es tan transparente. Así lo han planteado diversos autores a partir de mediados del siglo XX,¹ en consonancia con los procesos sociales contemporáneos, que nos presentan desigualdades estructurales, sufridas por algunos grupos de la población. Esto es actualmente admitido por múltiples legislaciones, entre otras la Constitución Nacional de la República Argentina, que buscan reparar tal marginación histórica. El derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y otra positiva, relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados.

1. Bunge, Mario, “Modelos en ciencia teórica”, en *XIV Internationalen Kongresses fur Philosophie*, Viena, Herder Wien, 2-9 septiembre. Incluido en *Teoría y realidad*, Buenos Aires, Ariel, 1972; Dworkin, Ronald, *Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona, Paidós, 1993; Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1995; Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989; Rawls, John, *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995; Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1974; Sen, Amartya, *Nuevo examen de la desigualdad*, Madrid, Alianza Editorial, 2004; Taylor, Charles, *El multiculturalismo y “La política del reconocimiento”*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

Es conveniente analizar el impacto que puede tener la legislación a largo plazo, en lo referente a consolidar un clima cultural favorable al reconocimiento de la diversidad, una mirada sobre el otro que un siglo atrás era difícil de encontrar. También es importante la conceptualización de la discapacidad, que en las normas previas aparece dotada de connotaciones negativas. En la Convención, en cambio, se plantea otra noción, donde no hay una carga valorativa de lástima o piedad. Por el contrario, la condición de persona con discapacidad es reivindicada, a través de las muchas apelaciones, a la igualdad de derechos y rechazo por la conmiseración. Acarrea potencia política en busca de reclamos de derechos pendientes.

La definición de persona con discapacidad de la Convención es ambigua y polisémica, como pudo verse en los pronunciamientos judiciales internacionales que incorporan en esta categoría a las personas con obesidad severa y a quienes sufren infertilidad. Esto le quita precisión, lo cual incorpora la necesidad de una tarea más intensa de interpretación jurídica. Esta amplitud obedece a que la agregación de diferentes condiciones ofrece una posibilidad de demanda social mucho más potente que los reclamos sectoriales o individuales. Por lo tanto, la constitución de una identidad amplia resta precisión en la definición, pero suma volumen y potencia a una voz unificada. He tratado aquí de mostrar que esta versatilidad se expresa también en la jurisprudencia, donde consecuentemente a los sentidos volubles que tiene el término, hay soluciones distintas ante situaciones similares.

La Convención ha devenido en un faro o guía para el campo de la discapacidad, con profesionales de diversas ramas y gran intervención de las organizaciones de la sociedad civil que bregan por los derechos de ese colectivo. Esto puede ser valioso desde un punto de vista político, como unificación de un conjunto de consignas comunes. El movimiento asociativo ha tomado un rol preponderante en la redacción de la Convención, así como actualmente en su seguimiento. En un informe elaborado desde la perspectiva de las personas con discapacidad, la autora española Pilar Samaniego de García expresa la importancia de la organización del conjunto de las personas con discapacidad, a pesar de su heterogeneidad, con el propósito de lograr mayor visibilidad en sus reclamos:

En materia de promoción y defensa de derechos humanos, las minorías étnicas y raciales han logrado un impacto mayor quizá debido a una

unicidad de objetivos macro y simultaneidad de acciones en diferentes países, un construir que les ha llevado a ser autores y testigos de su propia historia, ir de una cultura del silencio a una cultura contestataria, dejar de ser motivo de historias para escribir la propia biografía desde la vivencia misma. Lección pendiente para las personas con discapacidad, la minoría más numerosa y abarcadora que al conjugar otras minorías dentro de sí misma es una realidad multisectorial y multifactorial, a saber: etnia, género, edad, situación socio-económica, lugar de residencia, analfabetismo, religión, tendencia sexual, filiación política. Condicionantes que pueden tornarse en fortaleza si se asume la discapacidad como gran denominador común, al considerar la familia se hablaría de cerca de la mitad de la población mundial (40%, aproximadamente).²

Al hablar del colectivo de personas con discapacidad, nos estamos refiriendo a algo diferente a la agregación de muchos individuos. Hay un reconocimiento a un actor social que nació con cabal conciencia de su propia heterogeneidad. El desafío de desarrollar un programa político a nivel internacional, basado en el reconocimiento de una identidad, excede en mucho a las soluciones específicas que los jueces han dado en relación con las demandas de las últimas décadas. Así, cuando se obliga al Estado, a una obra social o a una empresa de medicina prepaga a la cobertura de una prestación, no se está desarrollando totalmente la faz transformadora de la Convención, porque esos derechos ya eran reconocidos antes.

Otra situación que requiere atención teórica es el carácter lábil de la identidad de persona con discapacidad. ¿Quién es y quién no es persona con discapacidad? ¿Se trata de una categoría abierta a la decisión de cada integrante del colectivo? Es interesante que esta identidad surja a partir de asumir una condición que, *a priori*, no parecería deseable, pero que luego es reivindicada en nombre de la diversidad. Los referentes de las organizaciones defensoras de los derechos de personas con discapacidad no aceptan la provisión de bienes o servicios como deuda moral de la comunidad, ya que implicaría legitimar una mirada meramente misericordiosa. Por el contrario, enfatizan la calidad de derechos en la obtención de recursos, no solamente en las demandas que se viabilizan por vía judicial, sino también en los avances

2. Samaniego de García, Pilar, *Aproximación a la realidad de las personas con discapacidad en Latinoamérica*, Madrid, Cermi, 2006, p. 50.

legislativos que se obtienen a partir de la presión política. Para ello remarcan la tradicional vulneración de derechos y la desidia con la que se gestionaron beneficios durante décadas, así como el cambio que se produce a partir de reclamos más enérgicos y mejor organizados.

La Convención opera como una especie de emblema o bandera unificadora de un amplio conjunto de seres humanos que sufre discriminación. A pesar de aquella conveniencia política de presentar a todo el conjunto de personas con discapacidad de forma unificada, se viene produciendo una constante fragmentación al interior de este colectivo. Por ejemplo, existen iniciativas para obtener normas diferenciadas para algunos grupos específicos, como un proyecto de Convención sobre los Derechos de las Personas con Síndrome de Down, o leyes de protección integral para personas con Trastornos del Espectro Autista, o personas trasplantadas. O un importante sector de lo que se denomina la Comunidad Sorda,³ que sostiene que tal condición no implica una discapacidad sino, por el contrario, un rasgo cultural que debe mostrarse con orgullo ante el resto de la sociedad. Esta clase de diferenciaciones puede aparejar, en un futuro no tan lejano, un grave daño político a la idea de una identidad genérica (de persona con discapacidad), y provocar así una fragmentación que mengüe su potencialidad como grupo de presión. Si bien en cualquier colectivo social existen fricciones y tensiones en torno a determinados temas, la dispersión aquí podría diluir esa voz común para reclamos por derechos, y paulatinamente corroer los cimientos de la identidad en común, que la Convención pretende representar.

Un clásico conflicto dentro de los debates del multiculturalismo es la dificultad para gestionar las diferencias dentro de las minorías o, dicho de otra forma, cómo garantizar el derecho pleno de cada grupo dentro de las minorías. Aquí vuelve a aparecer la idea de reconocer estatutos personales más intensos para algunos de los grupos, cuestión que recorre la forma de gestionar la igualdad por parte de los Estados modernos. Esta Convención es un intento de provocar un cambio a nivel global, para terminar con diversas formas de discriminación. Las restricciones

3. "Sorda" con mayúscula inicial, para diferenciarse de aquellas personas sordas que no aceptan esta postura culturalista. Algunos de los argumentos para considerarse una cultura vienen de los enfoques socio-antropológicos de la década de 1960, que planteaban la identidad cultural a partir de una lengua en común (la Lengua de Señas).

actuales que sufren muchas personas con discapacidad, en cuanto a la falta de acceso a la salud, educación, empleo, son evidencia de la ineficacia para la gestión por parte de las autoridades estatales.

DISCAPACIDAD Y MULTICULTURALISMO

En la segunda mitad del siglo XX, en el marco del conflicto geopolítico e ideológico a nivel global, planteaba John Rawls⁴ que la distribución de la libertad y los derechos individuales dentro de una sociedad debía ser equilibrada, intentando reducir las diferencias producidas por situaciones naturales o sociales, maximizando la porción de justicia que corresponde a quienes integran el grupo de personas menos favorecidas. La igualdad en armonía con la libertad puede favorecer a un clima de justicia, al cual deben tender las políticas públicas y la legislación. Ya superada la Guerra Fría, el filósofo político canadiense Will Kymlicka planteó que existe una concepción de derechos diferenciada, cuando se trata de minorías. En este punto, tomó argumentos del planteo comunitarista, aunque sin abandonar totalmente los principios jurídicos liberales. La perspectiva comunitarista no viene, según este autor, a desvirtuar los principios originales del liberalismo, sino más bien a ajustar formas de entender a las minorías y su vínculo con el conjunto más amplio.

El tradicional principio liberal de la igualdad implicaba una noción universal, donde la autonomía de la persona era respetada por el Estado y por los demás individuos. Esta reserva implica una actividad estatal mínima en relación con los sujetos, lo cual puede opacar a las diferencias de hecho. Es importante insistir en que la igualdad es uno de los ejes centrales del pensamiento liberal, aunque partiendo de nociones individuales. De allí que las normas apunten al individuo y no a conjuntos de personas que pueden ya estar agrupadas voluntariamente o, en cambio, consideradas unidas *a priori* por reunir ciertas características.

La nota común de la legislación en esta materia es la identificación de los individuos a quienes va dirigida, casi a modo de un estatuto de clase. Ahora bien, no es tan sencillo legislar de forma general para un grupo particular, ya que implica determinar con claridad quiénes están

4. Rawls, John, *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

incluidos en ese conjunto y quiénes no. Esto choca de alguna forma con aquella definición dinámica de discapacidad que hemos analizado a lo largo de esta investigación. Y, por otra parte, hemos visto que esa misma definición, así como la forma que utiliza la Convención para sus prescripciones, es amplia y genérica, lo que provoca un fenómeno de ambigüedad. El colectivo de personas con discapacidad enarbola la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como emblema, y la expone como estatuto propio, producto de la reivindicación y el reconocimiento de su calidad de sujetos de derechos, tanto en términos individuales como grupales. Esto le da respaldo a la expresión de ese conjunto unificado, como una fuerza política, social y cultural. Esta agrupación se presenta como una minoría homogénea, aun cuando tiene importantes diferencias en su seno.

El diseño de políticas de acción positiva, en tanto discriminación positiva, sale del principio liberal tradicional, para reconocer a una minoría específica. Ya hemos visto que nuestra Constitución Nacional plantea esto para con cuatro grupos de la población: las mujeres, los ancianos, los niños y las personas con discapacidad. De estos cuatro conjuntos encuentro más valioso el análisis del último colectivo, en cuanto a unidad dentro de una aparente diversidad fenomenológica (*a priori* uno podría hallar muy distintos, por ejemplo, a una persona ciega de otra persona con discapacidad motriz). Sin embargo, el conjunto de personas con discapacidad se constituye como minoría unificada y reclama por derechos, con una potente organización política y argumentos jurídicos, ahora centrados en la Convención. La construcción iluminista de los derechos tiene una matriz universal, diferenciada de los estatutos que regían para los conjuntos de la población en la Edad Media. La idea de igualdad ciudadana repugnaba a las diferencias que podían tener ciertos grupos, ya fueran dominantes como también subalternos. La mirada actual sobre las identidades de minorías y sus estatutos jurídicos diferenciales no es exactamente una vuelta a las perspectivas medievales, sino un reconocimiento a la condición de vulnerabilidad, desde las perspectivas comunitaristas.

Cuando John Rawls proponía una noción neo-contractualista como fundamento de los derechos universales, seguía sosteniendo los tradicionales principios liberales que lograron erigir el tradicional concepto de derechos humanos. Pero en las últimas tres décadas, esta universalidad

fue cuestionada desde la perspectiva comunitarista, expresada con vigor en los debates sobre el multiculturalismo por Charles Taylor, que expone limitaciones que surgen del liberalismo jurídico clásico. Ronald Dworkin y Will Kymlicka destacaron la importancia de entender de manera más amplia el tradicional concepto de sujeto de derecho, para salir de la clásica perspectiva individualista y entender las diferencias a partir de la pertenencia a determinadas minorías. Estas perspectivas requieren de la aceptación de ciertas premisas, como que en la realidad existen ciertos grupos de la población que están en condición de subordinación, situación de hecho que es opacada por la presunta igualdad que el sistema liberal de derechos consagra en los países occidentales. Para evitar esta discriminación sistemática y bregar por la igualdad, se requerirá de un reconocimiento legal más intenso. La perspectiva liberal tradicional, en cambio, apuntará a la defensa de la minoría a través de los mecanismos propios del sistema jurídico, entendiendo que las decisiones que tome un sujeto racional apuntarán en sentido de evitar la discriminación por causa de raza, sexo, ideologías o características físicas, sensoriales, mentales o intelectuales.

El debate principal que encarna la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es de carácter político, y está aún en una etapa inicial. A este tema le caben los mismos interrogantes teóricos y prácticos que conforman la agenda del multiculturalismo en el debate internacional; se trata de un desafío para las sociedades democráticas contemporáneas. Es preciso discernir con claridad cuál ha sido el impacto real de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, para así lograr pautas claras de interpretación de las normas jurídicas. Hemos visto aquí que la Convención no ha sido la causa que transformó la forma en la que los jueces resolvían las demandas que presentaban las personas con discapacidad. Sin embargo, este tratado internacional de derechos humanos contiene un valor intrínseco más profundo y fértil, relacionado con el tratamiento legal para con las minorías. Es un desafío relevante, que nos convoca a avanzar hacia un análisis jurídico riguroso y que evite las respuestas simplistas o demagógicas.

El gran desafío desde la Convención no es constituir a los individuos con discapacidad en sujetos de derechos. Eso ya estaba ínsito en el surgimiento de los Estados modernos democráticos, forma parte de

las nociones liberales clásicas. La Convención, en cambio, plantea otro desafío: la constitución de un sujeto de derecho colectivo, que tenga un estatuto legal diferente al resto de la población. Este debate está postergado aún en el campo de la discapacidad, pero comienza a emerger y nos abrirá nuevas perspectivas sobre la gestión de los derechos de las minorías en la sociedad democrática.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO DÍAZ, Antonio León, *Historia de las deficiencias*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 1995.

ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1ª reimpresión, 1987.

ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Revista Doxa*, N° 5, 1988, pp. 139-151.

AMOR PAN, José Ramón, “El matrimonio de las personas con deficiencia mental”, en *Sexualidad y personas con discapacidad psíquica*, Madrid, FEAPS, 2000, pp. 301-335.

BARTON, Len, “Sociología y discapacidad: algunos temas nuevos”, en *Discapacidad y sociedad*, Madrid, Morata, 1998, pp. 19-33.

BERGER, Peter L. y LUCKMANN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu, 2011.

BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991.

BUNGE, Mario, “Modelos en ciencia teórica”, en *XIV Internationalen Kongresses für Philosophie*, Viena, Herder Wien, 2-9 septiembre, incluido en *Teoría y realidad*, Buenos Aires, Ariel, 1972.

——— *La ciencia, su método y su filosofía*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1987.

CASADO PÉREZ, Demetrio, *Panorámica de la discapacidad*, Barcelona, Intress, 1991.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Madrid, Reus, 1980.

Centro de Estudios Constitucionales y Políticos del Ministerio de Justicia de la Nación, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, Buenos Aires, La Ley, 1995.

CIURO CALDANI, Miguel A., “Filosofía trialista del derecho de la salud”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Rosario, Universidad Nacional de Rosario, año 2004/2005, N° 28, pp. 19-31.

CLIFFORD, James, *Dilemas de la antropología, literatura y arte en la perspectiva posmoderna*, Barcelona, Gedisa, 1995.

COPI, Irving M., *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, Eudeba, 1962.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

——— *Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona, Paidós, 1993.

EDGERTON, Robert, *The Cloack of Competence*, Los Ángeles, University of California Press, 1984.

ELÍAS, Norbert, *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.

EROLES, Carlos, “La naturaleza de la discriminación contra las personas con discapacidad”, en Eroles, Carlos y Fiamberti, Hugo (comp.), *Los derechos de las personas con discapacidad*, Buenos Aires, Secretaría de Extensión Universitaria, UBA, 2008.

FARRELL, Martín, “El alcance (limitado) del multiculturalismo”, en Bertomeu, M. J., Gaeta R., y Vidiella, G. (comp.), *Universalismo y multiculturalismo*, Buenos Aires, Eudeba, pp. 211-228.

FOUCAULT, Michel, *Los anormales*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001.

——— *Historia de la locura en la época clásica*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006.

——— *¿Qué es usted, profesor Foucault?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.

GARCÍA BELSUNCE, Horacio, “Reflexiones jurídicas en torno de la doctrina de la Corte Suprema en el caso Arancibia Clavel”, Buenos Aires, *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional*, 13 de octubre de 2004, p. 89.

GARCÍA CANCLINI, Néstor, *Culturas híbridas: Estrategias para entrar y salir de la modernidad*, México, Grijalbo, 1989.

GARCÍA LEMA, Alberto M., “Interpretación de la Constitución reformada y el Proyecto de Código”, Buenos Aires, La Ley, 2014-C-915.

GOFFMAN, Erving, *Estigma: la identidad deteriorada*, Buenos Aires, Amorrortu, 2001.

_____. *Internados: ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Buenos Aires, Amorrortu, 2004.

GROS ESPIELL, Héctor, *Estudios sobre derechos humanos II*, Madrid, IIDH / Civitas, 1988.

KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1987.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina: ¿hacia un derecho de la ancianidad?”, *Revista Chilena de Derecho*, abril de 2006, vol. 33, N° 1, pp.37-68.

KORN, Francis, “Variables”, en Korn, F. y de Asúa, M. (comp.), *Investigación social. Errores eruditos y otras consideraciones*, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias, 2004, pp. 153-155.

KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1978.

KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1995.

MAGEE, Brian, *Popper*, Barcelona, Grijalbo, 1974.

MEDINA, Graciela, “La adaptación de la sociedad al envejecimiento”, *Revista Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2016.

NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989.

_____. *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Emecé, 1992.

_____. *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2003.

OLIVER, Mike, “¿Una sociología de la discapacidad o una sociología discapacitada”, en Barton, Len (comp.), *Discapacidad y sociedad*, Madrid, Morata, 1998, pp. 34-58.

PALACIOS, Agustina, *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Ediciones Cinca, Cermi, 2008.

PÉREZ BUENO, Luis Cayo, *Discapacidad, derecho y políticas de inclusión*, Madrid, Ediciones Cinca, Cermi, 2010.

POPPER, Karl, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1980.

——— *Conjeturas y refutaciones: el desarrollo del conocimiento científico*, Madrid, Ediciones Paidós Ibérica, 1994.

——— *La miseria del historicismo*, Madrid, Alianza Editorial, 1999.

——— *La sociedad abierta y sus enemigos*, Madrid, Paidós, 2006.

PUIG DE LA BELLACADA, Ramón, “Concepciones, paradigmas y evolución de las mentalidades sobre discapacidad”, en *Discapacidad e información*, Madrid, SIIS Editorial, Real Patronato de la Prevención y Atención a Personas con Minusvalía, serie “Documentos”, 1990, pp. 14-90.

RAWLS, John, *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

RIVERA, Julio C., “El Derecho Privado Constitucional”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 7, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994.

——— *Instituciones de Derecho Civil Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 3ª edición, 2004.

ROSALES, Pablo, *La discapacidad en el sistema de salud argentino: obras sociales, prepagas y Estado Nacional*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004.

——— “Un estudio general de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, 2008-III-1022.

ROSATO, Ana y ANGELINO, María Alfonsina (comp.), *Discapacidad e ideología de la normalidad*, Buenos Aires, Noveduc, 2009.

ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1974.

SAGARNA, Fernando, “Ley 24.830: nuevo régimen de la responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos”, JA 1997-III-939, 1997; “Responsabilidad civil de las guarderías de menores”, LLBA, pp. 2002-2025.

SAGÜÉS, Néstor P., “Los tratados internacionales en la reforma constitucional argentina de 1994”, LL 1994-E, sec. Doctrina, p. 1036.

____ “Obligaciones internacionales y control de constitucionalidad”, en *Estudios constitucionales*, Año 8, N° 1, Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2010, pp. 117-136.

SAMANIEGO DE GARCÍA, Pilar, *Aproximación a la realidad de las personas con discapacidad en Latinoamérica*, Madrid, Cermi, 2006.

SEDA, Juan A., *Discapacidad intelectual y reclusión. Una mirada etnográfica sobre la Colonia Montes de Oca*, Buenos Aires, Noveduc, 2011.

____ *Discapacidad y universidad*, Buenos Aires, Eudeba, 2014.

SEN, Amartya, *Nuevo examen de la desigualdad*, Madrid, Alianza Editorial, 2004.

TAYLOR, Charles, *El multiculturalismo y “La política del reconocimiento”*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

TOBÍAS, José W., “La persona humana en el proyecto”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año IV, N° 6, Buenos Aires, La Ley, 2012, pp. 273.

VAIN, Pablo y ROSATO, Ana (coord.), *La construcción social de la normalidad. Alteridades, diferencias y diversidad*, Buenos Aires, Noveduc, 2005.

VERDUGO ALONSO, Miguel Ángel, *Personas con discapacidad. Perspectivas psicopedagógicas y rehabilitadoras*, Madrid, Siglo XXI, 2005.

WARNOCK, Mary, *Special Educational Needs. Report of the Committee of Enquiry into the Education of the Handicapped Children and Young People*, Londres, HMSO, 1978.

WOLFENBERGER, Wolf, *The principle of normalization in human services*, Toronto, National Institute on Mental Retardation, 1975.

