

II Jornadas Nacionales “Discapacidad y Derechos”

29 y 30 de mayo de 2014

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Trabajos presentados en el Eje1: Legislación y Jurisprudencia

Índice

1. Síntesis

2. Trabajos completos - Jueves 29 de Mayo – 16 a 18:30 hs.

Coord. Beltrami Zulema; Scinocca Ayelén Eliana; Lestido Silvia; Marina Simiele

2.1 *“Viabilidad de las medidas autosatisfactivas en el ámbito del derecho del trabajo en procura de protección judicial de trabajadores discapacitados”* - López Ariza, Gustavo Fabián.

2.2 *“El funcionamiento del comité sobre los derechos de las personas con discapacidad”* - Andreoli, Agostina.

2.3 *“Las medidas de abrigo y la discapacidad intelectual de los progenitores”* - Boly Villanueva, Inés.

2.4 *“La regulación de la asignación por hijo con discapacidad y su incompatibilidad con el modelo social”* - Slavin, Pablo

2.5 *“El uso de psicotrópicos en niños diagnosticados con trastorno de déficit de atención con o sin hiperactividad”* - Díaz Santiago, Araceli.

2.6 *“Análisis de un hecho de discriminación”* - Cáceres, Paola Cecilia.

2.7 *“Los derechos de los discapacitados”* - Uonono, Daniel.

2.8 *“Derecho subterráneo”* - Galvagno, Patricia Luján.

3. Trabajos completos - Viernes 30 de Mayo Subcomisión 1 - 15:30 a 18:00 hs.

Coord. Olmo Juan Pablo y Scinocca Ayelén Eliana

3.1 *“Relación entre el perfil de funcionamiento de las personas que presentan discapacidad mental secundaria a esquizofrenia y la orientación prestacional”* - García, Sandra Beatriz.

3.2 *“Reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad a través de la tutela efectiva”* - Campos, Carla Yamila.

3.3 *“Infertilidad como discapacidad: análisis de un caso a la luz de la normativa vigente en la materia”* - Correa, Jesica Sabrina.

3.4 *“Derechos de las personas con discapacidad. Avances de la jurisprudencia”* - Parés, Susana

3.5 *“La convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, los ajustes razonables y el deporte”* - Caporale, Mariano.

3.6 *“Aplicación de los productos médicos en las personas con discapacidad”* - Medina, Marcelo Guerrero.

3.7 *“Aprendizajes significativos y orientación como derecho de tod@s”* Brunetti, Bibiana Noemí -Lamazón, Fernando García.

3.8 *“Certificación de la discapacidad”* - González Arroyo, Laura

3.9 *“Adecuación de la legislación argentina a la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Recepción del art. 27. Ley 26.616 Régimen federal de empleo protegido para personas con discapacidad”* - Borrelli, Bruno

3.10 *“Recopilado de legislaciones sobre transporte”* - Giuliani, Luis Alberto

4. Trabajos completos - Viernes 30 de Mayo Subcomisión 2 - 15:30 a 18:00 hs.

Coord. Damiani, Viviana y Simiele, Marina

4.1 *“Discapacidad y el derecho a la salud”* - Falduti, Esteban.

4.2 *“Derecho a la información”* - Morales, María.

4.3 *“Discapacidad intelectual en las cárceles”* - Ricci, María Jimena

4.4 *“La discapacidad y la salud”* - Rojas, Johana Soledad.

4.5 *“La jurisprudencia sobre el tema de la discapacidad”* - Ciancia, Edda Olga

4.6 *“Análisis del fallo: Emiliano Pablo Naranjo c/ Universidad de la Matanza s/ Amparo”* - Coronado, Berta

4.7 *“Bullying: cuando el hostigamiento escolar entre pares involucra a niños, niñas o adolescentes con discapacidad”* - Scinocca, Ayelen Eliana



SÍNTESIS JUEVES 29 DE MAYO

Coord. Beltrami Zulema; Scinocca Ayelén Eliana; Lestido Silvia; Marina Simiele

En la mesa del día jueves 29 de mayo de presentaron 8 ponencias. Se repasó el marco jurídico vigente de protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad y se expuso sobre los siguientes temas:

-El funcionamiento del Comité de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y los mecanismos convencionales de protección derechos humanos.

-Análisis de fallo sobre la desvinculación filial de una niña recién nacida de su madre con discapacidad intelectual, como medida abrigo adoptada por el Servicio de Niñez.

-La necesidad de políticas públicas de servicios de apoyo para la vida autónoma de la persona con discapacidad, en relación a la asignación universal por hijo con discapacidad.

Entre varios debates que se suscitaron, resultó muy significativo el planteo propuesto respecto de las medidas autosatisfactivas como idóneas y expeditas, por vía incidental, en el ámbito del Derecho Laboral.

Asimismo, se debatió respecto de la accesibilidad física en el transporte público, surgiendo de la investigación de una alumna del seminario Discapacidad y Derechos en el marco de un análisis de fallo, la situación actual de los subtes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

VIABILIDAD DE LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS EN EL AMBITO DEL DERECHO DEL TRABAJO EN PROCURA DE PROTECCION JUDICIAL DE TRABAJADORES DISCAPACITADOS

LÓPEZ ARIZA, Gustavo Fabián

Abogado – UBA

Profesor Adjunto Regular de Práctica Profesional

Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho - UBA

Coordinador de Toma de Casos del Centro de Formación

Profesional de la Facultad de Derecho - UBA

gustavolopezariza@derecho.uba.ar

El presente trabajo procura analizar si resultan viables las medidas autosatisfactivas en el fuero laboral aplicables a trabajadores que presentan algún grado de discapacidad, y si los mismos pueden solicitar por esta vía prestaciones en especie. Teniendo en cuenta la jerarquía del derecho a la salud y a la integridad psicofísica, así como el indiscutible derecho de quien ha sufrido un infortunio laboral la respuesta resulta ser afirmativa.

La garantía de acceso a la jurisdicción y el derecho a la tutela judicial efectiva a través de un procedimiento sencillo y breve, goza no sólo de reconocimiento constitucional sino también de reconocimiento en la normativa internacional con jerarquía constitucional.

El otorgamiento de prestaciones en especie vinculadas a la integridad psicofísica de la persona que trabaja, está alcanzada también por diversas normas constitucionales e instrumentos internacionales que tienen jerarquía constitucional. Las medidas autosatisfactivas son perfectamente utilizables en los casos de demoras o dilaciones en que incurrir las aseguradoras de riesgos del trabajo en la entrega efectiva e inmediata de prestaciones en especie. Tal es el caso de los trabajadores que frente a un accidente de trabajo consistente en la amputación de sus miembros superiores, requieren en forma inmediata el otorgamiento y uso de la prótesis provisoria -de las características determinadas por los especialistas tratantes-. Frente a las necesidades insatisfechas del trabajador accidentado, la circunstancia de contar como solución de urgencia general con las medidas autosatisfactivas revierten dicha tendencia. Así, por



esta vía incidental se puede perseguir, por ejemplo, el otorgamiento por parte de las aseguradoras de riesgos del trabajo de prótesis provisorias y accesorios. Las medidas autosatisfactivas configuran una modalidad de la tutela jurisdiccional diferenciada, cuya característica fundamental consiste en el factor tiempo. Se da prevalencia al tiempo, a la celeridad, asegurando con ello la utilidad del resultado, vale decir, la efectividad del proceso. Para lograr ese fin se reduce la cognición y se posterga la bilateralidad. Se debe tener en cuenta la esencia de lo peticionado y de los derechos cuya tutela se persigue. En nuestro sistema jurídico, estas medidas abren el camino como vía idónea para tutelar los derechos fundamentales del trabajador que resulta ser víctima de un siniestro laboral, frente a las violaciones provenientes de las aseguradoras de riesgos del trabajo. Todas las tutelas urgentes, aún las de contenido anticipatorio, tienen como finalidad la realización, en toda su plenitud, del principio de efectividad del proceso. Las medidas autosatisfactivas constituyen un valioso instrumento de respaldo en el acceso a la justicia, y pueden ser válidamente utilizadas por parte de los trabajadores accidentados, en términos de respeto a su dignidad de persona y de trabajador. Sirven, entonces, como mecanismo que garantiza la inclusión social de los trabajadores discapacitados.

PALABRAS CLAVE

Garantía de acceso a la jurisdicción – Trabajador discapacitado – Prestaciones en especie – Aseguradoras de riesgo del trabajo – Medidas autosatisfactivas

El presente trabajo procura analizar si resultan viables las medidas autosatisfactivas en el fuero laboral aplicables a trabajadores que presentan algún grado de discapacidad, y si los mismos pueden solicitar por esta vía prestaciones en especie. Teniendo en cuenta la jerarquía del derecho a la salud y a la integridad psicofísica, así como el indiscutible derecho de quien ha sufrido un infortunio laboral la respuesta resulta ser afirmativa.

La garantía de acceso a la jurisdicción y el derecho a la tutela judicial efectiva a través de un procedimiento sencillo y breve, goza no sólo de reconocimiento constitucional sino también de reconocimiento en la normativa internacional con jerarquía constitucional (arts. 18 y 43 de la Constitución Nacional; arts. 18 y 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 8, 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 2 inc. 3, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 5 inc. a de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, entre otros).

El otorgamiento de prestaciones en especie (prótesis y sus accesorios) vinculadas a la integridad psicofísica de la persona que trabaja, está alcanzada también por diversas normas constitucionales e instrumentos internacionales que tienen jerarquía constitucional (arts. 14 y 19 de la Constitución Nacional y arts. 3, 23 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 1, 11, 14 y 16 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre; art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 7 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 1 y 5 de la Convención contra la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; y los arts. 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño). También cabe tener en cuenta lo dispuesto en la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad (suscripta en Guatemala el 08/06/1999, ratificada por la República Argentina mediante Ley 25.280, sancionada el 06/07/2000, promulgada de hecho el 31/07/2000 y publicada en el Boletín Oficial el 03/08/2000), cuya importancia y aplicación a supuestos vinculados con la tutela de la integridad psicofísica de la persona que trabaja fue revalorizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Aquino" (C.S.J.N, "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios



Industriales S.A. s/ accidente ley 9.688", del 21/09/2004). Con anterioridad a la dilucidación de la cuestión de fondo, si se toman en consideración las particularidades del daño sufrido por el trabajador, por esta vía incidental se puede petitionar el otorgamiento -con carácter de urgente- de aquellas prestaciones en especie que a tenor de lo normado por el art. 20 de la Ley de Riesgos del Trabajo corresponde se le provean a la persona accidentada "hasta su curación completa o mientras subsistan los síntomas incapacitantes". Las medidas autosatisfactivas son perfectamente utilizables en los casos de demoras o dilaciones en que incurren las aseguradoras de riesgos del trabajo en la entrega efectiva e inmediata de prestaciones en especie. Tal es el caso de los trabajadores que frente a un accidente de trabajo consistente en la amputación de sus miembros superiores, requieren en forma inmediata el otorgamiento y uso de la prótesis provisoria -de las características determinadas por los especialistas tratantes-. Frente a las necesidades insatisfechas del trabajador accidentado, la circunstancia de contar como solución de urgencia general con las medidas autosatisfactivas revierten dicha tendencia. De este modo, y por esta vía incidental se puede perseguir, por ejemplo, el otorgamiento por parte de las aseguradoras de riesgos del trabajo de prótesis provisionarias y accesorios. Las medidas autosatisfactivas configuran una modalidad de la tutela jurisdiccional diferenciada, cuya característica fundamental consiste en el factor tiempo. Se da prevalencia al tiempo, a la celeridad, asegurando con ello la utilidad del resultado, vale decir, la efectividad del proceso. Para lograr ese fin se reduce la cognición y se posterga la bilateralidad. Todas las tutelas urgentes, aún las de contenido anticipatorio, tienen como finalidad la realización, en toda su plenitud, del principio de efectividad del proceso (De los Santos, 1998, pág. 35 y ss.). Todo lo cautelar es urgente, pero no todo lo urgente es cautelar, por ser lo "cautelar" una especie dentro del género "procesos urgentes" (Peyrano, 1995, pág. 899). Calificar la pretensión como una medida cautelar innovativa implica adoptar una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificable una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión. En ciertas ocasiones -como ocurre con la medida cautelar innovativa- existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, estudio que es particularmente necesario cuando el trabajador accidentado pretende reparar -mediante esta vía- un agravio causado a su integridad física y psíquica. Dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (Morello, 1998, pág. 1 y ss.). En relación con las medidas autosatisfactivas se debe tener en cuenta la esencia de lo petitionado y de los derechos cuya tutela se persigue. En nuestro sistema jurídico, estas medidas abren el camino como vía idónea para tutelar los derechos fundamentales del trabajador que resulta ser víctima de un siniestro laboral, frente a las violaciones provenientes de las aseguradoras de riesgos del trabajo. Las medidas autosatisfactivas constituyen un valorable instrumento de respaldo en el acceso a la justicia, y pueden ser válidamente utilizadas por parte de los trabajadores accidentados, en términos de respeto a su dignidad de persona y de trabajador. Sirven, entonces, como mecanismo que garantiza la inclusión social de los trabajadores discapacitados.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) De los Santos, Mabel A., 1998; Medida autosatisfactiva y medida cautelar. Semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales; Santa Fe; pub. en Revista de Derecho Procesal, Tomo 1, Medidas cautelares, Ed. Rubinzal Culzoni.
- (2) Morello, Augusto M., 1998; La tutela anticipada en la Corte Suprema; pub. en E.D., 05/02/1998.
- (3) Peyrano, Jorge W., 1995; Lo urgente y lo cautelar; pub. en J.A., 1995-I.



EL FUNCIONAMIENTO DEL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

ANDREOLI, Agostina

Estudiante, Derecho - UBA
andreoli769@est.derecho.uba.ar

En la ponencia para las II Jornadas Nacionales “Discapacidad y Derechos” analizaré el funcionamiento del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, creado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. Este Comité, entre otras funciones, recibirá y considerará las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de una violación por un Estado Parte en la Convención y en el Protocolo Facultativo antes mencionados.¹ Evaluaré el procedimiento del Comité y las obligaciones de los Estados Parte que ratificaron estos tratados de derechos humanos.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron aprobados mediante resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas el día 13 de Diciembre de 2006 y quedaron abiertos a la firma el 30 de marzo de 2007.² La República Argentina ratificó estos tratados el 2 de Septiembre del año 2008. Por lo tanto, forman parte de nuestra legislación vigente.

Los mecanismos de protección de los derechos humanos en el Sistema Universal, dependiente de la ONU (Organización de las Naciones Unidas), pueden ser convencionales o extra – convencionales. Llamamos mecanismos convencionales a aquellos procedimientos instituidos en tratados internacionales de derechos humanos, mientras que los extra – convencionales son procedimientos creados mediante instrumentos jurídicos distintos de los tratados internacionales.³

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un mecanismo convencional dentro del sistema universal, porque ha sido creado por un tratado de derechos humanos, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. No debemos olvidar que, si bien las normas internacionales de derechos humanos son directamente aplicables en el ámbito interno (por el principio de auto-ejecutividad), toda protección internacional a los derechos humanos, ya sea en el sistema universal o los sistemas regionales (por ejemplo, el Sistema interamericano o el Sistema europeo) funciona de manera subsidiaria al sistema judicial de cada estado. Por esta razón para poder recurrir a instancias internacionales debemos primero agotar los recursos judiciales internos.

Un principio básico del derecho internacional, el principio de no intervención o no injerencia en los asuntos internos de los estados entra en juego, pero el Protocolo Facultativo permite que los Estados Parte, al momento de la firma o ratificación del Protocolo declaren no reconocer la competencia del Comité.⁴ La República Argentina, no efectuó reservas al momento de la ratificación, por lo que ha reconocido la competencia del Comité. Este reciente instrumento de derechos humanos, como así también su Comité, se convierten en nuevas herramientas que deben ser estudiadas y difundidas, para poder ser utilizadas a favor del cumplimiento de los derechos de las personas con discapacidad.

¹ Artículo 1, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

² Artículo 10, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

³ Mikel Berraondo López, 2004; Los derechos humanos en la Globalización: Mecanismos de Garantía y Protección; Ed. Alberdania, San Sebastián.

⁴ Artículo 8, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.



Introducción

Mi ponencia para las II Jornadas Nacionales “Discapacidad y Derechos”, tiene como objetivo describir el funcionamiento del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, creado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Tanto la Convención como su Protocolo Facultativo fueron aprobados mediante la Resolución 61/106 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 13 de diciembre de 2006, quedaron abiertos a la firma el 30 de marzo de 2007 y entraron en vigor el 3 de mayo de 2008. Al día de hoy, la Convención cuenta con 146 ratificaciones y el Protocolo con 81 ratificaciones.

Desarrollo

La ratificación de tratados internacionales en nuestro país es un acto complejo federal que se lleva a cabo por etapas. La primera etapa de negociación, adopción y autenticación del texto es realizado por el Poder Ejecutivo Nacional, generalmente a través de la Cancillería; la aprobación del texto es efectuada por una ley del Congreso Nacional (Poder Legislativo Nacional) y finalmente la ratificación del tratado es realizada por el Poder Ejecutivo Nacional. Es necesario aclarar que cuando el Poder Legislativo aprueba el texto del tratado, sólo está dando conformidad para que el Poder Ejecutivo se obligue posteriormente en base a dicho texto. Luego el Poder Ejecutivo podría ratificarlo o no, ya que se encuentra dentro de sus facultades.⁵ La República Argentina ratificó estos tratados el 2 de septiembre del año 2008, habiendo sido el texto previamente aprobado por el Congreso Nacional por ley 26.378, por lo que forman parte de nuestra legislación vigente.

Los mecanismos de protección de los derechos humanos en el Sistema Universal, dependiente de la ONU (Organización de las Naciones Unidas), no son jurisdiccionales y pueden ser convencionales o extra-convencionales. Llamamos mecanismos convencionales a aquellos procedimientos instituidos en tratados internacionales de derechos humanos, mientras que los extra-convencionales son procedimientos creados mediante instrumentos jurídicos distintos de los tratados internacionales.⁶

El Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad es un mecanismo convencional dentro del sistema universal, porque ha sido creado por la Convención. No debemos olvidar que, si bien las normas internacionales de derechos humanos son operativas y directamente aplicables en el ámbito interno (por el principio de auto-ejecutividad), toda protección internacional a los derechos humanos, ya sea en el sistema universal o los sistemas regionales (por ejemplo, el sistema interamericano o el sistema europeo) funciona de manera subsidiaria al sistema judicial de cada estado.

Enfocándonos en el texto de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el Artículo 34 crea el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad y establece que el mismo será el órgano de aplicación del tratado. Luego este artículo regula los aspectos administrativos del Comité, como por ejemplo que el mismo consta de 18 miembros, que desempeñan sus funciones a título personal y que deben ser personas de gran integridad moral y reconocida competencia y experiencia en los temas referentes a la Convención. Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes, tomando en consideración una distribución geográfica equitativa, la representación de las diferentes formas de civilización y los principales ordenamientos jurídicos, una representación de género equilibrada y la

⁵ Silvina S. González Napolitano, 1995; Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno argentino: Revista Prudentia Iuris Nº 37.

⁶ Mikel Berraondo López, 2004; Los derechos humanos en la globalización: Mecanismos de Garantía y Protección; Editorial Alberdania, San Sebastián.



participación de expertos con discapacidad. Los miembros se elegirán mediante voto secreto de una lista de personas designadas por los Estados Partes de entre sus nacionales en reuniones de la Conferencia de los Estados Partes. En estas reuniones, en las que dos tercios de los Estados Partes constituirán quórum, las personas elegidas para el Comité serán las que obtengan el mayor número de votos y una mayoría absoluta de votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes. Los miembros del Comité se elegirán por un período de cuatro años y podrán ser reelegidos. Si un miembro fallece, renuncia o declara que, por alguna otra causa, no puede seguir desempeñando sus funciones, el Estado Parte que lo propuso designará otro experto que posea las cualificaciones y reúna los requisitos previstos para ser miembro del Comité y así ocupar el puesto durante el resto del mandato. El Comité adoptará su propio reglamento y el Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y las instalaciones que sean necesarios para el efectivo desempeño de las funciones del Comité. Los miembros del Comité percibirán emolumentos con cargo a los recursos de las Naciones Unidas y tendrán derecho a las facilidades, prerrogativas e inmunidades que se conceden a los expertos que realizan misiones para la ONU.

Respecto a las funciones del Comité, la Convención establece un sistema de informes, con cuatro funciones, reguladas por cuatro artículos.

La primera función, según el Artículo 35 es la recepción de informes presentados por los Estados Partes, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas. Este informe debe ser exhaustivo y debe versar sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la Convención y sobre los progresos realizados al respecto en el plazo de dos años contado a partir de la entrada en vigor de la Convención en el Estado Parte de que se trate. Posteriormente, los Estados Partes presentarán informes ulteriores al menos cada cuatro años y en las demás ocasiones en que el Comité se lo solicite. El Comité decidirá las directrices aplicables al contenido de los informes. El Estado Parte que haya presentado un informe inicial exhaustivo al Comité no tendrá que repetir, en sus informes ulteriores, la información previamente facilitada. Se invita a los Estados Partes a que, cuando preparen informes para el Comité, lo hagan mediante un procedimiento abierto y transparente. En los informes se podrán indicar factores y dificultades que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención.

La segunda función, de acuerdo al Artículo 36 es la consideración de los informes. El Comité considerará todos los informes, hará las sugerencias y las recomendaciones que estime oportunas respecto a ellos y se las remitirá al Estado Parte de que se trate. Éste podrá responder enviando al Comité cualquier información que desee. Éste podrá solicitar a los Estados Partes más información con respecto a la aplicación de la Convención. Cuando un Estado Parte se haya demorado considerablemente en la presentación de un informe, el Comité podrá notificarle la necesidad de examinar la aplicación de la Convención en dicho Estado Parte, sobre la base de información fiable que se ponga a disposición del Comité, en caso de que el informe pertinente no se presente en un plazo de tres meses desde la notificación. El Comité invitará al Estado Parte interesado a participar en dicho examen. Si el Estado Parte respondiera presentando el informe pertinente, se considerará como los informes presentados a tiempo. El Secretario General de las Naciones Unidas pondrá los informes a disposición de todos los Estados Partes. Los Estados Partes darán amplia difusión pública a sus informes en sus propios países y facilitarán el acceso a las sugerencias y recomendaciones generales sobre esos informes. El Comité transmitirá a los organismos especializados, los fondos y los programas de las Naciones Unidas, así como a otros órganos competentes, los informes de los Estados Partes, a fin de atender una solicitud o una indicación de necesidad de asesoramiento técnico o asistencia que figure en ellos, junto con las observaciones y recomendaciones del Comité, sobre esas solicitudes o indicaciones.



La tercera función, según el Artículo 37, es la cooperación entre los Estados Partes y el Comité. Los Estados Partes cooperarán con el Comité y ayudarán a sus miembros a cumplir su mandato. En su relación con los Estados Partes, el Comité tomará debidamente en consideración medios y arbitrios para mejorar la capacidad nacional de aplicación de la presente Convención, incluso mediante la cooperación internacional. La cuarta función, plasmada en el Artículo 39, es la emisión del informe del Comité. El Comité informará cada dos años a la Asamblea General y al Consejo Económico y Social (ECOSOC) sobre sus actividades y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y datos recibidos de los Estados Partes en la Convención. Esas sugerencias y recomendaciones de carácter general se incluirán en el informe del Comité, junto con los comentarios de los Estados Partes. En el Protocolo Facultativo, se establecen otras funciones del Comité. Es necesario aclarar que las funciones incluidas en el Protocolo sólo se aplican a los Estados Partes que lo hayan ratificado. Los Estados que sólo hayan ratificado la Convención participan únicamente del sistema de informes del Comité.

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, crea un sistema de comunicaciones para personas físicas regulado por los primeros cinco artículos del Protocolo y otorga una función de investigación al Comité en los artículos 6 y 7.

Según el Artículo 1º, todo Estado Parte en el Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas. Esta competencia del Comité no puede ser desconocida por los Estados Partes. El Artículo 2 habla sobre los requisitos de admisibilidad de las comunicaciones. El Comité considerará inadmisibles una comunicación cuando:

Sea anónima; constituya un abuso del derecho a presentar una comunicación o sea incompatible con las disposiciones de la Convención; se refiera a una cuestión que ya haya sido examinada por el Comité o ya haya sido o esté siendo examinada de conformidad con otro procedimiento de investigación o arreglo internacionales; no se hayan agotado todos los recursos internos disponibles, salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente o sea improbable que con ellos se logre un remedio efectivo; sea manifiestamente infundada o esté insuficientemente sustanciada; o los hechos objeto de la comunicación hubieran sucedido antes de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo para el Estado Parte interesado, salvo que esos hechos continuasen produciéndose después de esa fecha. El Artículo 3 afirma que el Comité pondrá en conocimiento del Estado Parte, de forma confidencial, toda comunicación que reciba con arreglo al presente Protocolo. En un plazo de seis meses, ese Estado Parte presentará al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en las que se aclare la cuestión y se indiquen las medidas correctivas que hubiere adoptado el Estado Parte, de haberlas. El Artículo 4 dice que tras haber recibido una comunicación y antes de llegar a una conclusión sobre el fondo de ésta, el Comité podrá remitir en cualquier momento al Estado Parte interesado, a los fines de su examen urgente, una solicitud para que adopte las medidas provisionales necesarias a fin de evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación. El ejercicio por el Comité de sus facultades discrecionales, no implicará juicio alguno sobre la admisibilidad o sobre el fondo de la comunicación. Según el Artículo 5, el Comité examinará en sesiones privadas las comunicaciones que reciba en virtud del presente Protocolo. Tras examinar una comunicación, el Comité hará llegar sus sugerencias y recomendaciones al Estado Parte interesado y al comunicante.

La última de las funciones del Comité es la función de investigación. De acuerdo al Artículo 6, si el Comité recibe información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos recogidos en la Convención, el Comité invitará a ese Estado Parte a colaborar en el examen de la información y a presentar observaciones sobre dicha información. Tomando en consideración las



observaciones que haya presentado el Estado Parte interesado, así como toda información fidedigna que esté a su disposición, el Comité podrá encargar a uno o más de sus miembros que lleven a cabo una investigación y presenten, con carácter urgente, un informe al Comité. Cuando se justifique y con el consentimiento del Estado Parte, la investigación podrá incluir una visita a su territorio. Tras examinar las conclusiones de la investigación, el Comité las transmitirá al Estado Parte interesado, junto con las observaciones y recomendaciones que estime oportunas. En un plazo de seis meses después de recibir las conclusiones de la investigación y las observaciones y recomendaciones que le transmita el Comité, el Estado Parte interesado presentará sus propias observaciones al Comité. La investigación será de carácter confidencial y en todas sus etapas se solicitará la colaboración del Estado Parte.

Finalmente, según el Artículo 7, el Comité podrá invitar al Estado Parte interesado a que incluya en el informe que ha de presentar con arreglo al Artículo 35 de la Convención pormenores sobre cualesquiera medidas que hubiere adoptado en respuesta a una investigación efectuada con arreglo al Artículo 6 del Protocolo. Transcurrido el período de seis meses indicado en el Artículo 6, el Comité podrá invitar al Estado Parte interesado a que le informe sobre cualquier medida adoptada como resultado de la investigación.

El Artículo 8 reconoce a los Estados Partes, al momento de la firma, ratificación o adhesión al Protocolo, el derecho de declarar que no reconocen la competencia del Comité establecida en los artículos 6 y 7, es decir, la función de investigación.

Por último, relataré una denuncia recibida por el Comité contra Argentina de acuerdo al Artículo 1 del Protocolo Facultativo. Una persona con discapacidad que cumple cadena perpetua en nuestro país por delitos de lesa humanidad, alegó que las condiciones carcelarias estaban afectando su salud física y mental. Previamente a la condena, durante la prisión preventiva, esta persona había sufrido un accidente cerebro vascular que le ocasionó un trastorno cognitivo, pérdida parcial de la visión y problemas de movilidad, que lo obligan a usar una silla de ruedas. El denunciante dijo que no podía mantener su higiene personal de manera independiente y adecuada, porque no podía llegar al baño por su cuenta. También dijo que no había recibido la rehabilitación recomendada por sus médicos, ya que ésta requería de un traslado de 32 kilómetros en ambulancia a un centro especializado corriendo el riesgo de agravar sus problemas de columna vertebral. Las autoridades argentinas dijeron que las acusaciones eran genéricas y sin fundamento. Asimismo, sostuvieron que la solicitud de detención domiciliar presentada por el peticionario era ilógica toda vez que necesitaría igualmente ser trasladado constantemente al centro de rehabilitación. En su dictamen público del 15 de abril de 2014, los miembros del Comité señalaron que el peticionario no había demostrado que se hubieren violado sus derechos con respecto al cuidado de la salud y la rehabilitación, ni pudieron concluir que los viajes hacia y desde el centro de rehabilitación representaran un riesgo para su vida. El Comité reconoce que el Estado argentino había eliminado un escalón que obstaculizaba el acceso al baño y a las duchas, que los ascensores funcionaban en la cárcel y que el servicio de enfermería podía ser llamado las 24 horas mediante un timbre. Sin embargo, las autoridades argentinas no habían demostrado que estas medidas sean suficientes, ya que no garantizan que el recluso pudiera acceder a un baño adaptado a la silla de ruedas, ni que pudiera llegar al patio de la prisión por su cuenta. Según el Comité, esta situación equivale a una violación de las obligaciones del Estado Parte de garantizar que un recluso con discapacidad tenga acceso a las instalaciones y servicios ofrecidos por el lugar de detención, y a asegurar que dicha persona se encuentre detenida en condiciones razonables, como establecen los artículos 9 y 14 de la Convención. Asimismo, el Comité consideró que las condiciones precarias de detención del recluso eran incompatibles con el Artículo 17 de la Convención. El Comité dijo que Argentina está obligada a asegurar a ese recluso con discapacidad el acceso a los servicios e instalaciones en igualdad de condiciones que los demás y pidió también que las autoridades argentinas aseguren la atención médica adecuada y oportuna, así como el acceso continuo y pleno a la rehabilitación.



En cuanto a los detenidos con discapacidad en general, el Comité dijo que las autoridades también tienen que asegurarse de que la falta de accesibilidad y de ajustes razonables, no cause sufrimiento físico o psicológico que puede constituir tortura o un trato cruel, inhumano o degradante.

Conclusión

Luego de analizar el funcionamiento del Comité, considero que aquellas personas nacionales de Estados que han ratificado el Protocolo Facultativo cuentan con más protección en el Sistema Universal que aquellas personas nacionales de Estados que no ratificaron; ya que tienen la posibilidad de efectuar denuncias al Comité de acuerdo al sistema de comunicaciones del artículo 1 del Protocolo. Hay que destacar que no todos los Comités que surgen de Convenciones de la ONU tienen la facultad de recibir denuncias de particulares. También es importante que los Estados Partes presenten los informes a tiempo y hagan lugar a las recomendaciones del Comité, puesto que de lo contrario pueden incurrir en responsabilidad internacional. Es menester que los estados cumplan con las obligaciones a las que se han comprometido de buena fé en sede internacional, sobre todo respecto de los derechos humanos. Por último, el primer obligado a garantizar, satisfacer y reparar en caso de violación de derechos, es siempre el Estado, las instancias internacionales son siempre subsidiarias y la situación óptima sería que ningún individuo se vea obligado a recurrir a las mismas.

LAS MEDIDAS DE ABRIGO Y LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL DE LOS PROGENITORES

BOLY VILLANUEVA, Inés
Estudiante, Derecho – UBA
inesboly@hotmail.com

Liminarmente corresponde poner de resalto la situación de vulnerabilidad en la cual se encuentran inmersas muchas personas con discapacidad que no cuentan con la ayuda del Estado; a *contrario sensu*, es la misma desprotección gubernamental la que coloca a dichas personas en tal circunstancia, en numerosos casos.

Es intención de la presente ponencia destacar el trabajo realizado por distintos efectores del derecho, en un caso en particular, que tuvo como corolario el respeto del rol materno de quien padece una discapacidad intelectual; y el resguardo y la plena protección tuitiva del derecho de planificación familiar y desarrollo en el seno de la familia biológica como premisa fundamental, es decir el respeto del hogar y la familia, todo ello en el marco de lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, norma de jerarquía suprallegal, en virtud de la Ley Nº 26.378 que fuera sancionada con fecha 21/05/2008 y en conjunción con las directrices establecidas por la Ley Provincial Nº 13.298 sobre la Promoción y Protección integral de los Derechos de los Niños.

La Convención, sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es de trascendental relevancia para nuestro país desde su ratificación, pues debido a que conforme la doctrina de la CSJN en el caso “EKMEKDJIAN, Miguel A. c/ SOFOVICH, Gerardo”, reviste mayor jerarquía normativa que las leyes de fondo, tal fundamento radica en el Art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados – la cual fue aprobada por ley 19.865 y ratificada el 05/12/1972- que confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno ya que establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Por lo que, el incumplimiento de un tratado puede darse por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta



contraria, como por la omisión de establecer disposiciones que hagan imposible su cumplimiento; obligándose internacionalmente desde su ratificación, a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que el tratado contempla.

No es ocioso destacar que del caso del *sub examine*, y que será objeto del presente trabajo, nos encontramos ante la presencia de varios sujetos en estado de vulnerabilidad a saber, la madre biológica que padece de discapacidad intelectual y el menor recién nacido, cuya medida de abrigo adoptada por el Servicio de Niñez interviniente lo separa de su vínculo filial.

De la Convención para las Personas con Discapacidad.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -y su protocolo facultativo, aprobados por ley 26.378⁷, establece como propósito de la misma la de "...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, y promover el respeto de su dignidad inherente. 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" (Conf. Artículo 1º del citado cuerpo legal).

Bajo tal línea de pensamiento, los Estados partes de la citada Convención, se comprometen a "...asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad" (Art. 4º de la Convención).

Con lo *ut supra* indicado, resulta insoslayable manifestar que en cumplimiento de las premisas y directrices enunciadas en el referido instrumento, los Estados Partes deberán reordenar y readecuar sus ordenamientos jurídicos internos a los fines de asegurar el cumplimiento efectivo de la misma, en aras de garantizar los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad.

En otro orden de ideas, por la misma Convención es menester de los Estados Partes promover, formular e idear acciones destinadas a una mayor igualdad de oportunidades.

Digno de destacar es un fallo del otrora Tribunal de Familia Nº 3 de Lomas de Zamora, por medio del cual la Dra. Villaverde resolvió sobre los derechos de una mujer con discapacidad intelectual, que dio a luz un niño durante su internación en el Hospital Esteves, y que fue separado de su madre, basándose y fundamentando su decisorio en lo dispuesto por el mencionado art. 23 de la citada Convención.

A través del mismo, sostuvo que "*los Estados Partes de la Convención 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. 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*

⁷ Ley Nº 26.378 y su protocolo facultativo fue sancionada el 21/05/2008, publicada en el B.O. el 09/06/2008; y ratificados ambos instrumentos el 02/09/08.-



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** -el destacado me pertenece-" (Conf. Fallo recaído en los autos "O., M s/Inhabilitación", del Tribunal de Familia n° 3 de Lomas de Zamora, del 16/10/2008).

Y, con plena base y fundamentación en el citado artículo de la Convención resolvió ordenar -entre otras medidas- "*trasladar con carácter urgente al recién nacido desde al área de neonatología de Hospital de Gandulfo al Hospital Esteves a los fines de evitar la persistencia de la situación de desvinculo entre el niño y su madre a raíz de la discapacidad de ésta. Oficiar al Hospital Esteves ordenando que reciba al recién nacido y arbitre los medios necesarios para que personal de dicha institución preste la "asistencia adecuada" en la revinculación del bebé con su madre, advirtiendo que la misma incluye la caricia materna, y el amamantamiento por parte de su progenitora con la periodicidad que las características y necesidades de un recién nacido requiera. Dejar constancia que toda vez que la Sra. O., M. se encuentra residiendo en el Hospital Esteves desde el 06/01/08, el mismo constituye su residencia actual y por lo tanto de su hijo recién nacido ("junto a su madre"), el cual persistirá hasta tanto la misma no sea externada o derivada a otro nosocomio*".

Nótese que en el resolutorio mencionado precedentemente se dio fiel cumplimiento a las disposiciones estipuladas en la Convención; resguardando no sólo el derecho de la madre con discapacidad intelectual y en evidente situación de vulnerabilidad, sino también el derecho del niño a permanecer junto a su madre. En igual sentido, la Convención Internacional de los Derechos del Niño establece en su artículo 9º inc. 1 "*Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en un caso particular, por ejemplo, en un caso en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.*

Continuando esta línea interpretativa, la Ley Nº 13.298 (Texto modif. por las Leyes Nº 13.634 y 14.537), en su Capítulo IV referido a las "Medidas de Protección Integral de Derechos" comienza rezando en su artículo 32º que "*Las medidas de protección son aquellas que disponen los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos cuando se produce, en perjuicio de uno o varios niños, la amenaza o violación de sus derechos o garantías, con el objeto de preservarlos o restituirlos*".

A su turno, el artículo 33º reza que "*Las medidas de protección de derechos son limitadas en el tiempo, se mantienen mientras persistan las causas que dieron origen a la amenaza o violación de derechos o garantías, y deben ser revisadas periódicamente de acuerdo a su naturaleza*".

Y es especialmente el artículo 35º (Texto según Ley 14.537) el cual merece especial atención; toda vez que es a través del mismo donde se indican las medidas que el Servicio Local de los Derechos del Niño/a y/o Adolescentes debe aplicar en supuestos como el del *thema decidendum* que nos convoca.

Así indica –a modo de ejemplo- : "a) Apoyo para que los niños permanezcan conviviendo con su grupo familiar. b) Orientación a los padres o responsables... i) **Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico del niño, niña o adolescente o de alguno de sus padres, responsables o representantes** –el subrayado y la negrita no surgen de su original- j) Inclusión en programa oficial o comunitario de atención, orientación y tratamiento en adicciones. k) Asistencia económica. l) Permanencia temporal, con carácter excepcional y provisional, en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o de salud, de conformidad con lo establecido en el artículo siguiente", entre otras.



Es de destacar que por aplicación de ambas normativas, resulta de suma importancia el accionar del Estado como operador del Derecho, y a través de sus distintos organismos –entiéndase el Ejecutivo por medio de los Servicios Locales y Zonales de Niñez, como así también de las medidas de ayuda y contención del familiar con discapacidad y en estado de flagrante vulnerabilidad; el Judicial por conducto de los distintos fallos y resoluciones emanadas de sus magistrados; como así también el Legislativo, por medio de sus distintas normas de protección y resguardo de los derechos que pudieren ser conculcados-.

Es por ello, que el ya citado artículo 23º de la Convención, indica en forma clara y palmaria que los Estados han de adoptar las *“medidas efectivas y pertinentes, a fin de que las personas con discapacidad puedan gozar de igualdad de oportunidades para contraer matrimonio y fundar una familia, procrear, decidir la cantidad de hijos y el espaciamiento entre los nacimientos, tener acceso a información, educación y medios sobre salud reproductiva y planificación familiar, y disfrutar de igualdad de derechos y responsabilidades con respecto a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares”*.

“Los Estados han de asegurar que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia: no serán separados de sus padres contra su voluntad, excepto cuando las autoridades determinen que ello es en el interés superior del niño, y en ningún caso serán separados de sus padres debido a una discapacidad del niño o de los padres”.

Asimismo, es de resaltar que por conducto del artículo 23º de la Convención se reconocen expresamente los derechos reconocidos en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, en relación con la familia, como el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, la igualdad de derechos entre los esposos, y la protección de los hijos (art. 23 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y arts. 10 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

En algunos países, estos derechos han sido incumplidos respecto de las personas con discapacidad; por ejemplo, cuando se impide contraer matrimonio por motivos eugenésicos, cuando se practica la esterilización obligatoria, cuando se discrimina a las madres con discapacidad no considerándolas en los programas de protección familiar.

Por ello, en la Convención los Estados se comprometen a 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.

Cabe mencionar que las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (1993), en su artículo 9º, describen las necesidades de las personas con discapacidad en materia de igualdad de derechos en las relaciones sexuales, el matrimonio y la paternidad.

Afirma que las personas con discapacidad no deben ser privadas de experimentar su sexualidad, tener relaciones sexuales o tener hijos; asimismo han de tener acceso en igualdad de condiciones con las demás a los métodos de planificación familiar, así como a la información sobre el funcionamiento sexual de sus cuerpos.

En ellas se establece que: *“A las familias en que haya una persona con discapacidad se les deben facilitar servicios de cuidados temporales o de atención a domicilio. Los Estados deben eliminar todos los obstáculos innecesarios que se opongan a las personas que deseen cuidar o adoptar a un niño o a un adulto con discapacidad”*.

Por otra parte, los Estados deben promover aquellas medidas conducentes a modificar las actitudes negativas respecto del matrimonio, la sexualidad y la paternidad de las personas con discapacidad, exhortando a los medios de comunicación.

Tanto las Normas Uniformes, como las Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos (respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), o del Comité de Derechos Económicos,



Sociales y Culturales (respecto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), o del Comité de los Derechos del Niño (respecto de la Convención sobre los Derechos del Niño), o del Comité de Eliminación de la Discriminación contra la mujer -el CEDAW- (respecto de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de discriminación de la Mujer - la CEDAW), entre otros instrumentos internacionales de derechos humanos, han de ser tenidos en cuenta en la interpretación del mencionado artículo 23º de la Convención.

Así las cosas, la Observación General N° 19 del Comité de Derechos Humanos sobre familia y matrimonio, no examina explícitamente el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio y fundar una familia, pero algunas de sus recomendaciones han sido útiles, en particular para las mujeres con discapacidad intelectual, como ser:

– La recomendación a los Estados de informar al Comité si existen restricciones o impedimentos al ejercicio del derecho a contraer matrimonio sobre la base de factores especiales como el grado de parentesco o la incapacidad mental (párrafo 4)

– Respecto del derecho a fundar una familia, que implica –en principio- la posibilidad de procrear y vivir juntos, los Estados han de adoptar políticas de planificación de la familia, que sean compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser discriminatorias ni obligatorias (párrafo 5)

Volviendo al tema que me convoca, en cuanto a la necesidad de aplicar los lineamientos propuestos por la Convención, en materia de maternidad y discapacidad, resulta imperioso destacar el rol fundamental que deberá asumir el Estado como operador principal para asegurar la asistencia apropiada para que los padres con discapacidad puedan hacerse cargo de la crianza de sus hijos, asumiendo las responsabilidades inherentes a la vida los niños.

Continuando el criterio propuesto en el presente, un fallo sobre régimen de maternidad asistida dictado por la magistrada marplatense María Graciela Iglesias en el que declara la incapacidad de una mujer para dirigir su persona y bienes **con excepción de los actos derivados del ejercicio de la patria potestad, bajo régimen de curatela para su protección**. La mujer -con diagnóstico de psicosis esquizofrénica del tipo hebefrénico- es madre de tres hijos de 19, 18 y 11 años. Se resuelve que *“los actos derivados del ejercicio de la patria potestad serán integrados con el curador (padre de la mujer), encontrándose bajo la órbita de la curatela los que se refieran a la disposición de bienes, administración de los bienes de los hijos usufructo o gravamen de los mismos. Se deja constancia que el régimen de maternidad asistida se suspenderá en el caso de descompensación psiquiátrica o que la mujer se encuentre internada”*. (Conf. Fallo del ex Tribunal de Familia N° 1 de Mar del Plata, “B., M.E. s/ INSANIA y CURATELA”, expediente N° 4695, 10/5/2006).

Colofón

Resulta a todas luces evidente la necesidad de establecer un **sistema operativo integral**, conformado por medidas ejecutivas efectivas tendientes a promover, preservar y garantizar los derechos de los progenitores con discapacidad a formar su propia familia, dictadas por los distintos Estados; junto con las normas legislativas adecuadas para asegurar el cumplimiento de tales medidas; y finalmente un sistema judicial eficaz que aplique el plexo normativo vigente.

Ello dará como resultado un sistema eficiente y tuitivo, digno de la Convención y de los nuevos paradigmas imperantes.



LA REGULACIÓN DE LA ASIGNACIÓN POR HIJO CON DISCAPACIDAD Y SU INCOMPATIBILIDAD CON EL MODELO SOCIAL

SLAVIN, Pablo

Estudiante, Abogacía - Universidad Nacional del Litoral

pabloslavin@hotmail.com

La ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) impone al Estado una serie de obligaciones positivas que están lejos de ser satisfechas en su totalidad.⁸

Esto no es sino la consecuencia de que los derechos (todos los derechos) tienen un costo, que debe ser afrontado con recursos escasos. Ahora bien, a la hora de asignar estos recursos escasos para la mayor o menor protección de distintos derechos, el Estado hace tácitamente una priorización, estableciendo una jerarquía de derechos “más importantes” y “menos importantes”.⁹

Entendemos que los derechos de las personas con discapacidad, que en el fondo no son sino particularizaciones de derechos que siempre han tenido (o debido tener) en su carácter mismo de personas, están particularmente relegados. Desde el punto de vista del financiamiento, es particularmente grave la inexistencia de una política pública de servicios de apoyo para la vida autónoma.¹⁰

Sostenemos, además, que ello no sólo se debe a la falta de asignación de recursos, sino también a la incorrecta forma en que se aplican aquéllos que efectivamente se destinan a problemáticas vinculadas a la discapacidad.

El Estado, directa o indirectamente, y de modo en principio asistemático, destina recursos para atender esas problemáticas a través de distintas vías, como por ejemplo el Seguro Nacional de Salud, el sistema de asignaciones familiares, las pensiones no contributivas, el fondo de la “Ley de Cheques”, etc.¹¹

En el presente trabajo procuramos detenernos específicamente en la asignación familiar por hijo con discapacidad. Se aborda un sucinto análisis de su regulación normativa, procurando desentrañar la lógica que inspira y estructura su funcionamiento.

Ya de su previsión misma como asignaciones familiares, que como tales tienden a atender la contingencia de “cargas de familia”,¹² podemos derivar que estas afectaciones de recursos de la seguridad social procuran paliar los mayores gastos a ser afrontados por el grupo familiar. Previstas de este modo, dichas asignaciones refuerzan la idea de la discapacidad como una carga productora de gastos que recaen sobre la familia, incompatible con la idea de la persona con discapacidad como sujeto autónomo y titular de derechos.

El destinar recursos a la discapacidad entendiéndola a través de conceptos propios del modelo médico-individual (esto es, considerándola una enfermedad, un impedimento para acceder al trabajo, o –como en

⁸ Basta realizar una rápida lectura de las observaciones realizadas en 2012 por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al informe presentado por el Estado argentino para percibir que, sin perjuicio de los avances realizados, falta aún mucho por hacer en este sentido.

⁹ La clásica obra de Stephen HOLMES y Cass R. SUNSTEIN *El costo de los derechos* resulta muy ilustrativa en este sentido. HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *El costo de los derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

¹⁰ Imposición expresa del artículo 19 de la CDPD y reiterado reclamo de las organizaciones de la sociedad civil. Ver en particular el documento declarativo conjunto de organizaciones de personas con discapacidad, académicas, de derechos humanos y gubernamentales, firmado en 2012 y disponible en <http://www.redi.org.ar/docs/Documento%20Declarativo%202012%20-%20lectura%20colectiva%20en%20el%20encuentro%20de%20marzo-Final.doc>

¹¹ ASOCIACIÓN CIVIL TRAMAS – DERECHO EN MOVIMIENTO, *Hacia la vida independiente. El financiamiento de los servicios para personas con discapacidad en Argentina*, 2012. Disponible en: <http://www.redi.org.ar/docs/Informe%20REDI%20-%20Final.pdf>

¹² Entendidas como “mayores dificultades que sobrelleva un jefe o jefa de familia derivadas de la obligación natural y legal de mantener a sus hijos”. ETALA, Carlos A., *Derecho de la seguridad social*, Buenos Aires, Astrea, 2007, pp. 333 y siguientes.



el caso bajo específico análisis—una carga económica) no hace sino reforzar una perspectiva que la CDPD nos obliga a superar. El hecho de que estas afectaciones presupuestarias sean hoy las únicas (o casi las únicas) que el Estado destina a la discapacidad no debe soslayar que las mismas son realizadas desde tal modelo obsoleto.

Reconociendo su considerable importancia presupuestaria,¹³ no proponemos de modo alguno eliminarlas, sino reforzarlas y repensarlas a fin de hacerlas acordes al modelo social, apuntando hacia una prestación cuya titularidad recaiga sobre la propia persona con discapacidad, que atienda a las particularidades de su situación y no sólo a su nivel de ingreso, de modo de estructurar a partir de ella los apoyos necesarios para el goce efectivo de derechos fundamentales, en especial su derecho a la vida independiente.

Introducción

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), ratificada por la Argentina en 2008, da recepción normativa al llamado modelo social de la discapacidad. Ello obliga al Estado a realizar una serie de transformaciones en su legislación y políticas públicas a fin de adaptarlas a las directivas plasmadas en dicho instrumento. Esa tarea está lejos de haber sido satisfecha en su totalidad.¹⁴

Tradicionalmente, y desde la propia época colonial, las distintas respuestas jurídicas brindadas a los problemas vinculados a la discapacidad estuvieron estructuradas a partir de un determinado paradigma. Este paradigma, denominado modelo “*médico*” por estar monopolizado por el discurso médico o “*individual*” por contraposición a “*social*”, se caracterizaba por posar su mirada en la propia persona del “discapacitado” o “minusválido” (utilizando terminología propia de esa visión) como portadora de una deficiencia diagnosticada médicamente.

Ello se produce en un contexto histórico que lo determina y explica. Debemos tener en cuenta que con el capitalismo la definición de la persona se estructura desde su productividad para el trabajo, pensándose la fuerza de trabajo como un valor de mercado. Como consecuencia de ello, mientras los sujetos “*sanos*” resultaban útiles en un ambiente de trabajo que atendía sólo a la obtención de la máxima producción posible, las personas con discapacidad eran consideradas “incapaces de trabajar” y, por tanto, no valiosas socialmente (REDI, 2012).

Paralelamente con desarrollo del capitalismo, sin embargo, se produce un auge de la reivindicación de los derechos individuales (REDI, 2012). Ello llevó al abandono de la aplicación de respuestas antiguamente consideradas válidas, tales como el exterminio de la persona (sin perjuicio de que existen dolorosas excepciones más cercanas en el tiempo).

El juego de ambas tendencias dio lugar a la consideración de la persona con discapacidad como titular de un valor intrínseco pero —al mismo tiempo— excluida “por naturaleza” de la posibilidad de sustentarse a través del mercado de trabajo. Como consecuencia de ello, la respuesta social, expresada a través del derecho y de las políticas públicas, comienza a atender al objetivo de *normalizar* a la persona con

¹³Javier Moro y Fernanda Potenza DalMasetto, conforme información suministrada por ANSeS, dan cuenta de un promedio de 31.503 asignaciones por hijo con discapacidad pagadas mensualmente durante el año 2008. Moro, Javier y Potenza DalMasetto, Fernanda, “Análisis de los organismos gubernamentales y estatales”. En: Acuña, Carlos H. y BulitGoñi, Luis G., *Políticas sobre la discapacidad en la Argentina. El desafío de hacer realidad los derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010, p. 231. Ese número no puede sino haber aumentado con la incorporación de las asignaciones para protección social por decreto 1609/09. El monto actual de las asignaciones varía entre \$936 y \$4.200, según el ingreso familiar y el lugar de residencia.

¹⁴Basta realizar una rápida lectura de las observaciones realizadas en 2012 por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al informe presentado por el Estado argentino para percibir que, sin perjuicio de los avances realizados, falta aún mucho por hacer en este sentido.



discapacidad para adaptarla al contexto productivo, o –en forma anexa o subsidiaria– *protegerla* desde su consideración como objeto de asistencia (y no como sujeto de derechos).

Si bien el modelo social gana terreno y es impuesto normativamente por la CDPD, el cambio de paradigma no es automático ni lineal. Existen todavía fuertes huellas del modelo médico-individual en las más diversas áreas de nuestro ordenamiento jurídico.

Consecuencias del modelo médico-individual en el régimen de la seguridad social

Siguiendo la misma dirección que el resto del ordenamiento jurídico, el derecho de la seguridad social también se ha estructurado en torno a modelo médico-individual. A partir de él se han estructurado, hasta hoy, distintas prestaciones que de alguna forma receptan la discapacidad o sus derivaciones como “contingencias” a ser cubiertas por el sistema.

Conforme a la clásica clasificación realizada por Aznar, las contingencias sociales cubiertas por el sistema de la seguridad social pueden ser biológicas, económico-sociales o patológicas (Etala 2000: 21). En nuestro sistema, entendemos que la discapacidad ha sido receptada como contingencia de las últimas dos categorías.

Discapacidad como contingencia patológica

En cuanto contingencia patológica se pone el énfasis en lo que en el discurso médico se considera un defecto o patología del sujeto, atendiendo en lo posible a corregirlo o compensarlo. Aquí se encuadran todas las prestaciones reconocidas por el Seguro de Salud (en especial la ley 24.901, “Sistema de prestaciones básicas”).

También pueden mencionarse las prestaciones de la Ley de Riesgos del Trabajo (cuando la discapacidad se vincula a un accidente de trabajo o enfermedad profesional), como así también las prestaciones reconocidas por los distintos regímenes jubilatorios para aquellas personas que, siendo aportantes del sistema, pierden su “capacidad productiva” por un hecho sobreviniente. Por último, también pueden ser encuadradas en esta categoría las pensiones no contributivas, instauradas tanto a nivel nacional¹⁵ como a nivel provincial.¹⁶ Lo que tienen en común todas estas prestaciones es el considerar a la discapacidad como un déficit biológico, sea innato o sobreviniente, que torna a la persona improductiva o incapaz para el trabajo, en consecuencia de lo cual se procura de algún modo paliar esa desventaja, sustituyendo su fuente de ingresos a través de una prestación que reemplaza, en principio, al salario.

Sin perjuicio de las fundadas críticas que se han hecho y se pueden hacer sobre este modo de recepción del problema de la discapacidad por la seguridad social, es en el ámbito de la discapacidad como contingencia económico-social donde procuramos poner el énfasis en este trabajo.

Discapacidad como contingencia económico-social

Etala (2000), analizando el derecho de la seguridad social en Argentina, comprende entre las prestaciones destinadas a atender a contingencias económico-sociales a dos tipos de prestaciones: el seguro de desempleo y las asignaciones familiares. Son éstas últimas las que interesan a nuestro análisis.

Las asignaciones familiares son aquellas prestaciones de la seguridad social que procuran cubrir la contingencia económico-social conocida como “cargas de familia”. Éstas son definidas también por Etala

¹⁵Ley 18.910

¹⁶Ley 5110 de la Provincia de Santa Fe, por ejemplo.



(2000: 333) como *"las mayores dificultades que sobrelleva un jefe o jefa de familia derivadas de la obligación natural y legal de mantener a sus hijos"*.

El régimen legal de asignaciones familiares está actualmente configurado por la ley 24.714 y sus modificaciones. Sin perjuicio de que existen en él ciertas prestaciones que en principio exceden la citada definición, lo cierto es que el grueso de las asignaciones familiares previstas resultan encuadradas en ella.

Todas las personas (sean trabajadores registrados o de la economía informal, jubilados o incluso desempleados) que son padres o madres se ven obligados a incurrir en mayores erogaciones que aquellas que no lo son. Partiendo de que en el sistema capitalista el salario es pensado como una retribución por la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, surge el principio de "igual remuneración por igual tarea". Sin embargo, por lo antedicho, si un trabajador con cargas de familia recibiera lo mismo que aquél que no las tiene, ello terminaría derivando en una desigualdad social (ETALA, 2000: 333). Las asignaciones familiares son una de las herramientas que se han utilizado para paliar esa situación de desigualdad.

El otorgamiento de estas asignaciones es una imposición tanto de la normativa internacional (Convenio 102 de la OIT) como también de la propia Constitución Nacional. En este sentido, ya desde 1957 se impone la *"protección integral de la familia"* y en especial la *"compensación económica familiar"* (art. 14 bis). A ello se debe adicionar, desde 1994, la previsión expresa del deber de establecer *"un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo"* (art. 75, inc. 23) y la incorporación de distintos tratados de Derechos Humanos que imponen similares obligaciones en el inciso 22 del artículo 75 (Etala, 2000: 339-341).

Entre las distintas asignaciones familiares previstas, existen dos que están específicamente vinculadas a la discapacidad y que serán el centro de atención de este breve análisis: la asignación por hijo con discapacidad, y la Asignación Universal por Hijo para Protección Social.¹⁷ Mientras la primera está prevista tanto para el régimen contributivo (que fundamentalmente abarca a los trabajadores en relación de dependencia) como para el régimen no contributivo "tradicional" (jubilados y pensionados del SIPA), la segunda es en cierto modo su equivalente para grupos familiares desocupados o que se desempeñen en la economía informal.

Las mismas consisten en un pago mensual abonado por cada hijo con discapacidad "a cargo", sin límite de edad, que resida en el país, soltero, viudo, divorciado o separado legalmente, y aunque trabaje en relación de dependencia (Etala, 2000: 345).

A diferencia de la asignación por hijo sin discapacidad, esta asignación no tiene tope de ingresos (ley 24.714, art. 3). Ello significa que todas las personas que cumplan los requisitos previstos por la ley tienen derecho a percibirla, sin importar el monto de sus ingresos, aunque éste sí tiene incidencia en la cuantía a percibir.¹⁸

Otra diferencia que debe ser resaltada es que, mientras la asignación por hijo se otorga hasta los dieciocho años de edad, la asignación por hijo con discapacidad no tiene límite de edad.

Asignación por hijo con discapacidad y modelo social

Sin perjuicio de celebrar la importante destinación de recursos que se realiza a través de este instrumento, entendemos que ello, al hacerse dentro del régimen de asignaciones familiares, se hace desde una perspectiva errada.

¹⁷ Sin perjuicio de que también pueden considerarse directamente vinculadas a la discapacidad la asignación por ayuda escolar anual para hijos con discapacidad y la asignación por maternidad de hijo con Síndrome de Down (ley 24.716).

¹⁸ Desde la última actualización, anunciada en mayo de 2014, el monto de estas prestaciones varía entre un mínimo de \$936 (para quienes tienen un ingreso familiar mayor a \$6600) y \$2100 (ingreso familiar de hasta \$5.300). Se percibe que el monto es relativamente importante, pudiendo llegar a superar el 58% del SMMV actualmente vigente.



Ello en virtud de que, conforme lo ya expresado, las asignaciones familiares procuran atender a las ya definidas “cargas de familia”. No entendemos que se ajuste al modelo social el considerar a un hijo con discapacidad como una “carga” de los padres, al menos no de un modo diferente al de cualquier otro hijo. Esto es así porque si hoy el tener un hijo con discapacidad, incluso mayor de edad, genera mayores erogaciones familiares -lo cual sin dudas muchas veces sucede-, ello es porque el Estado está fallando en asegurar sus derechos fundamentales. Es el Estado el que no asegura una atención integral de su salud, el que no realiza o exige las adaptaciones necesarias en la infraestructura, el que no asegura su derecho al trabajo, entre otros innumerables aspectos. Desde esta visión, se presume que es la familia la que debe soportar los gastos que la discapacidad “provoca” (aunque deberíamos decir, mejor, que la sociedad provoca), más allá de que se intenta de algún modo socializar ese gasto a través de la seguridad social. Refuerza así la idea de que el hijo con discapacidad es una carga eterna, a diferencia de los demás hijos que dejan de serlo a partir de la mayoría de edad.

Otra consecuencia del encuadre de estas prestaciones como asignaciones familiares, y que consideramos inadecuada con las directivas del modelo social, es que su titularidad recae, por definición, en los padres de la persona con discapacidad. En tal sentido, la reglamentación de la ley 24.714 (Res. 14/2002 de la Secretaría de Seguridad Social), dispone que esta asignación corresponde “*por cada hijo discapacitado que resida en el país, soltero, viudo, divorciado o separado legalmente, matrimonial o extramatrimonial, aunque éste trabaje en relación de dependencia*”. Son los padres quienes reciben la asignación, sin importar la edad de su hijo, y son por lo tanto quienes resuelven el modo de utilizar ese monto de dinero. La persona con discapacidad, que resultaría la primera interesada, no tiene en ello ningún tipo de injerencia. Es más: la propia reglamentación establece que a falta de padre, madre o curador la asignación se abone a un pariente con obligación alimentaria.

Conclusión

Los derechos de las personas con discapacidad (como todos los derechos) tienen un costo, que debe ser afrontado con recursos escasos. Al asignar estos recursos para su mayor o menor protección, el Estado hace tácitamente una jerarquización de derechos “más importantes” y “menos importantes”.¹⁹

Los derechos de las personas con discapacidad, entendemos, están particularmente relegados. Desde el punto de vista del financiamiento, resulta particularmente grave la inexistencia de una política pública de servicios de apoyo para la vida autónoma.²⁰

Contribuye a ello no sólo la falta de asignación de recursos, sino también la incorrecta forma en que se aplican aquéllos que efectivamente se destinan a la discapacidad. Si ello se hace entendiendo la discapacidad a partir de conceptos propios del modelo médico-individual (esto es, considerándola una enfermedad, un impedimento para acceder al trabajo o una carga económica de la familia) se acaba reforzando una perspectiva que debe superarse.

Reconociendo su considerable importancia presupuestaria,²¹ no proponemos de modo alguno eliminarlas, sino reforzarlas y repensarlas a fin de hacerlas acordes al modelo social, apuntando hacia una prestación

¹⁹ La clásica obra de HOLMES y SUNSTEIN (1999) *El costo de los derechos* resulta muy ilustrativa en este sentido.

²⁰ Imposición expresa del artículo 19 de la CDPD y reiterado reclamo de las organizaciones de la sociedad civil. Ver en particular el documento declarativo conjunto de organizaciones de personas con discapacidad, académicas, de derechos humanos y gubernamentales, firmado en 2012 y disponible en <http://www.redi.org.ar/docs/Documento%20Declarativo%202012%20-%20lectura%20colectiva%20en%20el%20encuentro%20de%20marzo-Final.doc>

²¹ Conforme al Boletín Estadístico de la Seguridad Social correspondiente al segundo trimestre de 2012 (último disponible en el sitio web del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social), en junio de 2012 se pagaron 77.166 asignaciones familiares por hijo con



cuya titularidad recaiga sobre la propia persona con discapacidad, que atienda a las particularidades de su situación y no sólo a su nivel de ingreso, de modo de estructurar a partir de ella los apoyos necesarios para el goce efectivo de sus derechos fundamentales, en especial su derecho a la vida independiente.

Bibliografía consultada y citada

Acuña, Carlos H. y Bulit Goñi, Luis (comps.) (2010), *Políticas sobre la discapacidad en la Argentina. El desafío de hacer realidad los derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI.

Asociación Civil Tramas – Derecho en Movimiento (2012), *Hacia la vida independiente. El financiamiento de los servicios para personas con discapacidad en Argentina*. Disponible en: <http://www.redi.org.ar/docs/Informe%20REDI%20-%20Final.pdf>

Etala, Carlos A. (2000), *Derecho de la seguridad social*, Buenos Aires, Astrea (tercera edición: 2007).

Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R. (1999), *The Cost of Rights (El costo de los derechos*, trad. Stella Mastrangelo, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011).

REDI (Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (2012), *El derecho a la autonomía de las personas con discapacidad como instrumento para la participación social*, Buenos Aires, REDI (segunda edición: 2013).

Secretaría de Seguridad Social – Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (2012), *Boletín Estadístico de la Seguridad Social – Segundo Trimestre 2012*, Buenos Aires.

EL USO DE PSICOTRÓPICOS EN NIÑOS DIAGNOSTICADOS CON TRASTORNO DE DÉFICIT DE ATENCIÓN CON O SIN HIPERACTIVIDAD

DÍAZ SANTIAGO, Araceli
Estudiante, Derecho – UBA
ardiaz@teatrocolon.org.ar

El presente trabajo se desarrollará a partir del informe realizado por la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico, a través del Observatorio Argentino de Drogas, conjuntamente con el Instituto Gino Germani de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires: "La Medicalización de la Infancia. Niños, Escuela y Psicotrópicos", el cual con el aporte de un equipo interdisciplinario y mediante un enfoque sociológico, presenta el objeto de explorar el proceso de medicalización/ medicamentación de la infancia.

La infancia ha cobrado múltiples significaciones a lo largo de la historia, vinculadas a los procesos sociales y el lugar que ocupaba el niño en la sociedad. En ese sentido, ¿Cuál es el lugar que ocupa el niño en nuestra sociedad actual?

A partir de ello, me centraré en los conceptos de medicalización abordados, tanto desde una perspectiva médica como social, pero principalmente haciendo hincapié en esta última:

"La medicalización de la vida refiere al proceso progresivo mediante el cual el saber y la práctica médica incorpora, absorbe y coloniza esferas, áreas y problemas de la vida social colectiva que anteriormente



estaban reguladas por otras instituciones, actividades o autoridades –como la familia, la religión, etc.” (Foucault 1996; Illich 1976).

Una vez desarrolladas las dos concepciones ejes del objeto, abordaré la problemática: *“los psicotrópicos en niños diagnosticados con Trastorno de Déficit de Atención con o sin Hiperactividad (TDA/H)”*.

La problemática demuestra dos grandes líneas de debate en torno al tema: la del diagnóstico del TDA/H y la del tratamiento farmacológico.

En ese orden, cabe destacar que el objeto del presente análisis es el segundo punto de debate mencionado, es decir, el tratamiento farmacológico, dada la tendencia creciente en las últimas décadas del consumo de psicotrópicos en niños en edad escolar principalmente bajo un diagnóstico de TDA/H.

El campo escolar, donde el niño desarrolla sus primeras herramientas de sociabilización, cobra especial atención, toda vez que es aquí principalmente cuando se manifiestan los síntomas del Trastorno objeto del presente. ¿Cuáles son las necesidades en el aula de un niño que sufre TDA/H?, ¿Qué herramientas brindan las instituciones educativas para abordar dicha problemática? Análisis de un caso real, entrevista a una Licenciada en educación a cargo de una Institución Escolar Primaria.

Asimismo, es en dicho campo donde cobran relevancia los discursos críticos respecto a los procesos de diagnóstico y tratamiento con psicotrópicos, por parte de los profesionales de la educación.

Finalmente relacionaré los conceptos desarrollados y las prácticas educacionales en los niños con diagnóstico de TDA/H, con los derechos del Niño consagrados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Superadas las etapas precedentes, intentaré proponer recomendaciones a partir de los datos analizados, para el abordaje de la problemática que trata la medicalización en los niños con diagnóstico de TDA/H.

Por último desarrollaré las conclusiones en relación al marco normativo aplicable a la temática, objeto del presente trabajo.

La infancia, una perspectiva que va del niño demonio al niño ángel

A lo largo de la historia la concepción de la infancia se vio estrechamente ligada a los procesos sociales por los que atravesó la humanidad.

Esta permanente mutación ha dejado una fuerte impronta en las distintas manifestaciones del hombre; como bien se observa en el arte plástico, la literatura y la religión.

En la literatura medieval de Europa Occidental, el niño ha ocupado el lugar del pobre, cuando no del apestado, del paria. Esta fue voluntad de la iglesia. Los textos clérigos recuerdan que el niño es un ser del que hay que desconfiar, porque puede ser asiento de fuerzas oscuras. El recién nacido carga aún con la maldición del expulsado del paraíso.

Esta concepción se hallaba inmersa en un contexto de mortandad infantil, por causas naturales, muy elevada: enfermedades, mala alimentación, atención y trato inadecuados. Había una desvalorización del niño de pecho y sólo adquirirían valor los niños que habían superado los cuatro- cinco o incluso seis años.

Asimismo la pobreza secular de grandes sectores de la población europea conlleva la práctica de incorporar al niño al trabajo desde los cinco años (hasta el siglo XIV, muchas niñas de familias pobres son entregadas como sirvientas a los seis años). El niño es en cierto modo “esclavo del adulto”. Los padres tienen la propiedad sobre él. Pueden entregarlo, abandonarlo, venderlo.

A lo largo de las líneas precedentes, intento dar una pequeña ilustración acerca de la concepción latente durante siglos, donde hay un interés por "educar" al niño, no por su desarrollo, sino por razones prácticas.



Hasta el siglo XX la infancia no es plena y explícitamente reconocida como período con sus propias características y necesidades; el niño como persona, con derecho a la identidad personal, a la dignidad y la libertad.

En este último período es donde se presenta la entrada del niño como personaje de pleno derecho.

Sin embargo, hay autores que continúan viendo la concepción de la niñez como una construcción histórica, problemática que aún permanece en la actualidad. Corea y Lewkowicz (1999), en el libro "¿Se acabo la infancia? Ellos plantean una preocupación dada por lo que en la actualidad se entiende por infancia, y su análisis se centra en tomar en cuenta el discurso de los medios y cómo éstos construyen una nueva noción de infancia: *"La niñez, ha perdido su inocencia en el discurso mediático. Es decir, que en el siglo XXI el lugar del adulto ocupante del saber y del niño-alumno ocupante del lugar del no saber es más complejo con la incorporación y el impacto cultural de las nuevas tecnologías de la información. Los medios de comunicación en lo que respecta a la transmisión de saberes entran en contradicción con las instituciones educativas. Ya no se puede negar el efecto que conllevan los medios en la influencia de la infancia y la adolescencia. Es decir, en la nueva conformación de la infancia "posmoderna". En definitiva lo que está en juego es el corrimiento de quienes saben y quienes no saben, poniendo el centro de atención del poder sobre el cuerpo infantil"*.

La medicalización, un proceso creciente de la sociedad contemporánea occidental

La medicalización como proceso histórico es un tema muy amplio, que ha sido abordado desde múltiples campos y tradiciones de pensamiento. El filósofo, historiador y crítico social Ivan Illich, en su libro "Némesis médica: la expropiación de la salud" en el año 1975, definió el término "medicalización" como un proceso que se extiende imparablemente por la sociedad de nuestro tiempo, por el cual los médicos se ocupan y tratan problemas no médicos que atañen al bienestar humano, es decir problemas asociados irremediamente a características intrínsecas de la vida, a la condición humana misma tales como: la sexualidad, la infelicidad, el deterioro biológico, el envejecimiento, la soledad y la muerte, entre otros. Así, problemas de la vida son tratados en términos de problemas médicos, como enfermedades.

La traducción al castellano de "medicalisation" consiste en un neologismo cuyo uso ha sido muy difundido, aunque no ha sido incluido aún en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. Los diccionarios médicos o de salud pública han definido la medicalización como la absorción de problemas de naturaleza no médica por la medicina, sea por atribución externa, sea por la visión incorrecta del hombre por parte de la clase médica (como la confusión de cuestiones de conciencia con casos psiquiátricos).

Asimismo, haciendo hincapié en los aportes de las Ciencias Sociales, Michel Foucault abordó la cuestión de la medicina y la medicalización como estrategia de gobierno de las poblaciones, trabajando sobre la hipótesis que ningún problema es intrínsecamente médico o no.

Desde sus aportes, este autor subraya que el dominio de la medicina no es único e inalterable y no está dado sino que: *"Cada cultura define de una forma propia y particular el ámbito de los sufrimientos, de las anomalías, de las desviaciones, de las perturbaciones funcionales, de los trastornos de la conducta que corresponden a la medicina, suscitan su intervención y le exigen una práctica específicamente adaptada. (...)"* (Foucault 1996: 21).

La medicalización en niños diagnosticados con Trastorno de Déficit de Atención con o sin Hiperactividad

Habiéndose mencionado los dos ejes de la problemática objeto del presente trabajo, es dable mencionar que se abordaron los conceptos sin pretender un desarrollo acabado de cada uno de estos puntos: La



infancia y la medicalización, ya que ambos se presentan como objeto de estudio de numerosas y complejas investigaciones que, por parte de distintas disciplinas. Es por ello que debe considerarse lo expuesto sólo a modo de introducción del conflicto que pretendo abordar.

Estas ideas nos indican un panorama de lo complejo que resulta el estudio de la Medicalización Infantil, ya que considero que es de imposible cumplimiento su estudio meramente objetivo.

El Trastorno de Déficit de Atención con o sin Hiperactividad (TDA/H), objeto del presente trabajo, según el DSM-IV (manual de psiquiatría que tiene como objetivo proporcionar criterios diagnósticos específicos de los distintos trastornos mentales, es un síndrome que está incluido dentro de lo que denomina como “Trastornos por déficit de atención y comportamiento perturbador”. Asimismo puede presentarse en su tipo combinado (déficit de atención e hiperactividad) o con predominio de déficit de atención o con predominio hiperactivo-impulsivo.

El informe elaborado por la Secretaría de Programación para la prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el narcotráfico, conjuntamente con el Instituto Gino Germani de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, sobre el cual baso el presente trabajo, hace hincapié en dos problemáticas en torno al mencionado Trastorno; una de ellas recae sobre la existencia del síndrome mismo, mientras el otro recae en su tratamiento.

Considero importante destacar que, en función a lo investigado, el primer punto de conflicto, en mi opinión, ha devenido en abstracto con el avance de las neurociencias, toda vez que han aparecido las teorías explicativas neuroquímicas que describen como origen de las disfunciones comportamentales y cognitivas y emocionales atribuidas al TDAH, a un fallo en el desarrollo de los circuitos cerebrales del córtex prefrontal, los ganglios basales y las conexiones frontoestriadas, lo que provoca fallos en el sistema ejecutivo del cerebro y los mecanismos de inhibición y autocontrol.

Estos fallos en el funcionamiento cerebral se explican debido al desequilibrio de los neurotransmisores *dopamina* y *adrenalina* (sustancias químicas del cerebro encargadas de transportar la información) que provoca que la producción de estos dos neurotransmisores sea irregular.²²

A partir de estas explicaciones, considero que el punto de conflicto no es la construcción social del Trastorno, sino que la problemática recae en la banalización del mismo a la hora de su diagnóstico y tratamiento.

En ese sentido, al interior del campo médico en Argentina, cabe destacarse el libro de Rubén O. Scandar (1999) “El niño que no podía dejar de portarse mal”, donde el autor plantea, que entre el 3% y el 5% de los niños en edad escolar padecen el TDA/H y alude a que estas siglas identifican el síndrome psiquiátrico infantil más investigado en los últimos años. Sin embargo, Scandar señala con qué poca profundidad y seriedad científica es abordado este síndrome. El desconocimiento y confusión en torno al TDA/H es tan común, que esto conlleva a la realización de falsos diagnósticos y evitables tratamientos.

El autor describe el TDA/H y señala que durante la infancia, dos son los contextos fundamentales donde se manifiestan los síntomas; el entorno familiar y el entorno educativo, ya que en estos espacios es donde la vida cotidiana de los niños debe seguir una secuencia, ciertas pautas y rutinas obligadas a las cuales los mismos deberían adaptarse.

Para el correcto diagnóstico el autor nos alerta que los síntomas deben aparecer antes de los siete años de edad y deben exteriorizarse en más de un ámbito social. Un aspecto muy importante a la hora de realizar el diagnóstico del TDA/H, según lo señalado por el autor, es que debe descartarse que los síntomas no puedan ser explicados y analizados por otras causas o razones. Es decir, por trastornos de ansiedad infantil, depresiones, trastorno bipolar, epilepsia, apnea del sueño, etcétera. Para Scandar el síndrome de TDA/H no tiene “cura”, es por eso que habla de una enfermedad crónica que se puede prolongar también en la

²² <http://www.fundacioncadah.org/web/articulo/que-causa-y-que-no-causa-el-tdah.html>



adolescencia y en la adultez. La cronicidad se manifiesta ya que una vez que las diferencias biológicas mencionadas producen el surgimiento de los síntomas, éstos tienden a mantenerse durante toda la vida, aunque modificando su presentación según los diferentes momentos evolutivos.

En cuanto al suministro de fármacos para el tratamiento del TDA/H podemos decir que el papel que desempeña el medicamento recetado por un médico es una parte importante. Los medicamentos no se utilizan para controlar la conducta. En cambio, se usan para mejorar los síntomas del TDA/H.

Los medicamentos que son recetados con mayor frecuencia son los llamados “estimulantes”, que son aquellos que estimulan las regiones frontales del cerebro que no están filtrando las distracciones como deberían. Los tres tipos más comunes de estimulantes utilizados para tratar el TDA/H son el metilfenidato (nombres de marca: Concerta o Ritalina), la anfetamina (nombre de marca: Adderall), y la dextroanfetamina (nombre de marca: Dexadrine).²³

Ahora bien, para adentrarnos al objeto de este estudio, citaré dos párrafos extraídos del Informe de la Secretaría de Programación para la prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el narcotráfico, al cual hago referencia precedentemente:

(...)Consideramos que esta “estrategia farmacológica” nos está hablando de un clima de época en donde lo farmacológico como solución representa un recurso rápido y eficaz de una sociedad que no se puede pensar como no exitosa y no placentera, siendo éstas dos caras de una misma moneda. En ese sentido, nos preguntamos si esta solución farmacológica resulta un síntoma epocal que desde un disciplinamiento medicamentoso y bajo el discurso de la eficiencia encierra para el niño –y para sus padres y profesionales comprometidos– un desafío lleno de incertezas que terminan posicionándolo en una definición moral (...).

(...) El concepto de medicalización de la infancia lo entendemos a partir de una serie de prácticas que llevan a patologizar la conducta infantil mediante diversas estrategias. Sin embargo, en este estudio nos interesa profundizar en una de estas formas: la medicación o el tratamiento farmacológico, de allí el concepto de medicamentación. El abordaje con medicación supone replantearse los riesgos a nivel físico que una droga puede tener en la salud de un niño y en los riesgos posibles respecto de la habitualidad y banalización del uso de fármacos que un proceso de medicación/medicamentación desde tan corta edad puede ocasionar, especialmente teniendo en cuenta que su uso responde a determinados imaginarios de “adaptación social”, “éxito” y “rendimiento” (...).

Para graficar lo descripto en los párrafos precedentes, entrevisté a una licenciada en psicopedagogía, quien me informó los distintos casos de niños que se presentaron en su consultorio, a raíz de una interconsulta recomendada por neuropediatras, ella manifiesta lo siguiente:

“La problemática de los nenes con este diagnóstico recae en su tratamiento, hay padres que se niegan a la medicación, por considerarla nociva para su hijos tan pequeños. Sin embargo la mayoría ve en la Ritalina una salida rápida ante la demanda escolar, de una institución que tiene un gran número de chicos matriculados y presenta dificultades para responder a las necesidades de aquellos que no logran adaptarse con facilidad.”

Además la Licenciada en psicopedagogía, agrega: *“El diagnóstico es una instancia crucial, debido a que los síntomas que presenta este Trastorno, son síntomas que de manera aislada suelen presentarse en todos los niños, con cierta frecuencia. Por eso es importante que el diagnóstico sea interdisciplinario (médico-psicológico- escolar). Muchas veces llegan mamás aterradas porque la maestra hace un diagnóstico apresurado de TDA/H, sin tener certezas, ante una eventual crisis del niño. También existe la problemática de automedicación, que parece responder a una moda de los fármacos, pero no quisiera adentrarme en ese campo”.*

²³ <http://www.help4adhd.org/>



Por todo lo expuesto, considero que es primordial fomentar desde las instituciones educativas capacitación, tanto para su personal docente como para los padres de los niños que asisten, en relación al Trastorno de Déficit de Atención, un trastorno del que mucho se habla, pero poco se sabe.

Creo que resulta de imperiosa necesidad, para el desarrollo pleno de los niños que lo padecen, que su tratamiento no responda a meras demandas y exigencias a corto plazo de una sociedad exitista que busca resultados inmediatos.

Los Derechos de una Discapacidad “Invisible”

Cuando planteé el eje de mi trabajo en distintos ámbitos que frecuento (laboral, familiar, académico), incluso en la clase generadora del presente; “Discapacidad y Derechos”, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el primer cuestionamiento que recibí fue acerca de si el Trastorno de Déficit de Atención es considerado una discapacidad o no.

Para poder responder el interrogante de muchos y, en contraposición de aquellos que creen que no debe considerarse dicho trastorno como una discapacidad, me basé en el concepto de “*persona con discapacidad*” que elabora la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad, en su artículo 1º: “*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*”.

A partir de la definición transcrita de la citada Convención, y conjuntamente con los conceptos abordados en torno al TDA/H en el presente informe, considero irrefutable la concepción del mismo como una discapacidad. Ello en pos de brindarle un mayor resguardo jurídico a aquellos niños que lo padecen y se encuentran situados en una posición de mayor vulnerabilidad respecto de los niños que no, expuestos a diversas formas de discriminación y conformación de barreras que impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, y en este caso en particular, en el ámbito escolar.

Me resulta interesante destacar en este punto, cómo las personas que no se encuentran inmersas en la temática de los derechos y la discapacidad, presentan un rechazo al término discapacidad, dotándolo de una connotación negativa. En ocasiones me vi obligada a explicar que considerar al TDA/H como una discapacidad no era para proporcionarle mayores dificultades al niño diagnosticado, sino por lo contrario, poder dotarlo de herramientas jurídicas que resguarden la plenitud de sus derechos para el desarrollo de su persona.

Es importante tener en cuenta que el tratamiento de un niño diagnosticado con TDA/H resulta de un costo económico muy elevado, ya que para que éste sea eficiente se necesita un equipo interdisciplinario que abarque los aspectos psicológicos y neurobiológicos, e incluso la integración escolar a cargo de un profesional de manera personalizada.

Marco Normativo

A continuación haré una enumeración de las principales normas, vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, que consagran los derechos de los niños con TDA/H, en relación a su pleno desarrollo educativo:

- ✓ Constitución Nacional.
- ✓ La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la cual goza de jerarquía constitucional, de conformidad con el artículo 75, inciso 22), incorporado con la reforma constitucional del año 1994.
- ✓ La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que entró en vigencia en nuestro ordenamiento normativo en el año 2008 (Ley 26.378):
 - Artículo 7, referido a los niños y niñas con discapacidad.



- Artículo 8, “toma de conciencia”, punto 2) b.
- Artículo 19, “Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad”.
- Artículo 24, “educación”.
- ✓ Ley 22.431: Sistema de Protección Integral de los Discapacitados.
- ✓ Ley 24.901: Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad.
- ✓ Ley 26.206. Educación Nacional.
- ✓ Resolución del Consejo Federal de Educación N° 155/2011, aprueba el documento de la Modalidad “Educación Especial”.²⁴

BIBLIOGRAFÍA

- Dolto Françoise (2008): La Causa de los Niños, Editorial Paidós, Buenos Aires.
- Foucault, M, (1996): “Del poder de soberanía al poder sobre la vida”, en Genealogía del racismo, Buenos Aires. Editorial Altamira.
- Illich, I. (1975): Némesis médica: la expropiación de la salud. Barcelona. Barral Editores.
- Lewkowicz, I. Corea, C (1999): ¿Se acabo la infancia? Ensayo sobre la destitución de la niñez, Lumen Humanitas, Buenos Aires.
- Scandar, R, O. (1999): “El niño que no podía dejar de portarse mal: TDAH: su comprensión y tratamiento”. Buenos Aires. Editorial Distal.
- NACIONES UNIDAS. Nota Informativa N° 2 “Aumento impresionante del consumo de metilfenidato en los Estados Unidos” http://www.incb.org/pdf/s/press/1995/s_bn_04.pdf.
- Informe de la Secretaría de Programación para la prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el narcotráfico, conjuntamente con el Instituto Gino Germani de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. La medicalización de la Infancia. Niños, Escuela y Psicotrópicos. (<http://www.observatorio.gov.ar/investigaciones>)

Otras fuentes:

<http://www.mdp.edu.ar/psicologia/cendoc/archivos/DsmIV>

<http://www.fundacioncadah.org/>

<http://www.tgd-padres.com.ar/>

<http://www.tda-h.com/>

<http://www.help4adhd.org/>

<http://www.fundacioncadah.org/web/articulo/que-causa-y-que-no-causa-el-tdah.html>

²⁴ La enumeración brindada es sólo enunciativa, toda vez que existen numerosas normativas locales dentro de nuestro ordenamiento jurídico que regulan la materia.



ANALISIS DE UN HECHO DE DISCRIMINACIÓN

CÁCERES, Paola Cecilia
Estudiante, Derecho – UBA
paola8405@hotmail.com

El tema de la ponencia en cuestión es el acto discriminatorio que sufrió hace apenas algunas semanas el actor José Luis Oliver cuando, manejando su propio auto, quiso pasar por una cabina de peaje ubicada en la localidad de Campana, provincia de Buenos Aires, mano a Capital, haciendo uso de la eximición de pago avalada por ley para las personas con discapacidad.

Oliver grabó cómo lo insultaba y lo injuriaba un empleado de la empresa Autopistas del Sol, una vez que el actor muestra su carnet de discapacidad.

Considero que estos hechos se producen debido a la ignorancia de la sociedad y las barreras continuas que ésta utiliza para no permitir la integración de las personas con discapacidad.

Éstas poseen un instrumento público denominado "certificado de discapacidad", el cual le otorga algunos beneficios para paliar los efectos de su discapacidad. El certificado en cuestión otorga beneficios médicos, sociales, asistenciales, laborales y, entre otros, el pase libre de transporte.

El conflicto se produce en cuanto la Ley Nacional n° 22.431 no explica ni desarrolla el pase de libre circulación para todas las personas con discapacidad, lo cual considero una carencia importantísima.

Para compensar este problema podemos remitirnos a la Ley Provincial n° 13.952, la que asegura que "en toda autopista sujeta a la jurisdicción de la provincia de Buenos Aires cuyo tránsito estuviera sujeto al sistema de pago de peaje será otorgado un pase de circulación a toda persona con discapacidad".

Por lo tanto este es un derecho que esta otorgado por la Ley y el cual debe ser respetado.

La situación que desarrollaré a continuación es la discriminación, que es un acto de agrupar a los seres humanos según algún criterio.

Esta es una forma de violencia pasiva, la cual se convierte a veces en una agresión física. Quienes discriminan designan un trato diferencial o inferior en cuanto a los derechos y las consideraciones sociales de las personas, organizaciones y estados.

Los individuos que discriminan tienen una visión distorsionada de la esencia del hombre y se atribuyen a sí mismos características o virtudes que los ubican un escalón más arriba. Desde esa posición pueden juzgar al resto de los individuos por cualidades que no hacen a la esencia de éstos.

La intolerancia, el rechazo y la ignorancia, en mi opinión, son determinantes para el nacimiento de conductas discriminatorias.

Creo que la discriminación que día a día sufren las personas con discapacidad, se debe no sólo a la falta de concientización de la sociedad y respeto hacia el otro, sino también en muchos casos a la ignorancia relacionada con el tema legal.

El tema de la ponencia en cuestión es el acto discriminatorio que sufrió hace apenas algunos meses el actor José Luis Oliver cuando, manejando su propio auto, quiso pasar por una cabina de peaje ubicada en la localidad de Campana, provincia de Buenos Aires, mano a Capital, haciendo uso de la eximición de pago avalada por ley para las personas con discapacidad.

Oliver grabó cómo lo insultaba y lo injuriaba un empleado de la empresa Autopistas del Sol, una vez que el actor muestra su carnet de discapacidad.

Valga aclarar que las personas con discapacidad poseen un instrumento público denominado "*certificado de discapacidad*", el cual le otorga algunos beneficios para paliar los efectos de su discapacidad. El



certificado en cuestión otorga beneficios médicos, sociales, asistenciales, laborales y, entre otros, el pase libre de transporte.

El conflicto se produce en cuanto la Ley Nacional n° 22.431 no explica ni desarrolla el pase de libre circulación para todas las personas con discapacidad, lo cual considero una carencia importantísima.

Para compensar este problema podemos remitirnos a la Ley Provincial n° 13.952, la que asegura que *"en toda autopista sujeta a la jurisdicción de la provincia de Buenos Aires cuyo tránsito estuviera sujeto al sistema de pago de peaje será otorgado un pase de circulación a toda persona con discapacidad"*.

Por lo tanto éste es un derecho que está otorgado por la Ley y el cual debe ser respetado.

Considero que estos hechos se producen debido a la ignorancia de la sociedad y las barreras continuas que ésta utiliza para no permitir la integración de las personas con discapacidad.

Las barreras impiden o dificultan a una persona el pleno ejercicio y goce de sus derechos y libertades, colocándolo en una situación de desventaja con el resto de su medio social. Las barreras se pueden clasificar en físicas, tecnológicas, burocráticas, comunicacionales y sociales o culturales.

La situación que desarrollaré a continuación es la discriminación acto que implica la negación en el otro la dignidad humana.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma que: *"todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"*.

La discriminación es un no valor, una actitud negativa y hostil, que vulnera la dignidad humana, el principio de igualdad de todas las personas, cualquiera fuere su condición, y rompe la fraternidad entre las personas y entre los pueblos.

Discriminar no es siempre un acto perverso, realizado con el propósito de dañar a alguien. La simple invisibilidad, el no tener en cuenta al otro o desconocer las normas legales vigentes son también formas activas de discriminación.

Las personas con discapacidad han sido históricamente poco valoradas por el Estado, por la sociedad y muchas veces hasta por sus propias familias.

La discriminación hoy se pone de manifiesto más que en forma activa, de manera implícita. Se discrimina desde el lenguaje, donde mucho de lo peyorativo, insultante o despreciativo está vinculado con discapacidades palabras tales como (tarado, paralítico, sordo, ciego, mogólico, rengo, manco) son ejemplos en este sentido. Se discrimina también en las barreras arquitectónicas y comunicacionales que impiden la integración y el desempeño autónomo de las personas con discapacidad.

Se produce la discriminación en el trabajo incumpliendo normas legales que amparan el empleo de personas con discapacidad; en el transporte con nuevas barreras que impiden la circulación y la ausencia de horarios fijos para unidades accesibles; en la cultura popular que sigue practicando el prejuicio y la indiferencia; en la salud cuando se incumplen las prestaciones que garantizan la rehabilitación y el acceso a la calidad de vida a las persona con discapacidad.

"Nadie quiere discriminar, pero son muchos los que discriminan".

Las personas con discapacidad no requieren comprensión de los responsables políticos, sino que simplemente necesitan el cumplimiento de la ley y coherencia de los discursos preelectorales y gubernamentales.

Ya en la denominación de las personas con discapacidad comienza la discriminación. Cuando utilizamos palabras como tullido, lisiado, inválido, impedido, minusválido, incapacitado, se constituye un juicio de valor sobre la condición humana de las personas afectadas. Estos hablan de carencia, imposibilidad, incompetencia.



En la realidad del mundo de hoy, la realización de los derechos ciudadanos, a la vez que expande áreas de igualdad entre quienes adquieren nuevas libertades, también extiende la desigualdad.

Construir una sociedad democrática en la que principios indispensables como libertad, igualdad, justicia, participación, solidaridad, calidad de vida, sean plenamente accesibles para las mayorías, constituye un desafío, una utopía.

Si una democracia no garantiza los derechos ciudadanos de sus sectores vulnerables - personas con discapacidad, los pueblos originarios, los afro descendientes, los adultos mayores, familias migrantes, familias sumidas en la pobreza y la exclusión social – podemos considerarla, sin temor a equivocarnos, como una democracia restringida.

Las personas somos todas iguales en dignidad, libertad y derechos, sin distinción alguna. Por lo tanto, ser mujer, varón, niño, niña, joven, persona adulta o anciano, indígena, deportista, intelectual, judío, musulmán, cristiano, budista, ateo, homosexual, transexual, obrero, blanco, negro o persona con discapacidad; no permite establecer distinción alguna en la condición de persona ni en materia de derechos humanos.

Lamentablemente, durante muchos siglos el mundo puso el acento en las diferencias para establecer rangos entre las personas, cuando en realidad éstas deberían servir para valorar la diversidad étnica, cultural, ideológica y situacional de las personas, lo que constituye una inmensa riqueza, patrimonio común de toda la humanidad. Las personas con discapacidad forman parte de esta sociedad y con su presencia enriquecen la diversidad.

Encontramos que el propósito de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no es definir la discapacidad, sino reafirmar su objetivo principal. Es decir, la dignidad esencial de todas las personas, incluyendo naturalmente a todas las personas con discapacidad, en igualdad de derechos y libertades con el resto de la sociedad.

La Convención en su artículo 8 dice: “Toma de conciencia”

1. Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para:

a) Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor

conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas;

b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida;

c) Promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.

2. Las medidas a este fin incluyen:

a) Poner en marcha y mantener campañas efectivas de sensibilización pública destinadas a:

i) Fomentar actitudes receptivas respecto de los derechos de las personas con discapacidad;

ii) Promover percepciones positivas y una mayor conciencia social respecto de las personas con discapacidad;

iii) Promover el reconocimiento de las capacidades, los méritos y las habilidades de las personas con discapacidad y de sus aportaciones en relación con el lugar de trabajo y el mercado laboral;

b) Fomentar en todos los niveles del sistema educativo, incluso entre todos los niños y las niñas desde una edad temprana, una actitud de respeto de los derechos de las personas con discapacidad;

c) Alentar a todos los órganos de los medios de comunicación a que difundan una imagen de las personas con discapacidad que sea compatible con el propósito de la presente Convención;

d) Promover programas de formación sobre sensibilización que tengan en cuenta a las personas con discapacidad y los derechos de estas personas.



Este artículo señala la necesidad de trabajar por la sensibilización de la opinión pública y de las familias; luchar contra los estereotipos y prejuicios; enseñar el respeto a las personas con discapacidad en el sistema educativo; valorar los logros de las personas con discapacidad y trazar estrategias de comunicación social en este sentido.

La sanción de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad es de suma importancia por varias razones porque encara definitivamente el tema desde un nuevo enfoque. Ello significa no solamente hacer trizas el modelo médico, sino introducir, con toda la fuerza del derecho internacional el enfoque de derechos humanos. A la vez zanja la larga discusión sobre la denominación de las personas con discapacidad, ya que desecha conceptos lesivos como invalidez y minusvalía. También invalida todas las formas supérstites de discriminación, y si bien esto no significa terminar con ellas, las considera definitivamente hijas del prejuicio y los estereotipos. Así mismo enuncia todos los derechos de las personas con discapacidad, no porque ellas no lo tuvieran siempre como todos los seres humanos, sino porque, como ocurre con todos los grupos vulnerables, requieren una protección específica. Por último, establece como criterio la necesidad de medidas de acción positiva (ajustes razonables) para garantizar la igualdad de oportunidades.

Con la sanción de esta Convención no concluye la lucha por los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, sino que se abre un nuevo punto de partida.

En resumen, la discriminación es una forma de violencia pasiva, la cual se convierte a veces en una agresión física. Quienes discriminan designan un trato diferencial o inferior en cuanto a los derechos y las consideraciones sociales de las personas, organizaciones y estados.

Los individuos que discriminan tienen una visión distorsionada de la esencia del hombre y se atribuyen a sí mismos características o virtudes que los ubican en un escalón superior. Desde esa posición pueden juzgar al resto de los individuos por cualidades que no hacen a la esencia de éstos.

La intolerancia, el rechazo y la ignorancia, en mi opinión, son determinantes para el nacimiento de conductas discriminatorias.

Creo que la discriminación que día a día sufren las personas con discapacidad, se debe, no sólo a la falta de concientización de la sociedad y respeto hacia el otro, sino también en muchos casos a la ignorancia relacionada con el tema legal.

Citas bibliográficas:

Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Análisis de las Convenciones Internacionales y de la Legislación vigente que los garantizan. *Autores:* Carlos Eroles – Hugo Fiamberti (compiladores). María Silvia Villaverde. Gustavo Moreno. Soledad Shilling. Silvia A. Coriat.

Pablo Molero. Alejandro del Mármol. Haydeé Muslera. Juan Antonio Seda. Alfredo R. Bértola.

Ley 26.378. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Ley Nacional n° 22.431.

Ley Provincial n° 13.952.

Noticia del diario “Clarín” 28/4/2014.



LOS DERECHOS DE LOS DISCAPACITADOS

UONONO, Daniel
Abogado – UBA
danielouanono29@hotmail.com

Hasta hace relativamente poco tiempo, la discapacidad era pensada como una cuestión que concernía exclusivamente a las personas afectadas, quienes, con asistencia y protección, podían rehabilitarse a fin de adaptarse al medio y lograr la integración social.

Centrado en los aspectos médicos, en lo patológico, este enfoque perdía de vista los derechos de este heterogéneo grupo como personas y como ciudadanos. Ignoraba, en suma, que lo que está en juego es la calidad de vida y la construcción de una sociedad realmente inclusiva, capaz de enriquecerse con la diversidad.

A partir de un análisis sistemático y revelador del caso argentino, y de una revisión exhaustiva de la normativa internacional, esta charla y futuro debate, y nuestra futura labor gremial, se propone instalar el tema de la discapacidad allí donde resulta más fecundo para generar acciones: en el marco de las políticas públicas y de las organizaciones de la sociedad civil ligadas a la problemática.

Así, si bien el Estado nacional adhirió a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU y a su Protocolo Facultativo.

Para modificar esta situación, es imprescindible ahondar en las razones que la explican: entre ellas, la inestabilidad y la pobreza institucional, el déficit para generar información confiable, la fragmentación que atraviesa el campo mismo de las organizaciones de y para personas con discapacidad.

La presente obra tiene como premisa la difusión, concientización de la actual legislación actual vigente a Nivel Nacional, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Provincia de Buenos Aires, en aras de su debida inclusión social, dignidad humana y mejora de su calidad de expectativas y calidad de Vida, y fomentar nuestro crecimiento como persona, sociedad y participación ciudadana en su conjunto.

Por ello Si padeces una alteración funcional permanente o prolongada , física o mental, que en relación a tu edad y medio social, implica desventajas considerables para tu integración familiar, social, educacional o laboral, entonces , en todo lo vinculado a tus derechos, estas considerado una persona discapacitada y como tal el ordenamiento jurídico actual vigente les brinda a la misma persona a gozar de un sistema de protección integral , cuyas normas que así surjan deben quedar definitivamente integradas en la legislación general, para asegurarte la igualdad de posibilidades y oportunidades en los campos del Empleo, Salud en materia de prevención, atención médica y rehabilitación, Seguridad Social, Educación, Vivienda y Hábitat , el transporte, la cultura, el deporte, la recreación y en todos los demás planos de tu desarrollo personal, social y económico.

En la Presente Obra Se menciona los Derechos y Beneficios, Exenciones impositivas de las Personas con Discapacidad, donde te garantiza el derecho a una plena integración, a la información y a la equiparación de oportunidades.

Para hacer valer tus derechos, debes obtener un certificado que acredite tu discapacidad. Así podrás presentarlo en cualquier instancia que en la que necesites invocarla para la obtención de tus mismos derechos y beneficios sociales.

Por ello mismo nuestro ordenamiento jurídico vigente actual es muy estricto en la tutela de tus derechos por cuanto alguien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de tus derechos y garantías fundamentales reconocidas en la constitución



nacional, tendrá la obligación de cesar en su conducta y de reparar el daño moral y material que te haya ocasionado.

Al mismo tiempo de informar los derechos, aprovechando mi experiencia y labor profesional les brindo las respuestas derivadas de las preguntas más frecuentes que padecen los Discapacitados a modo de orientación y asesoramiento sea para tramitar el certificado de Discapacidad, Accesibilidad, Empleo y Seguridad Social, en el área de salud la falta de cobertura médica y incumplimiento de las Obras Sociales, Medicina Prepaga y el Mismo Estado como garante del derecho a la Salud de la persona.

Conclusiones políticas sobre política aplicada a discapacidad

Consolidar una política pública que permita construir una sociedad que, si bien considera la discapacidad como una situación que se puede y se debe prevenir, respetar y reconocer las diferencias que de ella se derivan, logrando que las personas con discapacidad, la familia, la comunidad y el Estado concurren y estén comprometidos en promover y proveer las condiciones para lograr su máxima autonomía y participación en los espacios cotidianos y de vida ciudadana."

DERECHO SUBTERRÁNEO

GALVAGNO, Patricia Luján
Estudiante, Derecho – UBA
pgalvagno@gmail.com

Aviani Antonieta, invocando su discapacidad sobreviniente, interpone una acción de amparo contra la empresa concesionaria del servicio de subterráneos Metrovías SA y contra la CNRT por la omisión en que habrían incurrido al no efectivizar su obligación de adecuar todas las estaciones del servicio de subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires. Metrovias no adecuó las instalaciones en materia de barreras arquitectónicas y la CNRT, aún ostentando el poder de policía, no adoptó las medidas necesarias para que la concesionaria cumpla.

La sentencia aludida falla a favor de la actora, ordenando a Metrovías y al Estado Nacional a que en el plazo de seis meses provean todo lo necesario para la elaboración y aprobación de los planes de obras pendientes destinados a posibilitar el acceso a medios de circulación para permitir el desplazamiento de las personas que utilizan sillas de ruedas, fijando términos razonables de finalización, exhortando a la CNRT a fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas a Metrovías.

Ante los recursos planteados por Metrovías SA, el Estado Nacional y la Comisión Nacional de Regulación del Transporte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal procede, en febrero del año 2008, a confirmar la sentencia recurrida estableciendo en los fundamentos que no hay justificativo para que se haya dejado de lado a una parte de nuestros habitantes por carecer de aptitudes plenas debiendo soportar que no se les brinde la ayuda necesaria para superar sus dificultades motrices.

Para así fallar, los jueces, tanto de 1ra instancia como los de Cámara, se sustentaron en la gran cantidad de normativa interna e internacional que regula la materia en nuestro país. Comenzando por la Constitución Nacional, podemos encontrar varios artículos que protegen y tutelan la discapacidad, como ser el art 16 sobre la igualdad de derechos ante la ley, el art 42 sobre la existencia del derecho a un trato equitativo en relación al consumo, el artículo 43 que nos posibilita accionar contra cualquier forma de discriminación y no olvidemos el art 75 inc. 22 donde se le otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos y el inciso 23 que establece la igualdad real de oportunidades y de trato, el pleno



goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de personas con discapacidad.

En el plano internacional tenemos la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo” y “La Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad”, entre otras. La mencionada Convención fue ratificada por Argentina en el año 2008, y es en ese momento es que comienza a ser “parte” del conjunto normativo al cual nuestro país debe someterse. Es claro que Argentina no cumple de manera absoluta con las disposiciones establecidas en el plexo normativo tanto interno como externo; el artículo 9²⁵ de la Convención es preciso respecto a la obligación que tiene el país de permitir y hacer lo posible para que las personas con discapacidad de ninguna manera se sientan excluidas o impedidas en el ejercicio de su vida cotidiana, de manera que todos puedan estar en un pie de igualdad.

Desde el año 1981 se les otorga un plazo a las empresas concesionarias para que pongan a tono el servicio de subterráneo de manera que sea accesible por todos, encontramos la Ley 22.431/81 que le otorgaba un plazo de 10 años para hacer las obras, la Ley 24.314/94 con un plazo de 3 años, el decreto 914/97 que le otorgaba el plazo de 6 meses a 3 años, todas ellas vencidas e incumplidas. Los jueces pusieron de manifiesto esta circunstancia y le otorgaron un nuevo plazo a la empresa para que readecúe las estaciones de manera tal de no incumplir con el plexo normativo. El plazo finalizó y las estaciones continúan en el mismo estado.

Al incumplimiento de las normas previstas, se le puede agregar una nueva problemática relacionada con el órgano de fiscalización.

Durante fines del año 2012 se fue preparando el terreno para que el servicio de subterráneos pase a la órbita de la Ciudad de Buenos Aires, dejando de ser de competencia del Estado Nacional por lo que la CNRT ya no sería más su órgano de control. Mediante la Ley 4472, se estableció que SBASE (SUBTERRÁNEOS DE BUENOS AIRES SOCIEDAD DEL ESTADO) sería el órgano de aplicación de la ley y quien se encargaría del desarrollo y la administración del sistema de infraestructura del transporte subterráneo, su mantenimiento y la gestión de los sistemas de control de la operación del servicio mientras que al mismo tiempo, se declara en estado de emergencia por el período de 4 años (prorrogable por un año más) la prestación del SERVICIO SUBTE. Lo paradigmático de esta ley no es la declaración de emergencia sino, que la propia ley debería indicar en términos precisos cuales son las consecuencias derivadas de la mencionada declaración, sin embargo al mencionar las atribuciones de SBASE durante el período de emergencia, procede a utilizar términos o frases ambiguas como ser *“Establecer las condiciones de la prestación del servicio y adoptar las medidas que sean necesarias, en procura de lograr la continuidad y la seguridad de la prestación del servicio público en el menor plazo posible”, “Reestructurar la prestación del SERVICIO SUBTE, estableciendo parámetros de gestión y eficiencia y programas de modernización que promuevan la mejora de la calidad de los niveles de prestación, privilegiando la incorporación de nuevas tecnologías y la seguridad del sistema.”* Con estas directivas lo que se está haciendo es dejar al árbitro de una empresa del estado la

²⁵Art. 9: 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 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 de las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertas al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y alineación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a: a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones... 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...”



decisión respecto a cuales medidas son consideradas indispensables para la mejora de la prestación del servicio, decisión que si alguna vez es tomada, nunca será comunicada a la población.

Para el objetivo que me propuse respecto a verificar el acatamiento de la sentencia en estudio, me puse en contacto con varios sectores de la Administración Pública, con Metrovías SA, con CNRT y con Organismos que se encuentran encargados de verificar la participación e inclusión de las personas con discapacidad; tenía intenciones que me informaran la existencia de proyectos de obra o tiempo esperables de realización. Las respuestas y silencios obtenidos eran dentro de todo esperables. Lo primero fue descartar la participación de la CNRT, como órgano controlador, debido al traspaso de competencias que anteriormente mencioné (circunstancia que ellos me hicieron notar), Metrovías por su parte, solicitó saber cuál era el motivo de mi investigación y ante mi respuesta de "fines académicos" no volvió a contactarme; pero como realmente necesitaba la información que podían brindarme, volví a contactarme, esta vez telefónicamente, diciéndoles que necesitaba saber, para un familiar que se encontraba en sillas de ruedas, las estaciones que contaban con ascensor o rampa elevadora. Para sorpresa mía, me brindaron en forma casi instantánea un cuadro actualizado a diciembre de 2013 con todas las estaciones de subte que reunían esos requisitos sin dejar de omitir en el mail que, en caso de requerir usarlas, me contactara previamente con ellos por mail o telefónicamente para verificar el funcionamiento de las mismas.

El Organismo encargado de la inclusión de las personas con discapacidad nunca respondió las inquietudes presentadas por mail.

Por último, SBASE se contactó conmigo en forma electrónica y sin responder directamente a mi pregunta sobre la existencia o no de proyectos de obra para la readecuación de las estaciones de subte a fin de garantizar el pleno acceso al transporte de todas las personas conforme lo estipulan variada normativa de índole nacional como internacional, se limitaron a responderme *"se está llevando a cabo un diagnóstico de la red, para estudiar la factibilidad de adaptación de la misma a las disposiciones vigentes"* para concluir *"Cabe destacar que el servicio de Subte de acuerdo a la Ley 4472 Anexo I, según la cuál la Ciudad Autónoma de Buenos Aires asumió el servicio, fue declarado en estado de emergencia."*

Por lo tanto a modo de conclusión podría decir que resulta extremadamente peligroso que quien se encuentra encargado de verificar el cumplimiento de la normativa vigente se ampare y escude en un artículo de una ley que únicamente declara una situación sin establecer la manera de revertirla.

Este trabajo de investigación consistió básicamente en el análisis del fallo **"Aviani Antonieta c/ CNRT y otros/ Amparo Ley 16.986"** y su implicancia en la actualidad.

En el mencionado, Aviani Antonieta, invocando su discapacidad sobreviniente, interpone una acción de amparo contra la empresa concesionaria del servicio de subterráneos Metrovías SA y contra la CNRT por la omisión en que habrían incurrido al no efectivizar su obligación de adecuar todas las estaciones del servicio de subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires. Metrovias no adecuó las instalaciones en materia de barreras arquitectónicas y la CNRT, ostentando el poder de policía, no adoptó las medidas necesarias para que la concesionaria cumpla.

La juez de primera instancia falla a favor de la actora, ordenando a Metrovías y al Estado Nacional a que en el plazo de seis meses provean todo lo necesario para la elaboración y aprobación de los planes de obras pendientes destinados a posibilitar el acceso a medios de circulación para permitir el desplazamiento de las personas que utilizan sillas de ruedas, fijando términos razonables de finalización y exhortando a la CNRT a fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas a Metrovías.

Ante los recursos planteados por Metrovías SA, el Estado Nacional y la Comisión Nacional de Regulación del Transporte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal procede, en febrero del año 2008, a confirmar la sentencia recurrida estableciendo en los fundamentos que no hay



justificativo para que se haya dejado de lado a una parte de nuestros habitantes por carecer de aptitudes plenas debiendo soportar que no se les brinde la ayuda necesaria para superar sus dificultades motrices.

Para así fallar, los jueces, tanto de 1ra instancia como los de Cámara, se sustentaron en la normativa interna e internacional que regula la materia en nuestro país. Comenzando con los derechos constitucionales avasallados encontramos en el artículo 16 “el derecho a la igualdad ante la ley” que procura eliminar la discriminación arbitraria y garantizar el mismo trato a todos los habitantes que se encuentren en idénticas condiciones; a su vez, el artículo 42 que impone a las autoridades proveer todo lo necesario para lograr la eficiencia de los servicios públicos refiriéndose también respecto a la existencia del derecho a un trato equitativo sobre el consumo; el artículo 43 fundamental en la materia, consagra la posibilidad de interponer una acción de amparo contra actos u omisiones, ya sean de las autoridades o de particulares, que afecten derechos o garantías reconocidos por la Constitución Nacional. Por último, en el plano constitucional encontramos el art 75 inc 22 que otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos y el inciso 23 que establece la igualdad real de oportunidades y de trato, el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de personas con discapacidad.

Argentina sancionó en el año 1981 la Ley 22.431 “*Sistema de protección integral de las personas discapacitadas*” que establece la necesidad de neutralizar la desventaja que la discapacidad provoca ordenando que en toda obra pública con acceso de público que se ejecute en lo sucesivo, deberá proveerse accesos e instalaciones adecuadas para personas que utilicen sillas de ruedas. Si bien esta ley se refiere únicamente a obras “a ejecutarse”, al momento de reglamentarse se hizo la aclaración, respecto a las obras existentes, de la obligación que ostentaban las autoridades de adecuar las instalaciones y accesos para garantizar la libre circulación de las personas con movilidad reducida con un plazo de 10 años.

Posteriormente, en el año 1994, sancionaron la Ley 24.314 estableciendo la prioridad de la supresión de barreras en el ámbito del transporte con el fin de lograr la accesibilidad para las personas con movilidad reducida, imponiendo, en su decreto reglamentario, un plazo de 3 años para su cumplimiento.

Respecto a la esfera internacional, si bien al momento de resolverse la cuestión, Argentina no había ratificado la “*Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad*” sí se encontraba vigente la “*Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con discapacidad*”. Dicha convención tiene como objetivo la eliminación de todas las formas de discriminación de manera tal que se permita la plena integración en la sociedad de las personas con discapacidad.

Es así que desde el año 1981 podemos evidenciar por un lado el cumplimiento del país respecto a la necesidad de regular la materia y por otro, el incumplimiento del plexo normativo por parte de las empresas concesionarias del servicio de subterráneo.

Cabe agregar que la parte resolutive del fallo cuestionado debería ser readecuado a las circunstancias actuales. Ya no es la CNRT la encargada de fiscalizar el servicio de subterráneos sino que desde el año 2012 mediante la Ley 4472, se estableció que SBASE (SUBTERRÁNEOS DE BUENOS AIRES SOCIEDAD DEL ESTADO) sería el órgano de aplicación de la ley y quien se encargaría del desarrollo y la administración del sistema de infraestructura del transporte subterráneo, su mantenimiento y la gestión de los sistemas de control de la operación del servicio declarando en estado de emergencia, por un período de 4 años (prorrogable por un año más), la prestación del SERVICIO SUBTE. Lo paradigmático de esta ley no es la declaración de emergencia sino, que la propia ley debería indicar en términos precisos cuales son las consecuencias derivadas de la mencionada declaración, sin embargo al mencionar las atribuciones de SBASE durante el período de emergencia, procede a utilizar términos o frases ambiguas como ser “*Establecer las condiciones de la prestación del servicio y adoptar las medidas que sean necesarias, en procura de lograr la continuidad*”



y la seguridad de la prestación del servicio público en el menor plazo posible”, “Reestructurar la prestación del SERVICIO SUBTE, estableciendo parámetros de gestión y eficiencia y programas de modernización que promuevan la mejora de la calidad de los niveles de prestación, privilegiando la incorporación de nuevas tecnologías y la seguridad del sistema.” Con estas directivas se está dejando al arbitrio de una empresa del estado la decisión respecto a cuales medidas son consideradas indispensables para la mejora y correcta prestación del servicio.

Al comienzo de la investigación, el único propósito que me había planteado era establecer si la sentencia se encontraba ajustada a derecho, circunstancia que fue comprobada y ya analizada. Sin embargo, con el análisis efectuado fueron surgiendo ciertas inquietudes que me propuse dilucidar como ser la puesta en práctica de todo lo estipulado en las diversas normas.

Contacté con diversos sujetos (en su sentido amplio) a fin de que me informaran respecto a la existencia de proyectos de obra que permitieran cumplimentar la normativa. Por un lado, luego de reiteradas consultas y debiendo ocultar el verdadero fin de mi investigación, Metrovías SA me brindó un listado actualizado a diciembre 2013 (se adjunta como anexo) con todas aquellas estaciones de subterráneo que poseen ascensor o rampa elevadora; del mismo surge que: la línea A tiene 12 estaciones adaptadas, la línea B y D solamente 6 estaciones de cada una cuentan con ascensor o rampa, la línea H por se la última se encuentra en condiciones en toda su extensión y de la línea E y C nada informan. En el preciso momento en que brindan la información referida, hacen mención a la necesidad de que como usuaria debería comunicarme con ellos antes de utilizar los servicios para constatar el buen funcionamiento del mismo.

A su vez, el Organismo encargado de la inclusión de las personas con discapacidad en la órbita de la Ciudad de Buenos Aires no contestó mis reiteradas consultas.

Por último, SBASE se contactó conmigo en forma electrónica y sin responder directamente a mi pregunta sobre la existencia o no de proyectos de obra para la readecuación de las estaciones de subte a fin de garantizar el pleno acceso al transporte de todas las personas conforme lo estipulan variada normativa de índole nacional como internacional, se limitaron a responderme *“se está llevando a cabo un diagnóstico de la red, para estudiar la factibilidad de adaptación de la misma a las disposiciones vigentes”* para concluir *“Cabe destacar que el servicio de Subte de acuerdo a la Ley 4472 Anexo I, según la cuál la Ciudad Autónoma de Buenos Aires asumió el servicio, fue declarado en estado de emergencia.”*. Ahora bien, yo me pregunto, *¿Este supuesto estado de emergencia habilita a Metrovías SA y a SBASE, como órgano fiscalizador, a vulnerar el derecho que tienen todas las personas de acceder al transporte?*, ¿No es un hecho preocupante que el ente encargado de verificar el cumplimiento de la normativa vigente, se ampare en un artículo de una ley que declara la emergencia, sin dar datos precisos de cómo revertirla?.

El subterráneo se encuentra bajo tierra. Se encuentra oculto, invisibilizado. Pareciera que de este modo, se invisibilizan también, los derechos de las personas con discapacidad, que parecen estar en el olvido. Es hora de hacer ver los “Derechos Subterráneos”.



SÍNTESIS VIERNES 30 DE MAYO SUBCOMISIÓN 1

Coord. Olmo Juan Pablo y Scinocca Ayelén Eliana

En la mesa del día viernes 30 de mayo se expusieron 10 ponencias, todas ellas en vinculación directa con la normativa vigente, así como su recepción jurisprudencial, en función de los siguientes tópicos rectores:

-Salud: infertilidad como discapacidad, orientación prestacional en discapacidad mental, productos médicos.

-Educación: formación y construcción para un proyecto de vida autónomo posterior al egreso escolar.

-Accesibilidad: adaptaciones en medios de transporte público, ajustes razonables.

El encuentro fue enriquecedor para todos los presentes, puesto que tras la exposición de los ponentes, se abrió una instancia de intercambio, con amplia participación del público, sobre todos los temas propuestos y con aportes desde distintos enfoques disciplinarios. Allí se realizaron aclaraciones respecto a cuestiones procesales de importancia en el marco de las acciones de amparo, como contra partida a las dilaciones y la burocratización en impedimento al efectivo cumplimiento de derechos.

Asimismo, se suscitaban debates muy interesantes en torno a: la certificación única de discapacidad y el rol de las comisiones médicas; la accesibilidad física en el transporte público; la adecuación de la legislación a la Convención, incluyendo lo referido a su art. 12; el régimen de capacidad jurídica a la luz de las observaciones del Comité; el avance jurisprudencial sobre los distintos temas tratados; la aplicación de ajustes razonables, especialmente en el deporte.

Finalmente, dentro del nutrido número de participantes del evento, destacamos la participación de los alumnos del curso "Discapacidad y Derechos" del Ciclo Profesional Orientado, comisión a cargo del Dr. Juan Seda, y el nivel de los trabajos de investigación presentados por parte de estos, los cuales dieron pie al debate sobre temas de plena actualidad en la materia.

RELACIÓN ENTRE EL PERFIL DE FUNCIONAMIENTO DE LAS PERSONAS QUE PRESENTAN DISCAPACIDAD MENTAL SECUNDARIA A ESQUIZOFRENIA Y LA ORIENTACIÓN PRESTACIONAL

GARCÍA, Sandra Beatriz

Servicio Nacional de Rehabilitación

rehabilitacion@snr.gov.ar

Introducción

Para asegurar el derecho y el acceso de las personas con discapacidad a las coberturas de salud la Argentina cuenta, desde la vigencia de la ley 24901/97, con un Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad, desarrollado bajo preceptos y principios constitucionales. El Marco Básico de Organización y Funcionamiento de Prestaciones y Servicios de atención a Personas con Discapacidad -MB- (Resolución 1328/2006), enumera las prestaciones que forman parte de la orientación prestacional contemplada en el Certificado Único de Discapacidad -CUD-, necesario para el acceso a las prestaciones; siendo el presente estudio relevante, para la gestión de servicios para la discapacidad, a fin de contextualizar estrategias que permitan gestionar servicios adecuados a las necesidades de dichas personas.

Objetivo

"Analizar la relación entre el perfil de funcionamiento de las personas que presentan discapacidad mental cuya condición de salud es esquizofrenia, la orientación prestacional necesaria, las sugeridas en el CUD y las



disponibles en el Marco Básico de Organización y Funcionamiento de Prestaciones y Servicios de atención a Personas con Discapacidad”.

Palabras Clave: perfil de funcionamiento, discapacidad mental, condición de salud, esquizofrenia, orientación prestacional, certificado único de discapacidad.

Desarrollo

Se identificó el perfil de funcionamiento y la orientación prestacional necesaria al momento de la evaluación. Se compararon las prestaciones necesarias, con las recibidas y las existentes de acuerdo al MB y al CUD.

Metodología

Trabajo exploratorio-descriptivo, transversal. Recolección de datos del 1/3/2011 al 31/7/2011. Población: personas con discapacidad, secundaria a esquizofrenia, de 18 a 64 años inclusive. Fuente de información: 100 personas, residentes en la Provincia de Buenos Aires que tramitaron el CUD en el Servicio Nacional de Rehabilitación –SNR-. Protocolo de recolección de datos socio-demográficos e instrumento basado en la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud –CIF-.

Resultados y Conclusiones

- La internación, recurso prestacional no contemplado en el Sistema Único, es uno de los más utilizados por la población estudiada y el Hospital de día Psiquiátrico –HDP- uno de los más necesarios al momento de la evaluación.
- De las prestaciones contempladas en el MB, el Centro Educativo Terapéutico –CET- no ha sido utilizado y tampoco es necesario al momento del estudio. Formación Laboral fue utilizado por solo uno y al momento de la evaluación resulta necesario (junto con aprestamiento laboral) para el 25 % de la población, en el CUD dicha prestación aparece como Formación Laboral y/o Profesional. Dos personas han estado en Centro de Día –CD-, una ha recibido la prestación de Hogar.

1- Introducción. Problema y Objetivos

Para asegurar el derecho y el acceso de las personas con discapacidad a las coberturas de salud la Argentina cuenta, desde la vigencia de la ley 24901/97, con un Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad, desarrollado bajo preceptos y principios constitucionales. El Marco Básico de Organización y Funcionamiento de Prestaciones y Servicios de atención a Personas con Discapacidad -MB- (Resolución 1328/2006), enumera las prestaciones que forman parte de la orientación prestacional contemplada en el Certificado Único de Discapacidad -CUD-, necesario para el acceso a las prestaciones; siendo el presente estudio relevante, para la gestión de servicios para la discapacidad, a fin de contextualizar estrategias que permitan gestionar servicios adecuados a las necesidades de dichas personas.

Palabras Clave: perfil de funcionamiento, discapacidad mental, condición de salud, esquizofrenia, orientación prestacional, certificado único de discapacidad

Problema: “¿Cuál es el perfil de funcionamiento de las personas con discapacidad mental cuya condición de salud es esquizofrenia incluidas en la muestra seleccionada? ¿Cuál es la orientación prestacional que necesitan al momento de emitir el Certificado Único de Discapacidad – CUD- en el Servicio Nacional de



Rehabilitación –SNR-, entre marzo y julio de 2011? ¿Cuáles son las prestaciones sugeridas en el CUD y cuáles están disponibles de acuerdo al Marco Básico de Organización y Funcionamiento de Prestaciones y Servicios de atención a Personas con Discapacidad?”

Objetivo General

“Analizar la relación entre el perfil de funcionamiento de las personas que presentan discapacidad mental cuya condición de salud es esquizofrenia, la orientación prestacional necesaria, las sugeridas en el CUD y las disponibles en el Marco Básico de Organización y Funcionamiento de Prestaciones y Servicios de atención a Personas con Discapacidad”

Objetivos Específicos

- 1.-Identificar el perfil de funcionamiento de las personas con discapacidad mental cuya condición de salud es esquizofrenia y tramitaron el certificado de discapacidad en el SNR entre los meses de marzo a julio de 2011.
- 2.-Identificar la orientación prestacional que necesitan las personas con discapacidad mental cuya condición de salud es esquizofrenia y tramitaron el certificado de discapacidad en el SNR entre los meses de marzo a julio de 2011.
- 3.-Comparar las prestaciones necesarias, de acuerdo al perfil de funcionamiento identificado en las personas con discapacidad mental cuya condición de salud es esquizofrenia, con las recibidas y las existentes en el Marco Básico de Organización y Funcionamiento de Prestaciones y Servicios de atención a Personas con Discapacidad y en el Certificado Único de Discapacidad.

Metodología

- Trabajo exploratorio-descriptivo, cuanti-cualitativo, transversal
- Recolección de datos:1/3/2011 a 31/7/2011
- Población: PcD de 18 a 64 años que tramitaron CUD en el SNR, cuya condición de salud es esquizofrenia
- Se evaluaron 100 personas adultas, residentes en la Provincia de Buenos Aires
- Protocolo de recolección de datos socio-demográficos
- Instrumento basado en la CIF

2.- Desarrollo y Resultados

2.1.- Identificación del perfil de funcionamiento de las personas con discapacidad mental cuya condición de salud es esquizofrenia

Condición de salud

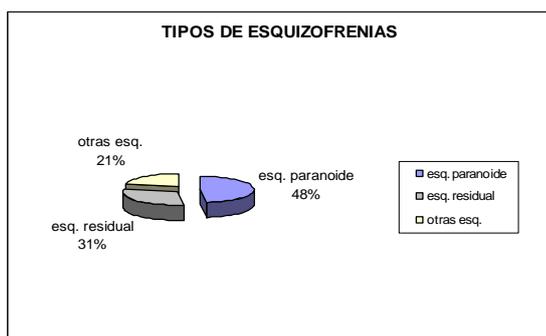


Gráfico 1 - Elaboración propia (N=100)

Distribución por sexo



Gráfico 2 – Elaboración propia (N=100)



Distribución por edad Estudios Cursados

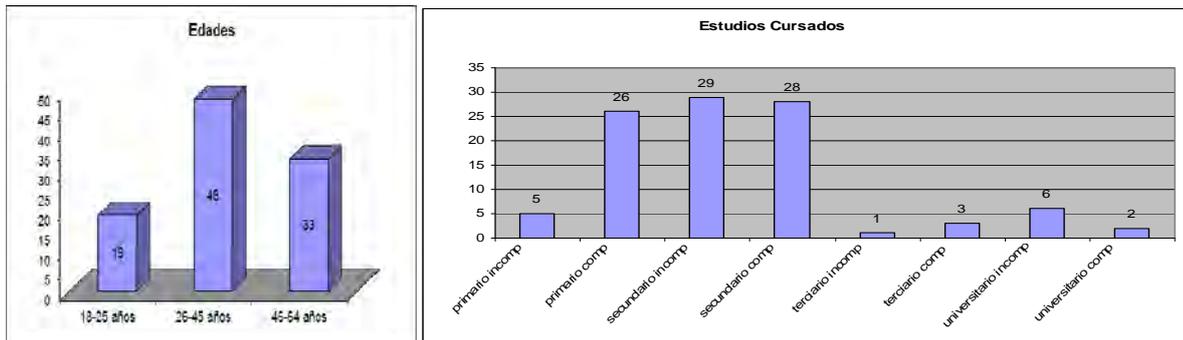


Gráfico 3 – Elaboración propia (N=100) Gráfico 4 – Elaboración propia (N=100)

Familia Conviviente

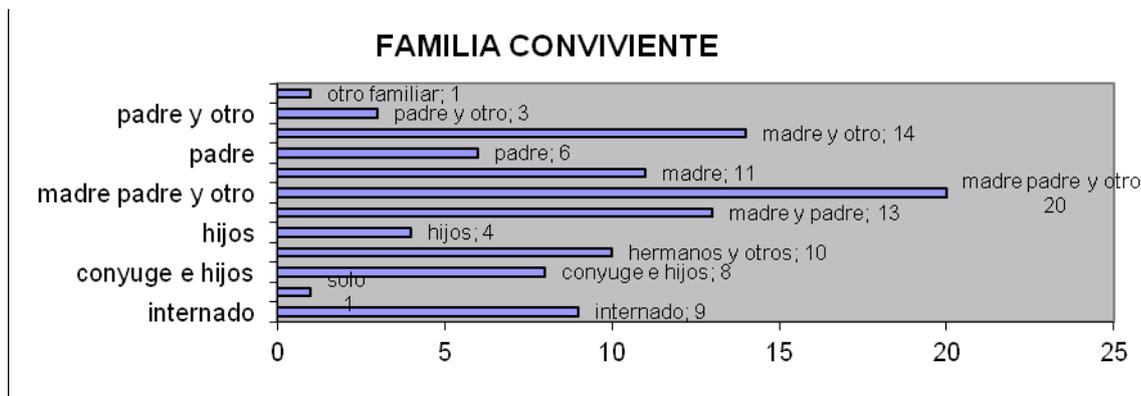


Gráfico 5 – Elaboración propia (N=100)

El 90 % vive con familiares cercanos, 9 % se encuentran internado, solo 1 % vive solo.

Internaciones

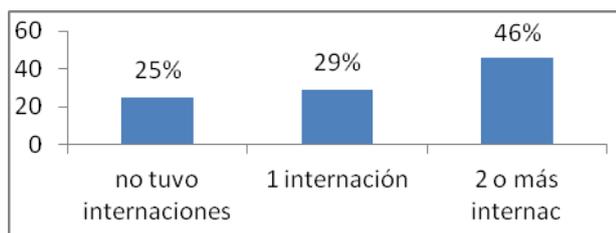


Gráfico 6 – Elaboración propia (N=100)

Recibieron Tratamiento

Reciben Tratamiento

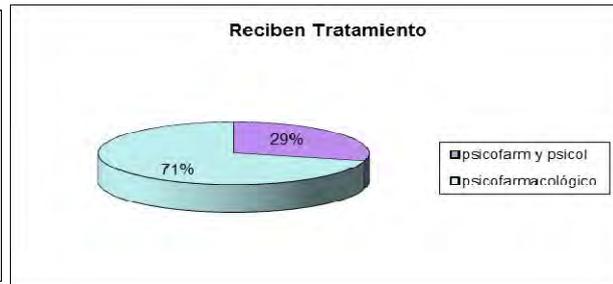
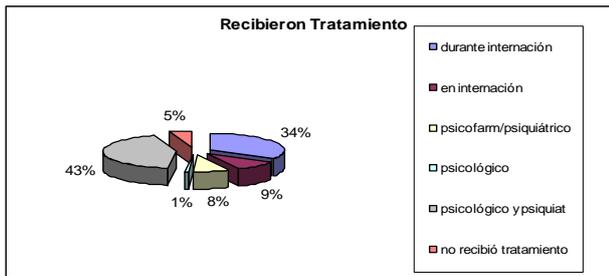


Gráfico 7 – Elaboración propia (N=100)

Gráfico 8 – Elaboración propia (N=100)

El 99 % recibió tratamiento psicológico y/o psiquiátrico antes de la evaluación; y al momento del estudio 71 % manifestó que recibía solo tratamiento psicofarmacológico, y 29 % tratamiento psicofarmacológico y psicológico.

Reciben Jubilación y/o Pensión

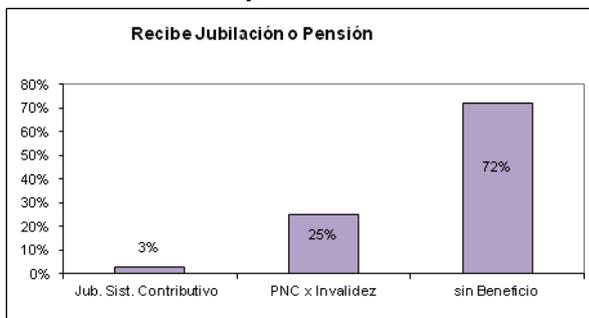


Gráfico 9 – Elaboración propia (N=100)

Cobertura Médica

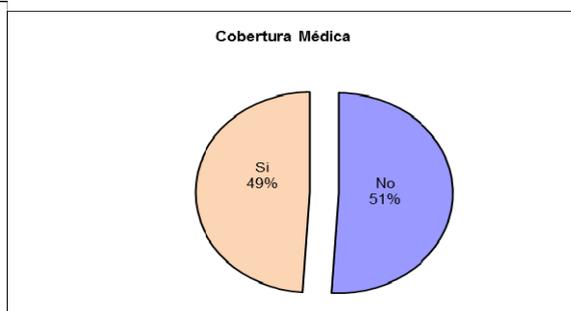


Gráfico 10 – Elaboración propia (N=100)

El 72 % no posee jubilación ni pensión, 3 % es jubilado del sistema contributivo, 25 % posee pensión no contributiva por invalidez. El 49 % tiene cobertura médica y el 51 % no tiene cobertura.

Perfil de funcionamiento basado en la CIF

- **Funciones Corporales (Mentales)**

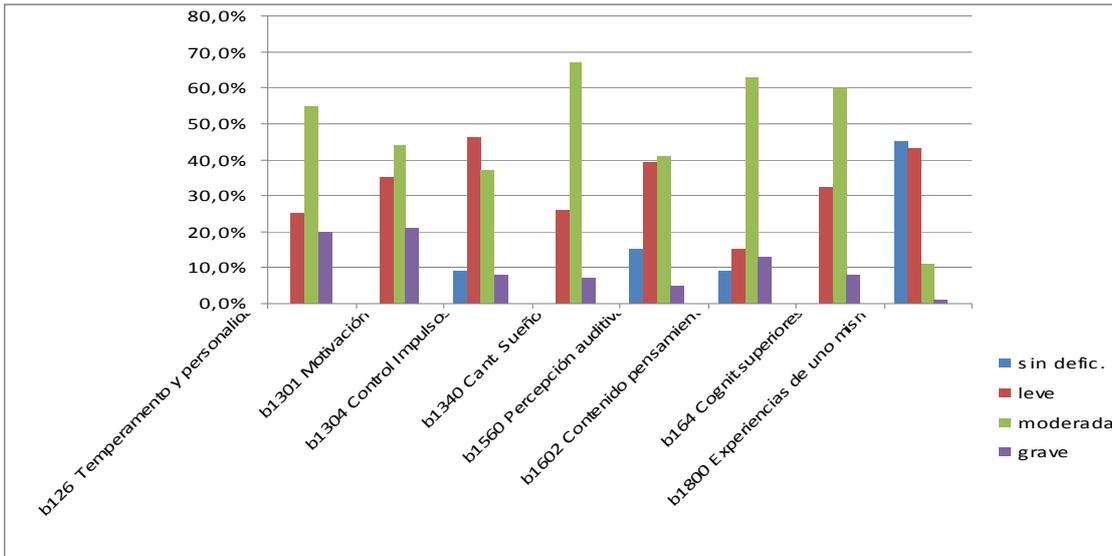


Gráfico 12 – Elaboración propia en base a cuadro 1 (N=100)

- **Estructuras corporales:** se seleccionó para todos los casos la "Estructura del Cerebro" (s110).
- **Actividad y Participación**

Limitación en la actividad y restricción en la participación

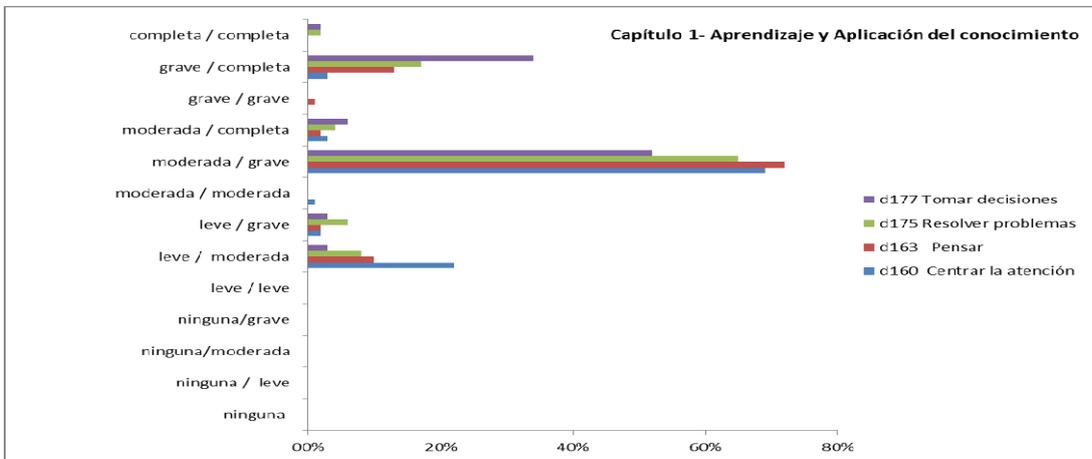


Gráfico 13 – Elaboración propia (N=100)

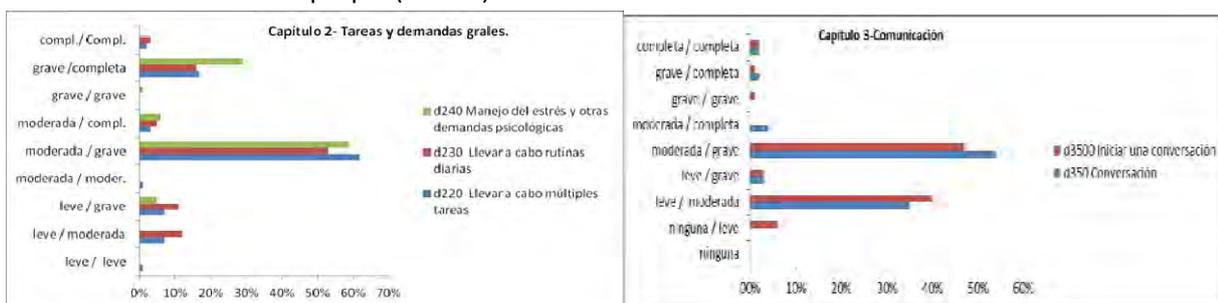


Gráfico 14 – Elaboración propia (N=100) Gráfico 15 – Elaboración propia (N=100)

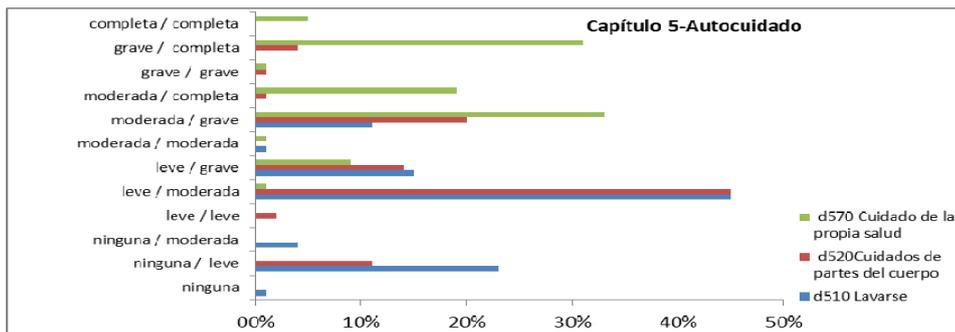


Gráfico 16 – Elaboración propia (N=100)

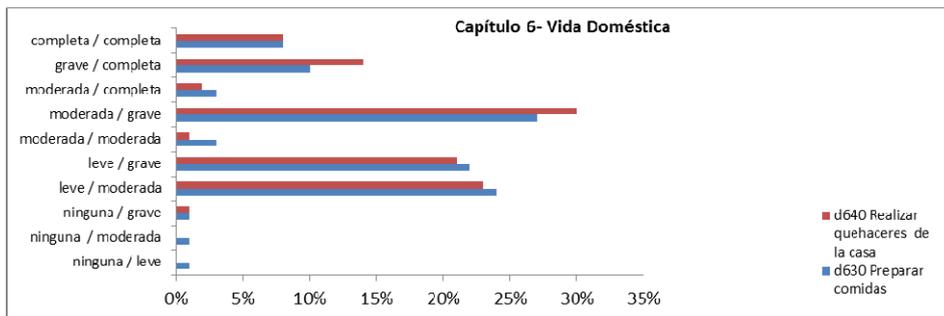


Gráfico 17 – Elaboración propia (N=100)

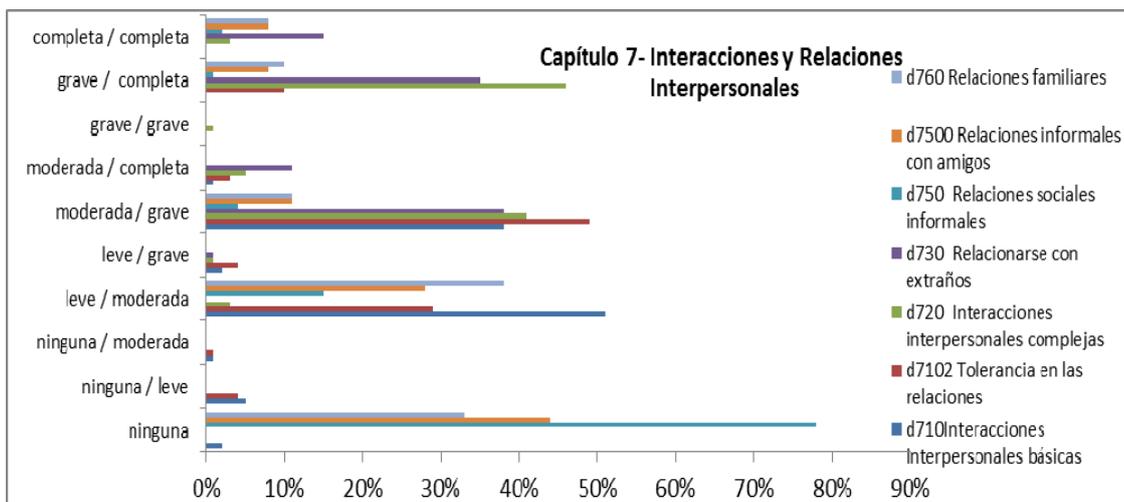




Gráfico 18 – Elaboración propia

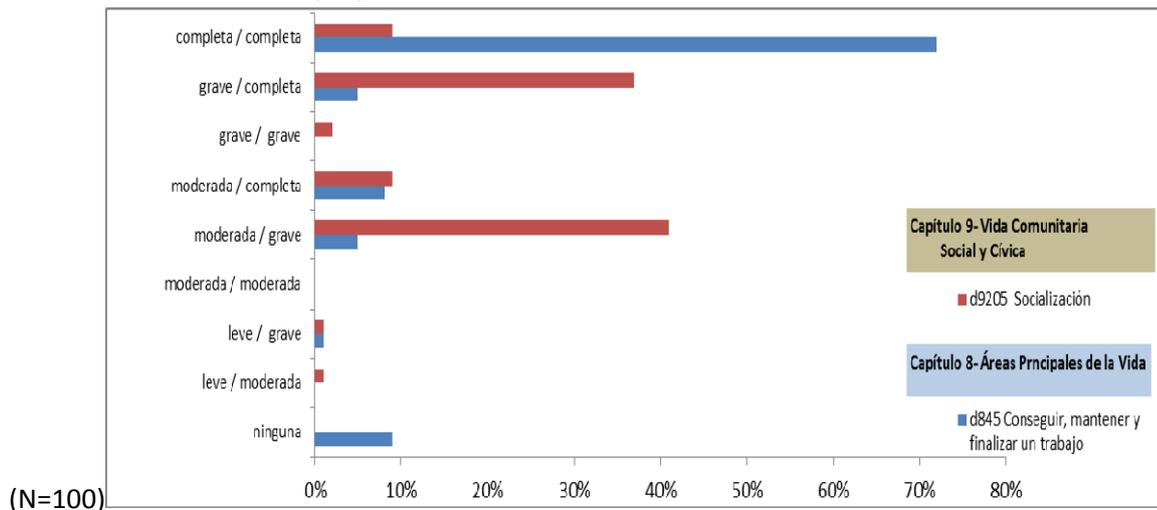


Gráfico 19 – Elaboración propia (N=100)

• **Factores ambientales**

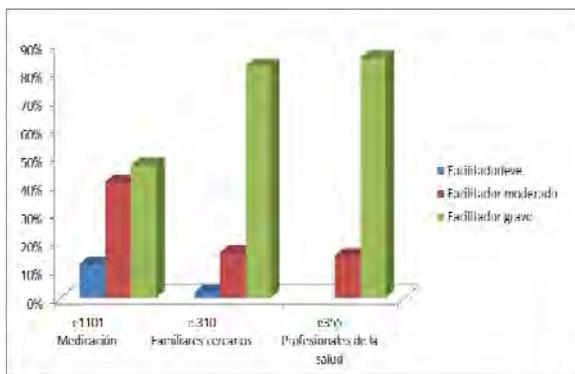


Gráfico 20 – Elaboración propia (N=100)

El apoyo de familiares, profesionales de la salud y la medicación, constituyen facilitadores pilares para el abordaje de dicha condición de salud.

Además:

- Los amigos actúan como facilitadores (19 %), el 81 % no cuenta con ese facilitador (e320).
- Solo el 3 % tienen cuidadores (e340) que actúan como un facilitador importante para esos casos.
- En el 36 % de los casos las actitudes individuales de personas en cargos de autoridad (e430) actúan como barreras graves o completas.
- Cuentan con jubilación y/o pensión el 28 %, el 72 % no posee ninguno de estos beneficios.
- La cobertura médica (49 %) y el hospital público (51 %), constituyen factores de relevancia.
- 22 personas concurren a tramitar la renovación del certificado de discapacidad.

2.2- Orientación Prestacional

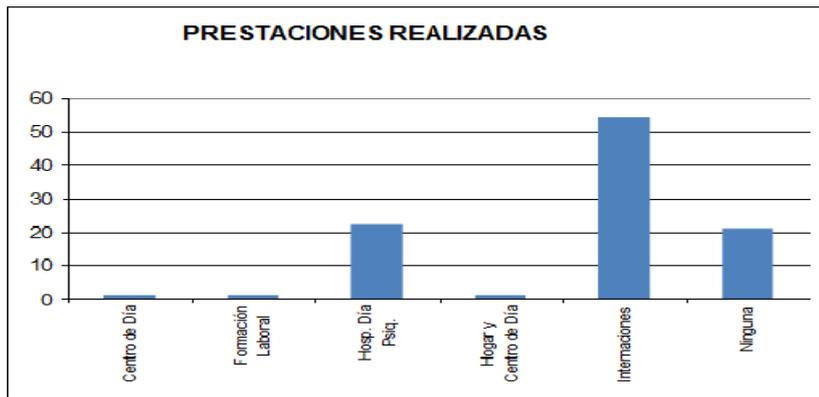


Gráfico 21 – Elaboración propia (N=100)

Las prestaciones realizadas, con anterioridad al momento de la evaluación, son en su mayoría Internación (54 %) y Hospital de Día Psiquiátrico -HDP- (22 %) superando el 75 % de los casos. El 3% restante corresponde a Centro de Día –CD-, Formación Laboral y Hogar con Centro de Día.

El 99 % recibió tratamiento psicológico y/o psiquiátrico previo a la evaluación, y al momento del estudio 71 % recibían solo tratamiento psicofarmacológico y 29 % psicofarmacológico y psicológico. Todos accedieron a escolaridad común alcanzando diferentes niveles que van desde primario incompleto hasta universitario completo, siendo el nivel secundario incompleto y completo el más logrado (57 %).

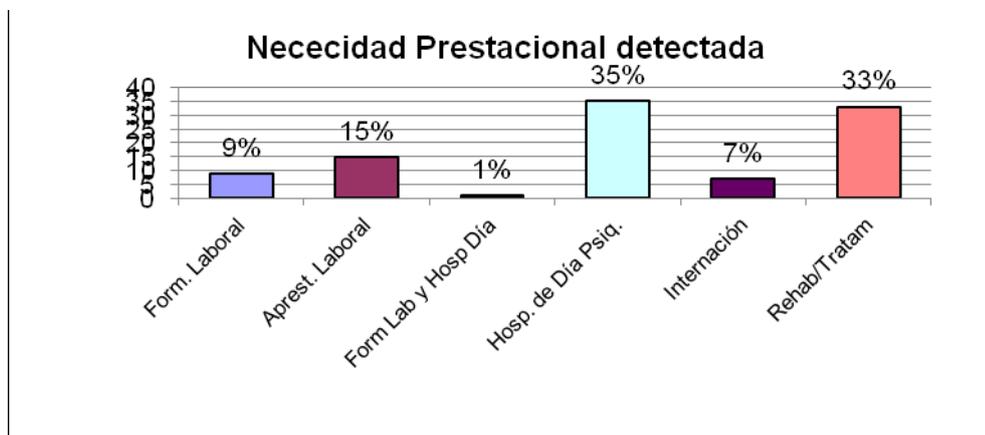


Gráfico 22 – Elaboración propia (N=100)

La necesidad prestacional detectada al momento de la evaluación son en mayor medida Hospital de Día Psiquiátrico (36 %), Rehabilitación integral (33 %), con abordaje de las áreas biológica, psicológica y social, seguido de Aprestamiento (15 %) y Formación laboral (10 %), y por último Internación (7 %).

2.3- Comparación de las prestaciones necesarias, de acuerdo al perfil de funcionamiento identificado, con las recibidas y las existentes en el Marco Básico de Organización y Funcionamiento de Prestaciones y Servicios de atención a Personas con Discapacidad y en el Certificado Único de Discapacidad.

- La internación, recurso prestacional no contemplado en el Sistema Único, es uno de los más utilizados por la población estudiada y el HDP uno de los más necesarios al momento de la evaluación.



- De las prestaciones contempladas en el MB, el Centro Educativo Terapéutico –CET- no ha sido utilizado y tampoco es necesario al momento del estudio. Formación laboral fue utilizado solo por el 1% y al momento de la evaluación resulta necesario, junto con aprestamiento laboral, para el 25 % de la población; en el CUD dicha prestación aparece como Formación Laboral y/o Profesional. El 2 % ha estado en CD, y el 1 % ha recibido la prestación de Hogar.

3.- Conclusiones

- De los 100 casos relevados la mayoría presenta como condición de salud esquizofrenia paranoide y esquizofrenia residual, con preponderancia del sexo masculino; siendo el grupo etario entre los 26 y 45 años de edad el más representativo, seguido de aquellos comprendidos entre los 46 y 64 años de edad. Pocos lograron independencia y autonomía, el 90 % de la muestra convive con familiares cercanos, siendo el apoyo de los mismos de fundamental importancia para el funcionamiento y la participación social. Solo el 28 % de la muestra recibe jubilación o pensión y el 49 % tiene algún tipo de cobertura médica; lo que indica que el 72 % de la población no cuenta con ningún beneficio y que el 51 % no posee cobertura en salud.
- Las prestaciones realizadas con anterioridad a la evaluación son en su mayoría Internación (54 %) y Hospital de Día Psiquiátrico (22 %) superando el 75 % de los casos, 1 % Centro de Día, 1 % Formación Laboral y 1 % Hogar y Centro de Día, 21 % no tuvieron prestaciones. No obstante, el 75 % ha estado internada alguna vez, habiendo tenido el 46 % más de 2 internaciones.
- También han recibido tratamiento psicológico y/o psiquiátrico previo a la evaluación, y al momento de la misma manifestaron recibir tratamiento solo psicofarmacológico el 71 % de la muestra y psicofarmacológico y psicológico el 29 %.
- Todos accedieron a escolaridad común alcanzando diferentes niveles que van desde primario incompleto hasta universitario completo, siendo el nivel secundario incompleto y completo el más logrado (57 %).
- Necesidad Prestacional detectada al momento de la evaluación: Hospital de Día Psiquiátrico (36 %), Rehabilitación integral (33 %) e Internación (7 %), no contempladas en el CUD ni en el Marco Básico. Las prestaciones que sí están contempladas son las referidas a Aprestamiento laboral (15 %) y Formación laboral (10 %), que en el CUD estarían incluidas en Formación laboral y/o Profesional.
- Para la población del presente estudio la rehabilitación debe ser integral, con abordaje de las áreas biológica, psicológica y social (modelo bio-psico-social), cuya finalidad sea la inclusión social.
- Generar dispositivos acordes a las necesidades de la población estudiada requiere una perspectiva amplia e intersectorial para su abordaje, con intervención de las áreas de salud, educación, trabajo y desarrollo social, actuando en forma conjunta e interrelacionada.

BIBLIOGRAFÍA

- “Anuario Estadístico sobre Discapacidad-2010”, página del Servicio Nacional de Rehabilitación. www.srn.gob.ar
- Acta de la “XL Asamblea Ordinaria del Consejo Federal de Discapacidad” celebrada en la ciudad de Rosario en noviembre de 2008.
- Asamblea General de Naciones Unidas, 1982.
- CIDDM, “Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías. Manual de Clasificación de las consecuencias de la enfermedad. Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO). Madrid 1997. 3ra. Edición
- CIE – 10, “Manual de Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades, en su Décima Revisión”.



- CIF, “Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud”. Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría General de Asuntos Sociales. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO). Madrid 2001.
- Constitución Nacional Argentina, 1994.
- Constitución de la C.A.B.A, art. 42.
- “Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, 2006. Ley 26378, 2008.
- Decreto 762/97, “Sistema Único de Prestaciones Básicas”.
- Decreto 1193/98, reglamentario de la Ley 24.901.
- Disposición 171/2012, “Normativa para la Certificación de Personas con Discapacidad Mental”, Servicio Nacional de Rehabilitación. Boletín Oficial N 32329, 31 de enero de 2012.
- Informe de la CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) sobre discapacidad, serie 103, 2011.
- Ley 22.431 “Sistema de Protección Integral de los discapacitados”, 1981.
- Ley 24.901 “Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las personas con discapacidad”, 1997.
- Ley 26.657 “Ley Nacional de Salud Mental”, 2010.
- Pacto de San José de Costa Rica, Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra los discapacitados (OEA), suscrita en Guatemala el 8 de junio de 1999, incorporada al derecho argentino, ratificada por Ley 25.280, promulgada el 31 de julio del 2000.
- Resolución 1328/2006, “Marco Básico de Organización y Funcionamiento de Prestaciones y Servicios de atención a Personas con Discapacidad”.
- Resolución 675/2009, “Apruébase el Modelo de Certificado único de Discapacidad a que se refiere el artículo 3º de la Ley Nº 22.431 (modificado por la Ley Nº 25.504) y el Protocolo de Evaluación y Certificación de la Discapacidad”.

RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A TRAVÉS DE LA TUTELA EFECTIVA

CAMPOS, Carla Yamila

Estudiante, Derecho - UBA

carlaycampos@hotmail.com

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha venido a reivindicar los derechos humanos inherentes de un sector vulnerable de las sociedades, para su efectivo valor y cumplimiento y como el resultado de un reclamo que atañe a la manera en que debe comprenderse el dinámico concepto de la discapacidad.

Mi labor consistirá en analizar dos artículos específicos, a la luz de dos importantes ideas y valores fundamentales que considero que atraviesan a toda la norma, que son la igualdad y la libertad. El primero de ellos con el Artículo 12 que prescribe la igualdad en todos los aspectos y el reconocimiento de la capacidad jurídica en ambos sentidos, no sólo de derecho si no de hecho, focalizando en los apoyos que sostienen esa posibilidad fáctica; y el segundo, a la luz del Artículo 13, libertad en el más amplio sentido vinculándolo con el efectivo acceso a la justicia que garantice el ejercicio de los derechos fundamentales.

“El apoyo podría consistir en asistentes personales o en pares, o podría incluso tratarse únicamente de una declaración por escrito de las preferencias de la PCD. La CDPCD solo trae pautas que deben cumplir los apoyos, sin señalar ejemplos de ellos.



Lo que la CDPCD demanda es que el apoyo se sustente en la confianza, se proporcione con respeto, y nunca en contra de la voluntad de la persona con discapacidad”²⁶

Ambas ideas se presentan conectadas íntimamente, pues admitir la capacidad jurídica amplia implica reconocer que las personas con discapacidad en el ejercicio de ella puedan por sí, ser partes en los procedimientos judiciales, y asegurar a través de apoyos y ajustes razonables la tutela jurisdiccional efectiva en el marco del debido proceso, cuyas garantías deben velarse en cualquier Estado de derecho.

“Poder ser parte de un proceso judicial, donde se plasme el derecho a manifestarse, a ser oído y a argumentar por derecho propio es una práctica socio-política que fortalece el desarrollo de la subjetividad, la autonomía personal, y el respeto de la dignidad inherente de toda persona. Así, hacer efectivo el acceso a la justicia de las PCD es esencial por su función instrumental para lograr el efectivo goce y protección de todos sus derechos”²⁷

*“Aunque no tengo piernas,
Tengo sentimientos,
Pese a que no puedo ver
No paro de pensar
Aunque no escucho
Aún deseo comunicarme.
¿Por qué hay gente que
me considera inútil
e incapaz de pensar o hablar
cuando soy tan capaz
de pensar acerca del mundo
como cualquier otra persona?
Carolie Severs, 14 años, Reino Unido”*

“SE ES PERSONA O NO SE LO ES. NO SE PUEDE SER PERSONA Y NO TENER CAPACIDAD”

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²⁸ ha venido a reivindicar los derechos humanos inherentes de un sector en condición de vulnerabilidad de las sociedades, para su efectivo valor y cumplimiento y como el resultado de un reclamo que atañe a la manera en que debe comprenderse el dinámico concepto de la discapacidad.

Mi labor consistirá en analizar dos artículos específicos, a la luz de dos importantes ideas y valores fundamentales que considero que atraviesan a toda la norma, que son la igualdad y la libertad. El primero de ellos con el Artículo 12 que prescribe la igualdad en todos los aspectos y el reconocimiento de la capacidad jurídica en ambos sentidos, no sólo de derecho si no de hecho, focalizando en los apoyos que sostienen esa posibilidad fáctica; y el segundo, a la luz del Artículo 13, libertad en el más amplio sentido vinculándolo con el efectivo acceso a la justicia que garantice el ejercicio de los derechos fundamentales.

En los incisos 1 y 2 del mencionado Art. 12 se hace referencia al igual reconocimiento de la persona ante la ley, lo que implica el reconocimiento de su personalidad jurídica, su condición de sujeto de derecho, no ya

²⁶ Rosales, Pablo O., 2012, Abeledo Perrot “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378) Comentada, Buenos Aires.

²⁷ REDI, 2010, “Capacidad jurídica y acceso a la justicia: una propuesta de reforma legal desde las organizaciones de personas con discapacidad” Buenos Aires.

²⁸ Aprobada por Resolución ONU A/RES/61/106 el 13 de diciembre de 2006. Ratificada en nuestro país mediante ley 26.378 sancionada el 21/05/2008 y publicada en el B.O el 09/06/2008.



como un objeto de protección, en el sentido amplio de capacidad, en todas partes y en todos los aspectos de la vida en igualdad de condiciones que los demás integrantes de la sociedad.

Haciendo un somero análisis de nuestro ordenamiento jurídico, podemos observar que Vélez Sarsfield al redactar el Código Civil introdujo el sistema de representación, por el cual se generaba una bipolaridad entre los “sanos” que poseían plena capacidad y los “insanos” a los cuales se los incapacitaba para ejercer a través de su persona cualquier acto de la vida civil. En consecuencia, éstos eran reemplazados en su total voluntad y se decidía sobre todos los aspectos de su vida con especial énfasis los vinculados a lo económico y/o patrimonial, basado en una visión biológica, donde la consideración está centrada en el déficit o “anormalidad” de la persona en vísperas a su recuperación o rehabilitación o no y con una protección paternalista tendiente a impedir cualquier abuso contra ésta.

“...Vélez diseño un sistema de representación con los siguientes caracteres: a) legal, porque está determinado por imperio de la ley (cf. arts. 56 y 58) con exclusión de la voluntad del reputado incapaz; b) necesaria, porque no puede prescindirse de ella (cf. Art.56); c) dual y conjunta, conferida al representante legal individual (padre, tutor, curador; cf. Art. 57) y al promiscuo: Ministerio de Menores (Art. 59); d) universal, ya que importa su extensión a todos los actos en que aparezca comprometido el representado en su interés personal o patrimonial (art.62); e) controlada, en cuanto esta potencialmente sujeta al control judicial de su ejercicio (patria potestad: arts.264 ter, 297 in fine y 298; tutela y curatela: 381, 414, 417, 443, 460 475 y concs.)...”²⁹

Luego con la sanción de la ley 17.711, por la que se reforma el Código Civil en 1968, por un lado se reduce la edad por la que se alcanza la mayoría de edad (21 años), y se completa la norma, pues no basta con la sola comprobación de la existencia de la enfermedad o patología, si no que se exige verificar que ello le impida gobernar su vida y/o la administración de sus bienes. Es importante destacar la incorporación del Art. 152 bis que contempla a los “disminuidos en sus facultades”, como una suerte de atenuación del sistema vigente, donde denota un sistema de asistencia y no uno de representación, lo cual permite inferir que en el sistema jurídico argentino coexisten ambos sistemas que se aplicarán en base al grado de afección psíquica de la persona.

La diferencia radica en que el representante sustituye la voluntad del representado, actúa por su sola iniciativa interpretando “objetivamente” los deseos o la conveniencia para aquel, en cambio el asistente es el que expresa el asentimiento para la realización del acto que proviene de la voluntad misma del asistido. Posteriormente, se volvió a reducir la edad para alcanzar la mayoría de edad, que actualmente es a los 18 años (ley 26.579) y se ratificó la CDPCD (ley 26.378).

No podemos dejar de mencionar que en lo que respecta a la discapacidad mental que la ley nacional de Salud Mental, Nº 26.657, sancionada el 25 de noviembre de 2010, incorpora por imperio del Art. 42 en el Código Civil el Art. 152 ter que dice que las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.

Continua con el sistema de asistencia, incluso avanzando hacia la mayor autonomía de la persona, constando en la sentencia una mayor precisión de los actos que puede o no realizar la misma y en cuales necesitará asistencia, tomando aquí el curador un rol delimitado a los actos que lo requieran, estando en lo que mi opinión respecta, más armonizado con lo prescripto por el Art. 12 de la Convención.

²⁹ Olmo, Juan Pablo y Martínez Acosta, Julio A. “Art. 12 CDPCD: Medidas de Apoyo y de Salvaguardia. Propuestas para su implementación en el régimen jurídico argentino” Dirección General de Tutores y Curadores Públicos de la Defensoría General de la Nación. Ministerio Público Fiscal, Argentina.



Lo que la CDPCD establece como regla general es el sistema de apoyos en reemplazo del régimen de sustitución.

“...Esta noción nos permite desterrar el concepto de incapacidad por el de complemento, es decir, por el de colocar el apoyo o sostén para compensar ciertas dificultades que el devenir de la vida le plantea a una persona. Nos permite empezar a creer con un poco más de seriedad en una sociedad más igualitaria a partir de la idea única de capacidad por el sólo hecho de ser personas, eliminando toda clase de acepciones...”³⁰

A veces pareciera que esto es una simple discusión en un plano teórico, pero no debe dejar de tenerse en cuenta que es este plano donde se desarrolla las ideas y cosmovisiones sobre alguna temática, y en particular a la que atañe a la discapacidad no me parece menor, pues ha servido para justificar siglos de ocultación, rechazo o reemplazo, donde se victimiza a las personas con discapacidad y se les reduce notablemente la autonomía de su propia vida, propulsando un sistema asistencialista que solo ha conseguido la alienación de la persona. Entender y afirmar, la igualdad de todas las personas, cualquiera sea su condición, implica reconocer que su capacidad no puede ser restringida, si no que en base a las necesidades de la propia persona se considere un refuerzo que le permita realmente decidir y actuar en los diversos y complejos actos de la vida. Que una persona no pueda hacer algunos o muchos actos por sí misma no quiere decir que sea incapaz de llevar adelante su propia vida.

No debemos olvidar que la igualdad de las personas es un derecho humano reconocido en todas la Convenciones y Tratados de DD.HH que han sido ratificados por nuestro país incluida la CDPCD. En ese orden de ideas, *Pedro Nikken sostiene que la sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el solo hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que éste, o bien tiene el derecho de respetar y garantizar, o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización.*³¹

El Artículo 12 no hace excepciones, incluye a todas las personas con discapacidad, para que ejerzan su capacidad jurídica, incluidos los casos más complejos que necesitarán un mayor grado de apoyos.

Es dable destacar que este artículo no ha admitido ni admitirá reservas de los Estados para su cumplimiento, pues resultaría incompatible con el objeto y propósito de la Convención y obstaría el ejercicio de todos los derechos allí reconocidos. Tampoco admite el principio de efectividad progresiva.

Continuando con la idea de la toma de decisiones en base al sistema de apoyos, podemos expresar que la función que tienen estos apoyos es permitir que se utilicen las capacidades que posee la PCD y no poner el acento en la dificultades o déficits, de este modo se propone el enfoque desde la autonomía de su voluntad y no en la inutilización del sujeto, cuyo representante realizará todo por él.

La Convención al establecerlos en el inciso tercero del Art. 12 los menciona como posibilidades que deben existir para cuando sea necesario en el ejercicio de la capacidad jurídica y pone en cabeza del Estado la obligación de proporcionar su acceso. En consecuencia, debemos tener en cuenta dos determinaciones, que los apoyos no pueden definirse estrictamente, pues es una figura dinámica, que deberá adecuarse y pensarse para cada caso en especial, como una “traje a medida” y que prescribe una obligación para los Estados firmantes.

“El apoyo podría consistir en asistentes personales o en pares, o podría incluso tratarse únicamente de una declaración por escrito de las preferencias de la PCD. La CDPCD solo trae pautas que deben cumplir los apoyos, sin señalar ejemplos de ellos.

³⁰ Olmo, Juan Pablo y Martínez Acosta, Julio A. “Art. 12 CDPCD: Medidas de Apoyo y de Salvaguardia. Propuestas para su implementación en el régimen jurídico argentino” Dirección General de Tutores y Curadores Públicos de la Defensoría General de la Nación. Ministerio Público Fiscal, Argentina.

³¹ Nikken, Pedro, “El concepto de Derechos Humanos”, en Estudios Básicos I, San José de Costa Rica, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994.



Lo que la CDPCD demanda es que el apoyo se sustente en la confianza, se proporcione con respeto, y nunca en contra de la voluntad de la persona con discapacidad”³²

He notado que existen algunas opiniones distintas respecto a si las medidas de apoyo una vez prescriptas resultan vinculantes para la persona o por el contrario, el Estado solamente las pone a disposición de la persona, y es ella quien libremente elige utilizarlas o no. En este primer sentido, se sostiene que si los apoyos solamente dependieran de la persona, la obligación de Estado se agotaría con la puesta a disposición y que devendría en innecesario los recaudos establecidos para las salvaguardias, pues no tendría sentido que fuesen breves y recibieran exámenes periódicos. Paradójicamente la decisión de prescindir de los apoyos se tomaría ejerciendo la capacidad pero sin un apoyo a tal fin, lo cual implicaría de algún modo dejar libradas las garantías del procedimiento a la voluntad de la persona, lo cual no resultaría razonable. En postura contraria se pronuncia el Comité sobre los Derechos de las PCD³³ quien pone en cabeza del Estado el proporcionar acceso y respetar la decisión de las PCD respecto a los apoyos que recibirán, incluso instando a que capaciten en ese sentido a las personas que recibirán apoyo. Es entendible conforme Art. 12 inc. 3 que en el ejercicio de su capacidad jurídica y de su voluntad puedan solicitar menos o más apoyo, cambiar la relación de apoyo cuando se crea conveniente e incluso rechazarlo.

Para complementar a los apoyos, el inciso 4 del Art. 12 establece el sistema de salvaguardias, indicando que los Estados partes asegurarán no sólo la existencia de estas medidas si no que sean adecuadas, efectivas y proporcionales con el fin de evitar o impedir abusos. Tenderán a asegurar que los apoyos o medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la PCD y que no exista conflicto de intereses o influida indebida, como así también que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, lo más breves posibles y estén sujetas a revisiones periódicas por autoridad competente, independiente e imparcial.

En este sentido tiene una doble función: “...a) Como garantía de debido proceso para el trámite en el cual se determinará la aplicación o no de una medida de apoyo; b) A los fines de determinar el contenido y alcances de los apoyos y su posible modificación-teniendo en cuenta que las mismas deben ser revisadas por el mero transcurso de tiempo-, como garantía de “proporcionalidad y adecuación”, para no dejar desprotegida a la persona ni tampoco sobreprotegerla...”³⁴

Por último el inciso 5 del mencionado artículo describe expresamente algunas medidas a garantizar por los Estados partes que históricamente han sido de las más relegadas a las PCD como son: ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos, acceso a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero y especialmente, que las PCD no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

No quisiera dejar de comentar en este trabajo las importantes reflexiones que sobre este artículo realizó recientemente el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el marco de las onceavas sesiones llevadas a cabo del 30 de marzo al 11 de abril de 2014.

“...La igualdad ante la ley es un principio básico general de la protección de los derechos humanos y es indispensable para el ejercicio de otros derechos humanos...”

³² Rosales, Pablo O., 2012, Abeledo Perrot “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378) Comentada, Buenos Aires.

³³ Informe que comentaré más adelante ampliamente.

³⁴ Olmo, Juan Pablo y Martínez Acosta, Julio A. “Art. 12 CDPCD: Medidas de Apoyo y de Salvaguardia. Propuestas para su implementación en el régimen jurídico argentino” Dirección General de Tutores y Curadores Públicos de la Defensoría General de la Nación. Ministerio Público Fiscal, Argentina.



“...En el artículo 12 no se establecen derechos adicionales para las personas con discapacidad: simplemente se describen los elementos concretos que los Estados partes deben tener en cuenta para garantizar a las personas con discapacidad el derecho a la igualdad ante la ley, en igualdad de condiciones con las demás...”

“... Los Estados deben examinar de manera holística todas las esferas de la legislación para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no esté limitado de modo distinto al de las demás personas...”

“...En muchos casos, la negación de la capacidad jurídica a las PCD ha conducido a privarlas de muchos derechos fundamentales, como el derecho a voto, el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos de reproducción, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad...”

El Comité realiza un análisis profundo de los incisos de este artículo y manifiesta la preocupación que tiene porque en la mayoría de los informes país de los Estados parte se observa inconvenientes para comprender el contenido del artículo y los problemas para su aplicación en la práctica. Explica que la capacidad jurídica y la capacidad mental son dos conceptos distintos, la primera implica ser titular de derechos y obligaciones y el ejercicio de los mismos, la segunda tiene que ver con la aptitud de ese sujeto para adoptar decisiones, en la que también influirán factores ambientales, sociales, culturales y económicos que ayudarán o agravarán el déficit. En conclusión expresa el Comité: *“...En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica...”*

Específicamente en lo que se refiere a los apoyos señala: que los Estados no deben negar la capacidad si no brindar apoyos, y esto refuerza lo apuntado respecto al inc. 3 del Art. 12 en lo que hace a la obligación del Estado en proporcionar ese acceso.

“...El art. 12, párrafo 3, no se especifica cómo debe ser el apoyo. “Apoyo” es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades...”

Lo que el Comité examina y detalla con mayor énfasis son las obligaciones que tienen los Estado parte, en virtud del Art. 12, a saber: a) Respetar, proteger y hacer realidad el igual reconocimiento de persona ante la ley. Esto incluye una revisión de la normativa interna y de prácticas y costumbres, adopción de medidas pertinentes. b) Proporcionar acceso a los apoyos que en el ejercicio de su capacidad jurídica pudiera necesitar la PCD. c) Impartir capacitación a las personas que reciben apoyo para que puedan decidir cuando necesitan más o menos apoyo o cuando ya no les resulta necesario. d) Garantizar que los apoyos estén al alcance de todos, pues el grado de apoyo que pueda necesitar una persona no debe ser un obstáculo para obtenerlo. e) Facilitar la creación del apoyo, especialmente para las personas que están aisladas y tal vez no tengan acceso a los apoyos que se dan de forma natural en las comunidades. f) Crear mecanismos donde se visualice a las personas encargadas del apoyo y para que terceros puedan impugnar la decisión de la persona encargada del apoyo cuando se considere que no está actuando en base a la voluntad y/o preferencia de la PCD. g) *“...LOS ESTADOS PARTES DEBEN VELAR PORQUE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PUEDAN OBTENER ESE APOYO A UN COSTO SIMBÓLICO O GRATUITAMENTE Y QUE LA FALTA DE RECURSOS FINANCIEROS NO SEA UN OBSTÁCULO PARA ACCEDER AL APOYO EN EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURIDICA...”*

Sobre este punto deberá hacerse un análisis más profundo para adaptarlo a la realidad e idiosincrasia argentina, evaluar seriamente desde que lugar pueden pensarse y financiarse los distintos apoyos que se vayan diseñando de acuerdo a las necesidades de las PCD. Sobre todo teniendo en cuenta que muchos de ellos tienen serias dificultades al momento de obtener o mantener un empleo y que no todos quieren tramitar las pensiones, porque limita mucho su ámbito de actuación y porque además son cifras ínfimas para poder sostener ciertos gastos.



Lo hasta aquí expuesto se conecta íntimamente con los postulados del Art. 13, pues admitir la capacidad jurídica amplia implica reconocer que las personas con discapacidad en el ejercicio de ella puedan por sí, ser partes en los procedimientos judiciales, y asegurar a través de apoyos y ajustes razonables la tutela jurisdiccional efectiva en el marco del debido proceso, cuyas garantías deben velarse en cualquier Estado de derecho.

*"Poder ser parte de un proceso judicial, donde se plasme el derecho a manifestarse, a ser oído y a argumentar por derecho propio es una práctica socio-política que fortalece el desarrollo de la subjetividad, la autonomía personal, y el respeto de la dignidad inherente de toda persona. Así, hacer efectivo el acceso a la justicia de las PCD es esencial por su función instrumental para lograr el efectivo goce y protección de todos sus derechos"*³⁵

En el artículo 13 se consagra el Acceso a la Justicia, haciendo hincapié el inc. 1 en la obligación que tienen los Estados parte en garantizar efectivamente el acceso a la justicia, en el sentido amplio que ello implica como debido proceso: ya sea que participen directamente como actor o demandado, o indirectamente como testigos, peritos u otros, en todos los procedimientos judiciales y en todas las etapas incluidas la de investigación y otras etapas preliminares, utilizando para ello apoyos y ajustes razonables al proceso adecuado a la edad y características de la persona.

*"...El acceso a la justicia es un derecho humano básico que se corresponde con la afirmación de la dignidad y no discriminación de la persona frente al Estado..."*³⁶

El enfoque del proceso en el que participa una PCD se debe dar en cuatro niveles: 1- Ser informado. 2- Expresar una opinión. Derecho a ser oído. 3- Lograr que dicha opinión sea tenida en cuenta. 4- Ser el principal responsable o corresponsable de la toma de decisiones.

Los ajustes razonables se refieren a todas las medidas que sean necesarias y adecuadas, siempre que no impongan una carga desproporcionada o indebida, a fin de hacer accesible los procesos judiciales, que contemple la audiencias, pruebas, escritos, actas judiciales, acceso a tribunales y mesa de entradas.

Hay muchos ejemplos de barreras: lectura de derechos o la voz de alto para las personas sordas, la incomunicación que implica esposarlos, el exceso en los rigorismos formales, la falta de intérpretes en lenguaje de señas, o la capacitación en profundidad de aquellos, la información no accesible de vistas o contestaciones de la parte contraria para personas con baja visión o ceguera, las cédulas que se practican bajo la responsabilidad de la parte actora que son fijadas en las puertas de acceso al domicilio, los mostradores de mesa de entradas que resultan inalcanzables para personas de baja talla o que se trasladan en sillas de ruedas, entre otros.

Esa obligación de los Estados de garantizar el acceso a la justicia implica eliminar barreras y diseñar e implementar políticas públicas.

*"...Tribunales cuya infraestructura, distribución de espacios, mobiliarios, instalaciones y señalizaciones sean acordes a los hombres y mujeres con discapacidad, de igual modo que la información, las comunicaciones, la tecnología y también el transporte a través del cual se llega a los recintos judiciales y policiales. También se hace aplicable la asistencia humana o animal intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a los Juzgados y Cortes..."*³⁷

³⁵ REDI, 2010, "Capacidad jurídica y acceso a la justicia: una propuesta de reforma legal desde las organizaciones de personas con discapacidad" Buenos Aires.

³⁶ Espósito, Claudio, "Acceso a la Justicia de las personas con discapacidad intelectual, de la estigmatización al ejercicio de los derechos" Carignano, Florencia, Palacios Agustina y Rosales Pablo O., 2012, Infojus, "Discapacidad, justicia y Estado: acceso a la justicia de las personas con discapacidad"

³⁷ Palacios, Agustina, "Género, discapacidad y acceso a la justicia" - Carignano, Florencia, Palacios Agustina y Rosales Pablo O., 2012, Infojus, "Discapacidad, justicia y Estado: acceso a la justicia de las personas con discapacidad"



“...Un error de interpretación en Salud o Justicia, modifica tan sólo una consonante, en la primera lo enterran y en la segunda lo encierran...”³⁸

La adecuación respecto a la edad de la persona tiene relación con la accesibilidad al proceso de niñas/os, adolescentes y personas mayores y con los distintos estadios madurativos y educativos de las personas.

En inc. 2 apunta a la necesaria capacitación que deberán recibir los operadores de justicia, incluido el personal policial y penitenciario, cuya promoción y efectiva capacitación estará en cabeza de los Estados parte.

Importante es mencionar en este tema a las 100 Reglas de Brasilia, elaboradas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en el año 2008. Participaron las principales redes iberoamericanas de operadores y servidores del sistema judicial.

Su objeto fue establecer parámetros básicos para el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad. *“...Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho...” (Exposición de motivos, 100 Reglas de Brasilia).*

Tienen un contenido global, en razón de que: *“...NO SOLAMENTE SE REFIEREN A LA PROMOCIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE GARANTICEN EL ACCESO SI NO TAMBIÉN EL TRABAJO COTIDIANO DE TODOS LOS SERVIDORES Y OPERADORES DEL SISTEMA JUDICIAL...”*.

Al hablar de condiciones de vulnerabilidad, y no de personas vulnerables, distingue a la persona de la condición, en razón de que la condición puede revertirse o bien pueden tomarse medidas conducentes a que esa condición de vulnerabilidad no impida la tutela efectiva, como son las reglas que estamos tratando. Las condiciones de vulnerabilidad pueden darse por edad, género, estado físico o mental, circunstancias económicas, sociales, étnicas o culturales. Menciona algunos ejemplos de causas de vulnerabilidad, a título enunciativo, a saber: edad (niños, adolescentes o adultos mayores), discapacidad, pertenecer a comunidades indígenas y minorías, migración, victimización, pobreza, género y privación de libertad.

En lo que atañe específicamente a discapacidad la garantía de acceso debe abarcar la seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación.

Por principio general se deben promover las medidas y condiciones necesarias que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad para alcanzar efectivamente el acceso a justicia.

A continuación mencionaré alguna de las reglas que se pensaron para hacer efectivo este acceso: cultura jurídica (información sobre derechos, requisitos y procedimientos) asesoramiento técnico-jurídico y de defensa en juicio, políticas públicas que contemplen esta asistencia, derecho de contar con interprete, medidas procesales: divulgación y simplificación de los requisitos de los actos procesales, promoción de oralidad, formularios de fácil acceso y manejo, anticipo jurisdiccional de la prueba; organización judicial: medidas tendientes a la agilidad y prioridad, medidas destinadas a la capacitación y especialización de profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad, actuación interdisciplinaria, medidas de acercamiento de servicios judiciales.

Respecto a la celebración de los actos judiciales quiero destacar las reglas 52 y 53 que se refieren a los casos en que las personas en condición de vulnerabilidad participan del proceso y cuando son parte del proceso respectivamente. En el primer caso la información debe apuntar expresar la naturaleza de la actuación judicial donde va a participar, qué papel tiene dentro de dicha actuación, el tipo de apoyo que puede recibir para que ejercer su actuación y que organismo o institución puede o debe prestarlo. En el segundo caso, debe incluir el tipo de apoyo que puede recibir en el marco de las actuaciones judiciales, los

³⁸ Remón, Mabel, “Interpretes o Peritos? - Carignano, Florencia, Palacios Agustina y Rosales Pablo O., 2012, Infojus, “Discapacidad, justicia y Estado: acceso a la justicia de las personas con discapacidad



derechos que puede ejercitar, la forma y condiciones en que puede acceder a una asistencia técnica jurídica, las organizaciones o instituciones que pueden otorgar ese apoyo. La información, al igual que la anteriores reglas mencionadas, no son una mera formalidad, sino que debe garantizarse que efectivamente sea comprendida por la persona. La dificultades en la comunicación también tienen un expreso tratamiento, abarcando los diferentes medios de comunicación que puedan emplearse, incluso los no convencionales o comunicación no verbal, y tendiendo a la simplificación de las notificaciones y comunicaciones, acompañamiento en audiencias, en un lugar accesible, seguro y cómodo; reserva de las actuaciones cuando así convenga, incluida la protección de la imagen y de los datos personales.

En resumen, se trata de reglas tendientes a mitigar los efectos disvaliosos de la condición de vulnerabilidad, en todas la etapas del proceso, poniendo especial énfasis en las condiciones particulares de las personas, y haciendo los ajustes razonables ya sea en la simplificación, en los actos del proceso, en las barreras arquitectónicas o culturales para que efectivamente puedan alcanzar la debida protección jurisdiccional.

Han sido incorporadas expresamente al ámbito de la justicia argentina mediante la acordada 5/2009 de la CSJN.

Es interesante mencionar la creación del Programa Nacional de Asistencia para las PCD en sus relaciones con la Administración de la Justicia ADAJUS mediante Decreto 1375/2011, que funciona en la Secretaria de Justicia del Ministerio de Justicia y DD. HH de la Nación. Su objetivo es plasmar lo prescripto en el Art. 13 de la Convención, sobre todo facilitando la comunicación y el acceso a la información.

Son sus funciones las siguientes: Desarrollar acciones y proyectos que faciliten el acceso a la justicia de las PCD, propiciar modificaciones a la legislación vigente, brindar asistencia técnica para fortalecer el pleno ejercicio del derecho de defensa de las personas con discapacidad en los procesos judiciales, acercar a las PCD a políticas, programas y planes, promoviendo el acceso a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas, posibilitar la asistencia de las personas con discapacidad, mediante guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, la señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión, en los ámbitos relacionados con los temas judiciales, promover la capacitación adecuada de profesionales y del personal que trabaja en la administración de justicia y del personal penitenciario, monitorear las condiciones de detención de la población penitenciaria con discapacidad, tanto procesados como condenados y proponer acciones de coordinación con los organismos y dependencias con responsabilidad primaria sobre la materia, brindar asesoramiento y asistencia técnica a las jurisdicciones provinciales, municipales y organizaciones no gubernamentales que lo soliciten, coordinar actividades de cooperación internacional.

Conclusiones finales: A lo largo del trabajo he dejado entrever algunas reflexiones de los temas planteados, pero quisiera terminar con algunas ideas centrales,

- I- La persona como sujeto de derecho, como centro de imputación. Capaz de decidir sobre su propia vida asumiendo los riesgos que ello implica al igual que lo hacen cotidianamente todas las personas.
- II- Es necesario adecuar y/o modificar y/o crear la normativa interna, sin que ese proceso de adecuación normativa y cultural obstaculice la igualdad, derechos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad. Como se ha ido observando en algunos precedentes judiciales, será tarea de los jueces velar por el cumplimiento de las normas y principios de la CDPCD atendiendo a las necesidades de cada caso y bregando por el respeto de la dignidad inherente de las PCD.



- III- Se debe contemplar al régimen argentino de una manera armónica, tratando de lograr que los sistemas se acerquen más a los de asistencia que a los de representación y/o sustitución. Incluso animándose a ser creativos a la hora de diseñar apoyos que hagan posible el ejercicio de la capacidad. Será necesario revisar las declaraciones de insania e internación.
- IV- Se hace necesario evaluar el modo en que se proyectaran los apoyos, como se implementarán y sobre todo el tema de los costos en que pueden incurrir.
- V- Es necesario mantener y redireccionar las medidas procesales que ya pueden considerarse una salvaguardia y apoyos que surgen naturalmente.
- VI- El verdadero acceso a la justicia dependerá del reconocimiento de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, eliminar prejuicios y estereotipos negativos, y sobre todo comprender que los excesivos rigorismos formales se acercan al procedimiento correcto pero se alejan de la justicia y el comprendimiento de la diversidad.
- VII- Resulta imprescindible la divulgación de la normativa en discapacidad, como así también el tratamiento social de la discapacidad, sobre todo de las reglas de Brasilia que dan soluciones prácticas a varias cuestiones.
- VIII- Es vital trabajar en equipos interdisciplinarios y la formación de todos los operadores de justicia, y del personal policial y penitenciario, pues la situación de encierro sumada a la discapacidad genera una condición muy fuerte de vulnerabilidad.

Bibliografía

Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 11º periodo de sesiones.

100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana

Olmo, Juan Pablo y Martínez Acosta, Julio A. “Art. 12 CDPCD: Medidas de Apoyo y de Salvaguardia. Propuestas para su implementación en el régimen jurídico argentino” Dirección General de Tutores y Curadores Públicos de la Defensoría General de la Nación. Ministerio Público Fiscal, Argentina.

Rosales, Pablo O., 2012, Abeledo Perrot “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378) Comentada, Buenos Aires.

Carignano, Florencia, Palacios Agustina y Rosales Pablo O., 2012, Infojus, “Discapacidad, justicia y Estado: acceso a la justicia de las personas con discapacidad”



INFERTILIDAD COMO DISCAPACIDAD: ANALISIS DE UN CASO A LA LUZ DE LA NORMATIVA VIGENTE EN LA MATERIA

CORREA, Jesica Sabrina

Estudiante, Derecho - UBA

jesica.s.correa@hotmail.com

A raíz de la lectura del fallo “*A P K Y Otro C/ Obra Social de la Policía Federal Argentina S/ Sumarísimo*” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal del 22 de Marzo de 2013, en el cual se ordena a la Obra Social demandada a otorgar la cobertura integral de tratamiento de fertilización asistida, por técnica Fertilización In Vitro, por todas las oportunidades que fuera necesario, hasta que se produzca el embarazo, me propongo analizar los fundamentos jurídicos que delinearon la decisión de la Cámara. En primer lugar, corresponde destacar que el punto principal de discusión del fallo se centra en la ausencia de normativa a nivel federal con respecto a la cobertura por el Plan Médico Obligatorio de la fertilización asistida, debido a que no era considerada como una enfermedad por la legislación federal vigente, ante lo cual la Obra Social demandada se negaba a brindar la cobertura total del tratamiento de fertilización a los actores.

Ante tal situación y a la luz del caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “*Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica*”, la Cámara define a la infertilidad como discapacidad, haciéndose eco de los términos delineados por dicho tribunal en el caso citado, en tanto y en cuanto se considera a la infertilidad como una enfermedad, así definida por la Organización Mundial de la Salud, que consiste en una limitación funcional y que quienes la padecen, deben considerarse protegidos por los derechos de las personas con discapacidad, para enfrentar las barreras que los discriminan, entendiendo, entonces, que en la situación fáctica del fallo bajo análisis se está cometiendo un acto discriminatorio al no brindarle la cobertura total del tratamiento por la Obra Social.

En consecuencia, me propongo analizar la normativa aplicable en la materia, en función del análisis de los fundamentos del fallo en cuestión, teniendo en cuenta la ley 14.208, de Fertilización Asistida de la Provincia de Buenos Aires, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Ley 22.431 de Protección integral de los discapacitados, así como también, la ley 26.862 de Reproducción Medicamente Asistida a nivel Nacional, en la cual se establece la obligatoriedad de la cobertura del tratamiento de fertilización asistida por todo el sector público de salud, las obras sociales, las entidades de medicina prepaga, y todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, que fuera sancionada con fecha posterior a la del fallo en análisis (22 de marzo de 2013).

Finalmente, a través de este análisis, me propongo demostrar la importancia del reconocimiento de la infertilidad como discapacidad, en tanto que las personas que poseen dicha disfuncionalidad no pueden desarrollarse plenamente en la sociedad, obstáculo que se ve superado por el avance de las tecnologías que permiten la reproducción asistida, pero que si les es negado el acceso a las mismas, se menoscaba el derecho fundamental de los seres humanos a formar una familia.

Introducción

En el presente trabajo analizaré los fundamentos jurídicos que delinearon la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en el fallo “*A.P.K. y Otro c/ Obra Social de la Policía Federal Argentina s/ Sumarísimo*” del 22 de Marzo de 2013, en el cual se ordena a la Obra Social demandada a



otorgar la cobertura integral del tratamiento de fertilización In Vitro, por todas las oportunidades que fuera necesario, hasta que se produzca el embarazo. La cuestión central del fallo recae sobre la definición de la infertilidad como enfermedad, y su asimilación a una discapacidad funcional, a los efectos de justificar la cobertura integral del tratamiento por parte de la Obra Social, en tanto que al no ser considerada como una enfermedad por la legislación federal vigente hasta el momento, la Obra Social se negaba a brindar el tratamiento a los actores por no estar incluido en el Programa Médico Obligatorio.

Por lo tanto, a través de este análisis, me propongo demostrar la controversia existente en torno a la concepción de la infertilidad como discapacidad, así como también la relevancia del reconocimiento judicial de la necesidad de las personas de desarrollarse personal y socialmente a través de la paternidad.

Desarrollo

En el fallo “**A.P.K. y Otro c/ Obra Social de la Policía Federal Argentina s/ Sumarísimo**”, los cónyuges K.P.A. y J.B.F. interpusieron una acción de amparo, solicitando la cobertura del tratamiento de fertilización in vitro, debido a la obstrucción de las trompas de Falopio que padecía la mujer, que le impedía lograr el embarazo. El juez de primera instancia, rechazó el amparo, considerando que no era admisible su pretensión de que la Obra Social de la Policía Federal Argentina “BIENESTAR” otorgara cobertura total del tratamiento de fertilización in vitro, debido a que existía un vacío legislativo en la materia. Contra dicho pronunciamiento, apelaron los actores, aduciendo que el hecho de que no existiera normativa federal sobre el tema no obstaba a que el caso no se resolviera favorablemente, considerando que en la Provincia de Buenos Aires se encontraba vigente la ley 14.208 de Fertilización Asistida.

Eventualmente, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal hizo lugar a la pretensión de los actores y condenó a la obra social a cubrir en su totalidad el tratamiento solicitado, por los fundamentos que se expondrán a continuación.

En primer lugar, la Cámara hace referencia a que el tratamiento de fertilización no está incluido en el Programa Médico Obligatorio³⁹, en tanto que no es considerada una enfermedad, por lo que, introduce la noción de infertilidad como enfermedad psicofísica debida al *“funcionamiento anormal del sistema reproductivo que priva a las personas de la legítima expectativa de procrear”*, lo cual implica la *“alteración del ciclo natural de la vida de nacer, crecer, reproducirse y morir, y como tal merece ser tratada, en la medida que existen modernamente técnicas médicas que puede procurar el fin deseado con resguardo de la salud de ambos progenitores”*⁴⁰. En consecuencia, considera la Cámara que negar el acceso a dichas técnicas es un acto discriminatorio⁴¹.

A continuación, para la resolución del caso, la Cámara se hace eco de la doctrina vertida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso **“Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica”** del 28 de noviembre de 2012, en el cual se declaró a Costa Rica responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar, a la integridad personal, a la salud sexual, a gozar los beneficios del progreso científico, y el principio de no discriminación,

³⁹ El Plan Médico Obligatorio (PMO) es una canasta básica de prestaciones a través de la cual los beneficiarios tienen derecho a recibir prestaciones médico asistenciales. La obra social debe brindar las prestaciones del Programa Médico Obligatorio (PMO) y otras coberturas obligatorias, sin carencias, preexistencias o exámenes de admisión. (Fuente: <http://www.sssalud.gov.ar/index/index.php?cat=pmo&opc=pmoprincipal> Página web de la Superintendencia de Servicios de Salud)

⁴⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, 23/03/2013, **A.P.K. y Otro C/ Obra Social de la Policía Federal Argentina S/ Sumarísimo**, Id Infojus FA13030001

⁴¹ Art. 1 Ley 23.592: Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.



consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, con relación al fallo emitido por la Corte Suprema de Costa Rica en el que se declaró la inconstitucionalidad del decreto que regulaba la técnica de fertilización in vitro, con la consiguiente prohibición de llevarla a cabo en el país.

En dicho fallo se cita al concepto de infertilidad acuñado por la Organización Mundial de la Salud, según el cual se considera a la infertilidad como *"una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas"*⁴². A partir de este criterio, *"el Tribunal interpretó que la infertilidad es una enfermedad que consiste en una limitación funcional y que quienes la padecen, para enfrentar las barreras que los discriminan, deben considerarse protegidos por los derechos de las personas con discapacidad"*⁴³.

Ahora bien, el quid de la cuestión es el siguiente: si la infertilidad es definida por la OMS como una enfermedad, y teniendo en cuenta que la discapacidad no es una enfermedad, ¿es la infertilidad una discapacidad propiamente dicha? ¿Acaso la definición en estos dos fallos de la infertilidad como discapacidad no implica un retroceso al modelo rehabilitador de mediados del siglo XX?

Para dar respuesta a estos interrogantes debemos hacer referencia a los tres modelos de tratamiento de la discapacidad que se sucedieron a lo largo del tiempo: el modelo de prescindencia, el rehabilitador y el social. El primero de ellos consideraba que las causas que daban origen a la discapacidad eran por motivos religiosos, y que debía prescindirse de las personas con discapacidad porque no contribuían a las necesidades de la comunidad o porque transmitían mensajes diabólicos. Luego surge el modelo rehabilitador, según el cual las causas que originan la discapacidad son científicas, y la persona con discapacidad ya no era considerada como inútil o innecesaria, siempre y cuando sea rehabilitada, es decir "normalizada", intentando ocultar la diferencia. Por último, el modelo social considera que las causas de la discapacidad son sociales, ya que las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad igual que el resto de las personas sin discapacidad, valorando y respetando la diferencia.

Al considerar la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la infertilidad como una discapacidad funcional, y teniendo en cuenta que la OMS caracteriza a la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductor, nos encontramos ante un fuerte retroceso al sistema rehabilitador, ya que considera que la infertilidad debe ser tratada para que esa persona pueda desarrollarse plenamente en la sociedad. Esto hace que se vuelva a la idea de rehabilitación, de "normalización" de la persona con discapacidad, siendo esto argumento suficiente para considerar como errónea la clasificación de infertilidad como discapacidad. Asimismo, la Cámara, al hacer referencia a la protección que merece la infertilidad como discapacidad cita el art. 2 de la ley 22.431, según el cual *"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"*; definición que deja traslucir una clara referencia al modelo rehabilitador mencionado.

Ahora bien, por otro lado, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que adopta el modelo social como rector en materia de discapacidad, en su art. 1 define a las personas con discapacidad como *"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"*, y teniendo en cuenta la definición de la OMS de discapacidad como *"término general que abarca las deficiencias (problemas que afectan a una estructura o*

⁴² Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) disponible en http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1

⁴³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, 23/03/2013, A.P.K. y Otro C/ Obra Social de la Policía Federal Argentina S/ Sumarísimo, Id Infojus FA13030001



función corporal), *las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación*⁴⁴, ¿no es acaso la infertilidad una deficiencia que afecta la función corporal reproductiva que impide el pleno desarrollo de la persona en la sociedad al no poder formar una familia, considerado como un derecho humano? ¿Deben considerarse las personas infértiles como incluidas bajo la órbita de protección de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?

La cuestión podría reducirse a un mero debate terminológico, pero sin embargo, siendo conscientes que todas las palabras implican un juicio de valor en su uso, y que es a través del lenguaje, por donde se expresan e imponen las ideologías dominantes⁴⁵, reconocer a una enfermedad como discapacidad implica un retroceso en el territorio ganado por el modelo social en materia de tratamiento de la discapacidad.

Asimismo, es importante destacar que esta misma discusión se planteó en Costa Rica en julio de 2011, con motivo del debate parlamentario del proyecto de fertilización in vitro. Por un lado, se encontraban los miembros del Partido Accesibilidad sin Exclusión, que sostenían que la infertilidad no es una discapacidad: *"La discapacidad no es una enfermedad es una condición, y la infertilidad sí es una enfermedad."*⁴⁶ Por otro lado, los miembros del Partido Acción Ciudadana, propugnaban que la infertilidad sí debía considerarse una discapacidad debido a que discapacidad es *"una palabra compuesta donde el prefijo "dis", hace alusión a la carencia o ausencia de una capacidad, en este caso la carencia vinculada a múltiples factores dando como resultado una condición de discapacidad"*⁴⁷

Resulta claro, entonces, que la infertilidad podría ubicarse como un caso límite entre la discapacidad y la "no" discapacidad, sin embargo, el debate teórico sobre esta clasificación, poco podría importarle a las parejas que a causa de la infertilidad no pueden formar una familia. Lo que realmente les importa es que se les brinde una solución a su problema, a través de la regulación estatal sobre la cobertura del tratamiento por parte de los servicios de salud.

Es así que, la solución que encontró la Corte Interamericana y que luego hizo suya la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en el fallo bajo análisis fue la de "discapacitar" a las personas infértiles, para que pudieran obtener la cobertura social en el pago de los tratamientos de infertilidad. Solución, a mi criterio, poco feliz, ya que el hecho de que el Estado deba "discapacitar" a las personas que padecen alguna enfermedad para que reciban beneficios sociales es aberrante, ya que la cobertura integral de los tratamientos debería otorgarse *per se*, sin necesidad de una declaración previa de la enfermedad como discapacidad.

En este caso, a mi juicio, la clasificación de la infertilidad como discapacidad no era necesaria debido a que, en primer lugar, la cuestión podría haberse resuelto con fundamento en el art 16 de nuestro Código Civil⁴⁸, recurriendo al principio de aplicación de leyes análogas, al existir vacío legislativo federal en la materia, aplicando la ley de la Provincia de Buenos Aires que regulaba la fertilización asistida al momento de interposición del amparo. Y, por otro lado, la resolución podría haberse fundado únicamente en que el derecho humano a formar una familia se encuentra reconocido en diferentes instrumentos internacionales, de los cuales Argentina es parte, como ser la Convención Americana de Derechos Humanos en cuyo art. 17 declara a la familia como *"elemento natural y fundamental de la sociedad"* y que como tal debe ser

⁴⁴ <http://www.who.int/topics/disabilities/es/>

⁴⁵ *"No es que la lengua sea ideológica; lo es el uso que se hace de ella"* Reboul, Olivier, Lenguaje e Ideología, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, página 38.

⁴⁶ Paniagua Javier, *"El término Infertilidad duerme en la incertidumbre"* en

<http://javipaniaguaperiodista.blogspot.com.ar/2011/07/el-termino-infertilidad-duerme-en-la.html>, 18/07/2011

⁴⁷ Ídem anterior

⁴⁸ Art. 16. Código Civil: Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.



protegida por la sociedad y el Estado. Por lo tanto, siendo estas normas internacionales de carácter operativo⁴⁹, en tanto que propenden a la defensa de los derechos fundamentales del hombre, ningún Estado hoy en día puede negarles el derecho a dos personas a procrear y formar una familia.

Conclusión.

A modo de conclusión, el hecho de que se haya considerado a la infertilidad como discapacidad para resolver el fallo bajo análisis fue beneficioso para los actores, puesto que lograron obtener la cobertura del tratamiento, sin embargo, no resulta esto beneficioso para el resto de la comunidad ya que da por tierra con los preceptos actuales que erradicaron la noción de discapacidad como enfermedad.

Por último, es dable destacar que al día de la fecha ya contamos en nuestro país a nivel nacional con la ley 26.862 de Reproducción Medicamente Asistida, sancionada el 5 de junio de 2013, en la cual se establece la obligatoriedad de la cobertura del tratamiento de fertilización asistida por todo el sector público de salud, las obras sociales, las entidades de medicina prepaga, y todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean.

Sin embargo, y a pesar de que ya no existe vacío legislativo en la materia, representantes de la Superintendencia de Servicios de Salud informan que reciben gran cantidad de denuncias de parte de afiliados y beneficiarios contra las Obras Sociales y empresas de medicina prepaga que se escudan, en que el tratamiento de fertilización no está expresamente incluido en el PMO para no otorgar la cobertura integral correspondiente, cubriendo solo un 40% de la medicación recetada, a pesar de que se encuentran obligadas por la ley 26.862, que ha incluido tácitamente al tratamiento de fertilización dentro del PMO⁵⁰. Eventualmente, no otorgar la cobertura integral al tratamiento de fertilización asistida implica un menoscabo al derecho fundamental de los seres humanos de formar una familia y vuelve al Estado argentino pasible de ser condenado internacionalmente responsable por no cumplir con los tratados de derechos humanos de los que nuestro país es parte.

Bibliografía

- Aizenberg, Marisa, "Condenan al I.A.P.O.S a cubrir tratamiento de fertilización asistida hasta cuatro intentos.", 02/12/2013, disponible en <http://marisaaizenberg.blogspot.com.ar/2013/12/condenan-al-iajos-cubrir-tratamiento-de.html>
- Bianco, María Inés; Crescentini, Leticia L, "Aspectos legales. Guía Básica de Salud y Discapacidad", disponible en <http://www.masvida.org.ar/accesibilidad-al-tratamiento/aspectos-legales.html>
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, 23/03/2013, "A.P.K. y Otro C/ Obra Social de la Policía Federal Argentina S/ Sumarísimo", Id Infojus FA13030001
- Código Civil de la República Argentina
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)

⁴⁹ "Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso"(CSJN,07/07/1992, Ekmekdjian, Miguel Ángel C/ Sofovich, Gerardo y Otros S/ Recurso de Hecho) A diferencia de las normas programáticas, que requieren de la sanción de otras leyes para poder ser ejecutadas.

⁵⁰ "...no empece al otorgamiento de coberturas como la que se solicita, la circunstancia de que ciertas prestaciones no hayan sido expresamente previstas en el PMO, pues (...) aquellas constituyen un piso mínimo al cual se encuentran obligados los agentes del servicio de salud" en Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, 22/03/2013, "A. P. K. y Otro c/Obra Social de la Policía Federal Argentina y Otro s/Sumarísimo".



- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica", Sentencia de 28 de Noviembre de 2012, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- Costignola, Silvina, "Discapacidad. Mujeres en pie de igualdad. Acceso a la fertilización asistida", 09/03/2014, disponible en <http://www.laautenticadefensa.net/110334>
- Costignola, Silvina, "Discapacidad y fertilidad. Mitos a demoler. La heterogeneidad del colectivo", 01/07/2012, disponible en <http://www.laautenticadefensa.net/94678>
- CSJN, 07/07/1992, "Ekmekdjian, Miguel Ángel C/ Sofovich, Gerardo y Otros S/ Recurso de Hecho"
- Decreto 956/2013, Reproducción Médicamente Asistida.
- Eroles, Carlos; Fiamberti, Hugo (Compiladores), *Los derechos de las personas con discapacidad (Análisis de las convenciones internacionales y de la legislación vigente que los garantizan)*, Secretaría de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil, Universidad de Buenos Aires, Eudeba
- Foucault, Michael, "Clase del 14 de enero de 1976", en *Defender la sociedad*. Curso en el College de France (1975-1976), FCE, Buenos Aires, 2001
- Ley N° 14.208 de la Provincia de Buenos Aires sobre Fertilización Asistida.
- Ley N° 22.431. Sistema de protección integral de los discapacitados.
- Ley N° 23.592. ACTOS DISCRIMINATORIOS.
- Ley N° 24.901. SISTEMA DE PRESTACIONES BASICAS EN HABILITACION Y REHABILITACION INTEGRAL A FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
- Ley N° 26.378. Apruébase la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006.
- Ley N° 26.862. REPRODUCCION MEDICAMENTE ASISTIDA.
- Nexos TV, Canal de YouTube, Entrevista: "Infertilidad: ¿es o no una discapacidad?", 18/07/2011, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=CzQ0Hsuo8SY>
- Organización Mundial de la Salud, "Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)" disponible en http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1
- Organización Mundial de la Salud, "Temas de Salud. Discapacidades", disponible en <http://www.who.int/topics/disabilities/es/>
- Palacios, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Colección CERMI, N° 36, Ediciones Cinca, Primera edición, Julio 2008.
- Paniagua Javier, "El término Infertilidad duerme en la incertidumbre" en <http://javipaniaguaperiodista.blogspot.com.ar/2011/07/el-termino-infertilidad-duerme-en-la.html,18/07/2011>
- Puccinelli, Oscar R. "El sistema interamericano avala las técnicas de fertilización asistida. (A propósito de una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condena a Costa Rica)", 18/02/2013, disponible en <http://aldiaargentina.microjuris.com/2013/02/18/el-sistema-interamericano-avala-las-tecnicas-de-fertilizacion-asistida-a-proposito-de-una-reciente-sentencia-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-que-condena-a-costa-rica/>
- Reboul, Olivier, *Lenguaje e Ideología*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, página 38.
- Resolución 201/2002, Ministerio de Salud, Programa Médico Obligatorio de Emergencia



- Resolución 428/1999, PRESTACIONES MEDICAS, Ministerio de Salud y Acción Social.
- Rosales, Pablo. *La discapacidad en el sistema de salud argentino: obras sociales, prepagas y Estado Nacional*, 2 ed. amp. y act., Buenos Aires, LexisNexis, 2004
- Superintendencia de Servicios de Salud, página web,
<http://www.sssalud.gov.ar/index/index.php?cat=pmo&opc=pmoprincipal>
- Zegers Hochschild, Fernando, "*Descripción y Análisis de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) como tratamiento de la Infertilidad. Documento preparado para la Corte Interamericana de Derechos Humanos*", Costa Rica, Septiembre, 2012, disponible en
http://www.eticayreproduccionhumana.udp.cl/publicaciones/fallo/Documento_tecnico_infertilidad_Pr oblema_salud.pdf

Apéndice

22 de marzo de 2013

CAMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL FEDERAL. CAPITAL FEDERAL.

Id Infojus: FA13030001

Causa n° 5642/2010

"A.P.K. y Otro C/OBRA SOCIAL DE LA POLICIA FEDERAL ARGENTINA y OTRO S/SUMARISIMO"

Buenos Aires, 22 de marzo de 2013.- CR

VISTO: el recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 116/22vta., cuyo traslado no fue contestado por la contraria, contra la sentencia de fs. 112/13vta.; y

CONSIDERANDO:

1) Que el señor Juez interviniente, rechazó el amparo promovido por los cónyuges K P A y J B F -vecinos de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires- tras invocar que frente al vacío legislativo existente en la materia sometida a litigio, no era posible admitir la pretensión consistente en que la Obra Social de la Policía Federal Argentina, "BIENESTAR", les proveyera la cobertura, total del tratamiento de fertilización asistida, por técnica FIV. Ello así, sin perjuicio de haber advertido el desfase entre los avances de la tecnología aplicados a la salud humana y las prestaciones igualitarias y obligatorias de las obras sociales, el cual en su opinión, merecería la atención urgente del legislador.

Las costas las distribuyó en el orden causado, atento la novedad y complejidad de la cuestión resuelta (ver fs. 112/13vta.).

2) Que contra la mencionada decisión apelaron los interesados quienes discrepan con el a quo, en particular, por haber citado una jurisprudencia que, según aducen, resulta inaplicable; y porque invocó la ausencia de marco legal, siendo que en la Provincia de Buenos Aires se sancionó la ley 14.208, de Fertilización Asistida y por consiguiente la falta de regulación en el ámbito federal, no puede constituir óbice al otorgamiento de lo peticionado.

3) Que esta Sala -hasta ahora con voto minoritario- ha venido advirtiendo ante el postulado hoy holgadamente superado de que la salud es la ausencia de enfermedad, que la infertilidad no está prevista entre las prestaciones cuya cobertura reconoce el Programa Médico Obligatorio (PMO), precisamente porque no se la considera una enfermedad.

Y que sin embargo, caracterizada tal patología, como el funcionamiento anormal del sistema reproductivo que priva a las personas de la legítima expectativa de procrear, es claro que se trata de una enfermedad psicofísica, que puede provocar depresión, ansiedad y angustia, hasta contaminar la vida de relación, cuando la pareja advierte con desasosiego, la imposibilidad de integrar el núcleo familiar con su descendencia. No es una condición dada, sino que implica una alteración en el ciclo natural de la vida de nacer, crecer, reproducirse y morir; y como tal merece ser tratada, en la medida que existen



modernamente técnicas médicas que pueden procurar el fin deseado con resguardo de la salud de ambos progenitores.

Negar ese derecho importa una discriminación para quien padece esta enfermedad, y por ende no otorgar la cobertura del tratamiento es discriminatorio (del voto del doctor Guarinoni, en las causas nros. 9288/08 del 28.02.11; 1461/12 del 3.10.12 Y 3613/11 del 9.10.12).

4) Que ahora bien, frente a tales premisas, no es posible soslayar en la litis, la especial significación que adquiere la sentencia recientemente dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Artavia Murillo y Otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica", el 28 de noviembre de 2012, en la cual el mencionado Tribunal declaró a Costa Rica responsable internacionalmente 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, consagrados en los artículos 5.1, 7, 11.2 Y 17.2 con relación al artículo 1.1 de la Convención Americana; en el fallo emitido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, el 15 de marzo de 2000, por el cual se declaró la inconstitucionalidad del decreto que regulaba la técnica de Fecundación In Vitro (FIV) en Costa Rica, con la consiguiente prohibición de llevarla a cabo en el país, dando lugar, en algunos casos a la interrupción del tratamiento, y en otros, a que los interesados debieran viajar al exterior para acceder a dicha práctica.

En la pieza citada, la Corte Interamericana, tomó nota del concepto de infertilidad desarrollado por la OMS, según el cual se trata de "una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas". Además, tuvo en cuenta a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuando establece 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". Y agregó, que la discapacidad resulta de la interacción entre las limitaciones funcionales de una persona y las barreras del entorno que impiden el ejercicio pleno de sus derechos y libertades.

Por tanto a partir de los criterios vertidos, el Tribunal interpretó que la infertilidad es una enfermedad que consiste en una limitación funcional y quienes la padecen, para enfrentar las barreras que los discriminan, deben considerarse protegidos por los derechos de las personas con discapacidad, los cuales incluyen el acceso a las técnicas del más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva; y que ello supone además, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para hacer uso de las decisiones reproductivas.

En el mismo orden de ideas, la Corte recordó que el artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general; y que conforme lo ha venido sosteniendo, el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, favorecer de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Pues como lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos, la posibilidad de procrear, es parte del derecho a fundar una familia. De tal manera el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho a la tecnología médica necesaria para ejercerlo; y por ende la falta de salvaguardas legales puede constituir un menoscabo grave del derecho a la autonomía y a la libertad reproductiva.

Para concluir, una última consideración conviene formular, en cuanto aquí interesa, acerca de la sentencia del Tribunal Interamericano y es aquella que empalma con el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación, el cual determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los



diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. El concepto de la discriminación indirecta implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas. Es posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de las consecuencias y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede la inversión de la carga de la prueba. Además, considero que el concepto de impacto desproporcionado está ligado al de discriminación indirecta, la cual debe ser analizada respecto a la discapacidad, al género y a la situación económica.

Y desde ese triple punto de vista adujo que la "discriminación indirecta en relación con la discapacidad", presupone a la infertilidad como una enfermedad que consiste en una limitación funcional y quienes la padecen, para enfrentar las barreras que los discriminan, deben considerarse protegidos por los derechos de las personas con discapacidad, para evitar el impacto desproporcionado. Con respecto a "la discriminación indirecta con relación al género", que si bien la prohibición de la FIV puede afectar tanto a hombres como a mujeres, produciendo impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad; dado que el empleo de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres, tiene un impacto negativo desproporcionado sobre ellas. Y por último, "la discriminación indirecta con relación a la situación económica", que atiende a que la prohibición de la FIV tiene un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no cuentan con los recursos económicos para realizar de manera exitosa el tratamiento de la FIV.

En tales condiciones, cabe recordar, por una parte, que en nuestro país, la Ley de Discapacidad N° 22431, (con sus actualizaciones de leyes 25635, 25634, 25504, 24901, 24314, 24308, 23876, 23021), dispone en su art. 2°, que "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".

Como así también que las obligaciones de las autoridades públicas y de las obras sociales de generar acciones positivas a favor del derecho a la salud y a la plenitud de la vida, han sido expresadas reiteradamente por la Corte Suprema, en particular en aquellos casos en los que se encontraban en juego los derechos de personas discapacitadas o con capacidades diferentes (vgr. Fallos 306:400; 312: 1953; 327:2413; 329:553; 329:1638; 331:2135; entre otros).

Y por otra parte, que según se ha señalado, no empece al otorgamiento de coberturas como la que se solicita, la circunstancia de que ciertas prestaciones no hayan sido expresamente previstas en el PMO, pues -aun en el limitado marco de conocimiento que es propio de las medidas cautelares- aquellas constituyen un piso mínimo al cual se encuentran obligados los agentes del servicio de salud (confr. esta Sala, causa n° 6319/11 del 21.3.12; 7293.11 del 29.05.12, entre muchos otros). Sin que esto signifique, como lo ha sostenido la jurisprudencia pacífica del Tribunal (confr. esta Sala, causas 9054/08 del 27.2.09; 9916/09 del 26.5.10 y 5570/10 del 3.3.11; Sala I, causa 14/06 del 27.4.06; y Sala 3, causa 5411/07 del 9.10.08) que conformen su tope máximo.

5) Que en suma, conforme los términos en que ha quedado delimitada la cuestión, está fuera de discusión que P K de 40 años de edad y J B de 47 años, acreditaron sus identidades (ver DNI obrantes a fs. 1 y 2), el estado de familia (ver Partida de fs. 3), y el carácter de afiliada a la Obra Social "Bienestar", (ver credencial de fs.6). Y que según el certificado de fs. 5, la actora padece "Obstrucción de las Trompas de Falopio", razón por la cual se le indicó como único método para lograr el embarazo la técnica FIV (ver fs. 19), cuyo cobertura fue denegada (ver fs. 19).

En las circunstancias expresadas, corresponde revocar el pronunciamiento apelado y hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por P KA y J B F contra la Obra Social de la Policía Federal "Bienestar". En consecuencia, deberá la demandada otorgar la cobertura integral de tratamiento de fertilización asistida,



por técnica FIV, por todas las oportunidades que fuera necesario, hasta que se produzca el embarazo, de acuerdo a la prescripción médica que extiendan los profesionales que atienden a los actores, el que se llevara a cabo en alguno de los centros indicados. Ello así, aunque manteniendo la distribución de las costas en el orden causado y adoptando idéntico criterio para las de la alzada, teniendo en cuenta el carácter relativamente novedoso de la cuestión, así como la existencia de fallos que han adoptado otra solución.

Por ello, y oído el Fiscal General, esta Sala RESUELVE: revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la acción de amparo deducida por K P A y J B F contra la Obra Social de la Policía Federal "Bienestar". En consecuencia deberá la demandada otorgar la cobertura integral de tratamiento de fertilización asistida, por técnica FIV, por todas las oportunidades que fuera necesario, hasta que se produzca el embarazo, de acuerdo a la prescripción médica que extiendan los profesionales que atienden a los actores, el que se llevará a cabo en alguno de los centros indicados. Las costas de ambas instancias se distribuyen en el orden causado, teniendo en cuenta el carácter relativamente novedoso de la cuestión, así como la existencia de fallos que han adoptado otra solución.

En atención al mérito, extensión y eficacia de la labor desarrollada, la naturaleza de la causa y 10 dispuesto por el art. 279 del Código Procesal, se dejan sin efecto los honorarios regulados en la sentencia y en su reemplazo se fijan los de la doctora M. L. F. en la suma de \$6.000 (arts. 6, 7, 37, 39 de la ley 21.839 según texto ordenado por la ley 24.432).

Teniendo en cuenta la tarea profesional desarrollada en la Alzada, se regulan los honorarios de la doctora M. L. F., en la suma de \$1.800 (arts. 14 y citados de la ley del arancel de honorarios de abogados y procuradores).

El señor Juez de Cámara doctor Alfredo Silverio Gusman no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).

Regístrese, notifíquese y al señor Fiscal General en su despacho y devuélvase. RICARDO VÍCTOR GUARINONI. GRACIELA MEDINA.

DERECHOS DE LA PERSONAS CON DISCAPACIDAD. AVANCES DE LA JURISPRUDENCIA

PARÉS, Susana

Prof. Adjunta Der. Adm. y Proc. Adm. - UNC

Directora Diplomatura en Discapacidad-2014 Fac. de Derecho. UNC

A cargo del área Derechos Especiales. Instituto de Estudios de la Magistratura, Asociación de Magistrados de Córdoba.

susanapares@arnet.com.ar/susipares26@hotmail.com.ar

INTRODUCCION:

Sabemos que, sin perjuicio del efectivo avance de la legislación respecto a los Derecho de las Personas con discapacidad, la situación concreta, no reconoce un crecimiento paralelo, o reflejo, para quienes se encuentran en la situación y lo padecen, así como su grupo familiar y de amigos.

En esta instancia queremos hacer un examen de la jurisprudencia argentina que ha avanzado en un proceso de interpretación amplia de las normas y favoreciendo en todos los casos la situación de las personas con discapacidad.

Si bien sabemos que existe la presunción legal que sienta el criterio que la ley es conocida por todos, es evidente que no todos tienen acceso a medios, instituciones o personas, que los puedan informar. Máxime si se trata de resoluciones, a veces publicadas en resumen en los medios oficiales. Esto conspira para que el



sujeto o sea la persona con discapacidad o su familia puedan exigir determinadas conductas y prestaciones que les son debidas.-

La anomia que somete a esta sociedad a una conducta sostenida de incumplimiento de las normas y por ende quienes están obligados a cumplir, es una constante, dolorosa por cierto y es por eso que ante situaciones que ni siquiera generan dudas, el sujeto debe ocurrir a la sede judicial para poder ver satisfechas allí sus pretensiones, cuando de suyo pudo obtenerlas en la administración o en la pre-paga o cooperativa. Ello genera un dispendio de recursos y sin duda recarga la tarea judicial, que debe solucionar, generalmente por la vía expedita del amparo, una gran cantidad de situaciones jurídicas que están claramente definidas en la ley. No obstante, debemos reconocer que hay situaciones donde la interpretación judicial es necesaria ante la oscuridad de la norma, o los cambios reales en la sociedad que ameritan una lectura acorde a los tiempos que corren.-

De allí que resulta relevante el papel que los jueces están desarrollando en este momento en relación a los reclamos que las personas con discapacidad, deben realizar ante el Poder Judicial por el incumplimiento de Obras Sociales y Pre-pagas.-

En fallo reciente, PADEC c/ Swiss Medical , la CSJN, ha sentado un poderoso precedente, en tanto que el referido caso se sustenta en la ley de Defensa del consumidor, ha sido solventado jurídicamente con la doctrina forjada en el caso "Halabi", donde la corte examina las distintas situaciones jurídicas referentes al amparo y destaca que el legislador aún no ha proveído a la manda constitucional que le ordenaba reglamentar el amparo colectivo.-

Por ello, hoy es posible hablar del valor de las cláusulas predeterminadas; de la responsabilidad social de la prestataria, de la libre elección del facultativo, de la provisión de la totalidad de la medicación, aun cuando así no haya sido previsto, pero esté en riesgo la vida. Incluso ingresa en temas como terapias en experimentación.-

Sin duda tanto "Halabi" como PADEC, encuentran detractores y defensores, pero en la medida en que se abran caminos, vía jurisprudencia para la tutela integral de las personas con discapacidad, bien venidos sean.-

Introducción:

La vigencia efectiva de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de la personas con discapacidad, en la República Argentina, ha reforzado notoriamente, al menos desde el punto de vista legal, la posición de los afectados.-

No obstante ello, y la continua generación de normas por parte de las distintas jurisdicciones, que reconocen nuevos derechos, es frecuente, quizás demasiado, que se deba recurrir al Poder Judicial para hacerlos efectivos.-

Ello revela que la efectivización de los derechos, transita, además de las normas, el camino de las políticas públicas, aspectos presupuestarios, cuestiones económicas de las empresas y un sinfín de laberínticos caminos burocráticos, que dificultan aún más la plenitud pretendida.

En ese orden de ideas, resulta destacable, que la jurisprudencia, en general, ha abordado con criterio amplio, lo referido a la tutela efectiva de los derechos de las personas con discapacidad y en ese sentido se examinarán los fallos de mayor trascendencia.-

Desarrollo:



A los fines metodológicos, se tratarán temas puntuales de algunos fallos, que pueden ser ejes de estudio en un trabajo distinto y teniendo presente que la ley de Medicina Pre-paga ha sido modificada, incorporando algunos institutos forjados por la jurisprudencia.-

1.- Desburocratizar los trámites:

La jurisprudencia, con buen criterio, ha advertido la innecesariedad de acrecentar las dificultades que a diario, deben enfrentar las personas con discapacidad y sus familias para el efectivo goce de sus derechos y por tanto propicia de la desburocratización de los trámites y procedimientos.-

Así se ha dicho: *"...La garantía del debido proceso demanda evitar el "exceso ritual" que da prioridad a las formas en desmedro de su finalidad, que es buscar y realizar la justicia. Las formas procesales, tienden a proteger a los litigantes a fin de asegurar la mayor eficiencia y celeridad de las decisiones judiciales; y si para ello es indispensable remover los obstáculos que puedan encontrar los jueces para desempeñar eficazmente sus funciones, no caben interpretaciones que sólo conducen a atribuir más importancia a los medios que se instrumentan para alcanzar dicha finalidad, que ésta en sí misma. En el caso, resultando clara la procedencia del reintegro, negar la posibilidad de hacer efectiva la obligación del Instituto de la Obra Social del Ejército (IOSE) con el sólo argumento de la excepcionalidad de la vía, constituye un excesivo rigor formal e implica en los hechos imponer una carga más a la madre de la paciente discapacitada (actora), que ha obrado con diligencia y previsión más allá del dolor que evidentemente le genera la situación. ..."*⁵¹

En igual sentido se han expedido otros tribunales del país, pudiendo destacarse lo sostenido por el Tribunal Superior de Río Negro que ha expresado: *"... No cabe relegar la problemática de la discapacidad a través de reenvíos administrativos, sino que por el contrario, se debe establecer una inmediata protección de los derechos fundamentales que en estos casos se encuentran en juego, con una cobertura eficaz, buscando soluciones que se avengan a la índole de este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por las vías más expeditivas y evitar que la utilización de otros carriles pueda conducir a la frustración de los derechos fundamentales, cuya suspensión -a las resultas de nuevos trámites- resulta inadmisibles. Todo esto sin dejar de advertir la complejidad de la cuestión, que con la excepcionalidad compromete la ecuación financiera de un sistema de solidaridad, como IPROSS (obra social estatal de Río Negro), el que debe observar un equilibrio que preserve los aspectos patrimoniales y financieros que permitan la atención que se le debe a todos los afiliados aportantes. En el caso, ante la apelación se confirma la resolución que ordenó al IPROSS que otorgue inmediata e íntegra cobertura de la prestación que como consecuencia de la discapacidad requiere la salud de un menor..."*⁵²

Sin embargo, un fallo, donde se ha puesto el sentido común por encima de la formalidad y quizás más pretoriana que jurídicamente, lo ha sostenido la Corte de Catamarca que ha señalado: *"...Advertido que lo requerido (una silla de ruedas para un menor discapacitado), no concierne a una acción de amparo por mora, corresponde con carácter de excepción, reencauzar la pretensión hacia un amparo de ejecución, inclusive cuando los procedimientos son distintos, si el tribunal considera que es su materia, en atención al bien jurídico tutelado..."*⁵³

Puede inferirse claramente que la persona afectada, inició un procedimiento administrativo reclamando una **silla de ruedas**, que no fue resuelto, lo que la llevó a iniciar el amparo por mora, para obtener una

⁵¹ F, A.I. Vs. Instituto de obra social del Ejército, (IOSE) s. Amparo- Medida cautelar. Cámara Federal de Apelaciones, Salta, 07-04-2011, Rubinzal Culzoni J 5715/11.-

⁵² Zijlstra, Silvia Laura s. Recurso de amparo /// Superior Tribunal de Justicia, Río Negro, 10-08-2010; RC J 15370/10

⁵³ Olmos; Ana c/ Provincia de Catamarca. Amparo por mora. Corte de Justicia de Catamarca 20/9/2013. Rubinzal Culzoni J 16964/13.-



respuesta(positiva o negativa) y finalmente es la Corte Provincial la que resuelve el fondo de la cuestión decidiendo conforme se precisa supra.-

2.- Amparo - vías administrativas- medidas autosatisfactivas.-

En este sentido puede observarse que en general la jurisprudencia de forma coherente ha resuelto que la vía del amparo procede ante la urgencia de la pretensión.-

El Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos ha expresado que la acción de amparo intentada contra una obra social a fin de otorgar por vía de amparo la cobertura de un medicamento que necesita para el tratamiento del asma, debe ser desestimada, pues, la parte actora no ha evidenciado la necesidad de urgente reparación, en tanto el transcurso de tiempo que dejó transcurrir desde que efectuó el primer pedido a la emplazada hasta la interposición de la demanda o el hecho que no hubiera acudido con anterioridad a la vía del amparo , conspira contra la urgencia que invoca⁵⁴.-

En otro caso, para una cirugía bariátrica, el tribunal se expidió en contra de la acción de amparo, promovida por el padre de un menor que padece obesidad mórbida, sosteniendo que no se ha acreditado que el menor haya intentado otros medios no quirúrgicos en orden a lo que dispone la ley 26396 y la resolución 742/90 del Ministerio de Salud.-⁵⁵

Resulta interesante lo sostenido en un amparo respecto a la procedencia del mismo y el requisito del certificado de discapacidad. Al respecto en un fallo que ha tenido mucha difusión se ha sostenido que El hecho de que la acción de amparo tendiente a que se condene a la empresa de medicina prepaga demandada a proveer un medicamento a un afiliado discapacitado haya sido interpuesta con anterioridad a la obtención del correspondiente certificado de discapacidad, no obsta a la procedencia del reclamo, pues el aludido certificado no constituye a la incapacidad como tal a partir de su fecha de verificación, sino que recoge su preexistencia a los ulteriores efectos legales.⁵⁶

MEDIDA AUTOSATISFACTIVA.

Respecto a las mismas, en los autos caratulados " Arriola c/ ASOCIART S.A. ART."⁵⁷ El juzgador destacó que el objeto final a resolver no era el dictado de una "medida autosatisfactiva" o la elaboración de una decisión jurisdiccional de las denominadas "tutela anticipada" sino por el contrario y luego de haberse cumplido las etapas de un proceso contradictorio, establecer mediante una resolución definitiva si la demandada desarrolla el cumplimiento de su obligación prestacional en forma o, en su caso, imponer una corrección y rectificación de acuerdo al marco médico-legal que la patología del actor requiera. En ese contexto, admitió el pedido efectuado por el actor de recibir las prestaciones en especie establecidas en el art. 20 y cc. de la LRT y obligó a la ART a otorgarle una silla de ruedas personalizada; atención médica interdisciplinaria y una suma de dinero de carácter transitorio para la asunción de gastos emergentes durante la estancia en el centro de curación. -

⁵⁴ Guzman, María Teresa c. Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos. Publicado en: La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/16290/2011

⁵⁵ Tribunal: Cámara Federal de Apelaciones de Salta (CFedSalta). Fecha: 10/06/2010

Partes: P., E. R. En Representación de Su Hija P., M. B. c. Asociación Mutual del Personal Jerárquico de Bancos Oficiales. Publicado en: LA LEY 29/06/2010

⁵⁶ Charpentier Gaia, Enrique c. Swiss Medical S.A. - Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G - 06/08/2009 .Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G

⁵⁷ Juzgado de Conciliación de Villa María, Sentencia 3 de noviembre de 2012. Fuente Abogados.com.arEl actor solicitaba silla de ruedas, especial, tratamiento previa a la implantación de miembros inferiores perdidos en accidente de trabajo, traslados a otra ciudad para la recuperación, entre otros rubros.-



3.- Tratamiento experimental:

Referente a los mismos se ha sostenido lo siguiente para los casos de esclerosis múltiple, precisando que no obstante el carácter fundamental del derecho a la salud, está demostrado que ese tratamiento (Vacuna T linfocitaria) se encuentra, en la actualidad y respecto de su enfermedad, en etapa de experimentación — resolución 276/2008 del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante— , y no se advierte la presencia de norma alguna de jerarquía constitucional o infraconstitucional que, en su letra o en su espíritu, imponga a una obra social o al Estado la provisión o la cobertura de tratamientos del carácter indicado.⁵⁸

4.- Contratos de medicina prepaga. Adhesión. Buena fé. Ley de defensa del consumidor.-

La modificación de la ley de Empresas de Medicinas prepagas, ha resuelto algunos problemas, por ejemplo, incremento o baja por edad, entre otros, que ya habían sido tutelados debidamente por la jurisprudencia y en consecuencia, el legislador ha recogido los criterios formulados por los jueces llevándolos a la ley positiva.-

El contrato de medicina prepaga, es un contrato aleatorio y requiere de un examen médico previo al que son sometidos los ingresantes al sistema⁵⁹.-

Tal como señalan los autores si de él resulta que el contratante sufre una patología, será considerada preexistente al contrato y por lo tanto su tratamiento no estará incluido dentro de las prestaciones médicas cubiertas por el seguro médico. Si, en cambio, del examen médico resulta que no existen afecciones, ambas partes del contrato se encuentran en condiciones de celebrar el negocio en toda su plenitud.

Ahora bien, pueden existir supuestos en los que la empresa médica no realiza el examen médico de admisión o de los resultados de éste no se alcanza a evidenciar la existencia de una patología anterior. En estos casos se discute, entonces, si la empresa puede alegar la preexistencia para eximirse de cumplir con sus obligaciones contractuales.

La jurisprudencia ha sostenido incluso que corresponde a la prestadora asistir al enfermo incluso cuando se trate de un tratamiento no incluido en el listado del plan médico obligatorio.⁶⁰

5.-El caso PADEC. Doctrina de la CSJN.-⁶¹

La CSJN, finalmente ha sentado criterio, respecto de la posibilidad que las asociaciones en representación de sus integrantes presenten demandas respecto a las relaciones entre los pacientes y las obras sociales.-

En el caso PADEC C/ Swiss Medical y al amparo de la ley de Defensa del Consumidor, ha ingresado al tratamiento de las cláusulas predeterminados de los contratos de adhesión a las prepagas y ha continuado con la línea argumental sentada en el caso “Halabi”, donde examina las situaciones jurídicas y distingue así los derechos subjetivos personales, los de incidencia colectiva sobre bienes colectivos y los de incidencia colectiva con intereses homogéneos ; el destacado nos pertenece.-

La actitud pro-activa de la CSJN procura consolidar una doctrina sobre los derechos colectivos, el amparo colectivo y finalmente ¿ las acciones de clase?.-

⁵⁸ CSJN; 19/5/2010 . B,V.E. c/ Obra social Unión personal y otro. LL 19/7/2010. Cita online. AR/JUR/32751/2010

⁵⁹ Confr. LL 02/09/2010. Comentario al fallo S, M c/ Galeno Argentina S.A. de los Dres. Rodrigo Silva y Andrea Jauregui.-

⁶⁰ G,IT c/Swiss Medical . Sumarísimo. C.Nac. Apel. Sala III 31.10.2013

⁶¹ LL 23 de setiembre de 2013.-



La cuestión es compleja en extremo, porque las acciones de clase no tienen recepción legal en el ordenamiento de nuestro país, aunque aisladamente alguna jurisdicción ha dictado una norma de inscripción de "constitución de la clase".-

Es moroso el Congreso de la Nación en la regulación del amparo colectivo cuya vigencia data de la reforma constitucional de 1994 y.-

La CSJN, en el caso PADEC, procura dar algunas precisiones, sobre la situación, aún irresuelta legalmente, de quienes quieren adherir o no a las pretensiones que demande una asociación y la situación de los beneficios o perjuicios (vgr costas), de quienes no han manifestado una opinión al respecto.-

Para ello, sigue la línea que puede compararse con la institución de la "relación de daños", donde se deriva para una etapa posterior la identificación de quienes acuerdan o no con la acción (en el procedimiento civil la cuantificación de daños).-

El caso PADEC versa sobre la nulidad de cláusulas predeterminadas de una pre-paga a través del sistema de nulificación previsto en la ley de Defensa del Consumidor y que tiene un trámite abreviado.-

En orden a las opiniones a favor y en contra surgidas del caso "Halabi", cuyo fundamento es en realidad el soporte del caso PADEC, la CSJN, procura fijar líneas de doctrina judicial que suplan la omisión del legislador inscribiéndose claramente en la posición de activismo judicial.-

Conclusión:

El camino abierto por estos fallos, las directrices de la CSJN y el camino que han ido abriendo los Tribunales en el país resultan, más allá, de algunos criterios muy restrictivos y mensaje muy esperanzador para el futuro de la plena efectividad de los derechos de las personas con discapacidad.-

LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, LOS AJUSTES RAZONABLES Y EL DEPORTE

CAPORALE, Mariano

Estudiante, Derecho - UBA

mariano_caporale@hotmail.com

La ponencia que elaboraré para las Jornadas se enfocará en el eje Legislación y Jurisprudencia. A tal efecto, estableceré una relación entre la Discapacidad y el Deporte, con el fin de demostrar la utilidad y los beneficios que, no solo las personas con discapacidad, sino la sociedad toda, pueden obtener de este enriquecedor intercambio; por un lado, brindando a las personas con discapacidad la posibilidad de un mejor desarrollo de sus capacidades, favoreciendo al derribo de las barreras que la sociedad impone para ello y generando una interacción más fluida con todos los integrantes de la sociedad, y por otro, ayudando a que la gente pierda el miedo o incomodidad al momento de relacionarse con las personas que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad. Para reforzar esta idea, me referiré a una experiencia personal (he sido participe de actividades deportivas y recreativas con personas con discapacidad, en mi carácter de futbolista profesional, y he advertido una gran predisposición, goce y enriquecimiento personal en todas las personas intervinientes)

Por otro lado, haré referencia a ciertas disposiciones de la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, en especial al artículo 30 de la misma, que trata sobre la participación en la vida cultural, las actividades creativas, el esparcimiento y el deporte.



En el mismo sentido, analizaré el caso de Oscar Pistorius, un famoso atleta sudafricano de alto nivel, que era admirado por sus resultados en competencias paralímpicas, hasta que se planteó participar en competencias internacionales con atletas sin discapacidad. Esta admiración, bajo la permanente sospecha, no demostrada, de que sus prótesis le otorgaban ventaja, se ha transformado en enérgicos intentos de discriminación. Este caso viene a cuestionar el orden establecido y lleva a plantear el contenido y los límites de la igualdad de condiciones desde la aplicación de ajustes razonables y todo con un trasfondo sociológico de cómo la diferencia es entendida, con el resultante de la exclusión o inclusión. Su participación en pruebas convencionales fue prohibida por la Federación Internacional de Atletismo (IAAF) en 2007, tal decisión fue apelada por Pistorius ante el tribunal de arbitraje deportivo (CAS), el cual, luego de examinar las pruebas y el procedimiento seguido, confirmó su elegibilidad para competir con atletas sin discapacidad. Junto al planteamiento técnico de la IAAF, hay una cuestión ética y de derechos humanos, está implicada la igualdad y la no discriminación, con consecuencia directa en la inclusión o la segregación. Me centraré en el presente caso para tener una noción del grado de acatamiento que la Convención ha tenido, y para dilucidar alguno de los puntos en que aún, se debe trabajar arduamente.

Introducción

La presente ponencia pretende establecer una relación entre la discapacidad y el deporte, con el fin de demostrar la utilidad y los beneficios que, no solo las personas con discapacidad, sino la sociedad toda, pueden obtener de este enriquecedor intercambio. Con ese objetivo me he detenido en el análisis del caso del atleta sudafricano Oscar Pistorius, lo cual me permitió delimitar mi objeto de trabajo. Como se advertirá en lo sucesivo, he establecido una relación entre los conceptos de “personas con discapacidad”, “discriminación por motivos de discapacidad” y “ajustes razonables”; intentando demostrar el nivel de observancia y efectiva aplicación de los mismos.

Desarrollo

Como surge del Preámbulo de la *CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD* “Los Estados parte en la presente Convención,(...) m) Reconociendo el valor de las contribuciones que realizan las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de sus comunidades, y que la promoción del pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad y de su plena participación tendrán como resultado un mayor sentido de pertenencia de estas personas y avances significativos en el desarrollo económico, social y humano de la sociedad y en la erradicación de la pobreza” (Infoleg, 2008)⁶². Por un lado, brinda a las personas con discapacidad la posibilidad de un mejor desarrollo de sus capacidades, favoreciendo al derribo de las barreras que la sociedad impone para ello y generando una interacción más fluida con todos los integrantes de la sociedad, yendo aquello en concordancia con la definición que, el apartado e) del Preámbulo de la presente Convención nos brinda de la discapacidad “Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”⁶³. Por otro, ayuda a que la gente pierda el miedo o incomodidad al momento de relacionarse con personas en una situación de mayor vulnerabilidad. Para reforzar lo anterior, vale la pena mencionar que, en mi carácter de jugador de fútbol profesional, he sido partícipe de distintas actividades,

⁶² (Infoleg, 2008)

⁶³ (Infoleg, 2008)



tanto recreativas como deportivas, con personas con discapacidad. En ocasión de aquellos intercambios, he advertido gran predisposición, goce y enriquecimiento personal en todos los sujetos que formaron parte de los mismos.

Como he dicho anteriormente, me he centrado en el análisis del caso del famoso atleta sudafricano Oscar Pistorius; ello, me ha permitido referirme a la Convención sobre los Derechos de personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. Precisamente me enfocaré en el artículo 2 referido, entre otras cosas, a los “ajustes razonables”; y al artículo 30, sobre la “participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte.”



(Wikipedia, 2012)

Al hablar de este deportista, me he hallado en la obligación de referirme a la investigación por homicidio iniciada el 14 de febrero de 2013 (si bien no constituye el eje central de este trabajo) en la cual “fue acusado de asesinar a su novia, la modelo Reeva Steenkamp de cuatro disparos, tras golpearle repetidamente la cabeza con un stick de cricket (...) el atleta habría confundido a la mujer con un ladrón y le habría disparado 4 veces por error a través de la puerta del baño de su domicilio, pero la policía no confirmó esta versión”⁶⁴

Ocho días más tarde, la Corte de Pretoria lo liberó bajo libertad condicional tras pagar una fianza de 113.000 u\$. El 3 de marzo del 2014 ha comenzado el juicio.

Luego de aquella breve mención, vuelvo a la persona de Oscar Pistorius y su carrera deportiva: Oscar Leonard Carl Pistorius, nacido en Sandgton, Johannesburgo, Sudáfrica el 22 de Noviembre de 1986, es un atleta que “posee marcas mundiales en las pruebas de 100, 200 y 400 metros lisos para atletas que han sufrido una doble amputación (a los 11 meses de edad le amputaron las piernas, por no tener peroné). Para correr utiliza prótesis transtibiales construidas en fibra de carbono”⁶⁵.

Este atleta sudafricano de alto nivel, “era admirado por sus resultados en competiciones paralímpicas hasta que se planteó participar en competiciones internacionales con atletas sin discapacidad. Esta admiración bajo la permanente sospecha, no demostrada, de que su prótesis le otorgaban ventaja, se ha transformado en denodados intentos de discriminación”.⁶⁶ Me remito a la Convención, que en su artículo 2 refiere a la

⁶⁴ (Wikipedia, 2012)

⁶⁵ (Wikipedia, 2012)

⁶⁶ (Leonor Lidon Heras, 2011, pág. 10)



“discriminación por motivos de discapacidad” “se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.⁶⁷

Este caso lleva a plantear el contenido y límites de la igualdad de condiciones desde la aplicación de ajustes razonables, con la consecuente exclusión o inclusión que trae aparejada. Volviendo a la Convención, más precisamente a un pasaje de su artículo segundo, que define los ajustes razonables: “se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.⁶⁸

En conflicto con lo expresado en los 2 párrafos precedentes, se encuentra el intento de discriminación sufrido por este atleta sudafricano: “Oscar Pistorius ya competía en atletismo Paralímpico cuando en el año 2004 decidió competir, además, en pruebas de 100m a nivel local (Sudáfrica), con atletas sin discapacidad. Su rendimiento discreto (11,51 s), comparado con los atletas del máximo nivel, no supuso ningún riesgo evidente, ni despertó temores de ningún tipo. Sin embargo, en el año 2007 Pistorius quedó subcampeón de Sudáfrica en la prueba de 400 m (entre atletas sin discapacidad), abriéndose luego a la competición internacional, curiosamente, ese mismo año, la IAAF sacó una nueva norma prohibiendo: La utilización de cualquier aparato técnico que conlleve resortes, ruedas o cualquier otro elemento que aporte ventaja al atleta que utiliza ese dispositivo.”⁶⁹

Al respecto, el CAS/TAS (corte/tribunal arbitral del deporte, con sede en Suiza) entendió que probablemente la inclusión de tal disposición tuviera a Pistorius en mente, persiguiendo su exclusión. Para tomar tal decisión, la IAAF encargó 2 estudios, que estuvieron lejos de resultar imparciales e independientes, y que no lograron determinar si existe o no una ventaja neta global a favor del atleta en cuestión. Todo ello fue tenido en cuenta por el CAS, así como también otras circunstancias que cuestionan la actuación de la IAAF y que, a su juicio, “la alejan de los altos estándares que la comunidad deportiva internacional tiene derecho a esperar de una entidad deportiva como la IAAF”⁷⁰.

El CAS concluyó que, Pistorius es elegible y deben darse soluciones individuales. “Además, aplicando el sentido común, establece que si hubiera tal ventaja, otros atletas amputados estarían corriendo y obteniendo marcas superiores a los corredores sin discapacidad. Cabe destacar que el modelo de prótesis que utiliza Pistorius (Cheetah Flex-foot, de “Osurr”) es utilizado por gran número de deportistas en el mundo y no ha cambiado desde 1997”.⁷¹

A su vez, vale la pena mencionar que, en el año 2011, en el campeonato del mundo de Daegu, Pistorius formó parte del equipo sudafricano de relevos 4 x 100. La IAAF, unilateralmente, le quitó a Sudáfrica el derecho a elegir en que puesto correría Pistorius, esgrimiendo que de tal modo “presentaría menos riesgo para otros atletas”. Ello, no solo penalizó a él y a su equipo, sino que constituyó un nuevo acto discriminatorio.

Conclusión

⁶⁷ (Infoleg, 2008)

⁶⁸ (Infoleg, 2008)

⁶⁹ (Leonor Lidon Heras, 2011, pág. 11)

⁷⁰ (Leonor Lidon Heras, 2011, pág. 12)

⁷¹ (Leonor Lidon Heras, 2011, pág. 13)



Por último, y a modo de conclusión, "La Convención protege, en igualdad de condiciones, la participación de las personas con discapacidad en actividades deportivas generales a todos los niveles (Convención art. 30,5)".⁷² Está claro que la decisión de la IAAF no es compatible con tal disposición. Lejos de alentar y promover la participación, en la mayor medida posible, de las personas con discapacidad en dichas actividades, de realizar los ajustes razonables de acuerdo a cada caso concreto y de trabajar para la inclusión de las personas con discapacidad, sin generar con ello desigualdades no amparadas por la Convención, ha constituido un proceder discriminatorio; estigmatizándolo, persiguiendo su exclusión de la actividad deportiva profesional realizada por personas sin discapacidades, aún cuando no hubiere podido probar que su participación con las prótesis, que actúan como ajuste razonable, le otorgan una ventaja neta global ante el resto de los competidores.

Desde mi punto de vista, contamos con una Convención rica en contenido, que ha previsto muchas de las variadas situaciones que se pueden presentar en torno a la discapacidad. Entiendo que más allá del acatamiento que los Estados Partes hagan de la misma, será fundamental la actuación de todos los órganos que deban darle aplicación, como del Comité que la misma Convención crea, y viene a recibir los periódicos informes que los Estados Partes deben presentar, a realizarle recomendaciones a los mismos, a controlar su observancia, etc... Todo ello, favorecerá el derribo de las barreras que evitan la participación plena y efectiva en la sociedad, por parte de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, generará un mayor grado de concientización social y permitirá ubicar esta lucha en el lugar que merece estar.

Bibliografía

- ✓ Infoleg. (21 de Mayo de 2008). *Infoleg*. Obtenido de <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141317/norma.htm>
- ✓ Leonor Lidon Heras, G. B. (2011). *Riberdis*. Obtenido de <http://riberdis.cedd.net/bitstream/handle/11181/3307/La%20participaci%C3%B3n%20de%20Oscar%20Pistorius%20en%20el%20atletismo.pdf?sequence=3&rd=0031912673646352>
- ✓ Wikipedia. (24 de abril de 2012). *Wikipedia*. Obtenido de http://es.wikipedia.org/wiki/Oscar_Pistorius

APLICACIÓN DE LOS PRODUCTOS MÉDICOS EN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

MEDINA, Marcelo Guerrero

Estudiante, Derecho - UBA

guerrero.marcelo@hotmail.com.ar

El objeto y finalidad de mi ponencia, es presentar como temática principal, la función que cumplen las **ORTESIS Y PRÓTESIS** como Productos Médicos, para ello describiendo y explicando sus cualidades y utilidades en las Personas con Discapacidad y que derecho que tienen dichas personas en obtener el mayor alcance, prestación o provisión por parte de obras sociales, medicinas prepagas y en su defecto el estado

⁷² (Leonor Lidon Heras, 2011, pág. 15)



para aquellos caso en que la persona no posea una cobertura médica o de tenerla que la misma no le cubra dicha prestación por poseer un plan económico y de pocos beneficios.

Para ello lo que se planteará en este trabajo es conocer la articulación existente entre el derecho de las **personas con discapacidad**, la obligación por parte de las **obras sociales o medicina prepagas** y la función que cumple la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (A.N.M.A.T.) como ente regulador y controlador, no solo de los productos de su competencia sino también de los establecimientos que comercializan y distribuyen dichos productos, en aras de la protección de la salud humana.

Asimismo, se intentara encaminar este trabajo en el ámbito jurídico, partiendo para ello de la obligación que tiene no solo, las Obras Sociales y las empresas de Medicina Prepaga, sino también el Estado Nacional en cubrir las prestaciones médicas y educativas específicas para las personas con discapacidad. Para lo cual, se profundizara en el marco normativo, puntualizando en la Ley N° 22.431 de Sistema de Protección Integral de los Discapacitados y en la ley N° 24.901 de Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad, que confieren el **carácter de obligatoriedad** de las instituciones arriba mencionadas, a brindar la cobertura total de las prestaciones básicas que requieran las personas con discapacidad.

Por último, se abordará la problemática real y existente que tienen las personas con discapacidad frente a la negativa por parte de las Obras Sociales y/o del Estado Nacional de hacer efectivo el cumplimiento con las prestaciones básicas establecidas de acuerdo a la normativa vigente y que acción tiene el damnificado ante tal trasgresión de sus derechos. Ante ello, se dará a conocer la implicancia que tiene la **Acción de Amparo**, derecho reconocido en el artículo 43 de la Constitución Nacional, contra todo acto u omisión por parte de las Obras Sociales, empresas de Medicina Prepaga o del Estado Nacional, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, por un Tratado o una Ley, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo.

1. INTRODUCCION.-

El objeto y finalidad de mi ponencia, es presentar como temática principal, la función que cumplen las **ORTESIS Y PRÓTESIS** como Productos Médicos, para ello describiendo y explicando sus cualidades y utilidades en las Personas con Discapacidad y que derecho que tienen dichas personas en obtener el mayor alcance, prestación o provisión por parte de obras sociales, medicinas prepagas y en su defecto el estado para aquellos caso en que la persona no posea una cobertura médica o de tenerla que la misma no le cubra dicha prestación por poseer un plan económico y de pocos beneficios.

Para ello lo que se planteará en este trabajo es conocer la articulación existente entre el derecho de las **personas con discapacidad**, la obligación por parte de las **obras sociales o medicina prepagas** y la función que cumple la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (A.N.M.A.T.) como ente regulador y controlador, no solo de los productos de su competencia sino también de los establecimientos que comercializan y distribuyen dichos productos, en aras de la protección de la salud humana.

Asimismo, se intentara encaminar este trabajo en el ámbito jurídico, partiendo para ello de la obligación que tiene no solo, las Obras Sociales y las empresas de Medicina Prepaga, sino también el Estado Nacional en cubrir las prestaciones médicas y educativas específicas para las personas con discapacidad. Para lo cual, se profundizara en el marco normativo, puntualizando en la Ley N° 22.431 de Sistema de Protección Integral de los Discapacitados y en la ley N° 24.901 de Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y



Rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad, que confieren el **carácter de obligatoriedad** de las instituciones arriba mencionadas, a brindar la cobertura total de las prestaciones básicas que requieran las personas con discapacidad.

Por último, se abordará la problemática real y existente que tienen las personas con discapacidad frente a la negativa o demora por parte de las Obras Sociales y/o del Estado Nacional de hacer efectivo el cumplimiento con las prestaciones básicas establecidas de acuerdo a la normativa vigente y que acción tiene el damnificado ante tal trasgresión de sus derechos.

2. CONCEPTOS BASICOS DE ORTESIS Y PROTESIS.-

Desde hace varios años, las personas con discapacidad han sentido la necesidad ante la carencia o insuficiencia del funcionamiento de ciertas partes de su cuerpo, que se perdieron por distintos motivos de la vida. Esta necesidad ha sido el objetivo de ciertas instituciones por muchas generaciones de conseguir avances en materia de biotecnología de prototipos y dispositivos que ayuden a las personas con discapacidad a introducirlas e insértalas en el desarrollo permanente de la vida cotidiana.

Estos productos para la salud son denominados por la ANMAT como Productos Médicos, los cuales están destinados a la prevención, diagnósticos, tratamientos, rehabilitación o anticoncepción y que no utiliza medio farmacológicos, inmunológicos o metabólico para realizar su función principal en seres humanos, pudiendo entre tanto ser auxiliado en su función, por tales medios.

Por lo visto y dado a la gran diversidad de productos médicos, solamente se hará hincapié, en el alcance que tienen las personas con discapacidad sobre las **ORTESIS** y **PROTESIS**, lo cual es necesario hacer una distinción entre ambas, dado que es común y habitual confundir un aparato ortopédico (órtesis) con una prótesis, utilizando ambos términos indistintamente.

Es por ello, que es necesario individualizar a las **PRÓTESIS** como un aparato externo usado para reemplazar total o parcialmente un segmento de un miembro deficiente o ausente. Los mismos se clasifican en prótesis de miembro inferior y de miembro superior; y del mismo modo, de acuerdo a su nivel de funcionalidad pueden ser prótesis Cosméticas, que solo es estética no posee ningún movimiento, las Pasivas en las que el movimiento se produce por una manipulación externa, las Mecánicas que se realiza por una contracción del miembro opuesto o por micro llave, las Mioelectricas en el que el movimiento es realizado por una contracción del miembro amputado y las Híbridas las cuales son un tipo de prótesis que se aplican a través de una combinación de funciones mecánicas y mioelectricas.



Prótesis de Miembro Superior



Prótesis de Miembro Inferior

Por su parte, las **ORTESIS**, según definición de la **ISO**, es un apoyo u otro dispositivo externo (aparato) aplicado al cuerpo para modificar los aspectos funcionales o estructurales del sistema neuromusculoesquelético⁷³.

Una de las funciones más importantes que tienen las órtesis en las personas con discapacidad es la inmovilización de ciertas estructuras físicas del cuerpo, la prevención y la corrección de desviaciones o de zonas lesionadas, entre otros. Como consecuencia de ello existen una gran variedad de Órtesis lo que hace necesario su clasificación por la función que realizan, distinguiendo así cuatro grupos básico que se desarrollan según su tipo de función ya sea, **Estabilizadoras** la que permiten controlar articulaciones o segmentos óseos inestables, la **Correctoras** que funcionan corrigiendo o evitando la progresión de deformidades, las **Funcionales** que permiten la realización de funciones perdidas de manera temporal o permanente y las **Protectoras** cuya función es aliviar zonas lesionadas como articulaciones o focos de fractura trasladando la carga a otros puntos, asegurando así la protección de las mismas.



Órtesis de Miembro Superior (codo)



Órtesis de Miembro Inferior (rodilla)

3. REGIMEN JURIDICO APLICABLE.-

Para comenzar a explicar cuál es el régimen jurídico aplicable a los Producto Médicos entre ellos las Órtesis y Prótesis, debemos hacer hincapié en el derecho que tienen las personas con discapacidad, resguardado por los principios fundamentales establecidos por la **Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad**, aprobada por la ley 26.378⁷⁴, la cual presenta como propósito principal la promoción, protección y seguridad del pleno goce y condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales que tienen las personas con discapacidad. Ente ellos asegurando en su artículo 20, el derecho al goce de movilidad personal con la mayor independencia posible.

Analizando nuestra legislación argentina, podemos decir que la misma contiene una variedad de leyes referidas a los derechos aparados por la convención antes mencionada y con ellas Argentina inició una etapa con normas conjugando gran parte de los intereses de los discapacitados, produciendo una recopilación de medidas al respecto.⁷⁵

Entre ellas tenemos a la **Ley 22.431, Ley de Sistema de Protección Integral de los Discapacitados**, que fue sancionada con el objetivo de conceder a las personas discapacitadas atención médica, educación,

⁷³ Levy, Ana Esther y Cortés Barragán, José Manuel. Ortopodología y aparato locomotor: ortopedia de pie y tobillo. Elsevier España, 2003.)

⁷⁴ Ley 26.378, Sancionada el 21 de mayo de 2008 y Promulgada en 06 junio de 2008.

⁷⁵ Juan Antonio Travieso. Editorial Eudeba. 2000. *Los Derechos Humanos en la Constitución de la República Argentina*.



seguridad social y accesibilidad al medio físico entre otras. La misma fue modificada para readaptarla en diferentes oportunidades.

Asimismo, como complemento a la ley mencionada, tenemos la **Ley 24.901, Ley de Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad** que entra en vigencia con carácter de nacional en el año 1997, teniendo como objetivo según su artículo primero, promover las acciones de prevención, asistencia, promoción y protección a favor de dichas personas, a través de la **prestación de una cobertura integral** a sus necesidades y requerimientos y **obligando a las Obras Sociales** a la labor de prestar atención médica y otorgar los servicios de diagnóstico y control, siendo beneficiarios las personas con discapacidad comprendidas como tales en el artículo segundo de la ya mencionada Ley 22.431.

Por otra parte, podemos mencionar, como complemento de la leyes mencionadas en los párrafos precedentes, la **Ley 25.504, Ley del Certificado de Único de Discapacidad**, que entra en vigencia en el año 2001 y que faculta al Ministerio de Salud la emisión del **Certificación Único de discapacidad**, de acuerdo del grado y la naturaleza de la misma y las posibilidades de rehabilitación, teniendo en cuenta también la personalidad, antecedentes y el tipo de actividad laboral o profesional que puede desarrollar. Esta norma aplica la sustitución del artículo 3 de la ley 22.431.

Por lo expuesto y en base al articulado normativo mencionado, podemos manifestar la existencia de un conglomerado de derechos y beneficios que tienen las personas con discapacidad, no solo en el alcance a una atención médica, seguridad social y accesibilidad debida, sino también **la obligación por parte de las Obras Sociales, empresas de medicinas prepagas** de brindar una prestación a través de una cobertura integral que le otorguen a dichas personas, la obtención de los dispositivos o productos médicos. Dicho carácter obligatorio por parte de las obras sociales está configurado en el artículo 2 de la **Ley 24.901**, el cual dice que *"Las obras sociales (...) tendrán a su cargo, con carácter obligatorio, **la cobertura total** de las prestaciones básicas enunciadas en la presente ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas."*⁷⁶

Asimismo, no solo las obras sociales, son las que tienen este deber, de carácter obligatorio, de prestación o provisión, sino que también es el **Estado Nacional** en aquellos casos en los que las personas con discapacidad no incluidas en el sistema de las Obras Sociales, en la medida en que ellos no puedan afrontarlos, los servicios que enumera, entre los cuales se encuentra la provisión de prótesis.⁷⁷

4. SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD.-

Por su parte, las Obras Sociales comprendidas por las Leyes N° 23.660 y 23.661, se encuentran reguladas por la Superintendencia de Servicios de Salud, organismo descentralizado de la Administración Pública Nacional en jurisdicción del Ministerio de Salud y Acción Social, con personalidad jurídica, en calidad de ente de regulación y control de los actores del Sistema Nacional del Seguro de Salud. Su misión es supervisar, fiscalizar y controlar a las **Obras Sociales** y a otros Agentes del Sistema, con el objeto de asegurar el cumplimiento de la preservación y recuperación de la salud de la población y la efectiva realización del derecho a gozar las prestaciones de salud establecidas en la legislación.⁷⁸

5. ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE MEDICAMENTOS, ALIMENTOS Y TECNOLOGÍA MÉDICA (A.N.M.A.T.)

⁷⁶ Ley 24.901, sancionada 5 de noviembre de 1997 y promulgada el 2 de diciembre de 1997.

⁷⁷ Ley 22.431, Artículo 4.- sancionada y promulgada el 16 de marzo de 1981

⁷⁸ <http://www.sssalud.gov.ar/index/index.php?cat=institucion&opc=mision>



Ya hemos visto como se confieren a través de las distintas normativas expuestas la obligación por parte de las obras sociales de brindar, en forma íntegra, las prestaciones de salud necesarias y requeridas por las personas con discapacidad, tales como la provisión de las órtesis y prótesis. Ahora bien, la pregunta que nos hacemos es quien controla, regula y fiscaliza que dichos productos estén correctamente autorizados para su distribución y comercialización y que estos no afecten la misma salud que se pretende proteger.

Dicha función y competencia, va a estar a cargo de la Administración Nacional De Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (A.N.M.A.T.), el cual es un organismo descentralizado de la Administración Pública Nacional, que colabora en la protección de la salud humana, asegurando la calidad de los productos de su competencia, entre ellos los productos médicos. Su jurisdicción abarca todo el territorio nacional.⁷⁹

La misma, a través de un compendio de disposiciones, no solo va a regular y autorizar el correcto registro de los productos médicos, sino que también monitorea, fiscaliza y habilita a todos aquellos establecimientos que pretendan elaborar, distribuir y comercializar dichos productos.

6. ACCIONES APLICABLES FRENTE AL INCUMPLIMIENTO.-

Si bien, como hemos expuesto, existe un derecho por parte de las personas con discapacidad y una obligación por parte de las Obras Sociales y/o Estado Nacional de hacer efectivo el cumplimiento de las prestaciones básicas establecidas por las leyes 24.901 y 22.431, existe una problemática real y existente que tienen estas personas frente a la negativa o demora por parte de estas instituciones en brindar de forma debida las prestaciones requeridas.

Ante tales casos, la persona damnificada tiene la legitimidad de petitionar su derecho a la provisión y obtención de su órtesis o prótesis por medio de la **Acción de amparo**, derecho reconocido en el artículo 43 de la Constitución Nacional, contra todo acto u omisión por parte de las Obras Sociales, empresas de Medicina Prepaga o del Estado Nacional, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, por un Tratado o una Ley, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo.⁸⁰

Se denomina Acción de Amparo a la acción judicial que puede iniciar una persona para solicitar a la justicia la protección de carácter urgente de cualquiera de sus derechos individuales cuyo ejercicio le fuese desconocido o estuviese por serlo ya fuese por una autoridad pública o por un particular. Dicha acción sólo puede iniciarse cuando no existe otro camino legal para hacer valer el derecho reconocido por la Constitución, los tratados internacional o por alguna ley.

Es del caso mencionar la opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "**Aliza, Fulgencia c/ D.I.B.A. s/ amparo**" de fecha 11/07/2006, en el que la actora promovió una acción de amparo, a fin de que la Dirección de Bienestar de la Armada (DIBA) le proveyera una prótesis para amputación sobre rodilla izquierda y la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata hizo lugar a las pretensiones de la actora sólo hasta el 50 % sosteniendo que DIBA **no es una obra social y por ende, no se encuentra alcanzada por las leyes 22.431 y 24.901**. Ante ello la Corte Suprema considero que *"la no adhesión por parte de la demandada al sistema de las leyes 23.660, 23.661 y 24.901 no determina que le resulte ajena la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr la realización plena de los derechos de la*

⁷⁹ http://www.anmat.gov.ar/webanmat/institucional/que_es_la_ANMAT.asp

⁸⁰ Constitución de la Nación Argentina, Artículo 43.-



discapacitada a los beneficios de la seguridad social, con el alcance integral que estatuye la normativa tutelar en la materia."⁸¹

7. CONCLUSIÓN.-

Por todo lo expuesto y como conclusión a mi trabajo considero que hoy en día, tenemos muchísimas posibilidades de obtener a través de estos productos, todas aquellas partes de nuestro cuerpo que fueron dañadas o perdidas por diversos motivos, ya sean por accidentes o dificultades de nacimiento. Es por eso que es muy importante que **el alcance a estos productos médicos se encuentre correctamente regulado y que se respeten todos los caminos y mecanismos para su obtención y provisión**, ya sea por parte de las Obras Sociales o de Estado Nacional.

BIBLIOGRAFIA:

- Levy, Ana Esther y Cortés Barragán, José Manuel. Ortopodología y aparato locomotor: ortopedia de pie y tobillo. Elsevier España, 2003.)
- Ley 26.378, Sancionada el 21 de mayo de 2008 y Promulgada en 06 junio de 2008.
- Juan Antonio Travieso. Editorial Eudeba. 2000. *Los Derechos Humanos en la Constitución de la República Argentina*.
- Ley 24.901, sancionada 5 de noviembre de 1997 y promulgada el 2 de diciembre de 1997.
- Ley 22.431, Artículo 4.- sancionada y promulgada el 16 de marzo de 1981
- <http://www.sssalud.gov.ar/index/index.php?cat=institucion&opc=mision>¹
- http://www.anmat.gov.ar/webanmat/institucional/que_es_la_ANMAT.asp
- Constitución de la Nación Argentina, Artículo 43.-
- "Aliza, Fulgencia c/ D.I.B.A. s/ amparo" 11/07/2006

APRENDIZAJES SIGNIFICATIVOS Y ORIENTACIÓN COMO DERECHO DE TOD@S

BRUNETTI, Bibiana Noemí - UBA/ UNTref

LAMAZÓN, Fernando García - UBA

bibi_brunetti@yahoo.com.ar / fernandoglamazon@gmail.com

El presente trabajo tiene como finalidad interrogarnos acerca de la educación secundaria y en particular, la orientación como derecho en tanto está presente en la Ley de Educación Nacional (Ley N° 26.206/06) y desde ahí pensar los vínculos con la discapacidad. ¿Qué articulaciones reales existen? ¿Cómo se puede implementar y efectivizar este derecho para TODOS? La Ley de Educación Nacional (Ley N° 26.206/06) entre otras cuestiones incorpora la obligatoriedad del nivel secundario. Esta medida se fundamenta en el reconocimiento de la educación como una estrategia fundamental para lograr la equidad social. Además esta misma normativa, establece que el "rol orientador" de la escuela, es uno de los objetivos fundamentales del nivel medio, por lo cual resulta de gran importancia que los jóvenes obtengan las herramientas necesarias para la construcción de su proyecto de vida.

⁸¹ "Aliza, Fulgencia c/ D.I.B.A. s/ amparo" 11/07/2006



Nos surgen interrogantes en relación a la educación media y su rol respecto de la formación de sujetos capaces de construir un proyecto de vida más allá de la escuela. Si pensamos a la educación secundaria como derecho universal y obligatorio, podríamos suponer que debiera brindar las condiciones tanto materiales como simbólicas para que todos los sujetos pudieran transitarla. En la escuela primaria normal los maestros integradores, cumplen un rol de acompañamiento y apoyo promoviendo -en el mejor de los casos- la adecuación institucional a las necesidades singulares de los sujetos. Sin embargo, esta figura en el nivel medio no existe, con lo cual ¿qué sucede con ellos? ¿Cómo se logran aprendizajes significativos para todos los sujetos? ¿De quién es la responsabilidad de que estos aprendizajes y lazos sociales se construyan? ¿Qué sucede con la formación docente en relación a la diversidad? ¿Qué función les corresponde a los orientadores en relación a esta problemática? ¿Con qué medios cuenta y cuáles son las dificultades que atraviesan los sujetos con discapacidad en su trayecto por la escuela media? ¿Qué perspectivas de construcción de un proyecto de vida e inserción social tienen esos sujetos?

No pretendemos dar respuestas acabadas, sino por el contrario abrir a preguntas que promuevan una reflexión sobre la temática de la discapacidad y la orientación. Que permitan trazar coordenadas de trabajo conjunto, definir las deudas y plantear perspectivas posibles de transformación de la educación. Como educadores y profesionales de la orientación nos debemos las preguntas, y la responsabilidad de dar respuestas a las demandas de los sujetos en singular.

La normativa refiere a "alumnos con discapacidad", respecto del término —personas con discapacidad— numerosos referentes académicos (Participantes de las "Jornadas Debates y perspectivas en torno a la discapacidad en América Latina", 2012, entre otros) destacan que *no es el más adecuado para referirse a quienes, poseedores de múltiples capacidades, tienen alguna limitación física y/o intelectual que les lleva a desenvolverse de un modo diferente en sus actividades y/o en la interacción social*. Sin embargo, se considera que esa denominación sigue teniendo valor, ya que borrar el término discapacidad es riesgoso en esta sociedad, donde los derechos no están plenamente reconocidos y garantizados; pudiendo llegar a restar un argumento de reivindicación. No obstante, en Argentina la Ley 26.378, plantea que *la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*. Asimismo, se expresa 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. Y justamente aquí focalizamos en aspectos que obturan y obstaculizan desde el contexto, el derecho a aprender de niños y niñas.

La Ley de Educación Nacional (Ley N° 26.206/06) entre otras cuestiones incorpora la obligatoriedad del nivel secundario. Esta medida se fundamenta en el reconocimiento de la educación como una estrategia fundamental para lograr la equidad social. Además esta misma normativa, establece que el "rol orientador" de la escuela, es uno de los objetivos fundamentales del nivel medio, por lo cual resulta de gran importancia que los jóvenes obtengan las herramientas necesarias para la construcción de su proyecto de vida. En su Art. 43 Inc. d) (Título VIII: Derechos y Deberes de los miembros de la Comunidad Educativa Capítulo I: "De los educandos") queda claramente explicitado que los Educandos tienen derecho a recibir Orientación Vocacional, Académica y Profesional, Ocupacional que posibilite su inserción en el mundo laboral o la prosecución de otros estudios. En este sentido, en cuanto a la *orientación* sólo encontramos mención al referirse a los alumnos/as y no en cuanto a los docentes o equipo directivo.



No podemos desconocer las consideraciones respecto al contexto, como tampoco podemos obviar la idiosincrasia del nivel medio, de cada institución educativa, de sus equipos de conducción, de los docentes y los jóvenes que asisten a ella, de la comunidad educativa en general, a fin de contextualizar nuestros discursos y prácticas.

Destacamos que el proceso educativo debe tener en cuenta, tanto en su práctica como en su teorización la subjetividad de sus destinatarios. Exigencia que se impone porque:

1. Los sujetos del proceso educativo - particularmente de la escuela media – están en tiempo de desarrollo; en un proceso de formación que, aunque siempre abierto, cristaliza en algún momento. Sujetos de este proceso son tanto alumnos como docentes, directivos, familias.
2. Para estar en condiciones de atravesar ese proceso los jóvenes deben estar sostenidos por la red simbólica que proporcionan la familia y / o sustitutos.
3. Por el desasimiento que implica el pasaje de lo familiar a lo social, el adolescente requiere de alguien que tome a su cargo las funciones simbólicas que necesariamente los padres van delegando y que no pueden ni deben quedar cubiertos solamente por el grupo de pares.

Consideramos que el contar con la posibilidad real de tener un orientador- tutor en la escuela secundaria es el recurso por excelencia para atender a dicha tarea. En tanto persigue fines específicos que se diferencian claramente de la función educativa en tanto sus intervenciones apuntan no tanto a la construcción de conocimientos como a la subjetividad misma; propone rasgos identificatorios que contribuyen a la organización psíquica y a la producción de saberes sobre el propio sujeto que favorecen su integración social y promueven el respeto a las diferencias y la singularidad del otro.

Instala como eje de su tarea la escucha y la mirada; contempla como se va desplegando esa subjetividad para que sus intervenciones posibiliten una toma de conciencia en los integrantes del sistema educativo de aquellos aspectos subjetivos que condicionan su quehacer cotidiano.

En la actualidad, la nueva Ley de Educación Nacional al incorporar la obligatoriedad del nivel secundario, se fundamenta en el reconocimiento de la educación como una estrategia fundamental para lograr la equidad social.

Creemos que esto cobra mayor valor en aquellos sujetos que tienen discapacidad. Es otro trabajo, otra escucha, que permita, posibilite poder pensarse uno mismo: ¿dónde está el sujeto? ¿Cómo ayudarlo a conectar con su deseo?

La subjetividad se refiere a la singularidad de las experiencias, es decir, las experiencias son únicas para la persona que las experimenta, son sólo accesibles a la conciencia de esa persona. Aunque ciertas partes de la experiencia son pasibles de objetivación, incluso accesibles a un otro, otras son sólo accesibles a la persona que las experimenta con su singular significación. En este sentido podemos pensar a la experiencia como el cúmulo de hechos vividos que nos constituyen y acompañan durante toda la vida. El concepto de subjetividad está vinculado a una cualidad: lo subjetivo. Este adjetivo, que se origina en el latín *subiectivus*, se refiere a lo que pertenece al sujeto estableciendo una oposición a lo externo, y a una cierta manera de sentir y pensar que es propia del mismo.

Consideramos que el *Sujeto* es una construcción. Nos convertimos en sujetos por la socialización, y en especial por la socialización (que como tal implica a Otro/s) por medio del conocimiento. El sujeto es un complejo entramado, una construcción que implica múltiples atravesamientos, construcción posibilitada a través de la educación (en sentido amplio). No ahondaremos al respecto dado que no es objeto del presente trabajo, pero sí consideramos que es pertinente al menos una referencia mínima al respecto. Autores como Cullen (Cullen, 1997: 122). por ejemplo, hablan de un “(...) *sujeto transversal*... sujeto



atravesado por incertidumbres, y metódicamente invitado a que mezcle su pensar con la imagen, con la eficacia, con el valor de cambio. Es un sujeto atravesado por el deseo, por los miedos, por el lenguaje, por los medios de comunicación, por las leyes del mercado y los modos de producción". Sujeto atravesado (y configurado) por relaciones de poder-deseo-saber, aquí, un sujeto de Derechos.

Acorde se expresa en la *Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación* (Vol. 4, N°3) desde la década de los noventa se vienen desarrollando estrategias y programas de discriminación positiva⁸² para favorecer el acceso y la permanencia de los alumnos y alumnas en situación de vulnerabilidad, sin embargo son aún muchas las personas que, por diferentes causas, se encuentran en situación de desigualdad y que experimentan barreras para su pleno aprendizaje y participación.

En este sentido es que nos parece que no hay respuestas únicas. Las intervenciones como orientadores deberían tender a facilitar el proceso de separación y el paulatino pasaje de lo intra familiar al campo social. En la medida que se pueda y con las herramientas de las que disponga. " Debemos atender y entender la adolescencia de la persona con discapacidad acentuando lo que tiene de común con la adolescencia en general y estudiando lo propio de sus especificidades, así como reconociendo también la ambivalencia y resistencia de los padres y de la sociedad para aceptar estos procesos del crecimiento " (Schorn, 2013: 144) En relación a las leyes, declaraciones, tratados, en el año 2006 se llevó la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, en el artículo 27 se expresa:

"1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con los demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación" (extraído de la pág. Web de Naciones Unidas)⁸³.

Es así que sostenemos que contar con un espacio de orientación, aportaría para los sujetos otro contacto con el mundo, son sus gustos, con sus capacidades, ubicando al sujeto en diferenciación con el resto. Reconociendo y valorizando su singularidad y por lo tanto construyendo nuevas visiones sobre ellos mismos.

Podemos además, pensar que el pasaje de la niñez a la adultez, implica por parte del sujeto realizar una serie de duelos, que como dijimos más arriba pueden resultar difíciles de tramitar, mucho más aún cuando al entorno familiar también se le dificulta aceptarlos. Al respecto Winnicott comenta: " Resulta valioso comparar las ideas adolescentes con las de la niñez. Si en las fantasías del primer crecimiento (la del niño) hay un contenido de muerte, en la adolescencia el contenido será el asesinato. Crecer significa ocupar el lugar del padre y lo significa de verdad (...) Si a todo padre, le resulta difícil este juego del crecimiento, el padre con un hijo con discapacidad no admite ser asesinado aunque sea fantaseadamente por aquel a quien él en sí mismo no valoriza. Más aún, no dejará espacio, ni tiempo para que estas posibilidades se den. El hijo no puede ocupar un lugar si solamente ha sido marcado por lo que marca la discapacidad, " el no puedo " (En: Schorn, 2013: 174) Existe un sentimiento de culpa por parte del adolescente que no le permite forjar su identidad ni desplegar su vocación, ni tampoco una proyección hacia un rol social.

A modo de conclusión:

82 Respecto a DISCRIMINACIÓN POSITIVA, se debate acerca del poco acierto del primer concepto ubicando la discriminación... y como posibilidad conceptual ubicar ACCIONES positivas.

83 <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=497>



Consideramos la intervención en orientación vocacional como “dispositivo” complejo, “pensamiento estratégico y complejo al decir de Edgar Morín (Morín E. 1996), pensamiento que incluye la diversidad, la heterogeneidad, la temporalidad, reconociendo la multiplicidad de dimensiones de cruces entre ellos”. “Lo que define un dispositivo es un objetivo estratégico, el cual no es dado de una vez y para siempre, sino que se reinstala de manera permanente” (Souto, 1999). Pensamos en los dispositivos de orientación como una manera de intervención caracterizada por la apertura, el acontecer y la posibilidad de construir conjuntamente herramientas para el análisis crítico de situación del sujeto, que implica su dimensión social y subjetiva. Desde esta modalidad, se evidencia un pretendido protagonismo de los orientados, quienes deben asumir un rol activo política, ideológica y éticamente. También es activo el rol del orientador, pero desde un acompañar y no desde la emisión de un resultado en tanto verdad revelada. El orientador debe poder “tolerar la incertidumbre, la incompletud y las vicisitudes propias del devenir humano, renunciando a la ilusión de pretenderlo todo: decir, saber, poder, hacer” (Emmanuele, 2007: 3), y generar espacios desde los cuales poder reflexionar conjuntamente acerca de estas cuestiones.

En el plano internacional la investigación de Pallisera y equipo (2013) en una de las conclusiones a las que arriban se refieren al tema “La perspectiva de los jóvenes con discapacidad no puede dejarse al margen en la construcción de sus propios proyectos de vida. En este sentido, **sugerimos como línea de trabajo la formación de los profesionales para apoyar efectivamente a los jóvenes con discapacidad en la toma de decisiones acerca de sus proyectos de vida** y para ayudarles a establecer los procesos que les permitan conseguirlos” (Pallisera Díaz et al 2013, el subrayado es nuestro).

Seguimos pensando acerca de estas prácticas de orientación, acerca de la viabilidad de posibles alternativas...

Bibliografía:

- Calidad, Eficacia y Cambio en Educación), Vol. 4, N° 3. RINACE (2003-2012) Red Iberoamericana de Investigación sobre Cambio y Eficacia Escolar. “La equidad y la inclusión social: uno de los desafíos de la educación y de la escuela hoy”
- Convención de los derechos de las personas con discapacidad 2006
- LEVINAS, E. (1995) *Difficile Liberté*. Paris. Le livre de poche
- Ley 26.378- Argentina-
- Ley 26.206/06 –Argentina-
- Morín E. 1996 “Introducción al pensamiento complejo” Barcelona: Gidisa
- Schorn, Marta. (2013) *Discapacidad. Una mirada distinta, una escucha diferente*. Lugar Editorial.
- SKLIAR, Carlos (2012) “Acerca de la alteridad, la normalidad, la anormalidad, la diferencia, la diversidad, la discapacidad y la pronunciación de lo educativo. Gestos mínimos para una pedagogía de las diferencias”. En “Debates y perspectivas en torno a la discapacidad en América Latina”; compilado por María Alfonsina Angelino y María Eugenia Almeida. - 1a ed. - Paraná: Universidad Nacional de Entre Ríos. UNER. Facultad de Trabajo Social.
- Souto, Marta y otros (1999) - *Grupos y dispositivos de Formación*. Bs. As., Novedades Educativas. Los dispositivos pedagógicos desde una perspectiva técnica
- Pallisera Díaz M., Fullana Noell J., Martín Pazos R., Vilà Suñé M. Transición a la vida adulta de jóvenes con discapacidad intelectual la opinión de los profesionales de servicios escolares y postescolares. Universidad de Girona REOP. Vol. 2 4 , nº 2,2º Cuatrimestre, 2013 , pp.100 – 115 [ISSN electrónico: 1989- 7448]



CERTIFICACION DE LA DISCAPACIDAD

GONZALEZ ARROYO, Laura

Estudiante, Derecho - UBA

lauragonzalezarroyo@hotmail.com

OBJETO:

En el presente trabajo abordaré la temática del certificado de discapacidad y para ello recurriré como base de estudio al nuevo certificado único de discapacidad, en adelante CUD.

DESARROLLO:

Reflexión sobre diversos aspectos de la certificación, como ser:

- Las causas, por las cuales el Estado emite un certificado sobre la discapacidad de una persona, y la validez del mismo, como herramienta de acceso al "sistema normativo protectorio para las PCD" (CDPCD y su Protocolo, Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las PCD, C.N art. 16, 42, 43,75 inc.23, 14bis, Leyes 24.901, 22.431, etc.) en adelante, sistema protectorio.

- Las controversias que se suscitan alrededor del requisito exigido por el Estado-la acreditación del CUD-para acceder a los derechos consagrados en el sistema protectorio, por ej. acceso gratuito al transporte público; y la utilización por parte del Estado de un mecanismo de "selección del más incapaz" a través del CUD, circunscribiendo el acceso al sistema protectorio a una determinada y determinable parte de la población con discapacidad, instaurando categorías de PCD, de primera y de segunda categoría.

¿Qué legitimidad ética y moral tiene el estado para clasificar a las personas por sus caracteres físicos?
¿viola el derecho a la igualdad?

La Responsabilidad internacional del estado por violaciones a la CDPC, su Protocolo facultativo y a la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las PCD, comenzando por el incumplimiento del art. 1 de la CDPC, al imponer como requisito básico de acceso al sistema protectorio, la obtención del CUD; siendo que es el Estado quien debe garantizar, proteger y promover obras públicas para el cumplimiento de la Convención y *"así eliminar las barreras que obstaculizan la libre y efectiva participación en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás."*

¿Qué legitimidad tiene el estado para certificar una discapacidad?

Considero acertado una política de maximización de obras públicas orientadas a la eliminación de barreras (arquitectónicas, laborales, educacionales, etc.) y de políticas masivas sobre concientización acerca de la diversidad social; y la minimización de acciones positivas por parte del estado, con una ínfima exigencia para su acceso (si es que fuera necesaria y no existiera otra forma de acceso): un simple diagnóstico médico donde indique cual es la discapacidad de la persona. ¿Acaso el médico no realiza un juramento hipocrático? Supuesta respuesta mayoritaria: si, pero puede falsificar el mismo. ¿Acaso no sabemos o nos queremos hacer los desentendidos sobre la compra de certificados de discapacidad?

- Por otra parte y referido al tema de la "selección del más incapaz", considero oportuno informar sobre algunas prácticas ilegales existentes dentro del engranaje estatal por quienes elaboran y emiten el CUD, comenzando por las juntas evaluadoras: su subjetividad, la prescindencia de los tres profesionales exigidos por la ley (psicopedagoga, fisiatra, psicóloga) y la omisión de información hacia la persona que están evaluando (en qué consiste la evaluación, la omisión de informar acerca del ingreso a una base de datos de



PCD, cuáles son los criterios de evaluación; qué implica para el evaluado la anotación de un código u otro en su certificado y si ello le impide o facilita el posterior acceso al sistema protectorio) .Finalizando, encuentro importante abarcar otra cuestión que se suscita en la práctica, en el sistema sanitario adoptado por para evaluar la discapacidad y el posterior otorgamiento del CUD; éste sistema está basado en una codificación provista por la OMS utilizando dos clasificadores internacionales del funcionamiento humano que describen estados de salud, la CIE 10° y la CIF, ambos no contemplan en forma directa las enfermedades raras dentro de su clasificación, esto conlleva a la denegación del certificado o la continua renovación anual a quienes tienen éstas enfermedades, por no estar comprendidas dentro de la codificación internacional. Un estado controlador y seleccionador del más incapaz.

- Superioridad del CUD respecto al antiguo certificado de discapacidad, Ley 22.431. Si bien mi postura es la no certificación de la discapacidad por parte del Estado, considero pertinente realzar cuales son los adelantos del nuevo certificado, entre ellos: la adhesión nacional al CUD por ende a la ley 22.401 (salvo CABA que ha firmado un convenio y que está pronta a adherirse); la facilitación geográfica de acceso al mismo de acuerdo al domicilio de persona; la capacitación constante por parte del SNR a las juntas evaluadoras provinciales; el sistema de seguridad incorporado en el papel evitando falsificaciones del mismo, etc.
- Resumen de casos reales, donde se visualizará el efecto estigmatizante del CUD y otro efecto social que él mismo no alcanza a reparar: es el comportamiento del resto de la sociedad hacia la PCD; porque a pesar de que la persona lleve colgado en el cuello el certificado-literalmente-ello no bastará para que cambie la mirada del otro, simplemente porque existe una construcción social previa acerca de la PCD con diferentes representaciones: pudiendo considerarla mejor persona que el resto , o volteando la mirada hacia otro lado por desprecio o lastima, o bien ignorándola. El cambio de mirada debe ser pensada desde una educación basada en la diversidad.
- Comparación legislativa con España y Centroamérica.

CONCLUSION:

Considero que la certificación de la discapacidad por parte del Estado, sólo lo exige de cumplir al cien por ciento con la CDPC, restringiendo el acceso a derechos consagrados en el sistema protectorio a un determinado grupo de personas mediante de la certificación; la cual considero que es un mecanismo discriminador y estigmatizador de la persona. No estoy de acuerdo con la certificación por parte del Estado, porque ni él ni nadie, tiene legitimidad moral ni ética, para determinar según los caracteres físicos de una persona, si ésta podrá acceder a derechos que él mismo debió cumplir para toda la sociedad.

PALABRAS CLAVES:

PREJUICIO. INFORMACIÓN. SELECTIVIDAD. COSIFICACION.DETERMINISMO. SOCIEDAD. LEGITIMIDAD ESTATAL. CERTIFICACION. INCAPACIDAD ESTATAL. SELECTIVIDAD

"El fin está contenido en los medios como el árbol en su semilla; de un medio injusto no puede resultar un fin justo". Gandhi

Introducción



Antes de comenzar, considero oportuno hacer una aclaración. Conozco desde muy temprana edad la existencia del certificado de discapacidad por razones familiares, ya que mi madre tenía discapacidad sensorial, y porque desde hace 11 años formo parte del “colectivo denominado personas con discapacidad”, en adelante PCD. Nunca cuestioné su existencia, ni siquiera las leyes que amparan a las personas con discapacidad. Aclarado, prosigo.

En un primer momento, el trabajo iba a estar sólo enfocado como una mera comparación entre los distintos certificados de discapacidad según su época, pero poco a poco y a medida que avanzaba, mi objeto de estudio me brindaba abundantes posibilidades de investigación, abarcando distintos aspectos, como ser: la naturaleza del certificado, la necesidad estatal de otorgarle carácter de documento público, su validez, reglamentación, los protocolos evaluativos, las consecuencias legales y sociales del mismo.

La certificación en Argentina es una obligación legislativa, entendida como “un acto administrativo mediante el cual un órgano competente estatal acredita en un documento público –el certificado de discapacidad- que la persona tiene una discapacidad”, y ha sido considerada sin cuestionamientos por la sociedad como la única forma posible para las personas con discapacidad de acceder al sistema normativo protectorio ¹.

Si bien no es interés de esta investigación, tirar por tierra todo el trabajo realizado durante años para lograr la plena igualdad de las personas con discapacidad no puedo dejar de expresar mi parecer, entendiendo que tal instrumento como un mecanismo perverso que se ofrece a la sociedad como el único método posible de acceso a las denominadas “ayudas²”. Esta postura, es donde me paro para realizar el análisis, contrario sensu a la gran mayoría, que consideran el certificado de discapacidad como un instrumento valioso de por sí, equiparable a una llave mágica que abre las puertas del sistema normativo. ¿Será así realmente?

Si bien existen otros países donde se certifica la discapacidad a nivel legislativo: Chile, Brasil, Colombia, Venezuela, Perú, España. En cambio en Venezuela y en EEUU, la certificación es un acto puramente médico, emitido sólo por el médico tratante (Bill of Disabilities); a los efectos de este trabajo mi faro guía será la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, en adelante, CDPD. Esta, no prevé en su articulado la certificación de la discapacidad, ni la necesidad del misma, como así tampoco lo prevé la Organización Mundial de la Salud, en adelante la OMS; va de suyo no preverlo por cuanto la Convención en su art. 1 define la discapacidad como “...aquellas personas 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”, centrándose, ya no en la persona y su deficiencia sino, en el entorno. Si bien podría parecer una discusión semántica³, debería quedar claro a primera vista que “certificar la discapacidad” es opuesto a la definición expuesta ut supra por la Convención y los fines de la misma “igualdad entre seres humanos como tales”.

El certificado de discapacidad, “mecanismo seleccionador del más incapaz”, considerado legítimo por el estado desde 1981 bajo el gobierno de Videla; resulta estigmatizante e implica la necesidad de sostener el régimen político por medio de medidas populistas.

Antecedentes y Evolución

❖ Certificado médico -1970-Beneficencia social y Asistencialismo



En este momento, el certificado de discapacidad cumplía una función meramente sanitaria. Los certificados eran emitidos por el Hospital Rivadavia y otros certificados eran emitidos por “la Comisión nacional permanente para la rehabilitación de los lisiados” actualmente denominado S.N.R ⁵, que permitían acceder a beneficios sociales para la rehabilitación, sólo a personas con discapacidad motriz por causa de la Poliomielitis (década del '50). Si bien el certificado era un acto médico, comenzó a ser utilizado como instrumento de acceso a determinados beneficios.

❖ **Certificado de discapacidad -1980-Derechos Humanos.**

A partir de 1981 bajo el régimen militar, “se sanciona con fuerza de ley” la 22.431 “Sistema de protección integral de los Discapacitados” que en su art. 3 dispone la necesidad de **certificar la discapacidad**:

La Secretaría de Estado de Salud Pública certificará en cada caso la existencia de la discapacidad, su naturaleza y su grado, así como las posibilidades de rehabilitación del afectado. Dicha Secretaría de Estado indicará también, teniendo en cuenta la personalidad y los antecedentes del afectado, qué tipo de actividad laboral o profesional puede desempeñar.

El certificado que se expida acreditará plenamente la discapacidad en todos los supuestos en que sea necesario invocarla...

La normativa crea órganos públicos de gestión emisores, previa evaluación médica, del certificado con carácter de documento público. Las emisiones provinciales del certificado eran autónomas. La validez del mismo regía sólo para la provincia emisora, excepto aquellos emitidos por el S.N.R cuya validez era Nacional. Vale decir que coexistían diferentes certificados: los provinciales y el nacional.

Ese mismo año la O.N.U declara el año de la Discapacidad a nivel internacional y en el '82 se crea un Plan de Acción mundial “para los impedidos” con tres objetivos:

“El Plan ofreció a la comunidad internacional un marco global de política para mejorar la prevención de las incapacidades, la rehabilitación y la realización de los objetivos de la plena participación de las personas con discapacidades en la vida social y el desarrollo nacional, así como de la igualdad. El Programa Mundial representó un cambio importante respecto del enfoque tradicional, que se centraba en las medidas de rehabilitación destinadas a las personas impedidas. Era el primer instrumento internacional que trataba de enfocar la discapacidad desde el punto de vista del desarrollo y de los derechos.”

Informe del Secretario General [A/60/290] Aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos.

➤ **Control social**

Bajo este régimen comienza a esbozarse una “selección estatal del más incapaz”; de la mano de esta nueva certificación, que previo a ser otorgada, obliga a la persona a someterse a una calificación por sus caracteres físicos, de la que ya no solo participan los profesionales de la salud sino también empleados del estado.

Esta intromisión burocrática que argumentaba la plena inclusión social de la persona con discapacidad, adoptó para ello, diferentes técnicas de sometimiento corporal, para poder ejercer control sobre la población. Para ello se valió de diversas disciplinas del sistema sanitario, operadores jurídicos y hasta del modo en que se debía concebir la discapacidad usando para ello la filosofía y sociología.



Con lo expuesto anteriormente se pretendía imponer ciertas reglas normalizadoras- el certificado-que creaban la ilusión de la inclusión mientras escondían la voluntad de control.

❖ 1997

En 1997 se sanciona la Ley 24.901 “Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad” con rango nacional modificatoria de la 22.431. El punto más sobresaliente, es la cobertura integral de acuerdo a las necesidades y requerimientos de la persona, desde el sistema sanitario hasta la educación, planteando una mirada psicosocial de la discapacidad. Así receptado en su articulado:

ART. 1º-Instítuyese por la presente ley un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos.

ART. 2º-Las obras sociales, comprendiendo por tal concepto las entidades enunciadas en el artículo 1º de la ley 23.660, tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la presente ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas.

-Si bien esta ley amplía las “ayudas”, por otro lado desde la mirada del certificado, complejiza el acceso, ya que no solo se debe acreditar la discapacidad ante un médico, sino que ahora interviene “una junta evaluadora” compuesta por: un médico, un asistente social y un psicólogo. En cuanto al protocolo de evaluación se aplican la “Clasificación Internacional de Enfermedades”⁵, en adelante la CIE 10º más la “Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías” CIDD6, ambas clasificaciones de la OMS.

-Una vez más, el certificado de discapacidad, es emitido por el Estado como única forma de acceso a las prestaciones consagradas en la 24.901.

-Algunas provincias no adhirieron a esta ley, por lo que coexisten en esta época diferentes certificados de discapacidad con diferentes criterios de emisión y valuación.

➤ Igualdad para los iguales en igualdad de circunstancias

En el mundo, las personas con discapacidad, sufren una precaria atención sanitaria; en cuanto a la participación y logros académicos son bajos o inexistentes con una gran población analfabeta, además de una escasa participación en la economía, asimismo es nula la participación en las decisiones sobre políticas relacionadas con la discapacidad y como corolario son ampliamente elevadas las tasas de pobreza en comparación con las personas sin discapacidad. Ello es, en gran parte, consecuencia de los obstáculos que dificultan el acceso a servicios, en particular, a la salud, la educación, el empleo y el transporte, que se ve aumentado por la falta de información, la discriminación y subestimación. Estas dificultades se agravan en todos los grupos denominados “minoritarios”; es por ello que el Estado, como garante de los derechos reconocidos en la Constitución y los Tratados internacionales a los que adhirió, ha creído conveniente aplicar través de acciones positivas⁴ una discriminación en forma inversa, es decir, como criterio legal de acceso a los derechos (beneficios) hasta entonces vedados en los hechos, cuyo fin es lograr la plena y efectiva inclusión en la sociedad de las personas con discapacidad, e igualar a quienes no parte de las



misma situación. Para adoptar éste proceso igualitario, ha creído conveniente adoptar el certificado de discapacidad; así, cuando el estado se ve imposibilitado de resolver las discriminaciones existentes y en su afán por igualar oportunidades (como medida populista), suministra instrumentos de control a sus órganos dependientes, solidificando categorías y afianzando prejuicios diferenciadores, obteniendo claramente un efecto inverso. El Estado confunde el efecto con la causa, porque en pos de igualar discrimina, **segrega al certificar los caracteres que nos diferencian como personas**. Además, la Constitución establece en su Artículo 16 que “...*Todos sus habitantes son iguales ante la ley*” y la CSJN ha sostenido que “la ley debe ser igual para todos los iguales en igualdad de circunstancias” (igualdad formal) contrario sensu al método seleccionador del más incapaz, excluyendo del goce de los derechos a aquellos que no son seleccionados, conllevando una práctica institucionalizada y sostenida de la discriminación.

Certificado único de discapacidad -2009-El Control Convencional

En el 2008 Argentina adhiere a la CDPD y a partir del 2009 se comienza a implementar el CERTIFICADO UNICO DE DISCAPACIDAD (CUD) aprobado por la Ley 25.504 y su Resolución N° 675/2009⁸, basado en la nueva clasificación internacional del funcionamiento la CIF⁷, que reemplaza a su anterior CIDDM y se continua aplicando la CIE 10, consideradas ambas por la junta evaluadora como protocolos a seguir.

➤ **Caracteres del CUD**

- ✓ Es un trámite opcional, gratuito y personal, con excepciones en cada caso particular.
- ✓ En Argentina es un documento público.
- ✓ Tiene alcance nacional
- ✓ No indica el grado de incapacidad de la persona
- ✓ El trámite se realiza de acuerdo al domicilio que figura en el D.N.I de la PCD.
- ✓ Tiene plazo de caducidad
- ✓ Al obtener el CUD la persona ingresa al Registro Nacional de PCD
- ✓ Permite la obtención de determinados beneficios y exenciones fiscales.
- ✓ Posee un sistema de seguridad, a fin de evitar falsificaciones.

Para obtener el CUD la persona debe presentarse ante la junta evaluadora para que ésta proceda al diagnóstico y análisis de las secuelas de la discapacidad y a un diagnóstico funcional que evalúa: funciones corporales, estructuras corporales (deficiencia, leve o grave), actividad / participación (cognitivo, comprensivo, autocuidado, movilización, higiene, laboral, relaciones con la comunidad) y factores ambientales (medicación, equipamiento, cobertura social) todas en codificación alfanumérica. Además la junta, realiza una “orientación prestacional” también reflejada en el CUD: ej. Rehabilitación, centro de día, acompañamiento terapéutico. En éste último punto puede generar controversias con las prestadoras de salud ya que limita el acceso a determinados prestaciones no incluidas en el CUD.

➤ **Controversias**

❖ **Evaluación respecto de:**

- Unificación de criterios evaluativos.



Argentina recoge el criterio internacional sanitario y social de la discapacidad, a través de un protocolo normativo mundial alfanumérico de clasificadores, la CIF y la CIE 10°.

Si bien, estos clasificadores unifican los criterios de evaluación a nivel nacional, no cubren al sector de la población que sufre de Enfermedades Poco Frecuentes, de ahora en adelante EPF (en Argentina este segmento poblacional alcanza a la cifra de 3.000.000 afectados, y de éstos el 50% se encuentra sin diagnóstico)

La inclusión de éste dato no es casual, ya que algunas EPF dejan como secuelas situaciones discapacitantes, crónicas y en muchos casos riesgo de muerte.

Existen unas 8000 EPF y en el 80% de los casos, ya sea por la citología de la enfermedad, por una tardía detección o por múltiples y erróneos diagnósticos; el paciente se somete a un sinnúmero de tratamientos que le generan otras discapacidades sumadas a las propias de la EPF que padece.

Esta población no tiene acceso al certificado o se le otorga en forma precaria y con validez anual. El paciente no tiene acceso al certificado hasta obtener un diagnóstico y aun teniendo el diagnóstico no puede acceder al tratamiento de forma preventiva generándose un círculo vicioso y un vacío legal, por no estar reglamentada la ley 26689.

- Protocolo de evaluación.

Si bien, la norma indica que la junta evaluadora debe incluir: un fisiatra, psicopedagoga y psicóloga para dar cuenta de la condición física y socio ambiental del evaluado según los clasificadores mundiales; en la práctica esto no se respeta, existiendo casos de “juntas” de un solo profesional o de iguales profesiones, aún cuando los sellos con matrícula que aparecen en CUD, cumplen con el requisito de la interdisciplina en número y en profesión,

El protocolo se convierte así en ineficaz y en subjetiva la evaluación, contrariamente al fin buscado de unificación de criterio y objetividad evaluativa.

- Desinformación. *Careciendo de información acerca de sus propias características físicas, el Estado cosifica al sujeto.*

Como dijimos previamente, las juntas vierten sobre el CUD, las diferentes calificaciones otorgadas de acuerdo a la discapacidad evaluada que se imprimen en forma alfanumérica. Este criterio alfanumérico no se encuentra conceptualizado en ningún formato impidiéndole así a la persona la comprensión, no solo de su propia discapacidad, sino del acceso al sistema normativo protectorio para las PCD.

Para mayor abundancia, cabe destacar la existencia de una base de datos de PCD sobre la que se omite informar a los requirentes del certificado impidiéndoseles así, poder decidir su inclusión o no en la misma. Siguiendo en línea con los criterios de evaluación, surge otra cuestión, respecto de los códigos incluidos en el CUD. Cuando aparece un código u otro en el CUD del prestador, ya sea público o privado, determinará si otorga o no la ayuda establecida en el sistema protectorio, a modo de ejemplo y para ser más clara; si al hacer la evaluación, la junta no preguntó a la persona si sufría de alguna otra enfermedad que imposibilite o altere su funcionamiento, podrá suceder que al presentar en su cobertura médica, el flamante CUD, exigiendo que se le cubra el 100% de la medicación; la cobertura podrá negarse.

Los nuevos códigos habilitan o deshabilitan las ayudas que anteriormente eran obtenidas per se. Entonces... ¿Será abarcativa la nomenclatura utilizada o restrictiva? Parecería a priori, que el estado encontró otro filtro más de selectividad encubierto en una codificación avalada por la OMS.



❖ Adhesión jurisdiccional al CUD- Validez Nacional

El comité sobre los derechos de las PCD dependiente de la ONU pidió que TODAS las provincias adhieran a la ley 24.901, *Ginebra, Septiembre 2012*. Es decir, al CUD.

Sistema federal.

A la fecha todas las provincias han adherido a la 24.901 implantando el CUD (cobertura total de prestaciones y unificación de criterios evaluativos), a excepción de la CABA que firmó un convenio de cooperación técnica a la 22.431, manteniendo el certificado anterior, el nacional.

Si bien, se pretende que el CUD reemplace a todos los existentes, aun no sucede en la práctica, por ello, podemos encontrar diversos certificados en circulación, como ser:

- I. Certificados Únicos de Discapacidad con alcance nacional (Leyes Nº 22.431 y Nº 24.901), que se han emitido con anterioridad a la Resolución MSAL Nº 675/2009 (que aprueba el formato CUD, el cual se carga al Registro Nacional de Personas con Discapacidad a cargo del SNR) y que aún no han vencido. Al respecto y en tanto dichas certificaciones no se encuentran cargadas en el Registro Nacional de Personas con Discapacidad a cargo del SNR, la ANSES cursará la consulta pertinente a la Junta Evaluadora de la Discapacidad respectiva, habilitada a tal efecto por la autoridad jurisdiccional correspondiente.
- II. Los Certificados Únicos de Discapacidad emitidos con alcance nacional (Leyes Nº 22.431 y Nº 24.901), son vigentes hasta su vencimiento, aunque no se hayan emitido bajo formato CUD aprobado por la Res. MSAL 675/2009. **(anexo 1)**
- III. Los Certificados Nacionales emitidos por el S.N.R en virtud de las leyes 22.431 y 24.901 **(anexo 2)**
- IV. Los Certificados Provinciales emitidos con anterioridad al CUD.

La Ley 25.504 Modifica el art. 3º de la Ley Nº 22.431 y establece en su artículo 1º que el Ministerio de Salud de la Nación expedirá el CUD y el Alcance de los certificados emitidos por las provincias adheridas a la Ley Nº 24.901.

Art. 1º:

"El Ministerio de Salud de la Nación certificará en cada caso la existencia de la discapacidad, su naturaleza y su grado, así como las posibilidades de rehabilitación del afectado. Dicho ministerio indicará también, teniendo en cuenta la personalidad y los antecedentes del afectado, qué tipo de actividad laboral o profesional puede desempeñar."

"El certificado que se expida se denominará Certificado Único de Discapacidad y acreditará plenamente la discapacidad en todo el territorio nacional en todos los supuestos en que sea necesario invocarla.."

❖ Biopoder

La característica de un Estado controlador es el adoctrinamiento del sujeto, utilizando para ello diferentes vías (educación, comunicación, políticas sociales, ambientales, reglamentaciones). El punto cúlmine del control social, es el mecanismo utilizado para evitar castigar y mantener el control, adoptado través de la medicalización, la higiene, el control de salud, la demografía; y para lograr ello, necesita de la estadística - las bases de datos- cosificadora y brutalmente discriminadora, elemento manipulado en atroces genocidios



y en pos de la supuesta perfección humana. Vale decir, que el registro en base de datos con características físicos o mentales diferentes tiene un efecto social estigmatizante.

“Y para ejercerse, este poder debe apropiarse de instrumentos de una vigilancia permanente, exhaustiva, omnipresente, capaz de hacerlo todo visible, pero a condición de volverse ella misma invisible. Debe ser como una mirada sin rostro que transforma todo el rostro social en un campo de percepción: millares de ojos por doquier, atenciones móviles y siempre alerta”. Michel Foucault.

Diferentes bases de datos:

- El convenio de intercambio electrónico de información, entre el SNR y la ANSES, pretende:
 - a. Optimizar las competencias de la ANSES en materia de Asignaciones Familiares destinadas a personas con discapacidad o vinculadas a personas con discapacidad, cuya liquidación o pago deban ser autorizados por ANSES.
 - b. Mantener actualizado el Registro Nacional de Personas con discapacidad a cargo del SNR, el cual se encuentra inscripto bajo el N° 100.000.124, en el Registro de Bases de Datos de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales.
 - c. Fortalecer las competencias del SNR vinculadas a producir y analizar estadísticas, cuya finalidad sea lograr un mayor conocimiento sobre la situación de las personas con discapacidad, y a desarrollar sistemas de recolección de información válidos y fiables que contribuyan a la generación de políticas, programas y acciones de discapacidad y rehabilitación.

- Ingreso en el Registro Nacional de las Personas con Discapacidad

Al proponer la descentralización del CUD en todo el país se creó simultáneamente el Registro Nacional de Personas con Discapacidad, y se designó como órgano encargado de recopilar los datos obtenidos en cada evaluación realizada por la juntas evaluadoras en toda el territorio nacional al SNR.

Este procedimiento se encuentra receptado en el art. 31 de CDPC, así como la finalidad perseguida:

Artículo 31. Recopilación de datos y estadísticas

1. Los Estados Partes recopilarán información adecuada, incluidos datos estadísticos y de investigación, que les permita formular y aplicar políticas, a fin de dar efecto a la presente Convención. En el proceso de recopilación y mantenimiento de esta información se deberá:

a) Respetar las garantías legales establecidas, incluida la legislación sobre protección de datos, a fin de asegurar la confidencialidad y el respeto de la privacidad de las personas con discapacidad;

b) Cumplir las normas aceptadas internacionalmente para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como los principios éticos en la recopilación y el uso de estadísticas.

2. La información recopilada de conformidad con el presente artículo se desglosará, en su caso, y se utilizará como ayuda para evaluar el cumplimiento por los Estados Partes de sus obligaciones conforme a la presente Convención, así como para identificar y eliminar las barreras con que se enfrentan las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos.

3. Los Estados Partes asumirán la responsabilidad de difundir estas estadísticas y asegurar que sean accesibles para las personas con discapacidad y otras personas.



El procedimiento tiene 2 aspectos a considerar:

- a) Aspecto estadístico: la base de datos, no es un mecanismo idóneo de conocimiento total y continuo de PCD, debido a que el CUD es un acto voluntario, por consiguiente la información obtenida en el Registro, es parcial.
- b) Aspecto social: lejos de garantizar el derecho a la información de las PCD como así lo recepta y establece la Convención, viola el consentimiento informado y la libre disposición de datos personales; al incorporar los datos civiles de la persona (nombre, apellido, DNI, domicilio, lugar donde tramita el CUD, datos filiatorios) así como también los UNICOS datos relevantes a los fines estadísticos, como son el tipo de discapacidad, sexo y edad, transformando así una base de datos estadísticos, que podría ser valioso para comprender la composición de un país, en una forma de control social institucionalizado que soporta una marca para la persona o para su familia que no todos están dispuestos a aceptar.

Por otro lado, el pertenecer a un colectivo determinado por una discapacidad hace que el individuo portador de la misma, sea discriminado de modo negativo porque al pertenecer a un colectivo diferente desde el origen no es considerado un igual. Esta pertenencia es negativa por cuanto obliga a la persona enferma a obrar de modo diferente al de una persona "normal" para acceder a beneficios legales.

Conclusiones

Me lleva reflexionar acerca de cuáles fueron las causas por las que el Estado consideró necesario exigir la acreditación de la discapacidad para acceder a las ayudas que él mismo previó; y creo que podrían ser varias (todas ellas conllevan el germen de la invisibilidad del sujeto con caracteres diferentes). Una de las causas podría ser la política social orientada hacia el asistencialismo, pensando a las PCD como sujetos menores de edad sin autonomía personal, además de ser un grupo minoritario, en el cual se invierte un gasto público menor y sólo para aquellos que lograron ser seleccionados por el estado. Sería natural comprender que resulta mucho más redituable invertir en "los que llegaron a ser seleccionados" que invertir para TODA LA SOCIEDAD. Esto anterior, es de público conocimiento, las políticas orientadas a la accesibilidad para todos y las que generan una mayor tolerancia por la diversidad son de un costo tal que ningún gobierno estuvo dispuesto a asumir, invirtiendo en políticas de adormecimiento y medicalización del sujeto, lejos de toda reinserción y muy cerca del control. Una simple muestra histórica: es más fácil incumplir la fuente interna y la internacional que cumplir con TODA la sociedad.

Desde otro punto, considero malicioso tanto el término discapacidad como la continua aplicación del certificado, ambos expresan un valor sobre la condición humana, la carencia, la incompetencia, y la necesidad de detectarlo por parte del Estado. A continuación transcribo un párrafo de "Los derechos de las PCD" compaginado de Eroles y Fiamberti, que resume lo expuesto: *El modelo médico tradicional determinó durante mucho tiempo la concepción de la discapacidad como una deficiencia que diferencia a las personas en relación con la "normalidad". Así lo hace toda la legislación desarrollada en distintos países a principios de la década del 80 del siglo XX, como puede comprobarse con la simple lectura del art. 1° de la ley 22.431.-* Ahora bien, sí la persona quisiera preservar sus "anormalidades", no podría...porque se ve obligada a desnudar su mundo, debido al mecanismo impuesto por el estado para lograr obtener iguales oportunidades que el resto de los "normales", a través del certificado. Aquí no solo se ve sesgada la libertad e independencia personal, porque no incluye, sino que somete y a su vez invade la intimidad.



Acuñaando el ppio o lema de la efectiva participación en las cuestiones que tengan directa incidencia sobre el grupo afectado "Nada sobre nosotros, sin nosotros", expongo mi opinión sobre la validez del CUD, como ÚNICO instrumento garante del derecho a la salud, la vida, la educación, el trabajo, la familia, la integridad para las PCD, y a su vez compruebo que dicho instrumento es equiparable a un amparo judicial, a una llave mágica que abre el "cofre de los derechos tutelados"; bien lejos está de los fines buscados por la CDPC " la mirada debe ser puesta en la sociedad y el Estado debe contribuir a la aplicación de políticas en pos de la eliminación de las barreras que impiden la plena y efectiva inclusión"; y bien cerca está de la divisibilidad de la persona y su segregación. Por ende, el estado se abstiene de tomar medidas progresistas que involucren a toda la sociedad.

Soluciones posibles:

-Solución utópica: Argentina debe cumplir al 100% con la CDPC.

-Solución adecuada a la realidad de Argentina: Aclarar en el mismo CUD el significado de los códigos alfanuméricos, omitir la orientación prestacional, informar sobre la base de datos de PCD y pedir el consentimiento de la persona o sólo añadir los datos relevantes, el certificado debiera contener los derechos exigibles al estado y no debe ser el único medio para lograr la igualdad de oportunidades.

Como es sabido resulta más sencillo sancionar o reformar normas jurídicas que modificar costumbres y pautas culturales

Notas al pie de página:

1.- Definición de sistema normativo protectorio de las PCD: conjunto de leyes, CDPD Argentina adhiere a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo. Vigente desde Junio del 2008. Aprobado por la Ley 26.378; La Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las PCD, C.N art. 16, 42, 43,75 inc.23, 14bis, Leyes 24.901, 22.431 y sgtes) en adelante, sistema protectorio.

2.- Denominaré "ayudas" a las que se desprenden del sistema protectorio de las PCD, hoy ampliada considerablemente y plasmada en las sig. Normas:

- Ley 22.431 Artículo 1° -Instituyese por la presente ley, un sistema de protección integral de las personas discapacitadas, tendiente a asegurar a éstas 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.

- Los Decretos N° 38/2004 y N° 118/06 establecen el acceso gratuito al transporte público Nacional de corta, mediana y larga distancia en Trenes, Subtes, Colectivos y Micros.

-La Ley 24.901 habilita a una cobertura de salud por Obra Social o Medicina Prepaga del 100% en la cobertura de medicación y tratamiento del diagnóstico que indique en el certificado.

-La Ley N° 19279, modificatorias y Decreto N° 1313/93, garantiza a las personas con discapacidad el derecho de libre tránsito y estacionamiento con total prescindencia del automotor en el cual se traslade (ver logos y tarjeta). Además contempla un régimen especial para la compra de un automotor nacional o importado; el cual una vez otorgada la franquicia el beneficiario podrá adquirir un vehículo sin pagar el impuesto al valor agregado (IVA) en caso de vehículos nacionales y sin abonar el pago del derecho de importación de las tasas de estadística, por servicio portuario, impuestos internos y del valor agregado en caso de tratarse de un auto importado.

-Reserva de estacionamiento domiciliario.



- La Ley 24.714 art. 8 establece un monto a percibir por los padres/tutores u encargados de la PCD "Asignación por Hijo con Discapacidad"; en su art. 10 establece una Asignación por Ayuda Escolar Anual del Hijo con Discapacidad; en el art. 14 bis y Decreto 1602/09 una
- Asignación Universal por Hijo Para Protección Social del Hijo con Discapacidad y según la Res. 12/02 una Asignación Familiar por Cónyuge con Discapacidad.
- Pensión derivada, en caso que la persona que goza de una jubilación fallece y tiene cónyuge o hijo a su cargo con discapacidad, les corresponde a éstos familiares la pensión derivada.
- Pensiones no contributivas, cuando no cumple con los requisitos necesarios para jubilarse.
- Pensiones por invalidez Ley 18.910/0 D. Reg. 432/97
- Pensiones graciables, son las otorgadas por senadores y diputados bajo el marco de la ley 13.337/48
- Jubilaciones por discapacidad Ley 20.475, Ley 20.888 para personas ciegas, retiro por invalidez Ley 24.241
- Exenciones fiscales, por la cual la PCD es liberada de pagar total o parcialmente un impuesto, como ser entre otros: patentes de vehículos, en impuestos inmobiliarios, alumbrado barrido y limpieza, etc.
- Exención de pago en autopistas, AUSA y provinciales.
- Educación (acompañamiento terapéutico, becas), trabajo (administración de pequeños comercios, solicitud de empleo público), turismo, espectáculos.
- Puede encontrar más información sobre otras ayudas en la página del SNR

3.- La discusión semántica de una nueva construcción social de la discapacidad, se encuentra plasmada en el art. 1 de la Convención, ésta nueva construcción deja de lado el déficit de la persona y se enfoca en la problemática dada por su entorno y su inaccesibilidad al mismo, aquí la persona deja de ser un objeto de necesidades (Modelo medico) del cual se ha ido prescindiendo a lo largo de los años (Modelo de prescindencia) para ser partícipe de la sociedad, en iguales condiciones que el resto.

Considero valioso exponer una explicación brindada por el Dr. J.A. Seda, en el CPO de Discapacidad y Derechos UBA (2014), acerca de la errónea utilización de los términos, como ser "modelo" para referirse a un nuevo concepto de la discapacidad. Modelo: es una explicación proporcionada con determinados elementos, sin haber contemplado lo sucedido.

4.-Las Acciones positivas: nacen en EEUU en la década del '60 en respuesta a la discriminación racial sufrida y se transforman en medidas legislativas. Adoptando un criterio preferencial en grupos vulnerables que han estado bajo prácticas y normativas discriminatorias y a su vez, evitar que se perpetúen.

Criterio adoptado en Argentina.

Igualdad estructural: CN. 75 inc 23. 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.

5.- CIE 10°. La Clasificación Internacional de Enfermedades Se define como la afección diagnóstica al final del proceso de atención de la salud cómo la causante primaria de la necesidad de tratamiento o investigación que tuvo el paciente. Si hay más de una afección así caracterizada, debe seleccionarse la que se considera causante del mayor uso de recursos.

Método: utiliza un código alfanumérico, con una letra en la 1° posición y números en la 2°,3°, y 4° posición; el cuarto carácter sigue a un punto decimal, los códigos posibles van por lo tanto de A00.0 a Z99.9.

Ej. : Esquizofrenia, trastornos esquizotípicos y trastornos delirantes

F20 Esquizofrenia



F21 Trastorno esquizotípicos

Su fin es convertir los términos diagnósticos y de otros problemas de salud, de palabras a códigos alfanuméricos que permiten su fácil almacenamiento y posterior recuperación para el análisis de la información. En la práctica se ha convertido en una clasificación diagnóstica estándar internacional para todos los propósitos epidemiológicos generales y muchos otros de administración de salud.

La C.I.E., no es adecuada para indagar entidades clínicas individuales (EPF) y es adecuada para clasificar enfermedades y otros tipos de problemas de salud, consignados en distintos tipos de registros vitales y de salud

6.- CIDIMM Es la *Clasificación Internacional del Funcionamiento y la Discapacidad* (International Classification of Functioning and Disability, ICF)

Clasifica sistemáticamente cualquier estado funcional asociado con estados de salud (ej. enfermedades, trastornos, lesiones, traumas o cualquier otro estado de salud). El objetivo principal de la clasificación CIDDM proporcionar un lenguaje unificado y estandarizado que sirva como punto de referencia para describir el funcionamiento humano y la discapacidad como elementos importantes de la salud. La clasificación cubre toda alteración en términos de "estados funcionales" en los niveles corporal, individual y social, asociados con estados de salud. "Funcionamiento" y "Discapacidad" son términos genéricos que abarcan tres

dimensiones: (1) funciones y estructuras corporales; (2) actividades en el nivel individual; y (3) participación en la sociedad.

7.-CIF La Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud, la *CIF*, es una clasificación del funcionamiento humano, basada en un marco conceptual Biopsicosocial, a través del cual se puede realizar cualquier evaluación funcional de abordaje integral.

Es una clasificación que nos brinda elementos teórico- prácticos para evaluar el funcionamiento humano, a través de la descripción de los estados de salud y las condiciones relacionadas con la salud.

Como el texto de la propia clasificación lo enuncia, está diseñada con un propósito múltiple para ser utilizada en varias disciplinas y diferentes sectores. Sus objetivos específicos son:

- Proporcionar una base científica para la comprensión y el estudio de la salud y los estados relacionados con ella, los resultados y los determinantes;
- Establecer un lenguaje común para describir la salud y los estados relacionados con ella, para mejorar la comunicación entre distintos usuarios, tales como profesionales de la salud, investigadores, diseñadores de políticas sanitarias y la población general, incluyendo a la personas con discapacidad
- Permitir la comparación de datos entre países, entre disciplinas sanitarias, entre los servicios, y en diferentes momentos a lo largo del tiempo.
- Proporcionar un esquema de codificación sistematizado para ser aplicado en los sistemas de información sanitaria.

Estos objetivos están relacionados entre sí, ya que la necesidad y el uso de la CIF requiere de la construcción de un sistema relevante y útil que pueda aplicarse en distintos ámbitos: en política sanitaria, en evaluación de la calidad asistencial, y para la evaluación de consecuencias en diferentes culturas.

Cabe destacar que uno de los requisitos fundamentales para la utilización de la misma es el abordaje interdisciplinario que propicia la mirada biopsicosocial, lo cual se logra a través del armado de equipos interdisciplinarios

8.-Ley 25.504. Año: 2001



Art. 1º — Modificase el artículo 3º de la Ley 22.431, que quedará redactado de la siguiente forma:

El Ministerio de Salud de la Nación certificará en cada caso la existencia de la discapacidad, su naturaleza y su grado, así como las posibilidades de rehabilitación del afectado. Dicho ministerio indicará también, teniendo en cuenta la personalidad y los antecedentes del afectado, qué tipo de actividad laboral o profesional puede desempeñar.

El certificado que se expida se denominará Certificado Único de Discapacidad y acreditará plenamente la discapacidad en todo el territorio nacional en todos los supuestos en que sea necesario invocarla, salvo lo dispuesto en el artículo 19 de la presente ley. Idéntica validez en cuanto a sus efectos tendrán los certificados emitidos por las provincias adheridas a la Ley 24.901, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que se establezcan por reglamentación.

El Ministerio de Salud de la Nación dictó la Resolución Nº 675/2009 mediante la cual se aprueba el modelo de Certificado Único de Discapacidad y el Protocolo de Evaluación y Certificación de la Discapacidad, como así también la Unidad de Extensión Académica y Relaciones Interinstitucionales del Servicio Nacional de Rehabilitación, el cual lleva adelante las instancias de capacitación de las Juntas Evaluadoras de la Discapacidad descentralizadas, vinculadas al proyecto macro de implementación del Certificado Único de Discapacidad en todo el país.

BIBLIOGRAFIA

- ✚ Entrevistas realizadas durante el mes de Marzo y Mayo del 2014, a quienes agradezco su colaboración y predisposición.
- Lic. en Terapia Ocupacional Olga Pinella, Asesora de la Dirección de Rehabilitación del S.N.R, Dragones 2201 CABA.
- Dr. Armando J. Vásquez Barrios, Asesor regional en discapacidad y Rehabilitación. O.P.S sede en M.T. de Alvear 684, 4º. CABA.
- Dra. Romina Armando. Pediatra. Asesora de la comisión “De enfermedades poco Frecuentes” del Ministerio de Salud de la Nación.
- Ana María Rodríguez de FADEPOF (entrevista telefónica).

- ✚ “Vigilar y Castigar” nacimiento de la prisión. Autor: Michel Foucault. Edición: 2008. Editorial: Siglo XXI
- ✚ “Estigma” la identidad deteriorada. Autor: Erving Goffman. Editorial: Amorrortou. 2º ed. 2008, 2º reimp. 2012- Bs. As.
- ✚ Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada por María Angélica Gelli. Editorial La Ley, 4º edición, 3º reimpresión. Bs. As.
- ✚ Los derechos de las personas con discapacidad (Análisis de las convenciones internacionales y de la legislación vigente que los garantizan) Carlos Eroles - Hugo Fiamberti (Compiladores) Secretaría de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil
- ✚ Ley 26.378. Aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006. Sancionada: Mayo 21 de 2008. Promulgada: Junio 6 de 2008
- ✚ Ley 25.280 Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.
- ✚ [Ley 24.901](#) sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad



- ✚ [Ley n° 22.431](#) sistema de protección integral de los discapacitados.
- ✚ [Ley 25.635](#) Modificación de la Ley N° 22.431 con las reformas introducidas por la Ley N° 24.314.
- ✚ [Ley 25.504](#) el Ministerio de Salud de la Nación expedirá el Certificado Único de Discapacidad. Alcances de los certificados emitidos por las provincias adheridas a la Ley N° 24.901.
- ✚ Res. N° 1562: Se establece que los Hospitales Generales de Agudos "Piñero" y "José María Penna", Instituto de Rehabilitación Psicosfísica; Hospital de Rehabilitación "Manuel Rocca"; Hospital Oftalmológico "Santa Lucía" y Hospital de Emergencias Psiquiátricas "Torcuato de Alvear", emitirán Certificados de Discapacidad
- ✚ [Resolución 67/98](#) - Secretaría de la Función Pública Dirección Nacional del Servicio Civil el Sistema de Control de Aplicación del artículo 8º de la Ley N° 22.431. Porcentaje de ocupación de personas discapacitadas que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo.
- ✚ [Decreto 914/97](#) - Artículos 20, 21 y 22 de la Ley N° 22.431 modificados por su similar N° 24.314.
- ✚ [Ley N° 24.308](#) Modifícase el artículo 11 de la Ley 22.431. Mantiénesse la vigencia de las concesiones otorgadas a personas discapacitadas en virtud de las Leyes 13.926 y 22.431 y los Decretos 11.703/61, 498/83 y 140/85.
- ✚ [Decreto 795/94](#) - Ley N° 24.308.
- ✚ [Resolución 22/2003](#). Vigencia de los certificados emitidos conforme a lo establecido en el artículo 3º de la Ley N° 22.431 y por leyes provinciales análogas.
- ✚ [Decreto 762/97](#). Sistema único de prestaciones básicas para personas con discapacidad
- ✚ Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad, y de la Salud (CIF) Año 2003, el Ministerio de Salud de la Nación Argentina designa por Resolución (Res 21/2003).
- ✚ www.snr.gov.ar Marzo 2014
- ✚ <http://www.who.int/disabilities/cbr/guidelines/es/> O.M.S Marzo 2014
- ✚ <http://www.anses.gob.ar>
- ✚ <http://www.eurordis.org/es/politica-de-la-ue>
- ✚ <http://www.orpha.net/consor/cgi-bin/index.php?lng=ES>
- ✚ <http://www.conadis.gov.ar/legal.html>
- ✚ http://www.sssalud.gov.ar/hospitales/archivos/cie_10_revi.pdf
- ✚ <http://www.sustainable-design.ie/arch/Beta2fullsp>

ADECUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ARGENTINA A LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. RECEPCIÓN DEL ART. 27. LEY 26.616 "REGIMEN FEDERAL DE EMPLEO PROTEGIDO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD"

BORRELLI, Bruno

Estudiante, Derecho - UBA

brunoborrelli@outlook.com

Palabras Claves: Trabajo, Igualdad, Dignidad, Discapacidad, Derechos, Convención, Ley.

Intentaré poner de manifiesto que la promoción, protección y el goce pleno en condiciones de igualdad de los derechos de las personas con discapacidad, consagrados y exigidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante la CDPD) no se encuentran debidamente receptados por nuestra legislación posterior a la ratificación de la Convención. Cabe destacar que luego de la reforma de la Constitución de 1994 los Tratados Internacionales se encuentran en condición de superioridad a las leyes, por tanto desde su ratificación, la Convención goza de jerarquía superior a las leyes y la legislación



Argentina debe adecuarse a ella. Asimismo dicha reforma se refiere expresamente a las personas con discapacidad en el art. 75 inc. 23⁸⁴, donde se hace referencia a la búsqueda de una igualdad estructural, mediante la adopción de “acciones positivas”, es decir, medidas de políticas públicas que implican un trato preferencial para integrantes de grupos vulnerables cuyo fin es dismantelar las prácticas discriminatorias, evitando que las mismas se perpetúen.

A la hora de buscar un trabajo, las personas con discapacidad, tienen menos probabilidades de conseguirlo, más aún en períodos de desocupación. Es por esta razón que la capacitación suele ser fundamental para conseguir un empleo.

Como dice el artículo de las Dras. María C. Cortesi y Sandra E. Gómez “*La situación de desocupación o inactividad de las personas con discapacidad se debe a múltiples factores: el bajo nivel educativo, la escasa capacitación, los prejuicios de los empleadores o bien, la falta de accesibilidad en empresas y organismos públicos que podrían contratarlos*”⁸⁵; como asimismo puedo sumar un factor de suma importancia como lo son las barreras sociales.

El artículo 27 de la Convención plantea los lineamientos generales en relación al trabajo para las personas con discapacidad, entre los cuales se encuentran incluidos: “... el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad...”. Es decir, que el trabajo debe ser elegido libremente por la persona con discapacidad y en un contexto de inclusión (mercado laboral abierto). Para lograr esto se deben tomar las medidas correspondientes de accesibilidad que permitan el pleno goce del derecho a trabajar, incluyendo la promulgación de leyes. La Convención incluye éste último punto, el cual se interpreta como una obligación al Estado, para que por medio de la aprobación de leyes logre adaptar a su legislación los principios que emana el Art. 27. Esto se vio reflejado con la aprobación de la Ley 26.816, con la cual Argentina inicia su camino a la adecuación de la legislación interna, sin perjuicio que, a mi juicio y conforme al análisis que desarrollaré, no llega a cumplir las exigencias que la Convención consagra. El “Régimen Federal de Empleo Protegido para Personas con Discapacidad” que crea dicha ley persigue los objetivos de:

- Promover el desarrollo laboral de las personas con discapacidad.
- Acceso al empleo.
- Obtención, conservación y progreso en un empleo protegido o regular.
- Asistencia técnica y económica a los organismos responsables.

Conforme los objetivos delineados, podemos decir que el rumbo tomado por nuestra norma estaría siendo el adecuado, sin embargo, al adentrarse en el análisis de la misma, se encuentran múltiples falencias e, incluso, formas de discriminación que la propia ley legitima y regulariza, y que al mismo tiempo se encuentran prohibidos por la Convención. Hablamos, en este sentido, del planteo por ejemplo de los TALLERES AISLADOS, que tienen como principal finalidad brindar a sus miembros un “trabajo especial” de acuerdo a las demandas de los mercados laborales y sus posibilidades funcionales, los cuales, lejos de adecuarse a la Convención y a su Art. 27, violan no solo la norma Internacional sino también derechos

⁸⁴ Art 23 CN: “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...”.

⁸⁵ María C. Cortesi y Sandra E. Gómez. El Derecho al Trabajo de Las Personas con Discapacidad, a propósito de la sanción de la ley 26.816. Artículo publicado en www.microjuris.com. Cita: MJ-DOC-6158-AR | MJD6158



constitucionales fundamentales como ser el derecho a la igualdad real de oportunidades y de trato y a la dignidad.

No se debe olvidar que la igualdad es un principio con valor constitucional que prohíbe tener en cuenta ciertas características de las personas⁸⁶, es por esta razón que no se puede seguir en la órbita del aislamiento y en un sistema asistencialista, donde se brinde “trabajo especial”, dándoles un “beneficio” a las personas con discapacidad, ya que allí no se contempla la equiparación de oportunidades.

RECOPIADO DE LEGISLACIONES SOBRE TRANSPORTE

GIULIANI, Luis Alberto

Director de Discapacidad de la Fundación SOS Comunidad y del proyecto Mundo Discapacitado
mundodiscapitado@yahoo.com.ar / sosdiscapacidad@hotmail.com

En este trabajo pretendo demostrar que es indispensable cumplir con el lema “Nada de Nosotros Sin Nosotros” ya que veremos que las personas con discapacidad tenemos todas las leyes que nos hacen falta, pero se falla en el cumplimiento y/o la interpretación.

Compararemos las verdaderas necesidades de las personas con discapacidad y las leyes nacionales e internacionales vigentes, incluso los decretos nacionales y las resoluciones de la CNRT con las interpretaciones de los funcionarios, los empresarios, e incluso de la justicia.

Veremos algunos ejemplos reales de los resultados contrarios a los derechos de las personas con discapacidad que han tenido algunas resoluciones y decretos, como por ejemplo el Decreto Presidencial N° 118/06 y su artículo 4°, el que aún sigue siendo la espada de Damocles que poseemos las personas con discapacidad cuando deseamos viajar. Este decreto ha destruido familias y limitado los derechos de leyes superiores, incluso la Constitución Nacional. Estudiaremos el resultado que ha tenido una familia con cuatro miembros con discapacidad, quienes llegaron hasta la Corte Suprema de Justicia.

La Comisión Nacional Reguladora de Transporte, durante la administración del Contador Sícario ha elevado ante la Secretaría de Transporte de la Nación innumerables proyectos para eliminar el artículo 4° del Decreto Presidencial N° 118/06, en los que jurídicamente explica las innumerables falencias del mismo.

Veremos como en la actualidad la Comisión Nacional Reguladora del Transporte, supuestamente deseando facilitar la vida de las personas con discapacidad, ha creado verdaderos “guetos” y ha restringido infinidad de derechos, ya que obliga a que la persona con discapacidad se tenga que hacer presente ante la delegación de la CNRT más cercana, obligando a que una persona con las dificultades que poseemos quienes tenemos discapacidad tengamos que trasladarnos centenas de kilómetros para solicitar un pasaje, y repetir ese viaje en más de una oportunidad, y, en general, en transportes no adaptados.

Incluso la CNRT con sus 2 últimos administradores, ha desvirtuado por completo el Decreto Presidencial N° 38/04, hasta el punto de lograr que sólo el 6% de las personas con discapacidad reconocen que NUNCA se han quedado sin viajar, el 94% restante se ha quedado sin viajar, ya sea por deprimirse, porque no resistió tanto manoseo, porque le negaron el regreso, etc..... También estas últimas administraciones han tomado una interpretación muy egoístas y restrictiva del Decreto Presidencial N° 38/04, incluso hasta obligando a que el beneficiario sea en persona quien haga la solicitud, no importando si es menor o la gravedad de su discapacidad.

Espero que este tema logre satisfacer vuestras necesidades y sirva para ampliar los horizontes de quienes desconocen el tema y de quienes lo conocen.

⁸⁶ Supiot, Alain, Derecho del Trabajo, Bs. As., Heliasta, 2008, p. 80



EVOLUCIÓN DE LAS LEYES SOBRE TRANSPORTE Y ACCESIBILIDAD

"Nada de Nosotros Sin Nosotros", promueve la ONU, ya que es habitual que en lugares claves especializados en discapacidad sitúan a personas sin discapacidad, quienes no viven la discapacidad, es como nombrar a un ginecólogo en la dirección de la mujer.

Habitualmente las leyes mejoran los derechos, en nuestro caso se restringen e incluso se los intentan nulificar, como es el Artículo 4° del Decreto 188/06, o se discrimina como impunemente la CNRT creó el gueto de Retiro.

La Comisión Nacional Reguladora de Transporte, durante la administración del Contador Sícario ha elevado ante la Secretaría de Transporte de la Nación innumerables proyectos para eliminar el artículo 4° del Decreto Presidencial N° 118/06, en los que jurídicamente explica las innumerables falencias del mismo.

Las administraciones posteriores la CNRT han creado verdaderos "guetos" y ha restringido infinidad de derechos y violando otros.

La CNRT con sus 2 últimos administradores, ha logrado que sólo el 6% de las personas con discapacidad reconocen que NUNCA se han quedado sin viajar, el 94% restante se ha quedado sin viajar en alguna ocasión, ya sea por deprimirse, porque no resistió tanto manoseo, porque le negaron el regreso, por no tener dinero para pagar el viaje hasta la CNRT más cercana, etc.....

Esto es posible por la falta de controles, incluso por la negativa de las Defensorías del Pueblo, Defensa del Consumidor, e incluso INaDi, de actuar en la temática sobre discapacidad y transporte (también obras sociales, lo que da para otra ponencia).

Durante años se ha tratado a la discapacidad como enfermedad, y quien la poseía sólo podría integrarse a la sociedad luego de "curarse". Este concepto fue evolucionando hasta llegar a ser lo que es hoy, "la discapacidad es un estado de disminución de las personas ante la sociedad", y es obligación de los estados equiparar estas oportunidades. Nuestro país se ha quedado estancado en la "inclusión", pero se resiste a lograr la plena "integración", relegándonos a lugares "exclusivos", lo que conforma verdaderos "guetos".

Por suerte la Convención sobre los Derechos Humanos de las Personas Con Discapacidad, la ley 26.378 vino a cambiar esta visión, sólo falta educar a la sociedad.

El Decreto 38/04, regulatorio del artículo 20 de la ley 22.431 y modifica a los Decretos Nacionales N° 958/1992 y 656/1994. Su texto es muy rico, pero se dificulta su cumplimiento ya que los concesionarios de los servicios de transporte creen que les causa perjuicio, cuando en realidad no solo eso no sucede. La negativa del Ministerio de Transporte y de los empresarios de tratar el tema con profesionalismo hace que se mal interprete al los Decretos N°38/04 y 118/06, lo que redundo en un perjuicio tanto para los concesionarios del servicio como para las personas que pretende beneficiar.

Sin especialistas con discapacidad han creado al fatídico Decreto 118/06 PEN, quien en su artículo 4°, totalmente descolgado, sin seguir la temática del mismo decreto y sus considerandos, nos limita el derecho hasta hacerlo nulo, relegándonos a servicios ya inexistentes o de menor calidad, más incómodos y lentos .

Según la pirámide de Kelsen, en la cúpula se encuentra la Constitución y los Tratados Internacionales.

Recordemos a la Carta de la OEA que ha entrado en vigor el 25 de septiembre de 1997, y su Capítulo 7 Artículo 33; la Convención sobre los Derechos Humanos de las Personas Con Discapacidad (ley 26.378) en los incisos "e" y "h" de su preámbulo explica qué es la discapacidad y la discriminación. ¿caso cuando una persona con discapacidad se tiene que trasladar, por ejemplo, desde Zárate para ir en un colectivo no accesible hasta Retiro para solicitar un pasaje con destino a Misiones, tiene que volver a las 48 horas para ver si se lo adjudicaron, volver el día del viaje con no menos de 2 horas de antelación al viaje para que se lo



den (con 1:59 horas antes, dicen que lo anularon), tomar la unidad en Retiro, y, minutos más tarde esa misma unidad para en la terminal de Zárate a cargar gente, eso no lo siente como discriminación?.

Los invito a leer la ley 26.378, su riqueza es extrema y su claridad única, en especial cuando vemos las "obligaciones" de los estados como por ejemplo lo que expresa el artículo 4° de la ley 26.378 en su inciso "b", obviamente esto es más que suficiente para anular de plano el artículo 4° del decreto N° 118/06, pero, nos encontramos con mucha resistencia y desconocimiento por parte de los profesionales, los jueces, los legisladores, los funcionarios y los medios, quienes pareciera que se han quedado en un sistema asistencial en donde las personas con discapacidad solo tienen derecho a asistencias sociales, relegándonos a la mendicidad.

En el próximo escalafón jerárquico, encontraros la Ley 22.431 y a la Ley 25.635, la que no expresa limitación alguna. Luego el Decreto 38/2004 es quien regula a esta ley, y este en lugar de restringir calidades, motivos o destino, los amplía, ya que la OMS incluye a las vacaciones y al esparcimiento entre los derechos para mantener una plena salud.

Cuando habla de comodidades, podría interpretarse que deberá reglamentarse el asiento que ocupará quien posee la discapacidad, quizás que sea confortable; que no sea el más precario con asientos casi fijos, que no sea el que más paradas tiene (lechero) para llegar a un mismo destino, que sea el más cercano a la puerta, tal como dice la ley 24.314 en su artículo 22.

Continúa en la pirámide el decreto 38, el que es la base del derecho que viene a violar, e intenta anular en forma elíptica el tan fatídico decreto 118/06.

¿Cuál es el sentido del artículo 4° del decreto 118? pareciera ser que intenta anular de forma subrepticia todos los beneficios y los derechos que vino a promover el Decreto 38/04.

El Dr. Cáseres expuso: "Analizando el artículo 4° del Decreto 118/2006; De este enunciado puede interpretarse que la norma entraría dentro de la tipificación de programática y opuesta a una de carácter operativo."

Resulta ilógico pretender que se intentó, modificar una norma típicamente operativa (como es el Decreto 38/2004) por medio otra de carácter programático (como es el Decreto 118/2006).

Pretendo enfatizar lo dispuesto por el Artículo 75 inc. 23 De la Carta Magna.

No cabe duda la aplicabilidad del Decreto 38/2004. El que intentó concretar la real igualdad de oportunidades y de trato y el disfrute de los derechos que son reconocidos por la Carta y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos. Fue éste el espíritu de la norma sin duda alguna: equiparar al más débil dotándolo de una herramienta frente al resto de los ciudadanos, franqueándole solo una de las barreras, adeudando la accesibilidad tanto a la unidad de transporte, como al baño de la misma.

El artículo 42 de la Constitución Nacional en su primer párrafo reza: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno". Cuando no existe dignidad, ya que se centralizaron los pedidos de pasajes en un "gueto" creado por la CNRT en la terminal de micros, teniendo que tardar horas, y hasta días para solicitar un pasaje, más aún con restricciones ilógicas como que es el beneficiario en persona es quien debe hacer la solicitud, quien muchas veces no puede trasladarse por estar internado, convaleciente, o porque ni la ciudad ni la terminal ni el transporte cumple con el diseño universal, que exige la ley, necesario para que uno pueda disponer libremente de trasladarse; ni que hablar del desgaste que produce mendigar por horas por un derecho mientras que quien debe controlar se comporta como socio de quien nos lo niega.

Tal como concluye el Dr. Cáseres en el expediente N° S01:172780/2008: *de conformidad con la compilación normativa descripta, ... respecto del tipo y calidad de servicio al cual tiene libre acceso la persona con*



discapacidad; como tampoco respecto al número permitido de discapacitados por unidad; así como el ascenso y descenso de las personas con discapacidad en todas las paradas tanto terminales como intermedias, de igual forma se realizará el expendio del pasaje en las mismas ventanillas que realizan la venta y en los mismos horarios que la atención al público. Por supuesto que siempre y ante cada hecho además de que se aplique el conjunto de normas analizado, deberá jugar por parte de quien lo haga el sentido común y la sana crítica, que es la base de la cual partió el legislador al momento de reglar todos estos derechos y obligaciones.

La Familia Armando Palavecino, quienes todos sus integrantes utilizan silla de ruedas se presentó ante la justicia con el amparo Amado Mónica Beatriz y otro vs ESTADO NACIONAL /s. Amparo ley 16986. CSJN, Causa A.1021 XLIII. 01/06/2010; logrando el fallo que promoveremos para que se replique para todo el universo de las personas con discapacidad.

Según mi propia interpretación los únicos casos que quedan excluidos de la gratuidad de traslado en el decreto 38/04 es cuando ese traslado sea grupal, y el otro es cuando el traslado se hace por una orden médica, ya que en ese caso son las respectivas Obras Sociales las que deben cumplir el 100% de lo solicitado por el profesional, quien puede exigir el tipo de transporte necesario (privado, taxi, remis, auto particular, ambulancia, o público, aéreo, terrestre o fluvial).

No se puede imponer ningún tipo de limitación.

Según relato del Dr. AGÜERO "Todas las personas con discapacidad tienen derecho a la cobertura integral de sus prestaciones básicas, la ley no requiere ningún grado de discapacidad ni discrimina en tipos de discapacidades.

Lamentablemente, pese a la existencia de un sistema perfecto, que otorga repetidos, cobertura total, los encargados de ella no lo cumplen, tratan de evadir su obligación como ocurre siempre en todos los campos. Es por ello que la vía más expeditiva es la justicia, a través de una Acción de Amparo."

Podemos notar que siempre las personas con discapacidad ven vulnerados sus derechos, y cuando se intenta luchar por su cumplimiento somos víctimas de mentiras y connivencias entre funcionarios y empresarios que usufructúan concesiones adjudicadas por el estado. También luchamos por no poder conseguir patrocinio gratuito de los abogados para luchar contra estos poderosos "enemigos", quienes actúan impunemente al vernos desprotegidos.

Al ver tanto desprecio por los Derechos Humanos, y al encontrarse sobrepasado por la falta de respuesta de la Secretaría de Transporte de la Nación para expedirse por la inaplicabilidad del artículo 4° del decreto 118, el entonces interventor de la CNRT, el Contador Sícaro, junto a un grupo de expertos con discapacidad firmaron la Resolución de la CNRT N° 0583/11, con la que creó el CENTRO DE RESERVAS DE PASAJES GRATUITOS PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD; el cual tenía una misión loable, que era que las personas con discapacidad pudieran realizar sus reservas de servicios por medio de internet, evitándose inconvenientes. Lamentablemente poco después el Contador Sícaro fue desplazado, y desde ese momento la CNRT tampoco cuenta con especialistas. Los interventores posteriores malinterpretaron esta resolución, haciéndola mutar de un beneficio hacia una grave violación de los Derechos Humanos. Actualmente la Gerencia de Calidad de la CNRT se escuda en esta resolución para respaldar el "gueto" que hicieron en la terminal de micros de Retiro, y obligando ilegítimamente que todas las personas con discapacidad del país tengan que trasladarse hasta una terminal en donde haya una delegación de la CNRT para que esta delegación en horarios restringidos sean quienes deciden quién viaje, desde dónde hasta dónde, en qué empresa y cuándo, incluso en casi la totalidad de los casos, negando el regreso; recordemos el 3° párrafo del artículo 1° del decreto 38/04

BIBLIOGRAFIA:



INFOLEG; Leyes

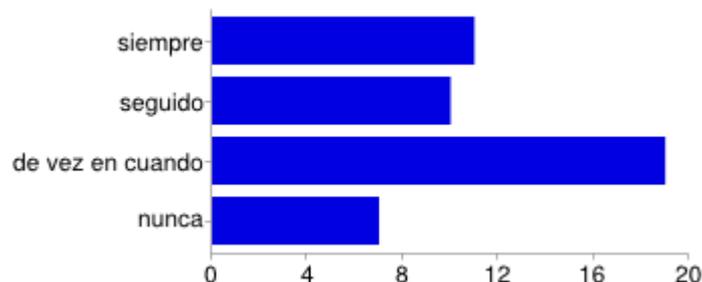
Actas y resoluciones de la CNRT

Estudios propios

Agradezco a Melody Escudero Amado por la resolución de la Corte Suprema.

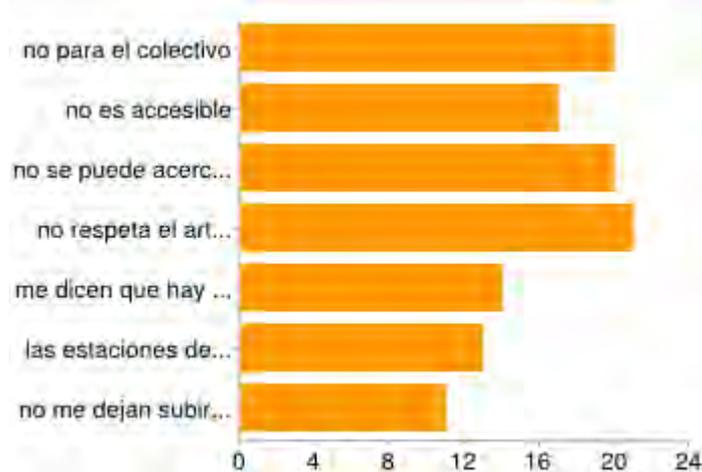
GRAFICOS, según encuesta propia:

¿Alguna vez ha tenido problemas en transporte público?



siempre	23%
seguido	21%
de vez en cuando	40%
nunca	15%

¿Qué inconvenientes ha tenido en el urbano?



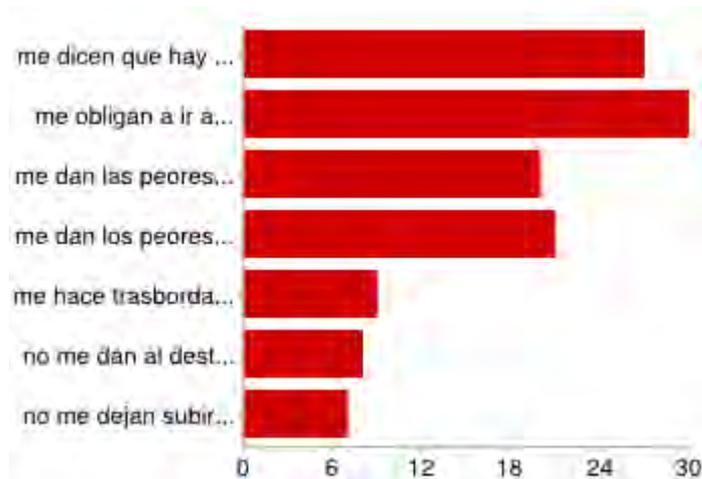
no para el colectivo	17%
no es accesible	15%
no se puede acerc al cordón	17%
no respeta el art 54 de la ley de transito (parar en todas las esquinas)	18%
me dicen que hay cupo	12%
las estaciones de trenes NO tienen accesibilidad	11%



no me dejan subir sin acompañante

9%

¿En Larga Distancia?



me dicen que hay "cupo"

27 22%

me obligan a ir a Retiro u otra terminal lejana aunque hay parada cerca

30 25%

me dan las peores categorías

20 16%

me dan los peores horarios

21 17%

me hace traspordar, no me dan pasaje directo

9 7%

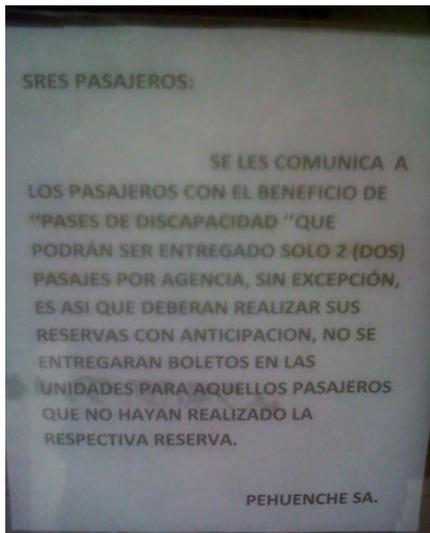
no me dan al destino deseado

8 7%

no me dejan subir sin acompañante

7 6%





Síntesis viernes 30 de Mayo Subcomisión 2 Coord. Damiani, Viviana y Simiele, Marina

En la subcomisión 2 de la mesa del día viernes 30 de mayo se expusieron 6 ponencias. El eje fundamental de debate se encontró en primer término en el efectivo conocimiento de los Derechos por parte de las PCD, para poder exigir su cumplimiento.



Se suscitaron debates muy enriquecedores en torno a:

- discapacidad intelectual en las cárceles, contradicción entre las normas y los hechos.
- ausencia del Estado en las cuestiones habitacionales, fallos por acceso a la vivienda digna y obstáculos.
- cobertura de obras sociales y prepagas. Jurisprudencia de la Corte Suprema.

Por último, destacamos la participación en nuestra mesa de los alumnos del CPO "Discapacidad y Derechos" que se encuentra a cargo del Dr. Juan Seda que han presentado sus trabajos de investigación sobre diferentes temas de interés elegidos.

DISCAPACIDAD Y EL DERECHO A LA SALUD

FALDUTI, Esteban

Estudiante, Derecho - UBA

estebanfalduti@gmail.com

Objetivo: El presente trabajo intentará analizar y resumir la posición de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, respecto de la Ley 24.091 y la Convención (Ley 26.378), fijando criterios de ponderación objetivos en distintos precedentes.

1- Los Pactos Internacionales, en materia local.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, (Ley 26.378), entendida como una convención de marco jurídico específico, son pocos los precedentes en que se refiere específicamente a la Convención.⁸⁷ Desde la reforma de nuestra Constitución en 1994 hasta ahora, se ha avanzado mucho en D.H. y de Personas con Discapacidad, y que si bien se siguen observando desigualdades, los inferiores a la Corte resuelven mediante la aplicación de legislación tratados y jurisprudencia, siendo cada vez menos los casos que llegan a nuestro Máximo Tribunal.

2- La Responsabilidad Internacional como fuente de Deberes del Estado.

Nuestro Máximo Tribunal se ha pronunciado en numerosas oportunidades respecto de la responsabilidad internacional en la que podría incurrir el Estado Argentino respecto de la inobservancia de los derechos y obligaciones a cargo del mismo.⁸⁸

En el fallo *M.S.G. c/ F.A.A. s/amparo*, cuya pretensión estaba destinada a que la obra social se hiciera cargo del tratamiento integral de una menor con discapacidad, **Ley 24.901**, La Corte entendió: que conciernen al Estado, la índole de las obligaciones en su condición de garante primario del sistema de salud. Funda la decisión de acoger la demanda en deberes de solidaridad que emanarían de los compromisos internacionales asumidos por el Estado en materia de discapacidad.

3- Acción de Amparo como vía idónea.

Lo que muchas veces se ha cuestionado en materia de amparo es si resulta o no el medio judicial más idóneo.

⁸⁷ <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=realizaConsulta> Ley 26378 o Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad = frase exacta.

⁸⁸ La aplicación de los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos. Christian Courtis. C.E.L.S. 2007.



En el fallo P., S.E. c/ C.N.A.I.P.D. s/ Amparo, la Corte entendió que: *“que la sentencia que rechaza el amparo es asimilable a definitiva cuando se demuestra que produce agravios de imposible o dificultosa reparación ulterior, particularmente pertinente en materias como la preservación de la salud y la integridad física”*.

Con similares fundamentos, en el fallo L., S. R c/ I.S.S. (Tucumán) 10/12/2013: *“la búsqueda de soluciones congruentes con la urgencia ínsita en los temas de asistencia integral de la discapacidad, para lo cual deben encauzar los trámites por carriles expeditivos y evitar que el rigor de las formas conduzca a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional”*.

4- El Estado de Vulnerabilidad como supuesto en las Enfermedades de Salud Mental

Podemos decir que las afecciones a la Salud Mental que involucran a la capacidad de hecho, deben analizarse profundamente, a fin de no producir un perjuicio cierto e irreparable.

En el fallo “Recurso de hecho P., C.F. s/insania del 10/08/2010 se dispuso la internación en una institución de salud mental en la Localidad de Mercedes, La Corte entendió que: *“el respeto de la regla del debido proceso debe ser observado con mayor razón en el caso de personas con sufrimiento mental debido al estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el que éstas se encuentran frecuentemente”*.

El Juez debe ponderar de manera regular la evolución de una persona internada por problemas de salud mental a efectos de poder ordenar su egreso en caso de que dicha evolución así lo amerite.

5- Conclusiones

El presente trabajo intentó expresar los principales lineamientos de la Corte en materia de las Leyes 24.901 y la Convención (Ley 26.378).

Objetivo: El presente trabajo intentará analizar y resumir la posición de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante la Corte), respecto de los beneficios y prestaciones amparadas en la Ley 24.091 – Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad- y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (a través de la Ley 26.378), fijando criterios de ponderación objetivos en distintos precedentes.

1- Los Pactos y Convenciones Internacionales, en materia local.

El 2 de Septiembre de 2008, a partir de su ratificación en sede internacional, se incorporó al derecho interno la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, entendida como una convención de marco jurídico específico. De los casos en que la Corte ha analizado cuestiones que traten sobre la materia, son pocos los precedentes en que se refiere específicamente a la Convención y en su caso, a la interpretación de la misma al caso en cuestión.⁸⁹ Haciendo un breve análisis del marco jurídico de la Convención, más allá de los derechos que esta consagra y las obligaciones que los Estados Parte asumen, se observa como interés superior general al derecho de igualdad y dignidad de las personas con discapacidad como bien jurídico protegido, adhiriendo incluso a los derechos y garantías establecidos en otros Instrumentos Internacionales de Protección de Derechos Humanos. De acuerdo a lo expresado, y lejos de ser una crítica al desempeño del Máximo Tribunal, resulta pertinente señalar que desde la reforma de nuestra Constitución en 1994 hasta ahora, se ha avanzado mucho en materia de Derechos Humanos y de Personas con Discapacidad, y que si bien se siguen observando desigualdades y situaciones al que el “derecho” debiera prestar más atención, los Tribunales inferiores a la Corte resuelven

⁸⁹ <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=realizaConsulta> Ley 26378 o Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad = frase exacta.



mediante la aplicación de legislación tratados y jurisprudencia en la materia, siendo cada vez menos los casos que llegan a nuestro Máximo Tribunal.

2- La Responsabilidad Internacional como fuente de Deberes del Estado.

Nuestro Máximo Tribunal se ha pronunciado en numerosas oportunidades respecto de la responsabilidad internacional en la que podría incurrir el Estado Argentino respecto de la inobservancia de los derechos y obligaciones a cargo del mismo, en materia derechos humanos como fuente principal de otros derechos como el derecho a la salud y en el caso particular que voy a citar, en lo referido a las personas con discapacidad.⁹⁰

En el fallo *Martín, Sergio Gustavo c/ Fuerza Aérea Argentina –Dirección General de Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/amparo 2002*, cuya pretensión estaba destinada a que la obra social de la fuerza se hiciera cargo del tratamiento integral de una menor con discapacidad, pese a no haber adherido al Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral de la **Ley 24.901**, La Corte entendió: que conciernen al Estado no solo en el plano constitucional, sino también en el orden internacional, la índole de las obligaciones en su condición de garante primario del sistema de salud. Asimismo, el Procurador funda la decisión de acoger la demanda en deberes de solidaridad que emanarían de los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional en materia de asistencia integral a la discapacidad, y del interés superior del niño, reiterando: *la impostergable obligación de la autoridad pública de emprender, en este campo, acciones positivas, especialmente en todo lo que atañe a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que requieran los infantes, con particular énfasis a aquellos que presenten impedimentos físicos o mentales.*

Atento a ello, cabe mencionar que uno de los argumentos fuertes que utiliza la Corte al momento de dirimir cuestiones que tienen que ver con derechos o prestaciones sobre discapacidad, es la responsabilidad internacional como fuente de obligaciones para el Estado Argentino.

3- Acción de Amparo como vía idónea.

La Acción de Amparo se encuentra establecida en el Art. 43 de nuestra Constitución Nacional. Dicho artículo dice: “Toda Persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, *siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo* contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares...”.

La Corte se ha pronunciado al respecto en distintas contiendas y ha sentado jurisprudencia respecto de los requisitos de admisibilidad y efectividad de la acción. Lo que muchas veces se ha cuestionado en materia de amparo es si resulta o no el medio judicial más idóneo, motivo por el cual deben ponderarse distintos supuestos de hecho y de derecho.

Centrándome en el objetivo del presente análisis, en el fallo *L., S. R y otra c/ Instituto de Seguridad Social de la Provincia (de Tucumán) 10 de Diciembre de 2013*, la Corte ha sentado un precedente (a mi criterio) importante sobre los requisitos de admisibilidad del amparo, en donde estaban en juego las prestaciones derivadas de la Ley 24.091 de un menor con discapacidad. En este caso, el Tribunal Superior de Justicia de Tucumán rechazó la petición argumentando que no se habían agotado las vías administrativas pertinentes, que en cuanto al carácter previsional de la pretensión, debía canalizarse por proceso ordinario y que dicha decisión no era susceptible de revisión por la Corte en razón de los requisitos de admisibilidad de la Ley 48. El Recurso de Queja llegó a la Corte, citando su jurisprudencia en materia de amparo se declaró competente diciendo: “*Aun cuando las resoluciones donde los más altos tribunales provinciales deciden acerca de los recursos locales, no son susceptibles de revisión en los términos el art. 14 de la ley 48, cabe*

⁹⁰ La aplicación de los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos. Christian Courtis. C.E.L.S. 2007.



hacer excepción a esta regla si lo decidido implica un mero formulismo, que lesiona las garantías constitucionales y conduce a una restricción sustancial de la vía utilizada, sin fundamentación adecuada (Fallos: 326:1958). Asimismo, en cuanto al fondo del asunto: “incumbe a los jueces la búsqueda de soluciones congruentes con la urgencia ínsita en los temas de asistencia integral de la discapacidad, para lo cual deben encauzar los trámites por carriles expeditivos y evitar que el rigor de las formas conduzca a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional”.

Con similares argumentos, en el fallo *P., S.E. c/ Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas y otro s/ Amparo, de fecha 27 de Mayo de 2009*, en donde también se discutía el alcance de las prestaciones de Salud y Educación de un menor, en cuanto a la vía de amparo como vía idónea para el reclamo de prestaciones derivadas de la Ley 24901, la Corte entendió: *“corresponde señalar que tiene dicho este Tribunal –como principio- que la sentencia que rechaza el amparo es asimilable a definitiva cuando se demuestra que produce agravios de imposible o dificultosa reparación ulterior, por la presencia de arbitrariedad manifiesta, al incurrir en un injustificado rigor formal”... “particularmente pertinente en materias como las que trata el sub lite relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física (considerando Nº 6)”.*

De acuerdo a lo expresado por nuestro Máximo Tribunal, resulta claro que cuando se encuentran en juego derechos y prestaciones a favor de personas con discapacidad, los requisitos de admisibilidad y cuestiones formales que hacen a la acción de amparo deben ser dejados de lado y resolver sobre el fondo del asunto, considerando fundamentalmente su estado de vulnerabilidad: *“En ese sentido, la existencia de otros mecanismos procesales alternativos no puede ponderarse en abstracto, sino en relación con la situación puntual sujeta a juzgamiento. En este caso, más allá de las alegaciones formuladas en ese orden, la propia índole de la enfermedad que aqueja al niño lleva a pensar que la sola dilación ocasionará un agravio de imposible o dificultosa reparación ulterior” (L., S. R y otra c/ Instituto de Seguridad Social de la Provincia (de Tucumán) 10 de Diciembre de 2013).*

4- El Estado de Vulnerabilidad como supuesto en las Enfermedades de Salud Mental

Si bien resulta complejo precisar un concepto de Discapacidad, más allá de los parámetros de los compendios de normas que hablan al respecto, podemos decir que es un concepto amplio y que comprenden distintos tipos de situaciones, cuyo examen desde punto de vista del derecho debe tener especial atención a las circunstancias del caso concreto.

Lejos de analizar o comparar distintos tipos de discapacidad, podemos decir que las discapacidades “mentales” que involucran a la capacidad de hecho en cuanto al discernimiento, intención y libertad, deben ponderarse todas las situaciones de hecho y de derecho, a fin de no producir un perjuicio cierto e irreparable o vulnerar Garantías Constitucionales expresamente consignadas.

En el fallo *“Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de C.F.P. en la causa P., C.F. s/insania del 10 de Agosto de 2010”*, en la cual se procedió a la internación de C.F.P. ante el fallecimiento de su Madre y la falta de familiares, se designó curador oficial y se dispuso su internación en una institución de salud mental en la Localidad de Mercedes, Pcia. De Buenos Aires. Atento a la lejanía y la demora en el trámite de los informes médicos y sociales, y con el fundamento de preservar la inmediación del juez con el incapaz, le solicitó al Juez Nacional que reconsiderara su competencia, entendiéndolo éste que no era necesario ya que se venían cumpliendo en tiempo y forma con los deberes de asistencia y controles. La Corte entendió que: *“cabe resaltar como relevantes para el presente caso, el derecho al control jurisdiccional periódico sobre los motivos de la internación –a los efectos de estudiar si las condiciones que determinaron su reclusión se mantienen o se modificaron en el tiempo–... el derecho a la reinserción comunitaria como un eje de la instancia terapéutica, el derecho al egreso. Y continúa diciendo: “La distancia entre el lugar de internación*



del causante y el juzgado interviniente ha impedido que C.F.P. pueda tomar contacto continuo con el juez, lo que redundaría en la imposibilidad de ser oído por este".

El criterio del Máximo Tribunal en el caso concreto, citando incluso precedentes anteriores de casos similares es que el Juez debe ponderar de manera regular la evolución de una persona internada por problemas de salud mental a efectos de poder ordenar su egreso en caso de que dicha evolución así lo amerite. De lo contrario, se estarían vulnerando todo tipo de garantías tales como la libertad y el debido proceso.

5- Conclusiones

Por todo lo expuesto hasta aquí, habiendo citado previamente distintos precedentes cuyo eje central son los derechos de personas con discapacidad y el derecho a la salud, concluyo mi análisis expresando: 1) Que la Acción de Amparo resulta una vía idónea para que se declare el reconocimiento de derechos o prestaciones a favor de personas con discapacidad, aun con presidencia de las cuestiones de forma. 2) Que la responsabilidad internacional en la que puede incurrir el Estado Argentino ante la inobservancia de los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales en materia de discapacidad, resulta un argumento fuerte al momento de dirimir controversias y que 3) Que ante una declaración de insania y de internación involuntaria, atento al estado de vulnerabilidad y desprotección, se debe extremar el principio de inmediatez de la jurisdicción en resguardo de los derechos fundamentales de la persona.

DERECHO A LA INFORMACIÓN

MORALES, María
Estudiante, Derecho – UBA
tototo_02@hotmail.com

Todo el mundo sabe que a las personas con discapacidad, como les cuesta luchar para que sus derechos sean reconocidos, no debería ser así pero todos sabemos lo que sucede en la realidad. Cada uno buscara la mejor forma para conseguirlos, unos correrán con mejor suerte que otros llegando a ello en un tiempo que sea razonable o no, pero algún día, por más complicado que se vean obtendrán resultados.

Pero a los que quiero referirme es aquellas personas que también son discapacitadas, pero que vilmente fueron olvidadas o expulsada de un sistema que dice ser integral e igualitario. Tal vez algunos tienen conocimiento de que se trata y tengan la posibilidad de acceder a ello aunque sea en forma muy precaria.

Pero enfoco mi atención y centro mi angustia e impotencia en aquellos que jamás van a disfrutar esos derechos, por la simple razón que ni siquiera saben que existen, derechos, como la ley 24434 y ni muchos menos que existe una convención. Quizás alguno dirá que es muy exagerada mi apreciación, en este tiempo que transitamos, en la cual la comunicación se hace masiva a través de varios medios tecnológicos que cualquiera podría acceder a informarse, pero lamentablemente no es así.

Pareciera ser tener acceso y disfrutar de esos derechos, es como ser tocado por una varita mágica o peor aun que estas leyes se transformen en un privilegio de pocos. Esto nos convierten en cómplice de un sistema perverso utilizo esta expresión porque una sociedad que tiene normas para unos y para otros no, por causa de su mala difusión sus destinatarios se convierten en privilegiados de hoy y de mañana, por su limitado alcance.

Todos nos ponemos muy contentos y aplaudimos cuando se crean más leyes más organizaciones ya sean gubernamentales o no, proyectos, como por ejemplo el 13 mayo 2014 se debatió en la comisión de diputados al frente del diputado Agustín Pórtela sobre una ley integral de discapacidad en donde se va a recopilar todas la leyes sobre discapacidad que están desperdigadas por todo nuestro ordenamiento



jurídico, creando una gran expectativa para el que la espera, pero que seguro tendrán un futuro incierto si todas juntas no pueden hacer lo primordial y principal de esta tarea que difundir e informar que existen estos derechos y que están a disposición para el que quiera ejercerlos y hacerlos valer.

Todos debemos, la sociedad en general, tomar conciencia, el lugar que ocupamos y como ocuparnos para que esta tarea sea de todo que sea integral en todos los sentidos y ellos cada día sientan menos impotencia de las que ya tienen.

DISCAPACIDAD INTELECTUAL EN LAS CÁRCELES

RICCI, María Jimena

Estudiante, Derecho - UBA
ricci202@est.derecho.uba.ar

Palabras clave: discapacidad intelectual, inimputabilidad, cárcel, privación de la libertad, incompatibilidad normativa, Convención, inconstitucionalidad, insania, indeterminación de la pena.

Al día de la fecha, contrariamente a los establecidos en normas tanto legales como supraleales y hasta del bloque constitucional, hay personas con discapacidad mental, declaradas inimputables, detenidas en el Servicio Penitenciario Federal.

La idea de este trabajo es comparar la realidad, los hechos, con la legislación vigente. Comparar el ser con el deber ser. Para llevar a cabo el mismo, planeo, además de ir a las cárceles personalmente, trabajar con textos y documentación sobre el tema en cuestión y tener entrevistas con especialistas –médicos y psicólogos- que abordan o trabajan en esta misma cuestión.

El Estado argentino se ha comprometido “asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad” (Convención de los Derechos de Personas con Discapacidad, en adelante CDPC, ratificada por Argentina) y de “abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles” con la CDPC y con cualquier otro tratado de derechos humanos ratificado.

Si entendemos que la inimputabilidad significa que no se le puede imputar un hecho a alguien, no se lo puede responsabilizar penalmente por no comprender totalmente su acto o las consecuencia de éste al momento en que lo accionó, se sobreentiende que no se lo puede condenar a la ejecución de la pena privativa de la libertad por este hecho cometido. Es el mismo Código Penal argentino, en su art. 34, que norma la imposibilidad de punir a personas a las que no se les puede imputar el hecho que cometieron.

Las personas que por sentencia judicial tienen declarada la insania, son personas que para el derecho argentino pasan a tener demencia psicojurídica, según el art. 141 CC. Razón por la cual, para nuestro derecho, carecen de discernimiento, intención y voluntad. Estas personas son incapaces, inhábiles, y desde el momento de la sentencia de insania, precisan de un representante –curador- que actúe en su nombre.

En este trabajo no voy a analizar la veracidad o no de esta afirmación. Simplemente voy a tratar de mostrar la incoherencia y contradicción entre las normas y los hechos, hechos legales, porque son emanados de autoridad competente y con fundamento legal, y al mismo tiempo ilegales y hasta inconstitucionales porque a pesar de estar fundados en ley, van en contra de otras normas de igual o mayor jerarquía.

Para empezar, hay que dejar en claro el tema de inimputabilidad. Se suele usar la palabra “inimputable” como adjetivo de una persona. Pero correctamente usado, en el mundo del derecho, lo imputable o inimputable no es la persona sino un hecho que la persona haga.



Para que un hecho ilícito sea o no imputable a una persona se tienen que dar 2 condiciones.

Primero, el sujeto debe haber podido comprender que lo que hacía era antijurídico.

Segundo, además de la comprensión antedicha, debe tener la capacidad de adecuar su conducta a esa comprensión de antijuridicidad. Ante esta situación, se considera que hay incapacidad de autodeterminación.

Si alguna de estas 2 condiciones estuviese ausente, no se le podría reprochar el injusto al autor del hecho.

Ante la omisión de la primera condición, la imputación no sería posible porque el autor no comprende la antijuridicidad de su actuar. A falta de la segunda condición, se encuentra restringido el ámbito de autodeterminación de la persona, razón por la cual tampoco existe culpabilidad. Ya que una de las condiciones que deben darse para que haya culpabilidad es que haya libertad (inexistente en este segundo supuesto).

Frente al descarte de la culpabilidad, a ninguna persona se le puede imputar un injusto.

Comencé el trabajo con la idea de comparar la normativa vigente con la realidad fáctica. Pero una vez comenzado, me di cuenta que las propias fuentes del derecho –específicamente la legislación, los tratados y la jurisprudencia vigente- pueden dar lugar a contradicción, dependiendo de la forma en que se las interprete y más aún, en la forma en que se las aplique.

El objetivo del trabajo es mostrar la incongruencia entre las distintas fuentes del derecho argentino, local e internacional, en relación al colectivo de las personas que sufren de discapacidad intelectual o que se les ha declarado la inimputabilidad de un hecho pero que igualmente se encuentran dentro del ámbito carcelario a consecuencia de este hecho que no se les puede imputar.

Comencemos por el art. 34 del Código Penal. El mismo norma que no son punibles, entre otros, "*...el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones...*", y se sigue leyendo que "*en caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que lo hicieron peligroso...*"

A mi entender, esto significa que el juez penal puede privar de libertad a la persona que cometió un ilícito y que no se le puede imputar debido a su condición psíquica, y fundamentar dicha decisión en el art. 34 CP. Pero lo que encuentro no menos pavoroso pero sí más contradictorio, es la comparación de esta legislación con el Código Civil y la ley de salud mental. Estas últimas 2 normas prevén un mecanismo exhaustivo por el cual se puede llegar a la privación de la libertad de una persona en contra de su voluntad (art. 482 CC y ss y ley 26657), y en ninguno de ellos se plantea la posibilidad de que un juez penal pueda decidir sobre la libertad física de una persona que no se considera que esté en pleno uso de sus capacidades intelectuales. Dicha decisión, según la normativa vigente, a mi entender, debería ser tomada por un juez civil con ayuda de un grupo de profesionales que lo auxilien con la información correcta respecto a la situación del sujeto en cuestión.

Asimismo, de la lectura del art. 34 del CP se desprende el concepto de peligrosidad que utiliza este código para normar. Este tipo de contenido ya ha sido reiteradamente declarado inconstitucional en variada jurisprudencia, así como criticada por respetables juristas y prohibida por tratados internacionales de derechos humanos y por la propia Constitución Nacional.

En el fallo Gramajo se declaró la inconstitucionalidad del art. 52 del CP que establece una pena accesoria por tiempo indeterminado a la pena principal. En ese fallo, se ha sostenido que "*la reclusión por tiempo*



indeterminado no puede sino encuadrarse en la categoría que abarca a las penas de encierro. Y ello no sólo porque comparten la común naturaleza sino también porque el instituto cuya inconstitucionalidad fue censurada importa una privación de libertad más severa y gravosa que cualquier otra sanción restrictiva de la libertad. Afirmar que la reclusión por tiempo indeterminado carece de naturaleza penal importa un apartamiento palmario de la garantía constitucional a ser juzgado y recibir castigo por un hecho previamente declarado ilegítimo por la norma que habilita la sanción que se imponga⁹¹”.

Si bien este no fue un caso en que la persona sufría de discapacidad intelectual, el tema de reclusión por tiempo indeterminado es perfectamente trasladable al plano del colectivo sobrevulnerado de las personas a las cuales se les encontró inimputable el hecho por el cual se les trató de juzgar, cuando estas personas son encerradas con fundamento en el art. 34 del mismo cuerpo legal.

Lo que sucede con ellas es que se les aplican “medidas de seguridad” a fin de esconder a los “locos” de la sociedad “normal”. Como el Estado no los puede penar, porque al no contar con alguna de las 2 condiciones mencionadas al comienzo del trabajo, no se les puede imputar el ilícito, se cambió el discurso, y el nombre de la pena pasó a ser: medida.

Al aplicar estas medidas de seguridad, al sujeto se lo priva de libertad, contra su voluntad, por orden de un juez penal, en una cárcel –ni siquiera en un manicomio- y por tiempo indeterminado.

Es la Carta Fundamental la que establece que *toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos –a los internos- más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice⁹²*. Y fue la Corte Suprema de la Nación la que señaló que *“tanto el principio de proporcionalidad como el propósito de respetar el principio de igualdad, que se buscó con la declaración d inimputabilidad, se ven seriamente comprometidos debido a que se muestra como irrazonable que una persona a la que el Estado no quiere castigar, se vea afectada en sus derechos en una medida mayor de la que le hubiese correspondido de haber sido eventualmente condenada como autor responsable”⁹³*

Asimismo, la cuestión de la peligrosidad y del derecho penal de autor están ya más que prohibidos en nuestro país, pero así y todo siguen aplicándose. Ambos términos están íntimamente relacionados.

En el fallo Gramajo mencionado anteriormente, la Corte dice que *una medida de seguridad fundada en la peligrosidad del agente, no es admisible constitucionalmente: (a) en principio, no lo es porque la peligrosidad, considerada seriamente y con base científica, nunca puede ser base racional para la privación de la libertad por tiempo indeterminado; (b) tampoco lo es, porque la peligrosidad, tal como se la menciona corrientemente en el derecho penal, ni siquiera tiene esta base científica, o sea, que es un juicio subjetivo de valor de carácter arbitrario; (c) por último, no lo es, porque la pretendida presunción de peligrosidad confirma que en el fondo se trata de una declaración de enemistad que excluye a la persona de su condición de tal y de las garantías consiguientes.*

La peligrosidad, referida a una persona, es un concepto basado en un cálculo de probabilidades acerca del futuro comportamiento de ésta. La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que *“La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictivos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo —con pena de muerte inclusive— no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. El pronóstico será efectuado, en el mejor de los casos, a partir del diagnóstico ofrecido por una pericia*

⁹¹ Fallo Gramajo, CSJN, 5 de sep. de 2006.

⁹² Artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina

⁹³ Fallo R.,M.J. s/ insania, CSJN, nro. 1195, XLII.



*psicológica o psiquiátrica del imputado*⁹⁴". Así también se estaría aplicando el derecho penal de autor, contrariamente a lo que se supone que es el derecho penal en Argentina, esto es, el derecho penal de acto. En el derecho penal de acto, se juzga el acto que cometió una persona. Por el contrario, en el derecho penal de autor no se juzga el acto cometido, sino a la persona misma, por su historial, antecedentes, forma de pensar, personalidad, etc. O sea que la calidad o personalidad del autor constituye un elemento tipificante de la acción jurídicamente censurada. Implicaría una perspectiva determinista del sujeto, en la cual se afirma su ineludible destino delictivo prescindiendo de su propia voluntad.

Siguiendo esta misma idea, la Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones del Ministerio de Salud de la Nación dictaminó que *"la peligrosidad –entendida como la determinación de la posibilidad de futura comisión de daños- no puede ser fundamento de la continuidad de la medida de seguridad dispuesta en el caso. En ese sentido, los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, consagraron como estándar aplicable que la privación de la libertad no puede basarse en la sola peligrosidad*⁹⁵. *Es además posición de esta Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones que carece de base científica la determinación individual de peligrosidad. La Ciencia Psicológica no posee herramientas para determinar la peligrosidad, ya que esta conlleva la necesidad de predecir una conducta a futuro*⁹⁶".

La ley de salud mental norma que la internación debe ser considerada como un recurso terapéutico de carácter restrictivo y sólo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario o social.

La realidad actual de nuestro país muestra que al día de la fecha existen internos en unidades carcelarias que se les ha declarado la inimputabilidad basados en el art. 34 del CP. En ninguno de estos casos se han fundamentado con lógica las razones por las cuales se dejan de lado los preceptos constitucionales anteriormente mencionados para darle lugar a la privación de la libertad. No encuentro fundamento suficiente para priorizar el supuesto cuidado que podrían llegar a otorgar las medidas de seguridad para dejar de lado principios como el de la libertad, igualdad, proporcionalidad, legalidad, vida digna y otros tantos que se suponen de mayor jerarquía que una ley del Congreso Nacional. Eso sin mencionar que estas decisiones, a mi criterio, van en contra de los derechos humanos garantizados internacionalmente, y del buscado halo garantista que se le quiere dar a nuestra Constitución conjuntamente con los pactos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad.

La ley 26.657 trata de cambiar el hecho de que a las personas con discapacidad intelectual se las confina por peligrosidad. Así es que alude a internaciones terapéuticas si es que se corre un riesgo de daño grave, "cierto e inminente", como único legitimador de una internación involuntaria o forzosa. De esta manera se trata de sustituir el criterio de internación involuntaria que se sustentaba en la noción de peligrosidad para sí o para terceros por la "constatación de riesgo de daño cierto o inminente". La norma implica un intento de pasaje de un modelo facilitador de reclusiones involuntarias innecesarias a uno restrictivo y sólo autorizado como último recurso terapéutico.

Me tome la libertad de buscar en el diccionario de la Real Academia Española el significado de cierto y de inminente.

Con respecto a "cierto", encontré lo siguiente: adj. Conocido como verdadero, seguro, indubitable. Y en relación a inminente, lo que a continuación expongo: adj. Que amenaza o está para suceder prontamente. Y prontamente significa: f. Celeridad, presteza o velocidad en ejecutar algo. O sea, ya, inmediatamente.

⁹⁴ CIDH, Serie C Nº 126 caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005

⁹⁵ Fallo Gramajo CSJN y Fallo Fermin Ramirez v. Guatemala de la CIDH

⁹⁶ Dictamen de fecha 4/4/2011 bajo nro. 1030



De esto se desprende que la única razón con suficiente sustento para privar de libertad a una persona de este colectivo sería que se estuviese completamente seguro de que esa persona esté por cometer algún daño grave en la inmediatez. Pero como ya se dijo, es imposible estar seguro de que una persona va a hacer o no hacer algo en el futuro. Solo hay probabilidades del mismo.

Con todo lo hasta aquí expresado, llego a la conclusión de que a nivel normativo, si se respetasen las jerarquías, el principio general sería que la libertad física de la persona con discapacidad intelectual y la excepción se utilizaría como última ratio *“con arreglo a los procedimientos oficiales... y sólo cuando sea el único medio disponible para impedir un daño inmediato o inminente al paciente o a terceros⁹⁷”*.

Si se diesen estos extremos, considero que ante la obligación del juez penal de declarar la inimputabilidad del sujeto –art. 34 CP- a fin de respetar sus derechos, el mismo debería inmediatamente darle intervención al juez civil, que se supone que es experto en el tema y que debería contar con un grupo de especialistas en el tema (peritos psiquiatras, psicólogos, etc.), o que al menos debería estar más capacitado en esta cuestión que el juez penal, ya es el juez civil quien, según lo normado (si se interpretan las normas como un conjunto, y no a cada una aisladamente). Si se considera que una persona puede llegar a ser agresiva o “peligrosa”, entiendo que eso lo debería determinar un juez civil, y no penar a esa persona por un padecimiento psíquico en vistas de que no se lo puede penar por el ilícito cometido.

Es aquí donde entiendo que, más allá de sus fallas o contras, si la reclusión de este colectivo de personas ha sido regulado y para ello fue llamado a intervenir el juez civil, es el mismo juez el que debiera intervenir si se pretende recluir a este mismo tipo de personas, aunque se utilice una acto cometido –pero inimputable- como punto de partida para apartarlo de la sociedad con las pretendidas ideologías re que utilizan los discursos de las instituciones totales.

Bibliografía:

Informe anual 2012 de la Procuración Penitenciaria de la Nación.

Proyecto de Informe anual 2013 de la Procuración Penitenciaria de la Nación.

Manual de Derecho Penal Parte General, Zaffaroni, Alagia, Slokar, Ed. Ediar.

Código Civil

Código Penal

Ley de Salud Mental

<http://pensamientos-imputables.blogspot.com.ar/2010/10/el-actual-derecho-penal-de-autor.html>

<http://derecho-a-replica.blogspot.com.ar/2009/10/gramajo-la-peligrosidad-y-un-fallo.html>

⁹⁷ Principios para la Protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental



LA DISCAPACIDAD Y LA SALUD

ROJAS, Johana Soledad
Estudiante, Derecho - UBA
johanarojas_89@hotmail.com

Introducción

La dignidad, la igualdad, el respeto y la libertad personal son los principios supranacionales que deben sustentarse no sólo en normativas internas sino en las políticas públicas en las que se aborden los aspectos centrales y transversales que conciernen a las personas con discapacidad. En este sentido se deben enfocar la salud, la vivienda, la educación, el trabajo, el uso del espacio público y la accesibilidad.

La palabra clave es la inclusión de los ciudadanos con discapacidad.

Enfocándome en las personas con discapacidad, si bien la medicina ha hecho grandes aportes en cuanto a la rehabilitación de ellos, el objetivo de este trabajo es señalar el incumplimiento de obras sociales o medicina prepaga al momento de cubrir las necesidades de salud de sus afiliados.

La cobertura médica que debieran darle las obras sociales, las empresas de medicina prepaga y el Estado Nacional a las personas discapacitadas deben cubrir el 100% de los gastos de todas las prestaciones que necesiten para su correcta habilitación y/o rehabilitación como también deben cubrir una cobertura integral del 100% de los gastos de medicamentos y así mismo a los pacientes sin cobertura médico asistencial y carentes de recursos económicos la provisión gratuita de la medicación requerida.

Sin embargo, existen dos limitaciones a esta cobertura, la primera está dada por el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, que es un tabulador que establece cual es la cifra en pesos que resulta obligatorio reintegrar por cada prestación brindada a una persona con discapacidad.

La segunda limitación está dada por la prescripción médica, es decir, un médico debe prescribir la prestación que la persona con discapacidad requiere.

Otra problemática que se presenta son las Obras Sociales que en principio no están alcanzadas por la Ley 24.901.

Contexto normativo nacional, Aplicable al territorio nacional

Discapacidad y salud

Para sustentar mi trabajo haré hincapié en las siguientes leyes:

- *Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las personas con discapacidad.*

El Decreto PEN 762/97 crea el Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad.

-*Ley 24901*

Esta ley regula las prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral, previamente reseñadas en el Decreto 762/97.

-*Certificado Único de Discapacidad. Ley 25504, modificatoria del artículo 3 de la Ley 22431*

-*Marco regulatorio de la medicina prepaga. Ley 26682*

Análisis de dos casos:

1) Negativa de la Obra Social del Personal de Industrias Químicas y Petroquímicas

(OSPIQyP) a autorizar la cobertura integral de la prestación de asistencia personal, en virtud de lo establecido por la Ley nacional 24901 y el artículo 19 de la CDPD, a una persona con discapacidad



2) Solicitud de reincorporación como afiliado de un discapacitado a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (ObsBA) de la que es titular su madre.

Introducción

La dignidad, la igualdad, el respeto y la libertad personal son los principios supranacionales que deben sustentarse no sólo en normativas internas sino en las políticas públicas en las que se aborden los aspectos centrales y transversales que conciernen a las personas con discapacidad. En este sentido se deben enfocar la salud, la vivienda, la educación, el trabajo, el uso del espacio público y la accesibilidad.

La palabra clave es la inclusión de los ciudadanos con discapacidad.

En el presente trabajo me ocupare de desarrollar como ha sido reconocido uno de nuestros derechos fundamentales: el derecho a la salud pero particularmente de los sectores más vulnerables, como son las personas con discapacidad.

Enfocándome en las personas con discapacidad, si bien la medicina ha hecho grandes aportes en cuanto a la rehabilitación de ellos, el objetivo de este trabajo es señalar el incumplimiento de obras sociales o medicina prepaga al momento de cubrir las necesidades de salud de sus afiliados.

La cobertura médica que debieran darle las obras sociales, las empresas de medicina prepaga y el Estado Nacional a las personas discapacitadas deben cubrir el 100% de los gastos de todas las prestaciones que necesiten para su correcta habilitación y/o rehabilitación como también deben cubrir una cobertura integral del 100% de los gastos de medicamentos y así mismo a los pacientes sin cobertura médico asistencial y carentes de recursos económicos la provisión gratuita de la medicación requerida.

El interrogante que se me plantea es el siguiente: ¿las personas con discapacidad tienen un acceso efectivo a las prestaciones contempladas a su favor por la ley 24901?

Desarrollo

Para poder desarrollar mi trabajo, comencare explicando la obligatoriedad de las obras sociales y prepagas en cuanto al cumplimiento de la cobertura médica de las personas con discapacidad, y para ello es necesario mencionar algunas de las leyes más importantes en relación a este tema.

La ley 24901 "Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las personas con discapacidad" (1), menciona en su artículo 2 la ley 23.660 (2) de obras sociales y por otro lado la ley 26682 (3) la cual se hace extensiva a la medicina prepaga, tienen a su cargo, con carácter obligatorio la cobertura total de las prestaciones básicas.

Las prestaciones que la Ley 24.901 menciona son las siguientes, recordando que la Justicia ha determinado que no deben cubrirse solamente ellas sino también todas las prestaciones que no se encuentren en esta Ley si son necesarias para la habilitación o rehabilitación de una persona con discapacidad:

-**Prestaciones Preventivas** (que incluyen todo de tipo de tratamientos, controles, exámenes necesarios para prevenir o detectar tempranamente cualquier tipo de discapacidad, desde el momento de la concepción).

-**Apoyo Psicológico** adecuado al grupo familiar.

-**Prestaciones de Rehabilitación** (cobertura integral de los recursos humanos, metodologías y técnicas necesarias, y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera).

-**Prestaciones Terapéuticas educativas** (cobertura integral de técnicas y metodologías de ámbito terapéutico-pedagógico y recreativo).



- Prestaciones Educativas** (comprende escolaridad en todos sus tipos, capacitación laboral, talleres de formación laboral y otros).
- Sistemas alternativos al grupo familiar** (comprende hogares, residencias, pequeños hogares).
- Transporte Especial**, con el auxilio de terceros cuando fuere necesario.
- Provisión de órtesis, prótesis, ayudas técnicas y otros **aparatos ortopédicos**.
- Atención Odontológica** integral.
- Cobertura de un **anestesista** cuando fuere necesario.
- Atención Psiquiátrica**.
- Asistente Domiciliario**.
- Medicamentos y psicofármacos**, incluso que no se produzcan en el país.
- Otros**.

Incluso corresponde la cobertura total de prestaciones a cargo de **profesionales especialistas** que no pertenezcan al cuerpo de la obra social y deban intervenir imprescindiblemente. También los estudios de diagnóstico y de control que no estén contemplados dentro los servicios que brinda la obra social.

La ley 24.901 OBLIGA a las obras sociales a otorgar las prestaciones (del punto anterior) o reintegro del pago de éstas si no se realizan por agentes externos. Es una obligación de todas las obras sociales incluidas en la ley 23.660.

Esto es aplicable también a las empresas de medicina pre-paga.

Es decir, todo tipo de prestación que necesite una persona con discapacidad debe ser obligatoriamente cubierta por la obra social y/o prepaga.

Para poder recibir esta prestación, se deben cumplir con ciertos requisitos: la primera es que se debe estar incluido en el sistema de Obras Sociales y Prepagas,

Y en segundo lugar se debe acreditar la discapacidad mediante el certificado de discapacidad, para esto, el Ministerio de Salud de la Nación es la autoridad

de aplicación que certifica, en cada caso, la existencia de la discapacidad, su naturaleza y su grado, así como las posibilidades de rehabilitación del afectado, teniendo en cuenta su personalidad y antecedentes, qué tipo de actividad laboral o profesional puede desempeñar, acuñando la denominación de "Certificado Único de Discapacidad", esto se encuentra establecido en la ley 22.431 (4) en el cual fue reformado el artículo 3 por la ley 25504 (5)

Cabe aclarar que La prestación en el exterior no se subsidia, excepto que el costo de la prestación sea inferior al vigente en el país para la misma práctica.

Existe un Sistema Nacional del Seguro de Salud al que a mi entender deberían pertenecer todas las obras sociales nacionales.(Ley 23661) pero como la salud son facultades de cada provincia éstas pueden adherir voluntariamente al mencionado sistema y las que no lo hacen para no brindar las prestaciones por discapacidad es donde el Estado argentino tiene la responsabilidad internacional por incumplimiento y en abuso del derecho por parte de quienes no adhieren en perjuicio de sus afiliados con discapacidad

ARTICULO 1º.- Créase el Sistema Nacional del Seguro de Salud, con los alcances de un seguro social, a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. El seguro se organizará dentro del marco de una concepción integradora del sector salud donde la autoridad pública afirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden su participación en la gestión directa de las acciones, en consonancia con los dictados de una democracia social moderna.



La problemática que se presenta

Las obras sociales locales, que se rigen por la normativa de una determinada provincia, por ejemplo Provincia de Córdoba, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Provincia de Buenos Aires, etc., no pertenecen al Sistema del Seguro de Salud, a menos que se adhieran al mismo.

El inconveniente que esto representa es que las leyes 23.660, 23.661 y 24.901 que prevén la "cobertura integral" de las personas con discapacidad, disponen expresamente que se aplican a los Agentes del Sistema del Seguro de Salud. Entonces, si las Obras Sociales locales no pertenecen al mencionado Sistema, no se les aplican las leyes mencionadas y, por lo tanto, las personas con discapacidad pertenecientes a ellas no tendrían una "cobertura integral".

Sin embargo, se ha conseguido que una Obra Social Local deba otorgar cobertura integral de prestaciones de rehabilitación, mediante la forma de reintegro el 100%, a una persona con discapacidad. Se logró terminar con una situación ilógica, injusta, desigual y contraria a muchos tratados internacionales y normas constitucionales.

Mediante una acción de amparo se ha conseguido en sede judicial sentar el principio de que si las Obras Sociales Locales no pertenecen al Sistema del Seguro de Salud es porque no desean hacerlo, ya que las que quieren cuentan con la posibilidad de adherirse y el hecho de no hacerlo no puede ser utilizado como argumento válido para dejar de cubrir las necesidades de las personas con discapacidad, puesto que se corre el serio peligro de llegarse a una manipulación de esta situación con el sólo fin de evadir las obligaciones y el compromiso que todos los prestadores de salud del país deben tener hacia las personas con discapacidad, hacia su rehabilitación, su integración, su reinserción y el avance hacia el pleno goce de una vida normal de relación.

JURISPRUDENCIA

A modo de síntesis, seleccione un fallo, que permite ejemplificar todo lo expuesto en mi trabajo.

Partes: A.G.M. c/ OSDE s/ sumarísimo

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal
Fecha: 18-jun-2009

Una menor de seis años padece trastorno generalizado de desarrollo por lo que necesita en forma inmediata la cobertura integral del 100% del tratamiento cognitivo conductual y transporte especial en la modalidad de ida y vuelta desde su domicilio hasta el centro de tratamiento según lo indicado por los profesionales tratantes.

Ante la negativa de la prepaga a la cual la niña estaba afiliada, su madre decide iniciar una demanda en su contra.

Sumario:

Corresponde hacer lugar a la medida cautelar requerida, a cuyo efecto la demandada -empresa de medicina prepaga- deberá arbitrar los medios para que la niña reciba en forma inmediata la cobertura integral del tratamiento cognitivo conductual y transporte especial. La ley 24.901 instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos -art. 1-. La amplitud de las prestaciones previstas en la misma resulta ajustada a su finalidad, que es la de lograr la integración de las personas con discapacidad - arg. arts. 11, 15,



23 y 33 -, por lo demás, la ley 23.661 dispone que los agentes del seguro de salud deberán incluir, obligatoriamente, entre sus prestaciones las concernientes a la rehabilitación de las personas discapacitadas, debiendo asegurar la cobertura de medicamentos que estas prestaciones exijan. Ello sentado, cabe señalar que la ley 24.754 determina en su único artículo que las empresas de medicina prepaga se encuentran obligadas a dar la misma cobertura que las obras sociales.

3.-Respecto al peligro en la demora, en los casos en que se cuestionan decisiones relacionadas con la salud de las personas, resulta suficiente para tener por acreditado tal recaudo, la incertidumbre y la preocupación que ellas generan, de modo que la medida sea necesaria para disipar un temor de daño inminente, acreditado prima facie o presunto. Sobre esta base, es claro que el argumento del a quo en cuanto a que la prestación requerida -cobertura integral del tratamiento de la menor-, debe ser cubierta por intermedio de los facultativos y establecimientos que contrata o los suyos propios, no se ajusta a las premisas y normas referidas, en virtud de que el contrato firmado por las partes no puede dejar sin efecto el régimen legal estatutario -art. 21 del C.Civ.-, que por su carácter predomina sobre la voluntad de las partes.

En consecuencia, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Defensora Oficial, SE RESUELVE: revocar la resolución apelada y hacer lugar a la medida requerida, a cuyo efecto la demandada Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE) deberá arbitrar - en el plazo de 5 días- los medios para que la niña G.M.A. reciba en forma inmediata la cobertura integral del 100% del tratamiento cognitivo conductual y transporte especial en la modalidad de ida y vuelta desde su domicilio hasta el centro de tratamiento según lo indicado por los profesionales tratantes

Conclusión

No es la escasez de normas el obstáculo a la efectividad de los derechos, de las personas con discapacidad, cuya primer aspiración es ser tratadas como personas en el doble orden del hecho y del derecho.

Contamos en nuestro ordenamiento jurídico con un gran plexo normativo (leyes, decretos, resoluciones) tanto en el orden nacional como provincial que protegen uno de nuestros valores fundamentales: “el derecho a la salud” el cual se encuentra comprendido dentro del derecho a la vida.

Muchas de esas normas protegen particularmente a aquellas personas que adolecen algunos de los distintos tipos de discapacidad.

Nuestro sistema positivo prevé que deberán ser cubiertas de manera integral todas aquellas prestaciones que requieran las personas con discapacidad para su habilitación y rehabilitación, y también aquellas para su prevención.

Sin embargo existen deficiencias en todo este Sistema – creado con la finalidad de brindar cobertura total a los discapacitados- y en muchos casos hacen que no puedan efectivizarse todos estos derechos.

En cuanto a mi opinión, ante estas circunstancias, solo la vía legal sería la alternativa para obligar a las prestadoras a cumplir con las leyes.

LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEMA DE LA DISCAPACIDAD

CIANCIA, Edda Olga

Abogada y Escribana – UBA

Profesora Consulta de la Facultad de Derecho de Práctica Profesional – UBA

Coordinadora del Servicio Jurídico Gratuito de dicha universidad. Profesora de Práctica Profesional, Civil y Comercial - UAI



Profesora Superior Universitaria especializada en Abogacía - UMorón

Distintos son los temas que a través de la justicia deben abordarse a fin de proteger a las personas con discapacidad. Un tema sumamente importante es aquél que se refiere a la necesidad de cubrir la falta de vivienda para aquellas personas que dado el gran déficit habitacional, no pueden acceder a ella.

Sin duda numerosos son los amparos, en esta materia y en muchas otras donde se reclama asistencia para personas con necesidades especiales.-

Debe mantenerse la asistencia habitacional que recibía la actora en virtud del subsidio previsto por decreto 690/06, si se encuentra acreditado que padece una enfermedad y que el grupo familiar se completa con dos hijos menores que se encuentran a su exclusivo cargo.

Analicemos que dice la CCBA, en su artículo 21: La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello.1. Resuelve progresivamente el déficit habitacional de infraestructura y servicio dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y **con necesidades especiales**.

En su artículo 24 indica que la Ciudad asume la responsabilidad indelegable de asegurar con carácter obligatorio desde el preescolar hasta completar diez años de escolaridad o período mayor que la legislación determine, mientras que el art. 39 "otorga prioridad dentro de las políticas públicas a las destinadas a las niñas, niños y adolescentes, las que deben promover la contención en el grupo familiar

Cobra sentido recordar que es incuestionable la facultad de los tribunales de revisar los actos de los otros poderes, nacionales, locales, limitada a los casos en que se requiere ineludiblemente su ejercicio para la decisión de los juicios regularmente seguidos ante ellos. Tal criterio es aplicable por el TSJ.-

En idéntico sentido la Corte remarcó que la intervención "estatal debe facilitar la superación de la emergencia. El estado debe proveer a la actora el asesoramiento y orientación necesaria. Disponer de equipos de asistencia social.

El derecho, en este caso no se agota en la necesidad de tener un techo, respecto de las personas menores de edad, los niños, los discapacitados físico, los enfermos terminales, los enfermos mentales sino que es menester asegurarles un cierto grado de seguridad, paz y dignidad humana.-

PACTOS:

En materia de derechos humanos surge del Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales en particular, la obligación de progresividad y su correlativa prohibición de regresividad.

La primera está contemplada en el art. 2. 1 al decir " Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas hasta el máximo de los recursos de que se disponga para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, incluso en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos de los derechos aquí reconocidos" A su vez la obligación de no regresividad importa que cuando el Estado ha satisfecho un derecho no puede adoptar luego decisiones que empeoren la situación alcanzada.

En el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que estas medidas están debidamente justificadas por referencia a totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos, máximos disponible del Estado Parte." Si el pacto se ha de interpretar de manera que ni establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser.-



Bidart Campo sostenía que “ los derechos sociales sin derechos humanos t como tales, gozan de una prioridad imperativa y exigible que implica el deber de asignarles el máximo posible de recursos, no con un tope arbitrariamente cuantificado por el voluntarismo del Estado, sino con el que una escala axiológica señala como necesaria y debida dentro de lo disponible y posible” Ni en épocas de crisis económicas , restringir las medidas estatales que garanticen el poso mínimo de satisfacción de los derechos sociales, debiendo en tal caso planificar más eficientemente.-

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Capítulo V, reconoció la existencia de una “obligación de los Estados miembros de observar y defender los derechos humanos de los individuos dentro de sus jurisdicciones como lo establecen la Declaración Americana y la Convención Americana” circunstancia que “los obliga, independientemente de su nivel de desarrollo económico a garantizar un nivel mínimo de esos derechos.” Que no se debe entender como in factor que excluya el deber del Estado de implementar estos derechos en la mayor medida de su posibilidades”

El artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que” en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por esta ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de sus derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática” Así las normas exigen que “la restricción está prescripta por ley, lo que supone una norma de aplicación general que debe compadecerse con el respeto al principio de igualdad, no debe ser arbitraria, ni insensata ni discriminatoria.

Entonces, cabe al poder político, es decir el Legislativo y Ejecutivo, es quien debe planificar y ejecutar las políticas públicas por mandato constitucional y en razón de su legitimidad de carácter democrático.-

Hechos:

La progenitora de un menor con Síndrome de Down interpuso acción de Amparo en contra de la obra social, reclamando la cobertura del tratamiento de rehabilitación de su hijo y el pago en término de los honorarios de los profesionales tratantes. La Alzada hace lugar a la acción y manda a abonar el tratamiento petitionado.

Sumarios:

1. La obra social demanda debe ser condenada a abonar los honorarios y gastos generados para la debida atención y cobertura del tratamiento de rehabilitación que requiere un afiliado menor de edad que padece Síndrome de Down, debiendo tomar los recaudos necesarios para pagar en tiempo y forma dichos emolumentos hacia el futuro, bajo apercibimiento de establecer astreintes a favor de la amparista, toda vez que la dilación en el cumplimiento de ésta obligación no se refiere a cuestiones cuantitativas dinerarias sino al bienestar y salud de un menor con discapacidad.

La obra social se encuentra obligada a la cobertura solicitada de conformidad a la ley 24.901 que establece un sistema de cobertura integral para las personas con discapacidad. Como ya hemos señalado en otros casos, el plexo normativo referido al sistema de salud en general y a la discapacidad en particular es amplio y se encuentra plasmado tanto en convenios internacionales que se han incorporado a nuestro derecho interno (Convención Interamericana por la que se pretende eliminación de todas las formas de discriminación ley 25.280, Convención Intencional sobre derecho de personas con discapacidad ley 26.378); como en el derecho propiamente interno conforme las leyes Nacionales 23.660, 23.661 y 24.901 y las leyes provinciales ley 2055 que establece el Régimen de Promoción Integral de las personas con discapacidad y la ley 3467 que adhiere a ley 24.901. El objetivo primordial de esta legislación es asegurar la atención médica, educación, seguridad social, conceder franquicias y estímulos que permitan neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca y para darles la oportunidad —mediante esfuerzos— de desempeñar en la



comunidad un rol equivalente al que ejercen personas sin discapacidad. Así, debe tenerse presente que el art. 2 de la ley 24.901 —normativa que organiza el sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad— establece que: "Las obras sociales,... tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la presente ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas".

Por su parte, el capítulo IV de la precitada ley (arts. 14 al 18) describe las "prestaciones básicas", que incluyen prestaciones de rehabilitación, terapéuticas-educativas, educativas y asistenciales. En especial, se estima pertinente destacar que, según el art. 15, las prestaciones de rehabilitación son aquellas que procuran "la recuperación de todas o la mayor parte posible de las capacidades motoras, sensoriales, mentales y/o viscerales, alteradas total o parcialmente por una o más afecciones, sean éstas de origen congénito o adquirido (...), utilizando para ello todos los recursos humanos y técnicos necesarios". La misma norma agrega que "en todos los casos se deberá brindar cobertura integral en rehabilitación, cualquiera fuere el tipo y grado de discapacidad, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuere menester, y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera".

Respecto a la jerarquía de los derechos y/o garantías afectados debe advertirse que el derecho a la vida, que involucra el de la salud, la dignidad humana y el bienestar común, se encuentra implícitamente reconocido en el art. 33 de la Constitución Nacional. Asimismo, el art. 59 de la Constitución Provincial. expresamente establece que: "La salud es un derecho esencial y un bien social que hace a la dignidad humana. Los habitantes de la Provincia tienen derecho a un completo bienestar psicofísico y espiritual, debiendo cuidar su salud y asistirse en caso de enfermedad".

Resuelve: I) Hacer lugar al amparo, condenando a la obra social OSPLAD que en el término de diez (10) días de notificada la presente abone los honorarios adeudados por fonoaudiología, apoyo escolar y apoyo pedagógico, conforme presupuestos de fs. 6, 7 y 14 desde febrero/2012 hasta la fecha. La condena incluye a la vez los gastos de cuota escolar y/o matrícula y/o cualquier otro rubro referido a la escolaridad del menor M. G. en el Colegio Integral Vuriloche conforme detalle de fs. 8/9. II) Intimar a la obra social OSPLAD a tomar los recaudos necesarios y pertinentes para abonar en tiempo y forma las coberturas descriptas en el punto anterior en el futuro a sola presentación de la amparista de las facturas y/o recibos de pago correspondientes, bajo apercibimiento de fijar astreintes a favor de la actora por los motivos expuestos. III) Disponer la notificación a las partes por Secretaría.-

Numerosas son las respuestas que debe dar la Justicia, a fin de que personas con necesidades especiales puedan tener su cobertura médica al cien por ciento, a través de su respectiva obra social, para citar algunos mencionaremos los siguiente casos.

[Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires • V. , J. E. c. I.O.M.A. s/ Amparo. Recurso extraordinario de nulidad, de inconstitucionalidad e inaplicabilidad de ley • 16/05/2012 • DJ 28/11/2012, 46 • AR/JUR/25371/2012](#)

. La interpretación según la cual las leyes 22.431 y 24.901 impondrían sólo al Estado la obligación de proteger a las personas con discapacidad, por ser él quien suscribió los Tratados Internacionales incorporados a la Constitución Nacional, implica desinterpretar esas normas, pues la cobertura reconocida por la segunda de las leyes mencionadas pesa sobre las obras sociales, ya que de otro modo se dejarían de lado las disposiciones de la ley 26.378 que incorpora al derecho interno la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo.



[Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires • V. , J. E. c. I.O.M.A. s/ Amparo. Recurso extraordinario de nulidad, de inconstitucionalidad e inaplicabilidad de ley • 16/05/2012 • DJ 28/11/2012, 46 • AR/JUR/25371/2012](#)

. Incurrir en absurdo la sentencia que desestimó la acción de amparo por la cual se procura el otorgamiento de una cobertura integral de las prestaciones que requiere la salud de un menor que padece síndrome de Down, al considerar no acreditado que los profesionales ofrecidos por la obra social fueran insuficientes y que la mejoría de aquel exigiera acudir a otros especialistas con los mayores gastos cuya cobertura se reclama, pues ese razonamiento soslaya que la accionada se limitó a describir el sistema de reintegro ofreciendo prueba que omitió producir y no indicó ni propuso alguno de sus prestadores que pueda proporcionar un tratamiento integral análogo al recibido de los profesionales cuyos honorarios requieren cobertura.

Voces: ACCION DE AMPARO ~ COBERTURA MEDICA ~ DERECHO A LA SALUD ~ DERECHOS CONSTITUCIONALES ~ DISCAPACITADO ~ OBLIGACIONES DE LAS OBRAS SOCIALES ~ OBRA SOCIAL PROVINCIAL ~ OBRAS SOCIALES ~ OPERACION QUIRURGICA **Tribunal:** Corte de Justicia de la Provincia de Salta, sala de feria (CJSalta) (Sala defería) **Fecha:** 03/12/2012 **Partes:** Herrera, Miguel Ángel c. Instituto Provincial de Salud de Salta s/amparo **Publicado en:** LLNOA2013 (abril), 281 **Cita Online:** AR/JUR/71512/2012

Hechos:

Un afiliado discapacitado interpuso acción de amparo contra su obra social, a fin de solicitar la cobertura total de las prestaciones requeridas para la realización de la cirugía de hernia dorsal propuesta por su cirujano. La demandada, por su lado, propuso cubrir el 80% de los rubros mencionados. El juez hizo lugar a la demanda. La Corte de Justicia de Salta confirmó el decisorio.

Sumarios:

1. La obra social provincial demandada debe cubrir la totalidad de los gastos que genere la intervención quirúrgica de un afiliado discapacitado, ya que la cobertura parcial que propuso —en el caso, el 80%— coloca a éste en un estado de riesgo y vulnera su derecho a la salud, reconocidos por la Constitución Nacional y Tratados Internacionales jerarquizados, máxime cuando ni la patología que padece ni la necesidad de su tratamiento han sido discutidos.

Voces: DISCAPACITADO ~ EDUCACION ESPECIAL ~ OBRAS SOCIALES ~ PRESTACIONES BASICAS PARA DISCAPACITADOS **Tribunal:** Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) **Fecha:** 27/11/2012 **Partes:** R., D. y otros c. Obra social del personal de la sanidad s/amparo **Publicado en:** La Ley Online; **Cita Online:** AR/JUR/72014/2012

Hechos: En una acción de amparo entablada contra una obra social por los padres de un menor que padece síndrome de down, la Cámara de Apelaciones revocó la sentencia de primera instancia en cuanto a la cobertura de diversos rubros a cargo de la accionada. En tal sentido, en lo relativo a la educación dispuso que los padres debieran recurrir al sistema público, mientras que ordenó que otras prestaciones debieran cubrirse con profesionales de cartilla de la obra social. Los actores dedujeron recurso extraordinario, el cual fue concedido. La Corte Suprema admite el recurso y deja sin efecto la sentencia cuestionada.

Sumarios:

1. El régimen propio de la discapacidad se ve desnaturalizado con la sentencia que deja sin cobertura una necesidad central como es la educación especial de un menor discapacitado, con único fundamento en la falta de prueba de que los establecimientos educacionales públicos no cuentan con oferta educacional adecuada a la índole de su discapacidad, pues exigió una prueba negativa que la ley 24.901 no exige, y ello con apoyo en una norma de rango inferior como es la resolución 428/99 del Ministerio de Salud y Acción



Social –punto 6, Anexo II-, cuyo texto tampoco autoriza a colocar una carga de tal magnitud en cabeza de la familia del niño (del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo).

2. Es procedente dejar sin efecto la sentencia que ordenó a la obra social demandada cubrir con médicos de cartilla las prestaciones de psicología, fonoaudiología y maestra integradora que atienden a un menor de edad discapacitado y no con los profesionales que venían brindándolas, ya que los aspectos a los que están llamadas a dar respuesta todas esas prestaciones participan de objetivos promocionales comunes e integran procesos –arg.art.15, ley 24.901- que suponen por definición una cierta estabilidad, donde el vínculo con un determinado profesional puede no resultar indiferente (del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo).

La Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca en los autos SS.L:Q. c/ Osde s/Amparo, Ley 16986 del 01/07/13 dictaminó que : Debe condenarse a la empresa de medicina prepaga demandada, a cubrir íntegramente las cotos de un acompañante terapéutico en horario escolar para que un menor y atención psicopedagógica una vez por semana si se encuentra acreditado que padece de una discapacidad y la demandada no acreditó que la inclusión de prácticas no contempladas en el PNO ponga en riesgo el sistema d salud por la incidencia de los costos y presupuesto.

La discapacidad como causa de discriminación

Existen numerosos casos de discriminación causados por una discapacidad: en esferas como la educación, el alojamiento, el transporte y la vida cultural, la mayoría de los lugares y servicios son en buena parte inaccesibles para las personas que sufren algún tipo de discapacidad. Estos obstáculos son numerosos y pueden ser de tipo físico (edificios a los que las personas con silla de ruedas no pueden acceder); institucional (falta de personal cualificado, como por ejemplo los intérpretes de lengua de signos); o incluso obstáculos que simplemente radican en la intolerancia.

Incluso en países desarrollados podemos observar cierta discriminación hacia los niños con discapacidad: a menudo los separan del resto de niños, las instituciones especializadas los alejan de la familia, los sitúan en clases especiales, etc. De este modo, resulta imposible para estos niños integrarse en la sociedad y encontrar posteriormente un empleo.

La integración no es fácil, implica dejar de lados prejuicios que rigen nuestra forma de ser en el mundo, cambiar la escala de valores y a atreverse a ser creativos en la tarea de formar caracteres y transmitir la cultura. El advenimiento del hijo diferente es un golpe duro para la autoestima de los padres. Lo es también para los otros hijos, que afrontan con desconcierto la llegada de lo diferente, de aquel que causó el dolor y llantos iniciales de los padres y el temor a la inseguridad frente a la reacción de la sociedad ante un hijo con distintas capacidades.

Por ello es fundamental el apoyo de las instituciones, la contención psicológica sin fundamentales para vivir con normalidad la experiencia de la llegada de la discapacidad a la familia.

Cuando una persona que nace diferente descubre que es aceptada por su familia, no solo evoluciona notablemente sino que devuelve el ciento por uno. No hay integración sin aceptación y aceptar la diferencia es un acto de amor. La escuela integrada enseña a apreciar el valor que encierran las individualidades y qué es lo que subyace bajo la apariencia y a los maestros los ayuda a entender que todos somos limitados en algo.

La sociedad debe provocar el cambio que dé oportunidades, especialmente a quienes además de sus diferencias, están marcados por la pobreza. Es necesario un compromiso real sustentado no sólo por la legislación, la jurisprudencia y en políticas adecuada con garantía de su instrumentación.



En el trabajo una persona con necesidades diferentes, mejora desde el espíritu la actividad del conjunto. En lo deportivo, muestra por la sola presencia el profundo respeto que debemos tener por el otro, en lo religioso basta ver su participación en una ceremonia para que se refuerce la admiración ante el misterio de una comunicación que nos supere.-

COLOFON:

Este esfuerzo para ser visible el derecho a vivir con igualdad de oportunidades vivir en una familia, tener derecho al trabajo y al salario digno, son los logros por difundir y por internalizar por una sociedad que se pretenda inclusiva.-

Es menester que en todos los fueros hagamos docencia tratando de incorporar al discapacitado con igualdad de derechos, sin discriminación. Impulsando el respeto hacia quien tienen necesidades diferentes, conviviendo con ellas cumpliendo con sus derechos, dignificando al ser humano y en busca de una convivencia alejada de toda discriminación

ANALISIS DEL FALLO EMILIANO PABLO NARANJO C/UNIVERSIDAD DE LA MATANZA s/AMPARO

CORONADO, Berta

Estudiante, Derecho - UBA

bertacoro@yahoo.com.ar

Me dedicaré analizar el caso de un FALLO del año 2007: Emiliano Naranjo c/Universidad de la Matanza s/Amparo ley 16.986. Y también solicitó una medida cautelar para evitar perder un año de cursada en la carrera.

El tema principal es la dificultad que tiene una persona con discapacidad para acceder a la inscripción en la Universidad para obtener el título de profesor de educación física, teniendo una discapacidad motriz, en los términos de la Ley 22.431 Sistema de protección Integral de los Discapacitados, de acuerdo al Certificado de discapacidad que adjunta, y que padece desde su nacimiento. Se le presentan barreras de tipo administrativas, y se le niega a inscribirlo cometiendo un acto arbitrario y discriminatorio contrario a lo prescripto por la Convención sobre los Derechos de los Discapacitados que en el artículo 1 prescribe Promover, Proteger el goce pleno en igualdad de condiciones, respetando las libertades fundamentales y su dignidad como cualquier persona humana. El artículo 2 considera que no debe haber DISCRIMINACIONES por razones de discapacidad, o sea que no se deben excluir u obstaculizar y no permitir que se deniegue realizar los ajustes razonables, que permitan hacer la nivelación como si fuera una persona normal.

Patrocinado por abogados de la Asociación por los Derechos Civiles que promovieron acción de Amparo en los términos del artículo 43 de Nuestra Carta Magna Ley 16.986, por considerar discriminatorio y violatorio de los Derechos a la educación, a la igualdad que se encuentran reconocidos en los artículos 14, 16, 75 inciso 19 y 23 CN y artículos concordantes de Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional.

La medida cautelar fue solicitada a fin de que la Universidad dictara medidas urgentes para evitar que se sigan violando sus derechos y también evitar perder otro año de cursada, y que se ordene su inscripción en forma presencial o libre para las 6 materias faltantes o en su defecto solo las teóricas si es que se realizaran los ajustes razonables.

En primera instancia en Noviembre de 2013 la Jueza Isabel FONS ordenó la inscripción, pero la Universidad de la Matanza apeló y luego la Cámara Federal de San Martín confirmó lo de primera instancia ordenando



la inscripción para estudiar el profesorado a nivel universitario y realizar los AJUSTES RAZONABLES como pide la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, en los métodos de examen para ser evaluado, ajustado a las posibilidades concretas del discapacitado.

Pero a su vez la Cámara, no solo confirmó lo de primera instancia, sino que agregó que se determine que se tengan por aprobadas aquellas materias que requieran rendimientos físicos, debiendo rendir solo las materias teóricas adicionales para seguir la licenciatura en educación física que en este caso eran cuatro adicionales. El fundamento de la Cámara fue que consideraba a la negativa a la inscripción, un acto manifiestamente arbitrario, ilegal y discriminatorio, que contradice la normativa existente y los principios de esa misma Universidad y los de educación superior, reconocidos en la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad que tiene jerarquía Constitucional.

Al respecto los Principios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad enumera que el respeto a la dignidad, la autonomía individual, de libertad de poder elegir su propia carrera, usar su propia decisión para poder ser independiente como persona y tener como medio de subsistencia económica para él y su futura familia que pudiera formar. No se lo debe discriminar y dar un trato distinto en razón de su discapacidad respecto a una persona normal para acceder a la universidad o cualquier otra institución para aprender o enseñar, tener presente que, antes de evaluar su discapacidad está su persona, su dignidad. La igualdad no solo formal sino material, concreta, real, efectiva a la hora de la verdad para que no quede en una mera enunciación. Los Estados Partes tienen la Obligación de elaborar y aplicar legislación y políticas que toda la normativa local e Internacional del tema se haga efectiva con la participación de las personas con discapacidad.

También el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad prescribe que los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación sin discriminación en igualdad de oportunidades, por eso los sistemas de educación deben ser inclusivos en todos los niveles a lo largo de la vida desarrollando su potencial humano, capacidades, personalidad, talentos, y todas aquellas capacidades que tienen en forma latente para brindar a la sociedad. No deben quedar excluidos del sistema general de educación por motivos de discapacidad de las personas sino que se deben hacer los AJUSTES RAZONABLES para adaptarlos de acuerdo a cada caso en concreto, pero de ningún modo se deben poner barreras que impliquen obstaculizar poder acceder a la educación.

Se debe tener en cuenta que una persona con discapacidad requiere un doble o triple, o tal vez más esfuerzo para llegar a alcanzar un lugar en la vida donde deberá ponerse a nivel de otras personas que no tienen ninguna discapacidad y que seguro requerirá un sinfín de voluntad y perseverancia para lograr un título que le permita ser algo en la vida, y sobre todo ser independiente y sobrevivir cuando ya sus progenitores no estén en este mundo y que la mayoría de las veces con escasos recursos económicos pero con voluntad y perseverancia de sobra. La sociedad, la administración Pública y todos aquellos que tienen a su cargo decidir sobre la aptitud para poder ingresar a un Instituto o a la Universidad, se debería permitirle decidir y elegir lo que quiere ser en la vida, e incluso dejar que se equivoque, porque será su error y de los errores también se aprende, y permitirle crecer aprendiendo como lo hace una persona normal sin discapacidad. En vez de discriminar se deben hacer los Ajustes Razonables de acuerdo al caso y tratarlo en igualdad de condiciones y darle las mismas oportunidades como persona humana, respetando su dignidad y derechos fundamentales. Por eso es importante conocer lo que dice: La Asamblea General de las Naciones Unidas, por medio de la Resolución 56/168 de Diciembre de 2001, por la que decidió establecer un Comité Especial abierto a todos los Estados partes, para examinar propuestas en lo relativo a la Convención Internacional amplia e integral para promover y proteger los Derechos y Dignidad de las personas con discapacidad, dentro de la esfera del Desarrollo Social, los Derechos Humanos y la no Discriminación. Agradece al Comité Especial por haber concluido la elaboración de los proyectos de la



Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo respectivo. Aprueba dicha convención y lo deja abierto para la firma en la Sede de las Naciones Unidas, en Nueva York a partir del 30/03/2007 exhortando a los Estados a firmarlo y ratificarlo. En el anexo I, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, encontramos en el PREAMBULO, los Principios de la Carta de las Naciones Unidas que proclaman que la Libertad, la Justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Recuerda los Pactos y Convenciones existentes: como el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación Racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer; Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes; Convención sobre los Derechos del Niño.

La discapacidad es un concepto que evoluciona y es el resultado de la interacción de personas con deficiencias y que el entorno pone barreras y evitan que participen plena y efectivamente en igualdad de condiciones y en igualdad de oportunidades con las demás personas, tratándose de la educación la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad prescribe que debe ser inclusiva en todos los niveles y que se deben realizar los ajustes razonables para cada caso en particular para que no queden en meros enunciados y que no se impida su materialización.

Los Principios y directrices de política dentro del programa de Acción Mundial para los impedidos y las normas sobre la igualdad de oportunidades para estas personas: Reconoce que la discriminación contra personas con discapacidad constituyen una vulneración de la dignidad y el valor inherente del ser humano. Reconoce la necesidad de Promover y Proteger los Derechos Humanos de todos los discapacitados, incluso de aquellos que necesitan un apoyo más intenso.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad prescribe en el artículo 1º promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales y respeto a su dignidad, para todos o sea que incluye a deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. No se deben denegar hacer los ajustes razonables, hacer las modificaciones necesarias para adecuarlas a cada caso para que pueda gozar plenamente como una persona normal dentro de su discapacidad. Para todo esto los Estados Partes al firmar y ratificar esta Convención están comprometidos a asegurar y promover el pleno ejercicio de TODOS los derechos humanos y las libertades fundamentales, por eso se deben tomar medidas legislativas dictando leyes y Resoluciones Administrativas para hacer que sean reales en la vida cotidiana y no solo un mero enunciado.

Los derechos de las personas con discapacidad de acceder a la Educación sin ninguna discriminación sobre la base de la igualdad de oportunidades en un Sistema Inclusivo en todos los niveles como también su enseñanza a lo largo de TODA SU VIDA son una obligación para los Estados Partes que firmaron la Convención. Son actos discriminatorios poner barreras porque una persona no tiene los rasgos físicos requeridos, son paradigmas obsoletos a partir de la adopción con rango superior a las leyes de la Convención de derechos de las personas con Discapacidad.

A su vez la Ley de Sistema de Protección de los Discapacitados 22.431 en el artículo 1º prescribe que tiene por objetivo neutralizar la desventaja que tiene el discapacitado y darle la oportunidad mediante su propio esfuerzo, desempeñarse en la comunidad en un rol semejante al de las personas normales. Sería hacer los Ajustes Razonables al permitirle cursar las materias teóricas solamente, donde no se requiere el esfuerzo físico, que le falta, para su evaluación. Se deben dar franquicias y estímulos para neutralizar las desventajas que la discapacidad provoca. La mayoría de las veces las personas con discapacidad tienen mucho para darnos y enseñarnos porque su sensibilidad está a flor de piel y tienen otras capacidades desarrolladas que son dignas de admiración.



En la normativa vigente se trata de proteger el interés superior del que quiere proteger y hacerlo con carácter de urgente y pensar que la aceptación del joven Emiliano Naranjo, en forma condicional en la Universidad de la Matanza, no afecta a la demandada porque se encuentra supeditada al resultado de la Acción de Amparo.

Este es un fallo reciente y no se puede argumentar que no hay normativa al momento en que se inició el conflicto. La Ley de Sistema de Protección Integral de los Discapacitados, fue sancionada y promulgada con fuerza de ley el 16 de Marzo de 1981, o sea anterior al inicio del conflicto y justamente prescribe en su artículo primero... “concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible neutralizar las desventajas que la discapacidad provoca y les den oportunidad mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas normales”. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue sancionada el 21 de Mayo de 2008 y promulgada el 6 de Junio de 2008. La negativa a la inscripción fue en abril de 2011.

BULLYING: CUANDO EL HOSTIGAMIENTO ESCOLAR ENTRE PARES INVOLUCRA A NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES CON DISCAPACIDAD

SCINOCCA, Ayelen Eliana

Estudiante de Abogacía – UBA Derecho

Becaria en la Dirección de Carrera y Formación Docente – UBA Derecho

Integrante del Proyecto de Investigación DECYT 1236 – UBA Derecho

“Discapacidad y Derechos: relevamiento y análisis de normas y jurisprudencia sobre derechos de las personas con discapacidad, diseño de contenidos y utilización en la enseñanza”

Integrante del Proyecto de Extensión UBANEX – UBA Derecho

“Convención sobre los Derechos del Niño: Talleres de reflexión y difusión”

Ayudante-alumna de las asignaturas:

“Elementos de Derecho de Familia y Sucesiones”. Cátedra Dra. Graciela Medina –UBA Derecho

“Discapacidad y Derechos” del Ciclo Prof. Orientado. Comisión a cargo del Dr. Juan Seda –UBA Derecho

ayelenescinocca@gmail.com

Resumen

En observancia a la dimensión que han tomado los casos de acoso u hostigamiento escolar entre pares, conocido por su denominación en inglés “bullying”, y su exposición pública en el último tiempo, el presente trabajo se propone analizar desde una perspectiva jurídica aquellas situaciones en las que dentro de esta problemática resultan involucrados niños, niñas o adolescentes con discapacidad.

Para ello, relevaré el marco normativo específico aplicable, el deber de cuidado por parte del establecimiento educativo, el alcance de su responsabilidad civil, la finalidad de las sanciones y la importancia de un sistema educativo inclusivo, que promueva la internalización de valores sociales, la comprensión del otro y la resolución pacífica de conflictos.

¿Qué es el Bullying?

Existen múltiples definiciones que intentan conceptualizar el hostigamiento escolar, como autores se hayan abocado a su investigación. El psicólogo noruego Dan Olweus, uno de los pioneros en abordar la problemática, establece que: “Un alumno sufre bullying o acoso escolar cuando se encuentra expuesto, de



forma reiterada y prolongada en el tiempo, a acciones negativas por parte de uno o varios otros alumnos⁹⁸”.

En líneas generales, estaremos en presencia de Bullying cuando una persona (o grupo de ellas) en un marco escolar de pares, adopta una conducta de algún modo dañosa, de forma sistemática y repetitiva, dirigida a otra que no está en condiciones de defenderse. Subyace, entonces, una situación de puja de poder, con el objeto de sometimiento de la víctima.

La situación de abuso puede darse a través de violencia física, agresión verbal y, la faceta social, que implicará en conclusión el aislamiento del hostigado.

Marco normativo pertinente

En la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad⁹⁹, respecto de los niños y niñas con discapacidad se establece el goce pleno de todos los derechos y libertades fundamentales, así como también en todas las actividades relacionadas sea de consideración primordial el interés superior del niño. Por este último debe entenderse, conforme Ley 26.061, la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos.

El articulado específico referente a la educación adhiere al sistema inclusivo, cuyos objetivos son el desarrollo pleno del potencial humano, del sentido de dignidad, autoestima y el respeto a los derechos y diversidad humana, posibilitando la participación efectiva en sociedad. Al tiempo que los Estados Partes asegurarán que las Personas con Discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación.

En consonancia, ya la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰⁰ establecía el reconocimiento del niño “mental o físicamente impedido” al disfrute de una vida plena y decente, condiciones que aseguren su dignidad, permitan llegar a bastarse a sí y faciliten su participación activa en la comunidad.

La Ley de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes¹⁰¹ enumera en el marco del Derecho a la Dignidad, como sujetos de derechos y de personas en desarrollo, las implicancias de ello: a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante. El Derecho a la Integridad Personal, abarca la integridad física, sexual, psíquica y moral¹⁰².

En el marco del Derecho a la Educación, se debe atender al desarrollo integral del niño, respetando sus competencias individuales, y fortaleciendo valores de solidaridad, el respeto por los Derechos Humanos, y la tolerancia.

En virtud de los informes presentados por los Estados Parte de la Convención de los Derechos de las personas con Discapacidad, el Comité emitió las observaciones finales¹⁰³ respecto de Argentina en 2012. Allí expresa su preocupación respecto de la ausencia en esta de disposiciones específicas sobre los niños/as con discapacidad y la falta de información sobre la situación de estos.

Discriminación

⁹⁸ Olweus, D. (1993) Libro “Bullying at School: what we know and what we can do”

⁹⁹ Ley 26.378 Sancionada 21/05/08 Promulgada 06/06/08

¹⁰⁰ Ley 23.849 Sancionada 27/09/90 Promulgada de hecho 16/10/90

¹⁰¹ Ley 26.061 Sancionada 28/09/05 Promulgada de Hecho 21/10/05

¹⁰² Conf. art. 9 de la Ley 26.061

¹⁰³ Con fecha 27/09/12



Teniendo en cuenta que hay una delgada línea que separa la discriminación del hostigamiento, es preciso establecer brevemente, si bien escapa al análisis propio de este trabajo, que comparten una base común.

La conceptualización establecida por la Ley de Actos Discriminatorios¹⁰⁴ incluye el impedimento, obstrucción, restricción o menoscabo, de cualquier modo, del pleno ejercicio de derechos y garantías Constitucionales¹⁰⁵.

En el mismo sentido, en Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad¹⁰⁶, discriminar es *“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”*. Dejando fuera las medidas de acción positiva adoptadas por los Estados, como medio de equiparación, efectivizando a través de estas el derecho a la igualdad.

Regulación específica: la mal llamada “Ley anti-bullying”

La reciente sanción de la “Ley para la promoción de la convivencia y el abordaje de la conflictividad social en las instituciones educativas”¹⁰⁷ se propone establecer las bases para una intervención eficaz en la problemática del hostigamiento.

Cabe aclarar que no se precisan las conductas que quedarían encuadradas dentro de la “conflictividad”, pero dispone entre sus principios el respeto y aceptación de las diferencias y el rechazo a toda forma de discriminación, hostigamiento, violencia y exclusión.

Esta norma es cuestionable desde la técnica legislativa por la ausencia de rigurosidad conceptual, se encuadran en ella propósitos y objetivos de la convivencia escolar, similar a una guía de buenas prácticas en la dinámica escolar.

Determina la elaboración informes públicos, a desarrollar por el Ministerio de Educación de la Nación¹⁰⁸, cada dos años, que deberán relevar los resultados de las investigaciones y las acciones llevadas a cabo en función de dicha Ley, para evaluar el estado de la situación en pos del desarrollo de políticas educativas.

Agrega que se deberá elaborar una guía orientadora y la creación de una línea telefónica nacional gratuita para la atención de las situaciones, que luego serán remitidas a la jurisdicción correspondiente.

La guía denominada “Guía Federal de Orientaciones para la intervención educativa en situaciones complejas relacionadas con la vida escolar” fue aprobada por el Consejo Federal de Educación por Resolución N° 217, el 15 de abril del corriente, ya está en circulación y se puede acceder a ella en formato digital¹⁰⁹.

Se desprende de esta la importancia de la mirada atenta por parte de los adultos, lo que posibilitará una intervención temprana, e indica la preferencia de hablar de roles, que son contingentes/temporales y no de perfiles (ya que al ser fijos, tienen relación con la identidad de la persona, lo cual es enviar un mensaje equivocado) es decir, el niño no “es” malo, “hoy” se portó mal, y ello permite la modificación de conductas.

¹⁰⁴ Ley 23.592 Sancionada 3/08/88 Promulgada 23/08/88

¹⁰⁵ Conf. art. 1 de la mencionada

¹⁰⁶ Ley 25.280 Sancionada 6/07/00 Promulgada de Hecho 31/07/00

¹⁰⁷ Ley 26.892 Sancionada 11/09/13 Promulgada 1/10/13

¹⁰⁸ Con acuerdo del Consejo Federal de Educación, Conf. art. 10.

¹⁰⁹ Versión digital: http://portal.educacion.gov.ar/files/2014/05/1guia_interior.pdf



Centra la atención en no desatender los pedidos de ayuda e indicios, y en la necesidad de la intervención adulta, debiendo tomarse la situación ocurrida como parte integrante del grupo y trabajar al respecto generando acuerdos.

Asimismo, da pautas sobre los medios de comunicación, el manejo de la información y orientaciones respecto del modo de intervención, dando participación a las familias y generando compromiso con estas. Debo hacer una aclaración de importante relevancia para el desarrollo del análisis aquí propuesto, no se hace mención alguna de la situación de los niños con discapacidad respecto de esta problemática.

Sanciones

La formación, no sólo debe ser curricular, los valores y el dialogo fomentan una cultura social de entendimiento del par. Para ello las instancias participativas pueden favorecer los acuerdos de convivencia. Al momento de aplicar una eventual sanción, no debe perderse de vista la contextualización de la conducta reprochable, la proporcionalidad entre estas y siempre en garantía del Derecho a ser oído.

La sanción debe atender siempre al fin educativo, lo que posibilitará la comprensión por parte del niño de las conductas que no son tolerables, tanto en el marco educativo como en la vida social. Asimismo, es funcional como modo de prevención, que las pautas para una convivencia pacífica están claras, y el consecuente constituye una ejemplificación de que la transgresión no es aceptable.

La Ley 26.892 determina los lineamientos a tener en cuenta al momento de la aplicación de sanciones, atendiendo a un proceso de responsabilidad progresiva de los actos.

Niños con discapacidad como víctimas del hostigamiento

Entendiendo inicialmente que el acoso escolar es una problemática que afecta a todos los niños por igual dentro de la dinámica escolar actual, debemos analizar ahora la situación particular de aquellos que poseen discapacidades. El Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud¹¹⁰, refleja: *“Los niños con discapacidad tienen menos probabilidades que sus homólogos no discapacitados de ingresar en la escuela, permanecer en ella y superar los cursos sucesivos. El fracaso escolar se observa en todos los grupos de edad y tanto en los países de ingresos altos como bajos”*.

Dentro de los obstáculos para la inclusión, encontramos gran cantidad de falsas creencias sobre la discapacidad, como contrapartida a la falta de conocimiento por parte de quienes poseen estos prejuicios y preconcepciones. La siguiente extracción del documento Derecho a la información sin Discriminación¹¹¹, elaborada por el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) en relación a la educación inclusiva fundamenta: *“Subrayamos que el hecho de que los individuos no compartan un espacio en común promueve a la construcción de un “otro” basada en prejuicios y estigmatizaciones. En cambio, la educación inclusiva permitiría transitar por experiencias comunes que lleven a una construcción identitaria a partir de la cual los sujetos se autocomprenden perteneciendo a un nosotros”*.

La mayor vulnerabilidad coloca a los niños y niñas con discapacidad en una situación de mayor exposición respecto de sus pares en el ámbito escolar, el informe Estado Mundial de la Infancia 2013¹¹², establece que son entre tres y cuatro veces más proclives a padecer violencia¹¹³.

¹¹⁰ 2011. Versión digital: http://www.conadis.gob.ar/doc_publicar/informe%20mundial/Informe%20mundial.pdf

¹¹¹ 2012. Versión digital: <http://inadi.gob.ar/promocion-y-desarrollo/publicaciones/documentos-tematicos/educacion/>

¹¹² “Niñas y niños con discapacidad”, producido por UNICEF

¹¹³ Versión digital: <http://www.unicef.org/spanish/sowc2013/>



En el hostigamiento verbal, una de las modalidades en las que se manifiesta el bullying, son característicos los insultos y apodosos malintencionados, pero ¿cuál es la raíz de estos? Generalmente destacan un componente orgánico, implicando segregación y estigmatización. Es absolutamente inaceptable que socialmente se utilicen palabras como “mogolico” o “retrasado” con una connotación peyorativa. A modo de ejemplo la campaña “Insultos” realizada por ASDRA busca concientizar sobre su correcta utilización.

El Informe Mundial sobre la Violencia contra Niños y Niñas, de Paulo Sérgio Pinheiro¹¹⁴ establece que la violencia entre pares *“tiene efectos significativos en la salud física y mental, especialmente si dicha violencia se repite en el tiempo o es severa y si las víctimas carecen del apoyo adecuado”*. Entonces, si la víctima de hostigamiento es un niño con discapacidad, estaríamos ante una situación agravada, por el mayor daño provocado. Ello debería dar indicio para una reevaluación de la efectiva inclusión del niño en el grupo, y repercutir en el sentido formativo de la sanción a aplicar a quien/es ejercieron actos de bullying para con este.

Responsabilidad civil

•Objetiva¹¹⁵:

Los padres, o quienes ejerzan la patria potestad, al enviar a los niños a un establecimiento educativo, transfieren de modo transitorio la guarda de estos, es decir, el niño estará bajo la vigilancia y autoridad de otra persona en ese marco temporo-espacial. Allí tendrá por conexidad, además de recibir su educación formal, que ser cuidado y protegido en función del deber de seguridad que pesa sobre la institución educacional. El propietario del establecimiento deberá tomar las previsiones, para que no se produzca daño alguno.

Para hablar de responsabilidad civil, siempre deberemos estar en presencia de un daño, para clarificar conceptos, conforme el Código Civil Argentino será cuando se cause a otro un perjuicio, susceptible de valoración pecuniaria, de forma directa en las cosas de su dominio/posesión, o indirecta por el mal hecho a la persona, sus derechos o facultades¹¹⁶.

Serán responsables los propietarios de estos establecimientos, por los daños causados o sufridos por los alumnos, cuando su control este a cargo de la autoridad educativa. Esta responsabilidad será independientemente de que el establecimiento sea privado o estatal, pero queda expresamente excluido el nivel de formación superior, terciario o universitario.

Por tanto, el daño deberá producirse en la franja horaria establecida para la educación del niño y dentro de las inmediaciones del establecimiento, o bien, aquellas designadas a tales fines.

Sobre esta última situación se ha expedido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil¹¹⁷ responsabilizando al establecimiento educativo por los daños y perjuicios ocasionados a un alumno que sufrió por parte de otro compañero agresión física, mientras comenzaba la clase de educación física en el campo de deportes del colegio. Del relato surge que fue derribado al suelo, y al caer sufrió doble fractura de tibia y peroné, surgiendo de la pericia médica una incapacidad psicofísica parcial y permanente del 30%.

¹¹⁴ Experto Independiente para el Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños, en el “Informe Mundial sobre la Violencia contra Niños y Niñas”. Versión digital:
[http://www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1\(1\).pdf](http://www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1(1).pdf)

¹¹⁵ Art. 1117 del Código Civil Argentino

¹¹⁶ Art. 1068 del C. C.

¹¹⁷ En los autos “G.R.J. c/ Babar Bilingual School Dominique Seguin s/ daños y perjuicios”, sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala A, con fecha 3/7/09



La única forma de eximirse de esta responsabilidad impuesta por el Código Civil es la prueba, por parte del propietario, de caso fortuito. Conforme el Código es aquel que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse¹¹⁸. Surge de lo expuesto que deberá ser imprevisible, extraordinario e inevitable.

Volviendo al caso jurisprudencial anterior y a uno de los fundamentos del voto, quien realiza la acción, solía tener mal comportamiento, por lo que *“colegio debió haber tomado mayores recaudos a fin de evitar la producción de un hecho como el ocurrido”*. Por tanto, no se está en presencia de caso fortuito: *“no surge que pueda ser calificado como imprevisible e inevitable, así como tampoco que el daño en la persona del actor fue provocado por un medio ajeno al colegio”*¹¹⁹.

Todos los establecimientos educativos deberán contratar un seguro de responsabilidad civil, obligación que tiene claras ventajas: por un lado, posibilita el efectivo cobro indemnizatorio por parte de la víctima y por otro, evita el riesgo que el pago podría ocasionar a la situación económica del establecimiento.

A los fines probatorios, en instancia judicial, se deberá acreditar:

-La calidad de alumno menor de edad.

-El daño.

-La vinculación temporo-espacial que circunscribe el deber de seguridad del establecimiento educativo.

•Docente

La responsabilidad de los docentes se funda en el sistema común de atribución civil, es decir cuando se ocasiona un daño por dolo (esto es la voluntad deliberada de incumplir con la obligación que demanda en esa circunstancia) o culpa (manifiesta por la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de sus deberes).

En síntesis, cuando no se realizan las diligencias debidas, en garantía del resguardo de la seguridad de los niños bajo su cuidado.

Por tanto se libera de responsabilidad si actuó con la correspondiente precaución y diligencia, y con mayor atención aún cuando se está *“al frente de alumnos que presentan problemas de conducta”*¹²⁰.

•Concurrente

Aquí, habrá más de un responsable de la situación que derivo en un daño, por lo cual habrá más de un co-obligado al pago del resarcimiento de este, que se graduará en proporción atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso en sede judicial.

Un ejemplo claro de ello, es el caso en el que un niño golpea y lesiona a otro, produciéndole un daño, dentro del marco de tiempo y espacio educacional, pero sin supervisión adulta alguna, aquí la responsabilidad del establecimiento educacional podría ser concurrente con la de aquel docente (entendido en términos generales) que debía encontrarse en el aula ejerciendo la vigilancia.

Estadísticas

El relevamiento cuantitativo *“Violencia en las escuelas desde la mirada de los alumnos”*¹²¹, data de los resultados obtenidos en 2010. La investigación se aplicó a la población de estudiantes de secundaria de todas las jurisdicciones del país, arribando los censados aproximadamente a 300.000. Debo aclarar que, por una cuestión metodológica de síntesis, tomaré solo los datos relevados para el ciclo básico.

¹¹⁸ Art, 514 del C. C.

¹¹⁹ Fallo accesible en: <http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos-juridicos/?id=582>

¹²⁰ Conf. el documento elaborado por la Dirección General de Cultura y Educación, Capacitación jurídica en educación, modulo 4, *“Responsabilidad Civil en el ámbito educativo”* Pág. 62

¹²¹ Versión digital: <http://portal.educacion.gov.ar/elministerio/files/2013/07/ONE2010.pdf>



Las estadísticas indican que los alumnos que han respondido haber sufrido malos tratos por parte de sus compañeros declaran: 16.7% por gritos, 14.2% burlas, 11.9% insultos y 10.8% exclusión, disminuyendo a medida que aumenta el ciclo de escolaridad.

Del análisis respecto de los hechos de violencia sufridos por sus compañeros, el 11% ha recibido amenazas de daño, el 9.9% golpes o lastimaduras, 7.5% amenazas o lesiones de patotas y 5.2% robo por la fuerza o con amenaza, también aquí la victimización disminuye en el ciclo superior.

No se relevaron datos respecto de la situación de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad, los porcentuales que analizan la vulnerabilidad social sólo se refieren a insatisfacción de necesidades básicas.

Conclusiones

Las consecuencias de este tipo de agresiones propinadas contra un niño con discapacidad son más graves y la necesidad de una educación pluralista e inclusiva es urgente.

Se requiere especial atención a la ausencia de información concluyente en los puntos, que de forma pertinente, he destacado en el desarrollo de este trabajo.

El avance de esta modalidad es inminente, y la formación temprana sobre la base de valores como el respeto a la diversidad, la reevaluación de la construcción social del concepto de normalidad, la participación y compromiso social en el rechazo de la violencia para la resolución de situaciones de conflicto, harán viables la plena inclusión y una sociedad menos paradigmática y más igualitaria.

Bibliografía

-“Bullying: Responsabilidades y aspectos legales en la convivencia escolar” Comp. Juan Antonio Seda (2014). Editorial Noveduc.

-“La Convención sobre los Derechos del Niño y su aplicación en el ámbito educativo” Comp. Juan Antonio Seda (2013). Editorial Homo sapiens.

-“Los Derechos de las Personas con Discapacidad” Comp. Carlos Eroles - Hugo Fiamberti (2008). Editorial Eudeba

- Capítulo IX “Hostigamiento en la escuela a niños con discapacidad” Juan Antonio Seda – Ayelen Eliana Scinocca, del libro “Bullying: Responsabilidades y aspectos legales en la convivencia escolar” Comp. Juan Antonio Seda (2014). Editorial Noveduc.