



TRABAJO FINAL DE GRADO

**“EL ESTADO ACTUAL DE TUTELA DE
LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD EN SANTIAGO
DEL ESTERO”**

Resumen

El objetivo del presente Trabajo Final de Grado consiste en investigar acerca del "Estado actual de tutela de los Derechos de las Personas con Discapacidad en la provincia de Santiago del Estero", a la luz del nuevo paradigma social y de la Convención especializada. Partiendo de los conceptos claves, efectuando el estudio de la Convención y legislación existente para ir cotejando los datos que permitan delimitar las relevancias de acuerdo a las preguntas y objetivos que orientan esta investigación. Del análisis efectuado, surgen ciertos avances en la legislación pasible de estudio, planteándose una suerte de adecuación, en principio, e intención por parte del Estado Argentino, en tanto, se ve reflejada la mirada del nuevo paradigma social en la redacción de las leyes y normas, pero advirtiendo que como todo cambio paradigmático requiere un esfuerzo no solo institucional sino también social, por parte de todos los integrantes que forman parte de la sociedad, esfuerzo que también pesa sobre los actores políticos y lo que demanda una actitud positiva en la búsqueda de políticas de acción pública que posibiliten una modificación paulatina del enfoque que se tenía en un primer momento acerca de las personas con discapacidad hacia una mejor situación de protección y tutela de sus derechos. Concluyendo que si bien existen cambios, e intenciones y acciones, Santiago del Estero aún se encuentra a mitad de camino para alcanzar con plenitud los objetivos, valores y propuestas establecidos por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en donde se vislumbran numerosas situaciones y desafíos por superar.

Palabras clave: discapacidad- convención- derechos- convenio- sistema- acciones- desafíos.

Abstract

The objective of the present Final Degree Project is to investigate about the "current state of protection of the Rights of Persons with Disabilities in the Province of Santiago del Estero", in light of the new social paradigm and the specialized Convention. Starting from the key concepts, carrying out the study of the Convention and existing legislation to compare the data that allow to delimit the references according to the questions and objectives that guide this investigation. From the analysis carried out, some progress is made in the legislation subject to study, considering a sort of adaptation, in principle, and intention on the part of the Argentine State, while the view of the new social

paradigm in the drafting of laws and regulations is reflected. norms, but warning that like any paradigmatic change requires an effort not only institutional but also social, by all the members that are part of society, an effort that also weighs on the political actors and what demands a positive attitude in the search of public action policies that allow a gradual modification of the approach that was initially taken about people with disabilities to a better situation of protection and protection of their rights. Concluding that although there are changes, and intentions and actions, Santiago del Estero is still halfway to fully reach the objectives, values and proposals established by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities as many situations are glimpsed and challenges to overcome.

Key words: disability - convention - rights - convention – system – actions - challenges.

Índice

Introducción	5
CAPÍTULO I	10
Capítulo I: Personas con discapacidad como sujeto de derecho.	11
Introducción.....	11
I.i. Conceptualización de Persona con Discapacidad	11
I.ii. Paradigmas sobre la Discapacidad. Evolución hacia el Paradigma Social de la Discapacidad.....	12
I.iii. Principios, derechos y garantías de las Personas con Discapacidad.	15
Conclusión Parcial.....	22
CAPÍTULO II	24
Capítulo II: Enfoque Pluridimensional	25
Introducción.....	25
II. i. Plataforma Doctrinaria.....	25
II.ii. Plataforma Normativa.....	31
II.ii. a) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	31
II.ii.b) Leyes Nacionales.....	46
II.ii.c) Leyes Provinciales de Santiago del Estero.	56
II.iii. Plataforma Jurisprudencial. Análisis de Casos.	59
II.iii.a) Jurisprudencia Internacional.....	59
II.iii.b) Jurisprudencia Local:	70
Conclusión parcial.	73
CAPÍTULO III	74
Capítulo III: El estado actual de tutela de los derechos de las personas con discapacidad.	75
Introducción.....	75
III.i. El camino emprendido conforme a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.....	75
III.ii. Desafíos y necesidad de mayor adecuación del sistema de tutela de derechos de la Provincia de Santiago del Estero a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.....	77
Conclusión Parcial.....	83
Conclusiones finales	84
Bibliografía	86

Introducción

Esta investigación tiene como principal propósito de estudio la delicada trascendencia de los derechos de las personas con discapacidad teniendo en cuenta su situación de vulnerabilidad y el “Nuevo Paradigma Social de la Discapacidad”, por lo que se procurara ahondar en el Estado actual de tutela de los derechos que asisten a este grupo vulnerable en la provincia de Santiago del Estero, a la luz de la Convención especializada¹ y de los principales instrumentos normativos previos –en lo pertinente- y posteriores a su entrada en vigencia en la Argentina.

A modo de aclaración, y previo a la formulación del problema de investigación, cabe abordar qué se entiende por “Estado actual de Tutela de los Derechos de las Personas con Discapacidad”. El concepto precitado implica aquel estado de tutela omnicompreensivo de la normativa, doctrina y jurisprudencia que auguran protección a este grupo vulnerable en la actualidad. Por lo expuesto, el problema de investigación que guía este camino del conocimiento, está dado por el ánimo de desentrañar cual es el estado actual de tutela de los derechos de este grupo especificado en el ámbito local y, teniendo como norte a la Convención especializada, verificar si existe correcta adecuación o no del mismo, al nuevo paradigma social propuesto por la Convención aplicable y a sus principios rectores.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, merece ser calificada como una convención de Derechos Humanos, con visión especializada o particularizada respecto de la discapacidad, abordando todos aquellos derechos propios del colectivo referenciado, es decir, las “Personas en Situación de Vulnerabilidad”, así como también, alude esencialmente a las obligaciones de los Estados Partes en aras de lograr la debida protección de sus derechos. Esta Convención, ha sido la consecuencia de una evolución progresiva y por lo tanto, se encuentra inmersa en un corpus iuris internacional de DDHH. En este sentido, se advierte que los derechos de las personas con discapacidad, encuentran su origen en los principios emanados de la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1958) y están consagrados además en numerosas normas internacionales a las cuales la República Argentina ha ratificado y adherido, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante

¹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Organización de las Naciones Unidas (2006). Ratificada en argentina por ley en 26.378 y su protocolo facultativo 06/06/2008. Garantía constitucional por ley 27.044 del 19/11/2014 en los términos del Art 75 inc. 22 de la CN.

CADH), en materia de derechos económicos, sociales y culturales y su protocolo adicional (aprobados por Ley N° 24.658)² y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (aprobada por Ley N° 25.280/00). Este último tratado sobre Derechos Humanos constituye el primer marco normativo regional referido específicamente a la prevención y a la eliminación de todas las formas y situaciones de discriminación contra las Personas con Discapacidad (o PCD).

En la órbita provincial, inclusive de manera precedente a la consagración de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se han adoptado normativas referidas a la temática pasible de estudio, las que a modo ejemplificativo a continuación se referencia: la Ley Provincial N° 5528 sancionada el 30 de septiembre de 1985 sobre la Eximición del Pago del Boleto de Transporte a Discapacitados, la Ley Provincial N° 5711 del 31 de octubre de 1988 sobre el Sistema de Protección Integral del Discapacitado y su Familia, la Ley Provincial N° 6742 sancionada el 28 de junio del 2005 de Adhesión a la ley Nacional sobre el Programa de Detección temprana y atención a la Hipoacusia (ley N° 25.415), la Ley Provincial N° 6773 del 29 de noviembre del 2005 de Adhesión a la Ley Nacional N° 22.431 (Institución al Sistema de Protección Integral a la Personas Discapacitadas).

Resulta de indudable gravitación en el TFG (Trabajo Final de Grado) reparar en un concepto basal de enlace, entendiéndose por tal el de “Personas en Situación de Vulnerabilidad”, el que fuere aportado por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que tuvo lugar en Brasilia en el año 2008, dando origen a las denominadas “100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”. En el artículo 1 de dicho instrumento, se define por tales:

“...aquellas personas que por razón de su edad, genero, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de la libertad”.

² Convención Americana de Derechos Humanos, Protocolo Adicional. Organización de las Naciones Unidas (1988). Artículo 18: “Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad.”

En cuanto a la justificación y relevancia de la temática elegida, la discapacidad, se traduce en una circunstancia de enorme gravitación en la actualidad por el impacto social, cultural, político y axiológico en la vida de todo grupo humano. Todo ello de manera indudable, ha dejado huella en el sistema de derecho, máxime si se comulga con una perspectiva trialista del fenómeno jurídico, entendiendo que el derecho es el resultado del análisis de una dimensión no solamente normativa (plano de exclusivo tratamiento de aquellos que postulan el positivísimo jurídico), sino también sociológica (análisis de la conducta humana) y dikelógica (análisis desde la perspectiva de los valores).

La consagración de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como conjunto normativo en el ámbito internacional y su adopción por la República Argentina a través del procedimiento constitucional de ratificación así como el propio de jerarquización constitucional (en los términos del art 75 inc. 22 de la CN), ha implicado el necesario tránsito desde el paradigma del modelo “Medico-rehabilitador” hacia el modelo “Social de la Discapacidad” lo que entraña un insoslayable cambio de mirada respecto de este colegiado vulnerable.

La discapacidad es una realidad, que lejos de generar prejuicios y estereotipos ha de implicar un impulso para cambiar la perspectiva y brindar una tutela adecuada a los derechos de este grupo vulnerable.

En tal sentido, la pregunta de investigación será indagar sobre cuál es el estado actual de tutela de los derechos de las personas con discapacidad en la provincia de Santiago del Estero y analizar si existe, adecuación o no, de dicho sistema a la Convención especializada y a otras fuentes de derecho coadyuvantes e igualmente importantes.

Entre los Objetivos, se pueden mencionar como Objetivo General:

- Analizar el “Estado actual de Tutela de los Derechos de las Personas con Discapacidad en la provincia de Santiago del Estero.

En cuanto a los Objetivos Específicos:

- Estudiar los derechos y garantías consagrados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPCD);
- Indagar sobre el impacto del paradigma Social de la Discapacidad en el estado actual de protección de los derechos del citado grupo vulnerable;
- Conocer la normativa sobresaliente en materia de Derechos de las Personas con Discapacidad existente en mi provincia;

- Investigar sobre los avances en materia de la consagración de los Derechos de las Personas con Discapacidad en la jurisprudencia internacional, nacional y provincial relevantes;
- Verificar el nivel de recepción y aplicación de los conocidos estándares emergentes de la CDPCD en la normativa de alcance general (leyes) y particular (sentencias) locales;
- Valorar la adecuación del sistema actual de protección de los derechos de las personas con discapacidad en la provincia de Santiago del Estero a la luz de las pautas de la CDPCD;
- Referir a las normas y jurisprudencia más relevantes y vigentes en Santiago del Estero.

La metodología utilizada está centrada en un enfoque cualitativo, el mismo puede definirse de esta manera debido a que utiliza datos sin medición numera alguna. Entre las características que definen tal enfoque se podría aclarar que el investigador plantea una pregunta de investigación luego de examinar el mundo social, y se propone a explorar y describir, de lo general a lo particular, buscando interpretar lo que va captando, fundamentándose en un proceso inductivo, que en este caso sería verificar la adecuación del sistema de derechos de las personas con discapacidad en Santiago del Estero a los estándares básicos impuestos por la Convención especializada. (Sampieri, 2006, pág. 17).

En cuanto a las técnicas de recolección de datos que se utiliza para este trabajo es la “Revisión Documental” de la legislación internacional, nacional y local, jurisprudencia y doctrina relativas al objeto de estudio. La finalidad es recopilar información acerca del estado actual de protección de los derechos de las personas con discapacidad en la provincia de Santiago del Estero y en qué manera y medida el mismo se encuentra adecuado a la convención especializada.

Con respecto a las técnicas de análisis de datos, vale decir que, se utiliza particularmente las estrategias de “Análisis Documental” y de “Contenido”, en cuanto que las mismas nos permitirán interpretar adecuadamente las condiciones en las que se encuentra el concepto de persona con discapacidad, sus institutos y tutelas de derechos de este grupo vulnerable en la actualidad en la provincia bajo análisis. La segunda técnica cualitativa a utilizar para el análisis de los datos será el “Estudio de Casos”, que supone un proceso de indagación sistemático que se caracteriza por el examen detallado y comprensivo del caso objeto de interés. El mismo será utilizado durante el examen de

los casos jurisprudenciales de los distintos órganos de resolución de controversias en la búsqueda de la aplicación concreta del principio en estudio.

Este trabajo final de grado se desenvuelve en tres capítulos que se encuentran íntimamente vinculados y se complementan unos con otros. Cada uno de los capítulos se encuentra precedido de una introducción y culmina con una conclusión parcial.

En el Capítulo I titulado “Personas con Discapacidad como Sujeto de Derecho”, se efectuará un análisis de los conceptos centrales del presente trabajo de investigación, entre los que se destacan; “personas con discapacidad”, “grupo vulnerable”, “paradigma social de la discapacidad”, así como también, se abordaran los derechos y garantías emergentes de la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad y los demás términos que se desprenden de la Convención tuitiva especializada, todo lo cual sirve de enlace a los efectos de concretar un análisis dotado de completitud, aunque sin ánimo de agotar las innumerables y vastas aristas que se vinculan a la temática escogida como objeto de estudio, a los fines de lograr un análisis de aquel sistema de tutela ínsito en la normativa internacional que ha de inspirar el sistema de tutela local.

Por su parte en el Capítulo II denominado “Enfoque Pluridimensional” se analiza tanto la plataforma doctrinaria, como así también la plataforma normativa local (Nacional y Provincial) del estado actual de tutela de las Personas con Discapacidad, por lo que comienza partiendo de los contenidos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que permiten vislumbrar el nivel de adecuación existentes entre dicha normativa especializada y la propia imperante en el ámbito interno que tenga por objeto aquel grupo vulnerable. Dicho capítulo se completa con una plataforma jurisprudencial, realizándose una indagación de algunos casos relevantes tanto en el plano internacional como en el nacional que merecen un estudio particularizado.

Por consiguiente, en el Capítulo III “Estado actual de tutela de los derechos de las personas con discapacidad”, se aborda el camino o evolución de los derechos a la luz de la Convención especializada, en donde se pretende comprender los desafíos que se han emprendido a partir de su puesta en vigencia a nivel internacional, haciendo un abordaje local de su aplicación y ahondando en la manera en que dicha normativa se ha insertado en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad en la provincia de Santiago del Estero.

CAPÍTULO I

**“Personas con Discapacidad
como Sujeto de Derecho”**

Capítulo I: Personas con discapacidad como sujeto de derecho.

Introducción

En el presente Capítulo se abordarán cuestiones que hacen a la esencia del objeto de estudio de esta investigación. La conceptualización de Persona con Discapacidad, se traduce por lo tanto en un aspecto medular que se pretende desentrañar, todo ello de conformidad a la normativa existente en el ámbito internacional y sustentando dicha conceptualización en los estándares emergentes de la Convención especializada, los que son un reflejo del paradigma o mirada que inspira a dicha normativa.

Por tal motivo es que seguidamente se analizarán los distintos paradigmas o modelos de la discapacidad, máxime si partimos de la comprensión de que los conceptos evolucionan y en consecuencia la mirada respecto de los mismos por parte del derecho.

Por otro costado, también se abordarán aquellos principios, derechos y garantías que tutelan a las personas con discapacidad ínsitos en la Convención, todo lo cual influye en un abordaje más explícito y acabado del fenómeno jurídico. Ello por cuanto, si los derechos, principios y garantías básicas no son conocidos, mal pueden ser ejercidos por aquellos que se erigen en sujetos centrales del sistema de tutela y solo de tal modo se podrá analizar de manera exhaustiva “el Estado actual de Tutela de los Derechos de las Personas con Discapacidad”.

I.i. Conceptualización de Persona con Discapacidad

La aproximación conceptual de “Persona con Discapacidad” (en adelante PCD) se la encuentra en el artículo 1, segunda parte, de la Convención, al decir: “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”³.

De lo dicho se desprende la idea de enaltecer a la persona por sobre la discapacidad, siendo esta última, simplemente una característica circunstancial y particularizante de la persona. Dicha nota implica unificar la idea de “deficiencias”,

³ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Organización de las Naciones Unidas, 2006.

concepto que se traduce en un resabio del modelo “Médico-rehabilitador” de la discapacidad (deficiencias física, mental, intelectual y sensorial) como característica de la persona, que en virtud de su dignidad humana, se erige en sujeto de especial tutela por parte del Derecho. Inclusive se destaca que el nuevo eje se centra en las barreras (barreras físicas, económicas, culturales, sociales, arquitectónicas) que surgen de la interacción de la persona con su medio, cuestión que se revela de especial relevancia en el espíritu de la Convención instando a todos los Estados miembros a su superación.

La CDPCD (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), no define de manera concreta el término discapacidad sino que simplemente aporta estándares a los fines de la conceptualización, ello por cuanto en el propio preámbulo de la misma se reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona (apartado e)⁴. De ello se traduce que el concepto de Discapacidad no es estático sino que está en permanente desenvolvimiento. Por ende, la Convención no impone un concepto rígido de “discapacidad”, sino que adopta un enfoque dinámico que permite adaptaciones a lo largo del tiempo y en diversos entornos socio-económicos.

I.ii. Paradigmas sobre la Discapacidad. Evolución hacia el Paradigma Social de la Discapacidad.

A los efectos de caracterizar los distintos modelos de abordaje de la discapacidad, y en el conocimiento que debemos ser sumamente restrictivos por razones de espacio, se proponen dos miradas: una “visión jurídica”, que proporciona Agustina Palacios, (2008) y otra “perspectiva dada a partir de la sociología”, elaborada por Patricia Brogna (2009), para lo que se enuncia el “modelo de la encrucijada”.

El primer abordaje describe tres modelos:

a) El “Modelo de prescindencia”, en donde se considera que las causas que dan origen a la discapacidad tienen un motivo religioso, y que las personas con discapacidad son asumidas como innecesarias por diferentes razones, ya sea porque se estima que no contribuyen a las necesidades de la comunidad, porque albergan mensajes diabólicos y que son la consecuencia del enojo de los dioses, o que, por lo desgraciadas, sus vidas no merecen la pena ser vividas. Este modelo presenta a su vez

4 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Organización de las Naciones Unidas, 2006.

dos sub-modelos: el “Eugenésico”, que abarca a aquellas personas que presentan discapacidad y su vida no tiene valor para este mundo, por lo que una posibilidad para estos seres es la muerte o infanticidio; y el de la “Marginación” que afirma que quienes se muestran con alguna discapacidad son motivo de compasión, pena, alejamiento, aversión social por entender que son peligrosas, y cuyo efecto principal es el alejamiento o reclusión. (Palacios, 2008);

b) El “Modelo Médico-rehabilitador” o “Modelo Médico-asistencial”, que afirma que las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles o innecesarias, pero siempre en la medida en que sean rehabilitadas o “normalizadas”. Es por ello que el fin primordial que se persigue desde este paradigma es “normalizar” a las personas con discapacidad, aunque ello implique forzar a la desaparición o el ocultamiento de la diferencia que la misma discapacidad representa. Este modelo nos resulta muy familiar porque es el modelo que se ha hegemonizado, al menos desde la Segunda Guerra Mundial, y se trata del abordaje de la discapacidad desde el sistema de salud. La persona con discapacidad pasa a ser un objeto de asistencia, o si se quiere desde el “modelo social”, una persona explotada por la sociedad. En síntesis, las características del modelo “Médico-rehabilitador” son las siguientes: las causas de la discapacidad pasan de religiosas a científicas (la discapacidad se predica en términos de salud o enfermedad); las personas con discapacidad ya no serían consideradas inútiles ya que pueden aportar en la comunidad, pero con la condición de que sean “rehabilitadas” o “normalizadas”; se promueve el fortalecimiento de la “educación especial” (dirigida a las capacidades “residuales”) y de la “rehabilitación” en el sentido mencionado, y con ello se fomenta e impulsa la institucionalización y el empleo protegido, en lugar del empleo legítimo (es decir, el empleo con aportes a la seguridad social, obra social, derechos laborales y sueldo/salario y no peculio) como modelo de “protección”.

Finalmente el tercer modelo que se considera desde la perspectiva abordada y que se termina imponiendo en el marco de la Convención especializada es:

c) El “Modelo Social de la Discapacidad”, que básicamente considera que las causas que dan origen a la discapacidad no son ni religiosas, ni científicas, sino que son preponderantemente sociales, y que las personas con discapacidad pueden aportar a las necesidades de la comunidad en igual medida que el resto de personas, pero siempre desde la valoración y el respeto de su condición de personas y de la diversidad. Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de

ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos (valores que son tomados por la CDPCD), que aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social, y sentándose sobre la base de determinados principios como el de la autonomía y la vida independiente, la no discriminación, la accesibilidad universal, la educación inclusiva, el diálogo civil, entre otros. El eje ideológico de este modelo está descrito en el artículo 12 CDPCD el que será pasible de análisis en el devenir argumentativo del presente TFG.

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

Por otra parte, Patricia Brogna (2009) elabora un modelo que se presenta como destacado, como manifestación anterior al diseño de políticas públicas. Esta especialista expresa lo que define como el “Modelo de la Encrucijada”, por lo que indica que: “históricamente la discapacidad fue entendida como “algo que le sucedía a alguien”. Generalmente se lo relacionaba a un problema de salud o de desviación de la norma, de lo “normal””.

Sin embargo, antes de avanzar es necesario puntualizar que la discapacidad, como construcción social, se halla en la encrucijada de tres elementos que se inter-definen: en primer lugar, la particularidad biológica o de conducta de un sujeto, en segundo lugar, la organización económica y política, y por último, el elemento cultural normativo. En la confluencia de estos tres elementos es donde cada sociedad (en un tiempo y espacio específico) “determina quién será un discapacitado y cómo deberá ser tratado”.

Por lo tanto, conforme al “Modelo de la Encrucijada” se muestran tres elementos que se vinculan para constituir la discapacidad como situación y posición social y que se conjugan para la protección, promoción y garantía de los derechos humanos de las personas con discapacidad, estos son: los lineamientos biológicos y de comportamiento de una persona; su estructura política y económica; y, en un ámbito social, destacar los aspectos culturales y los derechos de aquellas personas con discapacidad que se desenvuelven en el mismo.

Sostiene esta autora que la particularidad biológica y de conducta queda

vinculada actualmente a la noción de déficit, de disfuncionalidad en relación con una norma, a un único modo concebido socialmente como “normal” de ser o hacer.

“Esta particularidad “hace referencia a una enorme variedad de deficiencias de funciones o estructuras corporales, etiologías (de causas adquiridas o congénitas), duración (permanentes, progresivas, transitorias), gravedad (leves, moderadas, severas), etc., que se combinan de los más variados modos y hacen imposible definir un “tipo único” de discapacidad. La organización económica y política queda determinada por la relación entre ambas tipologías existentes dentro de una sociedad (en un tiempo y espacio determinado), con el modo en que se significarán y tratarán cada tipo de particularidad biológica y de conducta de una persona.” (Rosales, 2012).

La discapacidad, desde la perspectiva que propone el “Modelo de la Encrucijada”, es una construcción teórica compleja en la que los tres elementos que menciona dicho modelo se determinan unos a otros y no pueden analizarse por separado sino en su interrelación.

I.iii. Principios, derechos y garantías de las Personas con Discapacidad.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, desde su preámbulo, establece las aristas fundamentales en torno a los cuales gira la tutela de los derechos de este grupo vulnerable, sosteniendo los principios de la Carta de las Naciones Unidas, proclama “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”(apartado a); reconoce que “en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, han reconocido y proclamado que toda persona tiene los derechos y libertades enunciados en sus instrumentos, sin distinción de ninguna índole”(apartado b); y reafirma “...la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación,...”(apartado c); siendo estos algunos entre los numerosos puntos fundamentales que tiene en cuenta la Convención en aras a protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad⁵.

La CDPCD establece, en su artículo tercero, los principios generales de la misma estableciendo: “...a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía

5 Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad. Organización de las Naciones Unidas, 2006.

individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”, entendiéndose el concepto de persona digna, libre y autónoma, tomando en cuenta la mirada del nuevo “Paradigma Social de la Discapacidad”; “...b) la no discriminación”, siendo este un derecho humano fundamental de estar libre de discriminación basada en género, raza, etnia, orientación sexual u otra condición; “...c) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad”, requiriendo de todo tipo de tuteladas por parte de los Estados Partes de la Convención a la superación de barreras que la impidan y por lo tanto de la realización de acciones positivas a tales efectos; “...d) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas”, haciendo hincapié en la diversidad y en el valor que representa para la sociedad la toma de conciencia de posibles actos discriminatorios y se fomenten acciones que los detengan; “...e) la igualdad de oportunidades”, tratándose de otro derecho fundamental que atañe al concepto de persona humana y digna como debe concebirse a las personas con discapacidad; “...f) la accesibilidad”, sobre todo hacia la justicia, sus órganos y magistrados, para que no la impidan, la protejan y fomenten con igualdad y dignidad; “...g) la igualdad entre el hombre y la mujer”, no es más ni menos que otra arista atinente a la no discriminación por razones de sexo; “...h) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.”, al ser, la CDPCD, posterior a la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1989, todos los principios que emanan de este corpus iuris son abarcativos de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad aunque en algunos casos no se encuentren explicitados.

Los mismos se encuentran plasmados a lo largo de la Convención especializada, en sus diversos artículos, formando las bases sobre las cuales se regula la tutela de las PCD.

Focalizando en los principales aportes de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, surge la existencia de sus principales ejes temáticos, a saber:

- En el artículo 1 se define lo que se entiende por “personas con discapacidad”, concepto inspirado en el “Modelo Social de la Discapacidad”. Se enfatiza la idea de la persona por sobre la discapacidad, siendo esta última simplemente característica circunstancial y particularizante de la persona. Tiene la particularidad de unificar la idea de “deficiencias”, concepto que se traduce en un resabio del modelo “Médico-

rehabilitador” de la discapacidad (deficiencias física, mental, intelectual y sensorial), las que interactuando con diferentes barreras, impedirían la participación de la persona con discapacidad en forma plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás personas.

- En el artículo 2 aporta conceptos claves tales como: “comunicación”, “lenguaje”, “ajustes razonables”, “diseño universal”. Es así que a la luz de dichos conceptos y del compromiso de los Estados Partes a su observancia, se busca desterrar la discriminación por razones de discapacidad.
- En el artículo 4 refiere a las obligaciones generales de los Estados Partes, contemplando al Estado de manera integral (abarcando a todos los poderes del Estado, así como teniendo en cuenta la organización Federal de los mismos en caso de existir).
- En el artículo 6 contempla la especial situación de vulnerabilidad de las mujeres con discapacidad, y el 7, la situación propia de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad, procurando siempre en este último caso, el resguardo del interés superior de los mismos.
- En el artículo 12 procura el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, eje insignia de la modificación experimentada por el Nuevo Código Civil y Comercial.
- En el artículo 13 fomenta el acceso a la justicia en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad.
- En el artículo 19 delimita los derechos civiles, económicos, sociales y políticos propios de las personas con discapacidad.

Evocando el concepto de “igualdad material”, en la que se inspira la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Pinto Kramer (2014), sostiene:

“...se entiende a la igualdad como un estado en que las personas tengan la capacidad real de alcanzar un bienestar social, ello a través de valores instrumentales, no solo referidos a posturas de no discriminación, sino también a la implementación de acciones concretas”.

Se toma a la igualdad como un concepto de efectiva realización a través de acciones positivas, concretas, tendientes a nivelar a las PCD respecto de aquellas otras “sin” discapacidad, enalteciendo los términos del preámbulo de la Convención especializada y el propósito consagrado en el artículo 1 de dicha convención y así como de su artículo 3 donde se plasman los principios generales.

Las referencias al concepto de igualdad, se traducen en constantes en el resto del articulado de la Convención tuitiva de los derechos del grupo vulnerable de las PCD,

abarcando muy especialmente a dos situaciones asociadas a grupos con multiplicidad de factores de vulnerabilidad, tal y como ocurre en el artículo 6 referido a las mujeres con discapacidad, artículo 7 referido a los niños y niñas con discapacidad, emulando un trato acorde a dichas situaciones y pretendiendo la normativa convencional igualarlos y protegerlos de manera específica. Asimismo se denota la influencia del principio de igualdad en el artículo 9 referido al concepto de accesibilidad, artículo 10 referido al derecho a la vida, artículo 12 vinculado al igual reconocimiento como persona ante la ley, y en el artículo 13 asociado al derecho al acceso a la justicia, entre otros.

Respecto del concepto o principio de no discriminación cabe destacar que se enuncia como definición propia del artículo 2 de la Convención el alcance de la discriminación por motivos de “discapacidad”, al decir:

“...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;”⁶.

Del mismo modo que lo hace el artículo 3 al referirse dentro del marco de los principios generales en su inciso b) a la “no discriminación”.

Así también, cobra vital relevancia los términos del artículo 5 de la CDPCD en su segunda parte, cuando específicamente enuncia: “Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.”⁷.

El resguardo del trato “igualitario” y “no discriminatorio” que inspira a la convención especializada, no tiene sino como objeto central, el “tratar” a la persona con discapacidad como verdaderos sujetos de derechos y desterrar las ideas anacrónicas estereotipadas y por lo tanto discriminatorias, emergentes del modelo Médico-rehabilitador de la discapacidad, que veía en la persona con discapacidad un

⁶ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Organización de las Naciones Unidas, 2006.

⁷ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Organización de las Naciones Unidas, 2006.

simple objeto de protección.

También la tutela que han de brindar los Estados Partes de la CDPCD en su lucha contra la discriminación, implica el cumplimiento de los términos de los artículos 22 sobre el respeto de la privacidad; el artículo 23 sobre el respeto del hogar y de la familia, siendo este último artículo aquel que incluye por primera vez en un tratado internacional los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad; el artículo 24 referido a la educación, que a este respecto cabe destacar que se establece el derecho al acceso a la educación común, no incorporando ninguna normativa referente a la educación especial; el artículo 25 referido a la salud, tendiendo a evitar la discriminación en el acceso a la salud, particularmente respecto de los seguros de salud y de vida; el artículo 27 referido al trabajo y empleo, entre otros.

Este cambio paradigmático, se traduce igualmente en lo jurídico, en lo cultural y en lo social como un cambio progresivo y aún pendiente de completa internalización por parte de los integrantes de los Estados que han ratificado la CDPCD. Ello insoslayablemente lleva a propugnar el efectivo reconocimiento de la “Capacidad Jurídica” de las PCD, tal y como reza el propio artículo 12 de la citada Convención, que les otorga el reconocimiento de su personalidad jurídica, todo lo cual ha sido motivo de tratamiento particularizado y exhaustivo en el novel Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, el que se ha basado en el principio “no discriminatorio” y que, propugnando la igualdad material de las personas, garantiza su capacidad como regla y la definición de situaciones de incapacidad de manera meramente excepcional y sujeta a prueba (conforme artículos 22, 23, 24, 31, 32, conc. y sig. del Código Civil y Comercial de la Nación).

Es por todo lo expuesto, que se devela la existencia de un enfoque transversal de la discapacidad, inspirado en el principio rector Pro Homine o Pro Persona, principio rector de derechos humanos que efectiviza las potestades inherentes a todo ser humano por el hecho de ser considerado como tal, particularmente en el hecho de que pueda desarrollarse plenamente en la sociedad sobre todo en su ámbito vital.

Es fundamental destacar que la Convención afirma que la interrelación con las diferentes barreras o impedimentos sociales (físicos, culturales, etc.), la que establece la posición de discapacidad, por lo que se tiene que propugnar por la inexistencia de estas barreras o la superación de las mismas.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce

en su artículo 19 a todas las personas con discapacidad (PCD) el derecho a vivir en forma independiente y a ser incluido en la comunidad:

“Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que:

- a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico;
- b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de esta;
- c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades.”⁸

Que tal como ut-supra se anticipó, la CDPCD contempla en su articulado dos notables situaciones de especial vulnerabilidad tales como la referida a los niños, niñas (y porque no ampliando hacia el concepto de adolescentes con discapacidad) y a los derechos de las mujeres con discapacidad, ello por cuanto, la normativa internacional, no se erige en un compartimento estanco sino que pretende armonizar sus pautas con otras normativas de raigambre internacional y convencional (Convención sobre los Derechos del niño de 1989, sobre la Eliminación de las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, y la Convención Belém Do Pará de 1996, al ser todas estas normativas de fecha anterior a la Convención fueron objeto de especial tratamiento en la misma), que parten de la premisa de que la vulnerabilidad ínsita en determinados grupos sociales sirve de sustento a que desde el derecho, se adopten acciones positivas en aras de la tutela efectiva de dichos grupos vulnerables, por razón de su edad y sexo.

Lo citado es debido a que, la mencionada Convención Internacional sobre los Derechos del Niño se utiliza, en virtud de su artículo 1, a todas las personas con discapacidad, y desde el Preámbulo de la CDPCD se los reconoce como sujetos comprendidos por el Tratado, planteándose la preocupación por la discriminación agravada que sufren por edad y discapacidad, entre otros posibles motivos (apartado h)

⁸ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Organización de las Naciones Unidas, 2006.

del Preámbulo de la CDPCD). En este sentido, debe advertirse que la CDPCD propone una doble vía para promover el abordaje de la niñez en situación de discapacidad a fin de garantizar la igualdad de condiciones con los demás niños.

Por un lado, en el artículo 7, específicamente aborda la garantía de derechos a los niños y niñas con discapacidad, reforzando su condición de sujetos de derecho, en tanto se les reconoce el derecho de gozar de todos los derechos humanos, y se dispone que un concepto fundamental es el interés superior del niño y el derecho a expresar su opinión con la asistencia apropiada, los que constituyen dos ejes que no deben ser obviados.

Agrega a ello, en el artículo 3, inc. h), “el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad” como principio de la CDPCD, lo que implica establecer que todos y cada uno de los derechos reconocidos en la Convención deben ser interpretados, en lo que a los niños y niñas compete, a la luz de esa disposición.⁹

Por otro lado, se fortalece la proyección de la infancia por lo que se presenta en varios artículos, en particular bajo la comprensión de que se trata de derechos reconocidos cuya garantía tiene especial significación durante la niñez. Son muestras de lo citado los artículos 23 —vida familiar—, 24 —educación inclusiva—, 25 —salud— y 30 —recreación—; manejando instituciones que se advierten como reforzadas en materia de derechos humanos como de la niñez.

Es posible efectuar una aproximación y un relevamiento entre principios y derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y la CDPCD, utilizando para ello distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos, las observaciones generales permitidas por los órganos de monitoreo de ambos tratados: el Comité de los Derechos del Niño (Comité DN) y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Comité DPCD).

En este sentido, mucho de lo expresado anteriormente se ve reforzado con carácter vinculante para los Estados Partes de la CDPCD. El Estado no puede admitir que, en razón de su discapacidad, un niño no ejerza el derecho a participar.

El Comité DPCD, en su Observación General 1, artículo 12: “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, expresamente se refirió a los niños y niñas

⁹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Organización de las Naciones Unidas, 2006.

con discapacidad y dijo:

“Mientras que en el art. 12 de la Convención se protege la igualdad ante la ley de todas las personas, con independencia de su edad, en el art. 7 se reconoce que las capacidades de los niños y las niñas están en desarrollo y se exige que “en todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial [sea] la protección del interés superior del niño” (párr. 2) y que “su opinión [reciba] la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez” (párr.3). Para cumplir con lo dispuesto en el art. 12, los Estados Partes deben examinar a niños y niñas con discapacidad sean respetadas en igualdad de condiciones con los demás niños.”¹⁰

Queda así conformado de manera liminar, el abanico de principios, derechos y garantías que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad plantea para hacer posible la efectiva tutela de los derechos de estas personas en estado de vulnerabilidad.

Conclusión Parcial

A modo de conclusión, la delicada temática se traduce en transversal en la vida de las personas. Se trata de una realidad de la que nadie está exento, de ahí la necesidad de su abordaje con compromiso y perspectiva de derechos humanos.

Su condición de personas dotadas de dignidad, sumada a su vulnerabilidad, se erigen en ejes inspiradores de la Convención especializada así como también se pone el acento en misma en los conceptos de igualdad y no discriminación por motivos de discapacidad.

El compromiso de los Estados Partes de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, con asiento en el “Modelo Social de la Discapacidad”, está dado por garantizar a través de acciones positivas efectivas todos aquellos derechos, principios y garantías consagrados en ella con el ánimo de tornarlos una realidad viviente, y de tal modo, brindar a las personas con discapacidad como colectivo, un trato digno y adecuado. Sin embargo dicho cambio de paradigma, se sustenta en un cambio cultural y social que ha de preocupar a todos y todas, ello por cuanto el asunto de la discapacidad, nunca se entenderá mientras sea un “ellos”, “ustedes” o “aquellos”, solo podrá ser entendido en cuanto logre ser un “nosotros”. No

¹⁰ Observación General N° 1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006. Artículo 12: “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, párr. 36, CRPD/C/GC/1.

olvidemos que el objetivo final es conseguir una sociedad realmente inclusiva, una sociedad mejor para todas las personas.

CAPÍTULO II

“Enfoque Pluridimensional”

Capítulo II: Enfoque Pluridimensional

Introducción

En el presente Capítulo se procederá al análisis desde diferentes dimensiones de la temática objeto de estudio: “El estado actual de Tutela de los Derechos de las Personas con Discapacidad en Santiago del Estero”. En especial, se reparará en la plataforma doctrinaria, normativa y jurisprudencial, en tanto se pretende abordar la temática desde un enfoque amplio y básicamente teniendo en cuenta los avances y retrocesos en la materia desde el análisis de las principales fuentes de derecho, resaltando siempre la importancia de la Convención internacional en cuanto a la consagración de los derechos de las PCD (personas con discapacidad), todo ello con el ánimo de verificar el nivel de difusión, recepción y adecuación del contenido de la misma en el contexto nacional y en especial en la provincia de Santiago del Estero.

II. i. Plataforma Doctrinaria

En este estadio del análisis, resulta pertinente referir a las posturas más emblemáticas relativas a la temática bajo estudio, a través de los aportes de la doctrina especializada.

Así las cosas, surge a priori la necesidad de abordar el concepto de “vulnerabilidad” que engloba a múltiples colectivos sociales, entre los que se destaca el propio de la PCD.

Reciente doctrina ha sostenido que:

“La condición de vulnerabilidad, eje rector de los tratados internacionales especializados –entiéndase “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” y la novel Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”- es aquella que torna indispensable una mirada especial por parte de las autoridades de los Estados respecto de aquellos actores sociales que ostentan dicha condición, ello por cuanto, sin perjuicio de la causa que la motiva, dicha circunstancia, incide en las características del sistema de protección de derechos que ha de ser otorgado por los Estados” (Gerez, 2017)

Seguidamente la autora advierte de la necesidad de explicitar que se entiende por “grupos vulnerables” y ensaya su aporte conceptual:

“...A tales efectos y con el ánimo de realizar una aproximación de la temática, se advierte que son aquellos que por causa de edad, raza, sexo, condición económica, cultural, política, discapacidad están en condición de riesgo de violación de sus derechos y sufren el olvido,

la omisión o la falencia legislativa o política, en este último supuesto por insuficiencia de las políticas públicas” (Gerez, 2017).

Según Villaverde (2008) la situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidad se deriva “de complejos procesos sociales, a través de los cuales se construye su desvalorización, su exclusión y su discriminación. Por ello la vulnerabilidad será entendida como aquella parte del riesgo más vinculada con las estructuras sociales, que con las conductas individuales de las personas afectadas.”

Por otro costado, resulta invaluable el aporte emergente de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana llevada a cabo en Brasilia en Marzo del 2008, de la que resultaron las denominadas “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”. Allí se plasman las pautas para acceder a la justicia de las “personas en condición de vulnerabilidad” a las que define, en su Sección Segunda, bajo los siguientes términos:

“Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.”

Que luego en su segundo párrafo establece que: “Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.”

La relevancia de dichas pautas radica en que tienen como destinatarios a todos los actores del sistema de justicia y a quienes intervienen de manera directa o indirecta en él. Contribuyendo a la disminución de las desigualdades, al resguardo de la unión social y el crecimiento del sustento democrático, todo ello teniendo en miras a los justiciables y a su acceso efectivo a la justicia en vistas de su condición de vulnerabilidad.

Lo dicho se patentiza aún con mayor fuerza en aquellos supuestos de múltiple condición de vulnerabilidad que atraviesan ciertas personas. Al respecto se ha dicho:

“...la relación entre discapacidad, género, edad –entre otros factores- y vulnerabilidad constituye una dimensión de análisis imprescindible tanto para un abordaje integral de los derechos humanos, como para visibilizar las consecuencias desde un enfoque capaz de poner fin a las violaciones sistemáticas que las personas con discapacidad experimentan en su dignidad inherente ante situaciones de discriminación múltiple”. (Queen y Degenerer, 2002, p. 11)

Para lograr estos cometidos, es necesario e indispensable la superación de

barreras, que obstaculizan el acceso a la justicia y el ejercicio pleno de los derechos de las PCD.

Para Villaverde (2008, p. 20),

“...la labor de remoción –entiéndase de las barreras, la aclaración me pertenece- requiere la adopción de medidas adecuadas para identificar y eliminar esas barreras, que, si bien han sido erigidas socialmente, bloquean en la actualidad la inclusión activa de las personas con discapacidad en el sistema general de la sociedad (medio físico y cultural, justicia, vivienda y transporte, servicios sociales y sanitarios, oportunidades de educación y trabajo, vida familiar, cultural, social, gremial y política, deportes, recreación)”.

En el Preámbulo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, expresa su preocupación “por la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición”.

En orden a la trascendencia de la Convención especializada, cabe advertir que aquella se erige en un Instrumento, que parte del reconocimiento de una deuda social normativa y política que tenían los Estados Partes respecto de las PCD. La Convención no proclama en sí “nuevos derechos” sino recoge aquellos Derechos Humanos ya proclamados y reconocidos por otros Instrumentos Internacionales, procurando la adecuación de los mismos a la “condición de vulnerabilidad” ínsita en el colectivo de las Personas con discapacidad.

La convención se traduce en una herramienta invaluable de empoderamiento de las personas con discapacidad. Implica una consagración efectiva del “Modelo Social de la Discapacidad” y procura generar una mirada inclusiva, superadora de las barreras que obstaculizan la interacción de la PCD con la sociedad toda.

De conformidad al Preámbulo de la Convención, se reconoce 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”.

En virtud de lo reseñado, la Convención representa un cambio de paradigma en las actitudes y en los enfoques a adoptar respecto de las personas con discapacidad, pues al entender que la discapacidad es el resultado de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y el entorno, desplaza al “Modelo Médico

de la Discapacidad” sustituyéndolo por el “Modelo Social de Derechos”.

Si bien en la actualidad, el derecho y las prácticas locales no acogen adecuadamente la transformación que se ha operado a nivel internacional, no puede desconocerse que todo cambio de paradigma requiere un proceso, en cuya primera fase, resultan imprescindibles las medidas de sensibilización social y de formación adecuada de los operadores.

Resulta interesante advertir la trascendencia que la nueva Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad le otorga al cambio de percepciones, pues los Estados que la ratifican se comprometen a adoptar y aplicar las políticas, leyes y medidas administrativas necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el tratado y derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación (art.4), pero además adoptarán medidas para luchar contra los estereotipos y prejuicios y promover la toma de conciencia sobre las capacidades de las personas con discapacidad (art.8).

“En efecto, las medidas legislativas no son suficientes para garantizar la igualdad efectiva de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida, por lo que deberán ir acompañadas de medidas, en los planos judicial, administrativo, educativo, financiero y social, entre otros”. (Villaverde, 2009, p.327)

Con relación al acceso a la justicia, como ejemplo de la magnitud del desafío propuesto a los Estados Partes por la nueva normativa internacional de derechos humanos, especialmente por la nueva Convención de las Naciones Unidas,

“...se observa que los impedimentos prácticos son los que generan mayor preocupación, porque su superación, constituye la condición de posibilidad del cambio: carencia de intérpretes o de asistencia letrada formada en el modelo social y de derechos, falta de medios que faciliten la participación y comprensión del juicio, falta de concientización por parte de los operadores jurídicos, deficiente sistema de información e inexistencia de material legal disponible en formas accesibles (garantías del debido proceso).” (Villaverde, 2009, p. 387)

Sin la capacitación adecuada de quienes se desempeñan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario, y los equipos interdisciplinarios, no hay acceso efectivo a la justicia, aunque se cuente con las mejores leyes y las mejores intenciones de los operadores. (art.13)

Por ende, frente a una normativa de derechos humanos cuya intención preponderante es, la efectividad y la eliminación de las dificultades de la puesta en práctica de los derechos de las personas con discapacidad, “el acceso a la justicia no es

pasible de ser comprendido como la factibilidad cierta de arribar posibilidad formal de llegada al tribunal, sino como la inserción de estrategias activas para promover la admisión de personas y grupos que de otra manera no actuarían para obtener el reconocimiento de sus derechos.” (Highton, 2005).

En este contexto, las nuevas prácticas judiciales y la interpretación judicial (control de convencionalidad – art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) contribuyen a la transformación del derecho, adecuándolo a la Convención, y al cambio gradual de la realidad que se presenta como insatisfactoria para el sistema democrático, al marginar o excluir de la participación efectiva a las personas con discapacidad.

Haciendo fidelidad al Preámbulo de la CDPCD, al decir que “la discapacidad es un concepto que evoluciona...”, se adopta como premisa al “Modelo Social de la Discapacidad”, el cual “considera que las causas que dan origen a la discapacidad no son ni religiosas, ni científicas, sino que son preponderantemente sociales; y que las personas con discapacidad pueden aportar a las necesidades de la comunidad en igual medida que el resto de personas, pero siempre desde la valoración y el respeto de su condición de personas y de la diversidad” (Rosales 2012).

La expresión “Persona con Discapacidad” proviene del “Modelo Social de la Discapacidad”, que pone en primer lugar a la persona y dice que la persona tiene discapacidad (una característica de la persona, entre muchas otras). Desde esta visión, la discapacidad queda definida por la relación de la persona con las barreras que le pone el entorno. Esta terminología, está sustentada por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Por otra parte, al referirnos a una persona en particular, lo correcto es llamarla por su nombre, como a cualquier otro individuo. En caso de que debamos referirnos a la discapacidad, la expresión correcta es la de persona con discapacidad. En primer lugar, hablamos de las personas y en segundo término de la discapacidad como una de sus características.

Este modelo, se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos (valores que son tomados por la CDPCD, entre otros, en los artículos 3 y 12), que aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social, y sentándose sobre la base de determinados principios como el de la autonomía y vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, educación inclusiva, diálogo civil, entre otros.

Por lo que Palacios y Jiménez (2005) sostienen que:

“La vulnerabilidad de las personas con discapacidad es precisamente un indicador de inequidad y desigualdad sociales, que reclama respuestas de la estructura socio-económica y política a partir de la toma de conciencia de la *contradicción* existente entre los derechos ampliamente proclamados en las convenciones ratificadas por los Estados –incluso con jerarquía constitucional- y su falta de aplicación efectiva en el contexto de la discapacidad”.

Aquí es cuando, cabe destacar la necesidad de adecuarse a la nueva terminología que evoca la Convención especializada y a la luz del paradigma social, se debe reflexionar que primero se es persona, amparada por el principio fundamental “Pro Homine”, y luego cabe hablar de “persona con discapacidad”, haciendo alusión a la realidad social en la que la propia se desenvuelve, la cual se encuentra en relación con las diversas barreras que las colocan en una situación de vulnerabilidad y que son por lo tanto, motivo de superación y colaboración para la sociedad y para el Estado mismo y sus Instituciones.

Una consideración especial se dedica a las mujeres y las niñas con discapacidad que, “suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación” tratándose de una vulnerabilidad agravada por la discriminación múltiple, como por ejemplo el caso de los “niños de la calle”, en particular de los niños de la calle con discapacidades físicas, que son explotados con fines de mendicidad, y de aquellos a los que se les infligen discapacidades para que se dediquen a la mendicidad”, que:

“...con frecuencia terminan en las calles por diversas razones, incluidos factores económicos y sociales. A los niños con discapacidad que viven y/o trabajan en la calle se les debe proporcionar una atención adecuada, en particular alimentos, vestimenta, vivienda, oportunidades de educación, educación para la vida, así como protección de diversos peligros, en particular la explotación económica y sexual. A este respecto se requiere un enfoque individualizado que tenga plenamente en cuenta las necesidades especiales y la capacidad del niño. Es motivo de especial preocupación para el Comité que los niños con discapacidad a veces son explotados con fines de mendicidad en las calles y en otros lugares; ocurre que se les infligen discapacidades a los niños para que se dediquen a la mendicidad. Los Estados Partes deben adoptar todas las medidas necesarias para impedir esta forma de explotación y tipificar como delito explícitamente la explotación de este tipo, así como adoptar medidas eficaces para enjuiciar a los autores del delito” (párrafo 76 de la Observación General N° 9 del Comité de los Derechos del Niño sobre los derechos de los niños con discapacidad del año 2006).

También las niñas resultan más vulnerables, debido a la discriminación de género. Por eso, el Comité le pide a los Estados Partes que presten “especial atención a

las niñas con discapacidad adoptando las medidas necesarias, y en caso de que sea preciso, medidas suplementarias, para garantizar que estén bien protegidas, tengan acceso a todos los servicios y estén plenamente incluidas en la sociedad”.

Rosales (2012) subraya la necesidad de incorporar la perspectiva de género en las medidas que se adopten para efectivizar los propósitos de la Convención, y además de ser consciente de que la mayoría de las personas con discapacidad viven en condiciones de pobreza, siendo la Convención la que reconoce la “necesidad fundamental” de mitigar sus efectos negativos sobre la vida de estas personas.

El Estado tiene un papel preponderante en el diseño de políticas públicas para que los procesos de estigmatización social, en cualquiera de sus formas, vayan cediendo y vayan transformándose en nuevas formas de vinculación social.

Sin embargo, más allá de cualquier tipo de campañas, desarmar estereotipos es una situación sumamente difícil porque, siendo construcciones sociales profundamente arraigadas, su deconstrucción depende de una decisión personal. Que según Rosales (2012) “...dibuja un terreno delicado pues hablamos de actitudes humanas sobre la que es difícil legislar y cuya modificación no siempre se produce a partir de leyes, decretos o lo que fuere”. Todos tenemos derecho a vivir una vida plena, sea cual sea o haya sido nuestra condición. Esta posibilidad depende del conjunto social, pero también de cada uno de nosotros.

II.ii. Plataforma Normativa.

II.ii. a) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPCD), se erige en un instrumento especializado de tutela de los Derechos Humanos (DDHH), cuya máxima aspiración consiste en visibilizar a las personas con discapacidad (PCD) enaltecendo el respeto de su dignidad innata, y poniendo el acento en los principios de igualdad y no discriminación.

Dicho plexo normativo internacional, plasma el “Paradigma Social de la Discapacidad”, el que pretende erradicar la discriminación, los estereotipos y los prejuicios que tiene la sociedad respecto de las personas con discapacidad, y en su lugar propugna el trato igualitario y no discriminatorio con aporte de salvaguardas y apoyos tendientes a nivelar a las PCD respecto de aquellas otras personas “sin” discapacidad.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (ONU), fueron aprobados el día 13 de diciembre del 2006,

mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/61/106. Argentina aprobó la Convención y su Protocolo mediante la Ley N° 26.378, sancionada el día 21 de mayo del 2008 y fue publicada en el Boletín Oficial el día 9 de junio del 2008. La misma goza de jerarquía constitucional a partir de la Ley N° 27.044 sancionada el 19 de noviembre del 2014 y promulgada el 11 de Diciembre de ese mismo año, la cual en su artículo primero reza: “Otorgase jerarquía constitucional en los términos del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.”

La CDPCD es un Tratado de Derechos Humanos y contiene en su preámbulo los objetivos y pautas generales que nutren e inspiran todo su articulado de ahí su importancia en orden a su análisis. A pesar de esto, una opinión generalizada admite que los preámbulos dentro de los tratados no implican una norma jurídica de carácter obligatoria, debido a que la jerarquía reside en los reconocimientos que realice cada estado.

Esta Convención viene a complementar la labor de los tratados ya existentes en materia de Derechos Humanos, debiendo ser tenidos en cuenta los reconocimientos que los Estados llevan a cabo.

En este orden de ideas, resulta pertinente referir que el artículo 75 en si inc. 22 de la Constitución Nacional que si bien puntualmente destaca como tratados de DDHH y por lo tanto integrantes del bloque de constitucionalidad a once instrumentos de este carácter, ello no es óbice suficiente para que la República Argentina incorpore a posteriori otros tratados internacionales referidos a la materia. Es así que esta Convención, como tratado internacional de DDHH, forma parte del bloque de constitucionalidad, el cual está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución Nacional, siendo esta el compromiso normativo fundamental sobre el orden social querido por una comunidad.

La Convención es extensa, contiene 50 artículos, y se encuentran en ella derechos ya reconocidos en otros instrumentos internacionales y derechos reconocidos específicamente respecto de las personas con discapacidad.

Este Instrumento Internacional, con rango Constitucional, establece como propósito primordial en su artículo 1 de “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los Derechos Humanos y Libertades fundamentales

para todas las Personas con Discapacidad promoviendo el respeto de su dignidad inherente”

El preámbulo reúne diversos asuntos que son abordados en el texto de la Convención y que son esenciales para poder entender su contenido. Así se destaca 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” (punto e). Esto implica que la discapacidad no debe ubicarse dentro del diagnóstico médico de la deficiencia, debido a que se debe tener en cuenta las barreras sociales que impiden el ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones y, ello a su vez, dependerá del género, del nivel educativo y de tener accesos a tratamientos médicos, a la educación, de tener o no un grupo familiar y social continente, el lugar de residencia, etc. Lo que significa que el diagnóstico médico inicial no define a la discapacidad, sino que esta evoluciona según muchas variables y, que también, no todas las personas con discapacidad son iguales, sino que aún en la misma situación de deficiencia, sus circunstancias se definen en la individualidad de cada caso, sumado a las variables que transversalizan la vida de cada persona. Es así que en el punto i) del preámbulo se refiere a “la diversidad de las personas con discapacidad”.

Así mismo, se pone especial énfasis en la situación de las mujeres y niñas y niños con discapacidad, invitando, en su punto s), a “incorporar una perspectiva de género en todas las actividades destinadas a promover el pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad”. Todo ello en concordancia con el punto h), donde se reconoce que, “la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano”, aplicando la regla de que primero se es persona y que la discapacidad es la excepción, relacionándose ambos con el punto i) mencionado anteriormente.

A su vez, el punto k) hace una observación acerca de una problemática que hasta el día de hoy no ha sido superada, pero que a futuro es preciso superar, la cual es objetivo primordial remarcarlo en este Trabajo Final de Grado, y se trata de la afirmación de que a pesar de la variedad de instrumentos y actividades, “las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo”.

Otro punto importante es el n), que afirma “la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones”, tomando como base los principios de “autonomía” y “libre determinación”, principios rectores de la idea de “capacidad”.

Es de destacar el punto p), que hace referencia a los tipos de discriminación múltiple o “agravadas”, ya sea por “motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición,”

Se destaca el caso especial de las mujeres y niñas con discapacidad que suelen estar expuestas a un riesgo mayor “dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación” (punto q). Se recuerda a su vez, en el punto r) que “todos los niños y las niñas con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas,...” todo esto haciendo corolario de las obligaciones asumidas por los Estados Parte en la Convención sobre los Derechos del Niño, afirmando así la conexión existente entre los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Por su parte el punto t) hace alusión a las barreras a superar, y en este caso más específicamente, al hecho de que “la mayoría de las personas con discapacidad viven en condiciones de pobreza y reconociendo, a este respecto, la necesidad de mitigar los efectos negativos de la pobreza en las personas con discapacidad” a brindarles apoyo y colaboración por parte de la sociedad toda.

Por último he de destacar los puntos x) que menciona con firmeza que “la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de esta y del Estado,” siendo esta, la función social de la familia y que respecto de las personas con discapacidad, reciban asistencia y protección necesarias, para que las mismas puedan “contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones”. Y el punto y) que consagra el convencimiento de que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es amplia e integral, por lo que “contribuirá significativamente a paliar la profunda desventaja social de las personas con discapacidad y promoverá su participación, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural.”

La CDPCD no define explícitamente el vocablo “discapacidad”; es más, en el

Preámbulo se reconoce que la “discapacidad” es un concepto que evoluciona, que es dinámico (apartado e). Tampoco se define “personas con discapacidad”, ya que su conceptualización es más bien descriptiva, por lo que de la interacción de la persona con deficiencias con las diversas barreras sociales (físicas, culturales, etc.), surge la “situación de discapacidad”.

El art. 1 de la CDPCD, es muestra palmaria de la recepción del “Modelo Social de la Discapacidad”, al aludir expresamente:

“El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, 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.”¹¹

En dicho artículo, se pone especial consideración en el carácter de “persona” de las PCD, las que simplemente gozan de la calificación de tener alguna deficiencia física (discapacidad física), mental (discapacidad mental), intelectual (discapacidad intelectual) y sensorial (discapacidad sensorial), que producto de esas circunstancias, al interactuar la persona con barreras u obstáculos que pueden tener origen diverso (social, cultural, económico, político, emocional, entre otros), básicamente dependientes estos últimos del colectivo social en el que las PCD se encuentren inmersas, puedan eventualmente generar el mencionado “impedimento en la participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Es así, que ello invita a pensar y por lo tanto a tratar, dos principios: el de “igualdad o trato igualitario” y el de “no discriminación o trato no discriminatorio”, los que constituyen ejes centrales de las Convenciones asociadas a las temáticas sobre DDHH y más aun tratándose de la Convención especializada objeto de análisis.

El concepto de discapacidad referenciado, encuadra dentro del “Modelo Social de la Discapacidad”, que pone el acento en las barreras u obstáculos que impiden la inclusión plena y efectiva de las personas con discapacidad en la sociedad, dándose por superados los criterios propios del modelo “Médico-Rehabilitador”, que se focaliza los problemas de discriminación y desigualdad en la “disfuncionalidad” que aquejan las personas, como lo hacía la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las

¹¹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Organización de las Naciones Unidas, 2006.

Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad de 1991.

Entiende, la convención pasible de análisis, que la verdadera discapacidad radica en la distinción, exclusión o restricción que, por dichos motivos, tenga el propósito 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 Políticos, Económicos, Sociales, Culturales, Civiles y de todo otro tipo, debiéndoseles brindar a quienes padecen la problemática, los “ajustes razonables” para alcanzar dichos fines .

Para Rosales (2012),

“Lo interesante de esta Convención es que incorpora este último concepto de “denegación de ajustes razonables” como una forma de discriminación que entendemos debe aplicarse a: 1) a la obligación de adecuar la legislación vigente a la situación de este grupo social en cada Estado Parte, incluso la de la propia Convención, siempre en el marco determinado de la progresividad de los Derechos Humanos en el art. 4; y la obligación del Poder Judicial (en la estructura jurídica de nuestro país) y del Estado Nacional y provincial de interpretar la normativa vigente en función de dichos ajustes razonables de la legislación a la situación de este grupo social protegido (art. 75, inc. 23 CN) y ampliamente vulnerado.”

Los ajustes razonables son definidos en la CDPCD en su artículo 2 como “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”. La institución de los ajustes razonables lleva en sí misma su propio límite. No todos los ajustes resultan obligatorios, dice la Convención, sino aquellos que sean “razonables”.

La CDPCD define “diseño universal” como el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. Así para Rosales (2012),

“...el “diseño universal” no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten. “Diseño universal” debe comprenderse como un paradigma del diseño que conduce sus acciones al desenvolvimiento de productos y sus entornos siempre que se presenten de manera ágil en cuanto al acceso para la mayor cantidad probable de personas, sin tener que adaptarlos, o en su defecto llevar a cabo los correspondientes ajustes para las personas con discapacidad y de esta manera hacer posible la aplicación de sus derechos. Por ejemplo, la construcción de una rampa en algún lugar donde se ubique alguna escalera.”

Respecto del concepto o principio de “no discriminación”, se destaca la

definición propia del artículo 2 de la Convención que brinda el alcance de la discriminación por motivos de “discapacidad”, al decir:

“...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;”¹².

La Convención destaca en el artículo 3, los principios en los que se sustenta a saber: el respeto a la dignidad; la libertad individual, en cuanto a la toma de decisiones y la independencia de las mismas en el plano de la sociedad; el respeto a la diferencia y la aceptación de la discapacidad en el ámbito social; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer; y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad. Por lo que se refiere dentro del marco de los principios generales en su inciso b) a la “no discriminación, proclama en su inciso e), “la igualdad de oportunidades”; y en su inciso g), “la igualdad entre hombre y la mujer”.

Es categórico el art. 4¹³ que establece las obligaciones generales como Estados Partes, concepto en el cual está incluido nuestro país, en lo que respecta a la adopción de las medidas administrativas, legislativas y de toda índole, para que sean efectivos los ejercicios de los derechos y todo tipo de medida para erradicar prácticas discriminantes por motivos de discapacidad, imponiendo incluso una cláusula Federal que expresamente menciona la aplicabilidad de la misma a todas las partes de los Estados Federales sin limitaciones y excepciones. Se destaca que los estados deben promocionar y proteger los derechos humanos, y no realizar prácticas que sean incompatibles con los contenidos de la Convención; recordando que la discapacidad, es una cuestión transversal que abarca todos los ámbitos del gobierno, y a todas las personas que presenten alguna discapacidad en los diferentes espacios, mediante las organizaciones que los representan. El Estado debe propiciar las nuevas tecnologías, propender a la investigación y al desarrollo de bienes, y procurar los recursos a los fines que sean receptadas por las personas con discapacidad, en el afán de eliminar todo tipo de barreras que interfieran y que perjudiquen a este grupo vulnerable.

¹² Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Organización de las Naciones Unidas, 2006.

¹³ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Organización de las Naciones Unidas, 2006.

Así mismo, el artículo 5 de la citada convención en su primera parte refiere a que: “Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.”, y en su segunda parte, cuando específicamente enuncia que: “Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.”.

Un comentario preciso se puede efectuar al artículo 7, que en su apartado primero dispone que “los Estados partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y niñas con discapacidad, gocen plenamente de todos los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas”, y además de establecer como principio rector su interés superior en el apartado segundo, consagra en el tercero que “los Estados Partes garantizaran que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecte, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho”.

Es fundamental tener en cuenta dentro del ámbito regional, el artículo 8, que se lo denomina “Toma de conciencia”, en donde se transmite la implicancia de la lucha 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.

A su vez. le corresponde a cualquier Estado Parte y en el caso particular Argentina, dejar de lado la responsabilidad en el actuar de los tres poderes que conforman el Estado, ya que ha ratificado también, el Protocolo Facultativo de la Convención Internacional mencionada, en el cual, se ha creado el Comité de Seguimiento para la efectiva aplicación de los estándares en ellos contenidos, y que gira en la órbita del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Órgano ante el cual, la Argentina como país signatario, tiene la obligación de presentar anualmente los avances realizados a tal fin. Informe que es cotejado con las relatorías de los observadores en los períodos anuales de la cesión del Comité, y en donde se efectúan recomendaciones precisas y se aperciben al Estado Parte, cuando no reflejan en el accionar de sus organismos públicos el cumplimiento de

los organismos contraídos, poniendo en riesgo al país a una sanción internacional por dicha causa.

La misma convención en su artículo 25, reconoce a las Personas con Diversidad Funcional, el Derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad, debiendo para ello los Estados Partes, adoptar las medidas pertinentes para asegurar el acceso a las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluidas la rehabilitación e impone a los Estados Partes en su apartado a) “proporcionar programas de atención de salud gratuitos o a precios asequibles y de la misma variedad y calidad que las demás personas” y en el apartado b) del artículo mencionado, obliga a los mismos a “proporcionar los servicios de salud que necesiten específicamente como consecuencia de su discapacidad”. Los restantes incisos, garantizan la debida prestación del servicio de salud a los requerimientos conforme la problemática “discapacitante” que padece, siendo importante el inciso f), el que obliga a los Estados a impedir que se nieguen, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivo de discapacidad.

A su turno, el artículo 26 garantiza “la habilitación y rehabilitación de la persona con discapacidad en forma plena, lo más temprana posible y se basen en evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona”.

Con lo que se entiende que las personas con discapacidad, se encuentran en pie de igualdad con el resto de la sociedad, teniendo siempre de horizonte los principios rectores de Derechos Humanos.

Pinto Kramer (2014), sostiene: “...se entiende a la igualdad como un estado en que las personas tengan la capacidad real de alcanzar un bienestar social, ello a través de valores instrumentales, no solo referidos a posturas de no discriminación, sino también a la implementación de acciones concretas”, evocando a través de dicha definición al concepto de “igualdad material” en la que se inspira la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como un concepto de efectiva realización a través de acciones positivas y concretas, tendientes a nivelar a las PCD respecto de aquellas otras “sin discapacidad” enalteciendo los términos del preámbulo de la Convención especializada y el propósito consagrado en el artículo 1 de dicha convención.

Las referencias al concepto de igualdad, se traducen en constantes en el resto del articulado de la Convención tuitiva de los derechos del grupo vulnerable de las PCD, tal y como ocurre en el artículo 6 referido a “las mujeres con discapacidad”, el artículo 7

referido a “los niños y niñas con discapacidad”, artículo 9 referido al concepto de “accesibilidad”, artículo 10 referido al “derecho a la vida”, artículo 12 vinculado al “igual reconocimiento como persona ante la ley”, artículo 13 asociado al “acceso a la justicia”, entre otros.

El resguardo del trato igualitario y no discriminatorio que inspira a la Convención especializada, no tiene sino como objeto central, el “tratar” a la persona con discapacidad como verdadero sujeto de derechos y desterrar las ideas anacrónicas, estereotipadas, y por lo tanto, discriminatorias emergentes del modelo “Médico-rehabilitador” de la discapacidad, que veía en la persona con discapacidad como un simple objeto de protección. Este cambio paradigmático, se traduce igualmente en lo jurídico, en lo cultural y en lo social, en un cambio progresivo y aún pendiente de completa internalización por parte de los integrantes de los Estados que han ratificado la CDPCD.

Es por todo lo expuesto, que se devela la existencia de un enfoque transversal de la discapacidad e inspirado en el principio rector Pro Homine o Pro Persona.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce en su artículo 19 a todas las personas con discapacidad el derecho a “vivir en forma independiente y a ser incluido en la comunidad”:

“Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que:

- a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico;
- b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de esta;
- c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades.”¹⁴

También la tutela que han de brindar los Estados Partes de la CDPCD en su

¹⁴ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Organización de las Naciones Unidas, 2006.

lucha contra la discriminación, implica el cumplimiento de los términos de los artículos 22 -respeto de la privacidad-; artículo 23 -respeto del hogar y de la familia-, siendo este último artículo aquel que incluye por primera vez en un tratado internacional los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad; artículo 24 –referido a la educación-, que a este respecto cabe destacar que se establece el derecho al acceso a la educación común, no incorporando ninguna normativa referente a la educación especial; el artículo 25 –referido a la salud-, a través de dicha norma se propende a evitar la discriminación en el acceso a la salud, particularmente respecto de los seguros de salud y de vida; artículo 27 –referido al trabajo y empleo-; entre otros.

Como corolario de lo expuesto supra, la CDPCD contempla en su articulado dos notables situaciones de especial vulnerabilidad tales como la referida a los niños, niñas (y porque no ampliando hacia el concepto de adolescentes con discapacidad), y a los derechos de las mujeres con discapacidad, ello por cuanto la normativa internacional no se erige en un compartimento estanco, sino que pretende armonizar sus pautas con otras normativas de raigambre internacional y convencional (como la Convención sobre los Derechos del niño, sobre la Eliminación de las Formas de Discriminación contra la Mujer, y la Convención Belém do Pará, al ser todas estas anteriores a la Convención fueron objeto de especial tratamiento en la misma), que parten de la premisa de que la vulnerabilidad ínsita en determinados grupos sociales, sirve de sustento a que desde el derecho, se adopten acciones positivas en aras de la tutela efectiva de dichos grupos vulnerables, por razón de su edad y sexo.

Lo citado es debido a que la CDPCD se utiliza, en virtud de su artículo 1, a todas las personas con discapacidad, y ya desde el Preámbulo de la misma, se los reconoce como sujetos comprendidos por el Tratado, planteándose la preocupación por la discriminación agravada que sufren por edad y discapacidad, entre otros posibles motivos (punto h). En este sentido, debe advertirse que la convención especializada, propone una doble vía para promover el abordaje de la niñez en situación de discapacidad, con el fin de garantizar la igualdad de condiciones con los demás niños.

La asistencia que requerirá cada niño dependerá de su situación concreta, pero está claro que se trata de una medida de igualación de oportunidades y, como tal, de una herramienta para evitar que el niño se vea impedido, por motivo de discapacidad, de ejercer un derecho que en tanto niño tiene al igual que sus pares.

Por un lado, en el artículo 7 específicamente, se aborda la garantía de derechos a los niños y niñas con discapacidad, reforzando su condición de sujetos de derecho, en

tanto se les reconoce el derecho de gozar de todos los derechos humanos, y se disponen que un concepto fundamental es el interés superior del niño y el derecho a expresar su opinión con la asistencia apropiada, los que constituyen dos ejes que no deben ser obviados.

Agrega a ello, en el artículo 3, inc. h), “el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad” como principio de la CDPCD, lo que implica establecer que todos y cada uno de los derechos reconocidos en la Convención deben ser interpretados, en lo que a los niños y niñas compete, a la luz de esa disposición.

Por otro lado, se fortalece la proyección de la infancia por lo que se presenta en varios artículos, en particular bajo la comprensión de que se trata de derechos reconocidos cuya garantía tiene especial significación durante la niñez. Son muestras de lo citado los arts. 23 —vida familiar—, 24 —educación inclusiva—, 25 —salud— y 30 —recreación—, entre otros.

En este sentido, mucho de lo expresado anteriormente se ve reforzado con carácter vinculante para los Estados Parte de la CDPCD, en virtud del citado artículo 3, por lo que ningún Estado puede admitir que, en razón de su discapacidad, un niño no ejerza el derecho a participar.

El Comité DPCD, en su Observación General 1, artículo 12: “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, expresamente se refirió a los niños y niñas con discapacidad y dijo:

“Mientras que en el art. 12 de la Convención se protege la igualdad ante la ley de todas las personas, con independencia de su edad, en el art. 7 se reconoce que las capacidades de los niños y las niñas están en desarrollo y se exige que “en todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial [sea] la protección del interés superior del niño” (párr. 2) y que “su opinión [reciba] la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez” (párr.3). Para cumplir con lo dispuesto en el art. 12, los Estados Partes deben examinar a los niños y niñas con discapacidad sean respetadas en igualdad de condiciones con los demás niños.”

Mención especial se debe con respecto al derecho a la educación de los niños con discapacidad: El art. 24 CDPCD garantiza el derecho a la educación de las Personas con Discapacidad, y se refiere a dice:

“1) Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida, con miras a:

- a) Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana;
 - b) Desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas;
 - c) Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre.
- 2) Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que:
- a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad;
 - b) Las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan;
 - c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales;
 - d) Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva;
 - e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión.
- 3) Los Estados Partes brindarán a las personas con discapacidad la posibilidad de aprender habilidades para la vida y desarrollo social, a fin de propiciar su participación plena y en igualdad de condiciones en la educación y como miembros de la comunidad. A este fin, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes, entre ellas:
- a) Facilitar el aprendizaje del Braille, la escritura alternativa, otros modos, medios y formatos de comunicación aumentativos o alternativos y habilidades de orientación y de movilidad, así como la tutoría y el apoyo entre pares;
 - b) Facilitar el aprendizaje de la lengua de señas y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas;
 - c) Asegurar que la educación de las personas, y en particular los niños y las niñas ciegos, sordos o sordociegos se imparta en los lenguajes y los modos y medios de comunicación más apropiados para cada persona y en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo académico y social.”¹⁵

Por lo que al fin de hacer efectivo este derecho los Estados Partes deberán adoptar medidas tendientes a “emplear a maestros, incluidos maestros con discapacidad, que estén cualificados en lengua de señas o Braille y para formar a profesionales y personal que trabajen en todos los niveles educativos.” (inc. 4), y deberá formarlos en la toma de

¹⁵ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Organización de las Naciones Unidas, 2006.

conciencia de la discapacidad y en el uso de medios, modos y formatos de comunicación apropiados, y de técnicas y materiales educativos para favorecer a las PCD.

Por otro lado, no ha de dejarse de lado la actividad desplegada por el Comité de los Derechos del Niño (órgano de contralor e interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño) había llevado a cabo de manera precedente con la redacción de la “Observación General N° 9 sobre los Derechos de los Niños con Discapacidad” (2006), en la cual además, se había acogido el “Modelo Social de la Discapacidad”, resaltando particularmente que: “los obstáculos no son la discapacidad en sí misma, sino más bien una combinación de obstáculos sociales, culturales, de actitud y físicos que los niños con discapacidad encuentran en sus vidas diarias. Por tanto, la estrategia para promover sus derechos consiste en adoptar las medidas necesarias para eliminar esos obstáculos”. Reconociendo la importancia de los artículos 2 y 23 de la Convención relativa a los Derechos del Niño, el Comité afirma, desde el principio, que la aplicación de la Convención con respecto a los niños con discapacidad no debe limitarse a esos artículos.

Obsérvese que si bien, las perspectivas de género atraviesan la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad desde su Preámbulo, la igualdad entre el hombre y la mujer se contempla en los principios generales (art.3) y la situación de las mujeres con discapacidad ha sido objeto de tratamiento en una disposición específica del tratado titulada “Mujeres con discapacidad” (art.6).

Con relación a las niñas y niños, se ha seguido idéntica metodología, ya que se incluye el respeto a la evolución de sus facultades y a su derecho a la identidad, entre los principios generales (art.3) y luego se dedica un artículo especial a la situación de la niñez con discapacidad titulado “Niños y niñas con discapacidad” (art.7) y a las medidas necesarias para asegurar el goce pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños, refiriéndose en particular a su “derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que le afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.”

En la misma línea de sentido, a fin de garantizar el entorno adecuado para la efectiva realización de todos los derechos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) de las personas con discapacidad, la Convención ha incluido disposiciones

sobre toma de conciencia, accesibilidad, situaciones de riesgo y emergencia humanitarias, acceso a la justicia, habilitación y rehabilitación, así como recopilación de datos y estadísticas.

La “nueva” protección, se centra en las habilidades (en la capacidades conservadas más que en las deficiencias) y en la eliminación de los obstáculos del entorno para garantizar la accesibilidad a la totalidad de los subsistemas sociales (art.9). Para ello, la decisión de practicar “los ajustes de procedimiento” (con enfoque étéreo y de género) se encamina a facilitar el desempeño de las funciones por parte de las personas con discapacidad como participantes del proceso; ya que el problema radica precisamente en el modo de garantizar que el derecho reconocido y ampliamente declamado, sea efectivamente ejercido en igualdad de condiciones que los demás (art.13).

Para lograrlo es indispensable identificar el obstáculo al acceso y removerlo; por lo que para llevar a cabo esa tarea impostergable, se necesita formación adecuada sobre el cambio de paradigma de la nueva protección, es decir, formación en sintonía con la definición de discapacidad adoptada por la Convención, con su propósito (art.1) y con los principios generales detallados en el artículo 3 (respeto a la dignidad inherente, autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, independencia, no discriminación, participación e inclusión social plenas y efectivas, respeto por la diferencia y aceptación de las persona con discapacidad como parte de la diversidad y de la condición humanas, igualdad de oportunidades, accesibilidad, igualdad entre el hombre y la mujer, respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y su derecho a preservar su identidad).

Por lo tanto, el contraste con la configuración asistencialista de los sistemas de protección social, es que ubican a las personas con discapacidad como un objeto a proteger; pero el moderno resguardo con óptica social y de derechos en el que se ha de situar al operador de la justicia, se orienta a la liberación de las personas en sus propias vidas, a la ampliación de su esfera de actuación en la que han de decidir por sí mismas lo que quieren hacer (en su caso, con “apoyos adecuados” -arts.7 y 12-, no sustitutivos de los deseos, elecciones y necesidades personales) y al reconocimiento del valor de sus aportes a la sociedad que integran “no como especiales”, sino “como parte de la diversidad y de la condición humana.” Así se consagra genuinamente en esta dimensión, el respeto por el derecho a la identidad en el marco de interpretación de la Convención de Naciones Unidas (arts.3 y 12).

Se hace preciso referirse a un documento precedente de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, que fue redactado en 1994 por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, encargado de supervisar e interpretar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “La Observación General N° 5” con respecto a las Personas con Discapacidad (1994), su valor ha sido y seguirá siendo inestimable.

Este documento del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuya actividad ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “por cuanto constituye el intérprete autorizado del PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) en el plano internacional y actúa, en las condiciones de vigencia de éste, por recordar los términos del art. 75°, inc. 22, de la Constitución Nacional” fue citado en el fallo “Aquino”.

Afirma la Corte Nacional, citando al Comité, en el fallo Aquino, Isacio c/ Cargo de Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688, sentencia del 21 de Septiembre de 2004, CSJN, Capital Federal, Provincia de Buenos Aires, que:

“En el terreno de las personas con discapacidad, en el que se insertan, naturalmente, las víctimas de infortunios laborales, el PIDESC exige claramente que los gobiernos hagan mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas para dichas personas. En el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido, la obligación consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena realización e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas" (sic), máxime cuando la del empleo ‘es una de las esferas en las que la discriminación por motivos de discapacidad ha sido tan preeminente como persistente. Se hace necesario precisar que en gran parte de los países la tasa de desempleo entre las personas con discapacidad es de dos a tres veces superior a la tasa de desempleo de las personas sin discapacidad’¹⁶

II.ii.b) Leyes Nacionales.

En esta instancia es preciso pasar al análisis de las Leyes Nacionales referidas a la materia objeto de análisis, siempre partir de la base de que el sistema nacional se caracteriza por la dispersión de su normativa -son muchas-, y la falta de coherencia

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “Aquino, Isacio c/ Cargo de Servicios Industriales S.A. s/ accidentes (Ley N° 9688)”, sentencia del 21 de Septiembre de 2004. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-aquino-isacio-cargo-servicios-industriales-sa-accidentes-ley-9688-fa04000197-2004-09-21/123456789-791-0004-0ots-eupmocsollaf>

entre sí.

En este orden de ideas y a modo enunciativo y ejemplificativo de la problemática, se destacan:

La Ley N° 22431 sobre el “Sistema de Protección Integral de los Discapacitados”, sancionada el 16 de marzo de 1981 por la Junta Militar que dirigió el autodenominado “Proceso de Reorganización Nacional”. Con diferentes modificaciones, esta norma de la dictadura sigue vigente en muchas de sus prescripciones. Se plantea como objetivo en su artículo 1, asegurar a los “discapacitados” sic “... 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, creando y estableciendo un sistema integral, con el propósito de brindar atención médica, beneficios de la seguridad social y educación, así como diversas franquicias y medidas de acción positiva para promover el empleo, el transporte y otros estímulos al “discapacitado”.

La Ley N° 24901 sobre el “Sistema de Prestaciones básicas para la habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad”, sancionada el 5 de noviembre de 1997 y promulgada el 2 de diciembre del mismo año, que crea un sistema de prestaciones en salud, que enfatiza el concepto de cobertura integral. Esta norma tiene una íntima vinculación con las que rigen respecto de las obras sociales (Leyes N° 23660 y N° 23661), así como a las empresas de medicina prepaga (Ley N° 26682). Las cuales hacen efectiva referencia a las “personas con discapacidad”, viéndose reflejada la posición acerca de las mismas por parte de la Convención.

En el ámbito educativo, la Ley N° 26206 (Ley de Educación Nacional), la Ley N° 24521 (Ley de Educación Superior) y su modificatoria Ley N° 25573, incorporan la obligación de incluir a las personas con discapacidad. Como podrá verse en los distintos textos, difiere la forma en que se conceptualiza la discapacidad, incluso tratándose de normas que se hallan simultáneamente vigentes y deben ser armonizadas para su interpretación. Así las cosas, partiendo del artículo 42 de la Ley de Educación Nacional en el que se aborda la educación de “las personas con discapacidad” y las coloca bajo el título de su capítulo VIII como “Educación Especial”, la cual la define como una “modalidad especial de educación” en la que busca asegurar el derecho a la misma para las PCD, se propende a: “Brindar a las personas con discapacidades, temporales o

permanentes, una propuesta pedagógica que les permita el máximo desarrollo de sus posibilidades, la integración y el pleno ejercicio de sus derechos,” pero hace en su segunda parte, a una suerte de exclusión al decir que: “la Educación Especial brinda atención educativa en todas aquellas problemáticas específicas que no puedan ser abordadas por la educación común.”

Como se planteó antes, la perspectiva médica quedó impregnada en muchos documentos y normas a través de la presentación de una polarización entre “discapacidad” y “normalidad”, que puede rastrearse sin ninguna dificultad a través de toda la Ley N° 22431. También pueden encontrarse muchos beneficios ligados a la idea de beneficencia o “compensación” para neutralizar la desventaja, como expone el artículo 1. Esta ley incorpora el uso del término “discapacitados”, ya que previamente la Ley N° 20475, sancionada en 1973 (que otorgaba beneficios previsionales), utilizaba el término “minusválidos”, que fue luego complementada por la Ley N° 20888, en cuanto a jubilaciones especiales para personas con discapacidad. Anteriormente, por aplicación de la Ley N° 19279 ya se habían fijado franquicias especiales para la compra de automotores. A pesar de la modificación terminológica, la Ley N° 22431 sostiene una perspectiva centrada en el tratamiento médico, la rehabilitación y la divergencia respecto de la “normalidad”: “A los efectos de esta ley, se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral (art. 2).”

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

Muchas otras leyes regulan otros aspectos, tales como la accesibilidad para personas con movilidad reducida (Ley N° 24314); el beneficio para personas con discapacidad para explotar la concesión de pequeños comercios en edificios públicos (Ley N° 24380, que vino a modificar la Ley N° 22431, que ya regulaba ese aspecto); el sistema de prestaciones básicas en salud (Ley N° 24901); programas de empleo para grupos específicos, entre los que se destacan la incorporación de los llamados “talleres

protegidos de producción” y el trabajo a domicilio (Leyes N° 24147 y N° 24013); modificaciones al código electoral para posibilitar la participación de las personas con discapacidad (Ley N° 25858); pautas sobre turismo accesible (Ley N° 25643); además de readaptación profesional y empleo de personas inválidas, según los términos del Convenio N° 159 de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (Ley N° 23462).

En 2009 se sancionó la Ley N° 25504 con el propósito de implementar el Certificado Único de Discapacidad.¹⁷ El acceso gratuito al transporte público para las personas con discapacidad fue ordenado a través de los Decretos N° 38/2004 y 118/2006, y abarca trenes, subterráneos y transporte automotor (colectivos y micros). Ya estaba vigente el libre tránsito y estacionamiento por medio de la Ley N° 19279 y el Decreto N° 1313/1993 (esta norma ya había sido citada, ya que también incorpora la franquicia para compra de automotores con la eximición del pago del Impuesto al Valor Agregado).

A su turno, la Ley N° 24714 incorpora la posibilidad de percibir una asignación por hijo con discapacidad a aquellos padres, tutores o encargados que acreditaran tal situación. La misma ley prevé que puede solicitarse una asignación por ayuda escolar anual para hijos con discapacidad. También, el Decreto N° 1602/2009 refiere a una asignación universal por hijo para protección social del hijo con discapacidad.

El “sistema previsional” (Ley N° 26425) también prevé beneficios para las PCD, como la pensión derivada de padres a hijos (pensión contributiva), para cuando fallece una persona que gozaba de una jubilación y tenía cónyuge o hijo con discapacidad a su cargo. Las pensiones no contributivas son aquellas que pueden solicitarse a pesar de no contar con los requisitos necesarios para obtener el beneficio jubilatorio (por no haber realizado aportes al sistema jubilatorio).

La Ley N° 18910 (y luego el Decreto N° 432/1997) regulan las pensiones por invalidez, así como la Ley N° 13337 (de 1948) fija y regula las pensiones graciables que pueden otorgar los legisladores nacionales. La Ley N° 20475 y la Ley N° 20888 fijan soluciones específicas para personas ciegas, y con posterioridad la Ley N° 24241 modificó las condiciones para el retiro por causa de invalidez.

Siendo estas algunas de las Leyes Nacionales anteriores a la entrada en vigencia

¹⁷ Ley N° 25504 que modificó el art. 3 de la Ley N° 22431, al establecer que el Ministerio de Salud de la Nación será el organismo encargado de expedir el Certificado Único de Discapacidad, y que tendrá el mismo alcance que los que emiten las provincias que hubieran adherido a la Ley N° 24901.

de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Mención aparte, merece la implicancia actual de la normativa emergente del novel Código Civil y Comercial (CCyC) aprobado por Ley N° 26.994 y vigente a partir del 1 de Agosto del año 2015, ello en tanto en el marco de los fundamentos aportados por la Comisión Reformadora, se ha señalado en su Capítulo II sobre la Capacidad, lo siguiente:

“El Anteproyecto distingue la capacidad de derecho, de la capacidad de ejercicio. Las modificaciones importantes se producen en esta última, a fin de adecuar el derecho positivo a la Convención Internacional de los Derechos del Niño y a la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad. De allí la flexibilidad de las normas, las permanentes referencias a nociones como “edad y grado de madures”, la necesidad de que las restricciones a la capacidad estén legalmente previstas, las facultades judiciales para la determinación de esas restricciones, la obligación del juez de oír, tener en cuenta y valorar las opiniones de estas personas, etc.”

El Código Civil y Comercial de la Nación, revoluciona el sentido tradicional de la regulación de las relaciones privadas, estructurándose a partir de la perspectiva de protección de la persona humana y de sus derechos fundamentales. Tal como se anticipa en los Fundamentos de elevación, el Código recepta el llamado proceso de “constitucionalización” o “humanización” del derecho privado, derivado del desarrollo creciente de la doctrina internacional de los derechos humanos, entre cuyos principios esenciales destaca el de “no discriminación” y “respeto de la persona y su diversidad”. Este es un dato sumamente importante, ya que un Código que parte de respetar los contenidos de los tratados internacionales de derechos humanos, asegura que al momento de efectuar el llamado “control de convencionalidad” –control que deben efectuar de oficio los jueces al momento de aplicar las leyes para verificar si las normas internas son coherentes con las de los tratados internacionales-, se evitarán de ahora en más, las famosas declaraciones de inconstitucionalidad de las normas, a la que la justicia debió muchas veces recurrir para no aplicar una determinada ley, ya desajustada a los principios constitucionales comprometidos en el caso.

Es así, que el nuevo Código Civil y Comercial se encuentra claramente inspirado en los tratados de Derechos Humanos, acordándole un papel protagónico a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como fuente de insoslayable observancia. Véase los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación siendo el primero de ellos aquel que expresamente señala: “Fuentes y aplicación. Los casos que este código rige deben ser resueltos según las leyes que

resultan aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la Republica sea parte.” Y que a su turno, el artículo 2 establece: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre Derechos Humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

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

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

La autonomía del individuo, es uno de los objetivos centrales de la legislación argentina en materia civil, tanto en el anterior Código Civil como en el actual Código Civil y Comercial. En ese esquema, las restricciones a la capacidad de hecho son una excepción, y deben ser interpretadas de la forma menos restrictiva posible, favoreciendo la actividad de las personas con discapacidad a través de los apoyos y salvaguardas que sean necesarios. Ello no quita que quienes se hallen en condición de vulnerabilidad por causa de su discapacidad mental o intelectual, no reciban la protección que corresponda, pero tal cuidado no debe interferir en el ejercicio de la autonomía, ni convertirse en una sustitución de la voluntad.

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

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

Conforme al modelo social de la discapacidad que trajo consigo la CDPCD, no puede más hablarse de “incapacidad” sino de facultades que los individuos puedan ejercer por si o en las que eventualmente requieran apoyo para su ejecución. Es así, que este nuevo paradigma , basado fundamentalmente en los derechos humanos , no es un enfoque netamente asistencialista, sino que vino a tangibilizar algunos principios rectores, entre ellos: el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual incluyendo la libertad de tomar las propias decisiones, independencia de las personas, la no discriminación, la participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad, el respeto por las diferencias y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad humana, la igualdad de oportunidades, la accesibilidad, la igualdad entre el hombre y la mujer, el respeto a la evolución de las facultades de los niños/as con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Dentro de esta nueva mirada se advierte que el lenguaje no es neutro. Anteriormente se decía “insano o demente”, hoy en día debe decirse “personas involucradas en un proceso de restricción a la capacidad” (art. 152 ter). Se impone la idea de “gradualidad en los procesos de restricción a la capacidad”, pues la sentencia

deberá especificar qué funciones y qué actos deben limitarse, pero siempre procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Es por ello, que atento al régimen de capacidades graduales, la obligación de mencionar concretamente cuáles son los actos prohibidos, nos permite advertir que no existen categorías rígidas, sino flexibles y proporcionales a cada persona.

Por lo tanto, lo que incorpora como sistema de protección para tales personas son los “apoyos” (artículo 43 del Código Civil y Comercial), a tenor de las necesidades y circunstancias de la persona (artículo 32), flexibilidad, proporcionalidad, necesidad y subsidiariedad.

Por lo que el citado artículo 43 del nuevo Código conceptúa a la discapacidad, y procura que para que haya entonces protección habrá que considerar la necesidad, proporcionalidad, flexibilidad, subsidiariedad, la no sustitución, excepcionalidad en la sustitución de la voluntad y en los ajustes razonables, lo que conlleva la adecuación de los procesos. Por ende la salud, por ser un estado, es por tanto modificable. Todo esto siempre girando en torno a la proporcionalidad de la sentencia, es decir, que la misma especifique la extensión y alcance de la restricción, así reza el artículo 24. Concretamente especificará qué funciones y actos están limitados. Como consecuencia, los apoyos designados están subordinados a lo determinado en la sentencia así como la forma en que estos deben ser brindados.

El juez deberá tener en cuenta ciertos presupuestos en los procesos de restricción de la capacidad a saber: 1- que se trate de una persona mayor de 13 años, 2- Con padecimiento adictivo o alteración mental permanente o de prolongada y suficiente gravedad, y 3- que del ejercicio de su plena capacidad se pueda derivar un grave perjuicio sea a su persona o bienes.

A su vez los sistemas de apoyo son fundamentales a la hora de tangibilizar este nuevo paradigma. Por los que sus funciones serán primeramente promover la autonomía personal facilitando la comunicación, comprensión, y eminentemente la voluntad de esa persona para el ejercicio de sus derechos, en síntesis, los apoyos son como un traje a medida que se adapta a las necesidades específicas de cada individuo.

Como corolario surgen nuevos actores en este tipo de procesos judiciales, el propio interesado, los parientes hasta el 4º grado y 2º por afinidad, el conviviente si dura la convivencia, los apoyos propuestos por el interesado, la pluralidad de curadores, la existencia de equipo interdisciplinario, evaluación de la persona desde las distintas disciplinas. Verificados dichos presupuestos, el magistrado designará el o los apoyos

necesarios y caso por caso deberá especificar las funciones de cada uno de ellos, con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias del individuo, y designarle un abogado, que si la persona no lo poseyera, el estado deberá proporcionárselo.

Para el nuevo ordenamiento, lo primordial será “la autonomía personal”. La judicialización solo procederá como última ratio. Se pondera el respeto a los instrumentos privados mediante los cuales la persona haya programado sus planes de vida, preferencias, etc.; al mismo tiempo que subsiste la inhabilitación para los casos de prodigalidad como régimen protectorio con el fin de salvaguardar el patrimonio familiar; en el que el juez se entrevistará personalmente con el individuo, estando presente en dicho encuentro el Ministerio Público.

Más allá de este procedimiento judicial, el nuevo Código también contempla excepcionalmente la declaración de incapacidad (art. 24 inc. c y 32 último párrafo). Para que proceda se requerirá: 1. Ser mayor de 13 años de edad; 2. Ser persona absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno, e imposibilidad para expresar su voluntad a través de cualquier modo, medio o formato adecuado; 3. Que el sistema de apoyos resultare ineficaz. En este caso, la sentencia consignara el diagnóstico y el pronóstico, época en que la situación se manifestó, recursos personales, familiares y sociales que existieren. Puntualmente en este tipo de proceso devendrá esencial contar con la evaluación e informe de un equipo interdisciplinario para el dictado de la sentencia de estilo. Dictada la misma, esta deberá inscribirse en el registro civil.

Algo sumamente importante, tanto la sentencia de restricción parcial de la capacidad como la que declare la incapacidad de una persona, deberán ser revisadas por el juez en un plazo que no supere los 3 años con sustentos en nuevos exámenes interdisciplinarios.

Cabe en esta instancia hacer alusión al artículo 35 del Código Civil y Comercial el que trata sobre la “entrevista personal” y que reza:

“El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias.”

La intermediación exigida por el artículo se funda en la “situación de vulnerabilidad” de la persona sujeta al proceso, en función de su padecimiento. Se

relaciona con el objetivo de garantizar el derecho al “acceso a la justicia” (art. 18 CN; arts. 8º y 25 CADH; Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad; art. 13 CDPCD).

La CDPCD establece la obligación de asegurar “que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en condiciones de igualdad con las demás, incluso mediante ajustes de procedimientos y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares” (art. 13).

Las Reglas de Brasilia, por su parte, imponen el compromiso de:

“...establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación.” (Regla 8).

En efecto, las Reglas consideran persona en situación de vulnerabilidad a aquellas personas que, en razón de su discapacidad, encuentran especiales dificultades para hacer valer sus derechos ante el sistema de justicia.

El acceso a la justicia se vincula con las obligaciones de respeto y garantía del principio de no discriminación; así, como ha señalado la Corte IDH,

“para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”.

Rige entonces el principio de la “inmediación” en el acceso a la justicia de las PCD que fue concebida en los Códigos Procesales como un acto procesal aislado, un “momento” a cumplir previo al dictado de la sentencia. El CCyC habla de la inmediatez “durante el proceso”, como una acción continuada para la participación directa de la persona. Así, la intermediación sería el género y la entrevista personal, una especie en ella.

El conocimiento directo, no solo permite al juez la comprensión de la situación de la persona y de sus habilidades, aptitudes y necesidades; también viabiliza el derecho a ser oído. Permite conocer las diversas necesidades de la persona durante el proceso y habilitar, por ejemplo, el dictado de decisiones cautelares en resguardo de sus derechos.

La efectividad de la entrevista personal se garantiza mediante los requisitos de accesibilidad y ajustes razonables. En consonancia con el artículo 13 de la CDPCD, que

prevé el acceso a la justicia para las personas con discapacidad, el Código destaca la accesibilidad para la participación plena y efectiva en los procesos judiciales, esto se materializa mediante los ajustes razonables.

En primer lugar, debe tomarse en consideración las particularidades de la situación concreta de cada persona con discapacidad. Así, para el caso de discapacidad visual se debe considerar que no todas las personas con esta discapacidad leen Braille, los grados de deficiencia visual son variados, las pérdidas de visión ocurren en diferentes momentos de la vida de una persona, y cada una de estas particularidades requiere de un sistema de apoyos diferente. En casos de discapacidad intelectual, la comunicación también debe adecuarse a las circunstancias particulares de las personas. El juez debe contar con dispositivos de apoyos técnicos a través de equipos interdisciplinarios que deben ser provistos por el Estado.

Con todo esto, vale decir que el Código Civil y Comercial, implica la cristalización del “Paradigma Social de la Discapacidad” e invita a la armonización con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el plexo normativo internacional.

II.ii.c) Leyes Provinciales de Santiago del Estero.

En la órbita provincial, inclusive de manera precedente a la consagración de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se han adoptado normativas referidas a la temática pasible de estudio, por lo que resulta conveniente hacer referencia, al artículo 33 de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero, el cual reza bajo el título de “personas con necesidades especiales”:

“El Estado provincial promoverá políticas de protección a toda persona con necesidades especiales y a su familia, facilitando a aquéllas su asistencia, rehabilitación, educación, capacitación e integración en la vida social y laboral. Implementa políticas de prevención y procura que la sociedad tome conciencia y adopte actitudes solidarias. En todo el ámbito provincial deberán dictarse normas que faciliten el desplazamiento y acceso de las personas discapacitadas, para favorecer su independencia.”

El impacto de la consagración del artículo 33 en la Carta Magna Provincial fue mayúsculo, en tanto implicó un paso en el camino de la visibilización de la temática, aunque impregnado por el paradigma “Médico-rehabilitador”, al no adecuarse correctamente a las nuevas terminologías, aunque advirtiendo de tratarse de normas anteriores a la propia Convención, todo lo cual en términos actuales, demanda una interpretación armónica y sistemática con la misma. Igualmente nada quita que fue

loable que en la provincia de Santiago del Estero y ampliando la tutela de derechos consagrados en la Constitución Nacional, se apunte a la específica contemplación de los derechos de este grupo vulnerable.

Las restantes normativas provinciales, se caracterizan por ser escasas y en su mayoría meras adhesiones a leyes las leyes nacionales anteriormente analizadas, tales como:

La Ley Provincial N° 5528 sancionada el 30 de septiembre de 1985 y promulgada en el Boletín Oficial el 11 de octubre del mismo año, sobre la “Eximición del pago del Boleto de Transporte a Discapacitados”, “...en todas las líneas de transporte de pasajeros dentro del ámbito de la Provincia; a los no videntes; lisiados e incapacitados sin discriminación de sexo o edad”. Que en su artículo segundo establece lo que entiende por “persona con discapacidad”, definición que se encuentra impregnada por el modelo Medico-rehabilitador propio de su época, en cuanto a los términos, al definirla como: “...considerase incapacitado o discapacitado; a toda persona que padezca de una alteración funcional permanente o prolongada; física o mental; que en relación a la comunidad; implique desventajas considerables para su integración familiar; social; educacional o laboral”.

A su turno la Ley Provincial N° 5711 sancionada el 31 de octubre de 1988 promulgada en el Boletín Oficial el 18 de agosto de 1989 sobre el “Sistema de Protección Integral del discapacitado y su familia”, la que se consagra con el fin, según su artículo primero: “de asegurar a los mismos asistencia médica, social, educacional, laboral, profesional, franquicias y estímulos tendientes a contrarrestar las desventajas que la discapacidad les provoca y garantizarles el derecho de lograr mediante su esfuerzo, desempeñar un rol digno que le permita integrarse activamente a la comunidad.” Al mismo tiempo, en su artículo segundo, define lo que considera con persona con discapacidad y en el cual se ve reflejado lo ya abordado anteriormente en cuanto a la progresividad del concepto y a la presencia de un elemento “social” en la misma, pero con deficiencias en el lenguaje con respecto al empleo de términos no acordes a la Convención, al decir: “A los efectos de esta Ley se considera discapacitado a toda persona que tenga una alteración funcional, permanente o transitoria, de naturaleza física o psíquica, sensorial o social, que en relación a su edad y medio en que se desenvuelve, implique desventajas para su integración familiar, educacional, laboral, profesional o comunitaria.”. Abordando también en su artículo quinto, a las obligaciones del Estado Santiagueño al establecer que:

“El Estado Provincial a través de sus organismos dependientes prestará a los discapacitados cuando éstos, las personas de quienes dependan o las obras sociales a que están afiliados, no puedan afrontar los siguientes servicios:

- a) Rehabilitación total entendida como el desarrollo integral de las potencialidades del discapacitado;
- b) Formación laboral y profesional;
- c) Préstamos y subsidios destinados a facilitar la actividad laboral y/o intelectual;
- d) Regímenes diferenciales de seguridad social;
- e) Escolarización en establecimientos comunes con los apoyos necesarios provistos gratuitamente o en establecimientos especiales cuando por la razón del grado de discapacidad no puedan cursar la enseñanza común;
- f) Orientación o promoción individual familiar y social;
- g) Garantizará asimismo la prestación de apoyo psicológico gratuito al discapacitado y personas comprendidas en las previsiones del artículo 3º”.

Todo esto como establece en su inciso g) también abarcan a los familiares, que son “a aquellas personas vinculadas con el mismo por lazos sanguíneos que lo atienden, conviven o mantienen con él una relación inmediata y permanente.”

Cabe advertir que si bien se tratan de leyes anteriores a la CDPCD, comienzan a aparecer indicios acerca de las pautas establecidas por la misma.

También vale hacer referencia a la Ley provincial N° 6742 sancionada el 28 de junio del 2005 y promulgada en el Boletín Oficial el 22 de julio del 2005, sobre el “Programa de Detección Temprana y Atención a la Hipoacusia” (ley N° 25.415); en la que establece “la obligatoriedad en todo el territorio de la Provincia de la realización de los estudios para la detección temprana de la hipoacusia en sus diferentes grados, a todo recién nacido vivo hasta el tercer mes, afirmando el derecho a que se estudie su capacidad auditiva y se le brinde tratamiento en forma oportuna si lo necesitare” y crea en su artículo segundo “el Programa Provincial de Detección Temprana y Atención de la Hipoacusia en el ámbito del Ministerio de Salud y Desarrollo Social...”.

Por último, se encuentra la Ley provincial N° 6773 sancionada el 29 de noviembre del 2005 y promulgada en el Boletín Oficial el 4 de enero del 2006, de adhesión a la Ley Nacional N° 22.431 sobre la “Institución al Sistema de Protección Integral a las Personas Discapacitadas” que en su artículo primero establece: “Adhiérase la Provincia de Santiago del Estero a la Ley Nacional N° 22.431 y sus modificatorias leyes Nros. 24.308, 24.174, 24.314, 25.730, 25.785 y 25.635 (Institución del Sistema de Protección Integral de las Personas Discapacitadas).”.

II.iii. Plataforma Jurisprudencial. Análisis de Casos.

II.iii.a) Jurisprudencia Internacional

Es oportuno referir en este punto, a uno de los máximos aportes en la materia, al ser, entre otras cuestiones, fuente relevante y motivadora de este Trabajo Final de Grado, emanada del Alto Tribunal Interamericano de Derechos Humanos, en virtud de la sentencia propia de los autos “Furlan y familiares vs Argentina (excepciones preliminares, fondos, reparaciones y costas)”.

Dicho caso litigioso, implico en los hechos, una enorme sanción aplicable al Estado Argentino de manera directa, reconociendo y cargando con las consecuencias del accionar o de las omisiones del Estado Argentino –a través de sus agentes- de responsabilidad internacional, ante la falta de respuesta oportuna por parte de las autoridades judiciales nacionales, quienes entre otras falencias, incurrieron en una demora excesiva en la resolución de un proceso civil por daños y perjuicios encaminado en contra del Estado, de cuya respuesta dependía el tratamiento médico de un niño y que, en el devenir del proceso, dicho niño se convirtió en un adolescente y luego un adulto con discapacidad.

En prieta síntesis, conforme el resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), se tiene dicho:

“El 31 de Agosto de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaro, por unanimidad, que el Estado de Argentina es internacionalmente responsable por la violación en perjuicio de Sebastián Furlan, entre otros, por haber excedido el plazo razonable en el proceso civil por daños; vulnerar el derecho a la protección judicial y el derecho a la propiedad privada, y el incumplimiento de la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la integridad personal. Así mismo el Estado es internacionalmente responsable por la vulneración al derecho a la integridad personal y el derecho al acceso a la justicia de los familiares de Sebastián Furlan, a saber: Danilo Furlan (padre), Susana Fernández (madre), Claudio Furlan (hermano) y Sabina Furlan (hermana).”.

En dicho fallo, el sujeto principal de tutela de derechos es Sebastián Claus Furlan, quien el 21 de Diciembre de 1988, teniendo 14 años de edad, ingreso a un predio de propiedad del Ejército Argentino con la finalidad de esparcimiento, resultando que el predio no contaba con alambrado o cerco perimetral que impidiera o restringiera la entrada al mismo. Allí el niño, intento colgarse de un parante transversal o travesaño, perteneciente a una de las instalaciones, lo que llevo a que la pieza de aproximadamente 45 o 50 kilos cayera sobre él, golpeándose la cabeza y ocasionándole pérdida

instantánea de conocimiento, por lo que posteriormente fue internado en el servicio de terapia intensiva del Hospital Nacional de Posadas, con diagnóstico de traumatismo encéfalo-craneano, en estado de coma grado II/III, con fractura de hueso parietal derecho. Asimismo, en dicha oportunidad, ingreso al quirófano para ser intervenido por un hematoma extradural y a posteriori, Sebastián continuo en coma grado II hasta el día 28 de diciembre de 1988 y en coma vigil hasta el día 18 de enero de 1989.

Que como consecuencia del accidente, el padre del niño con patrocinio letrado interpuso demanda en fecha 18 de diciembre de 1990 ante el juzgado Nacional Civil y Comercial Federal N° 9 contra el Estado Argentino, con el objeto de solicitar una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la discapacidad resultante de su hijo y de las múltiples consecuencias que de dicha circunstancia, han generado en los miembros de su familia.

Así los hechos, conforme destaca el resumen oficial de la CoIDH¹⁸, tras el derrotero probatorio y habiendo adquirido, Sebastián Claus Furlan, en el transcurso su mayoría de edad, se arriba a la sentencia de primera instancia en fecha 7 de septiembre del año 2000, a través de la cual el juzgado hizo lugar a la demanda y estableció que el daño ocasionado a Sebastián Furlan fue consecuencia de la negligencia de parte del Estado, como titular y responsable del predio. Se le atribuyo un 30% de responsabilidad a Sebastián Furlan y un 70% de responsabilidad al Estado argentino, lo que implicó en los hechos, condenar al Estado nacional a pagar la suma de \$130.000 pesos argentinos, más sus intereses en proporción y con ajuste a las pautas suministradas en la sentencia.

Tras su dictado, tanto la parte demandada como la parte actora, interponen respectivamente recursos de apelación, y la Cámara de Apelación interviniente, por sentencia de fecha del 23 de noviembre del año 2000, confirma la sentencia de primera instancia. En consecuencia destaca el informe, el resarcimiento reconocido a favor de Sebastián Furlan quedo comprendido en la Ley 23.982 de 1991, que preveía dos formas de cobro de la indemnización: a) el pago diferido en efectivo o b) la suscripción de bonos de consolidación emitidos a 16 años de plazo; por lo que, en virtud de las precarias condiciones económicas en las que se encontraba la familia, y la necesidad de una rápida obtención de dinero, se optó por la segunda opción enunciada.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Furlan y familiares vs. Argentina” (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Resumen Oficial, sentencia del 31 de Agosto del 2012. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf

Sebastián Furlan, se destaca en dicho informe¹⁹, recibió tratamientos médicos inmediatamente producido el accidente, se intentó suicidar dos veces, y estuvo inmerso en un proceso penal que fue llevado en su contra por golpear a su abuela; sin mencionar que en los dictámenes médicos realizados en el proceso civil, se había destacado la necesidad de contar con asistencia médica especializada. Sebastián Furlan obtuvo un Certificado Único de Discapacidad (CUD), el 23 de septiembre del año 2008 válido por 10 años, y en el año 2009 se le concedió una pensión no contributiva por invalidez, en virtud de contar con un 80% de discapacidad a causa de un retraso mental moderado.

Si bien la sentencia que reconocía la obligación del pago de los daños y perjuicios ocasionados a Sebastián Furlan se dicta en el año 2000, y por distintos trámites administrativos el real cobro de los bonos de consolidación se realiza en 2003, por lo que el padre de Sebastián Furlan, realiza una petición ante la Comisión Interamericana en el mes de julio de 2001.

En 2002, la Comisión Interamericana da inicio al trámite de la petición y le corre traslado al Estado Argentino para que tome conocimiento del caso planteado, solicitándole que responda a los argumentos esgrimidos por la parte actora.

El Estado Argentino, responde reconociendo los hechos tal cual han sido establecidos por las sentencias de primera y segunda instancia, y que al momento de la presentación de la petición, la presunta víctima, no había agotado plenamente los recursos internos, es decir, haber interpuesto el Recurso Extraordinario Federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y que de esa forma había consentido la sentencia dictada, quedando solamente la etapa de ejecución que se encontraba en camino.

Asimismo, el Estado impugna la admisibilidad de la petición de los autos basándose en la doctrina denominada «de la cuarta instancia». A ese respecto, señala que los sistemas internacionales de protección de Derechos Humanos son subsidiarios de los sistemas nacionales, a los que debe permitirse que hagan efectivas sus obligaciones y resuelvan conflictos a nivel interno. Así, sólo en caso de que esos conflictos no puedan resolverse en la esfera interna conforme a dichas obligaciones, el sistema internacional sería competente para intervenir y pronunciarse.

El Estado, de ésta manera, cita jurisprudencia de la Comisión, según la cual ésta

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Furlan y familiares vs. Argentina” (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Resumen Oficial, sentencia del 31 de Agosto del 2012.

no es competente para revisar sentencias dictadas por tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y en observancia de las debidas garantías judiciales, a menos que pueda identificar una posible violación de una obligación internacional. El Estado aduce que conforme a esa doctrina, la Comisión no puede actuar como una instancia de apelación adicional, y que un desacuerdo con el resultado de actuaciones judiciales -en el caso de autos con respecto al monto de la indemnización-no es base suficiente para que la Comisión ejerza su jurisdicción.

La Comisión emite el dictamen 17/06, por la cual decide hacer lugar a la petición interpuesta por el padre de Sebastián Furlan, en relación a los artículos: 1.1 obligación de respetar y garantizar derechos; del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, puesto que el denunciante tenía derecho a ser oído para la determinación de una denuncia dentro de un plazo razonable; del artículo 19 de la misma, puesto que Sebastián Furlan tenía 14 años de edad a la fecha del accidente y, por lo tanto, tenía derecho a medidas especiales de protección establecidas en beneficio de los niños, así como del artículo 25, puesto que tenía derecho a un “pronto acceso a la protección judicial”. Además, la Comisión se arroga competencias para analizar la compatibilidad de la ejecución de la sentencia del tribunal mediante la entrega de bonos rescatables a un valor considerablemente inferior a su valor nominal, de conformidad con lo establecido por el artículo 25.2.c de la Convención, que establece que los Estados tienen la obligación de garantizar el cumplimiento de las decisiones judiciales.

En marzo de 2011, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, somete el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que como lo prevé la Convención Americana no hubo una solución amistosa en la instancia en que la Comisión es competente.

La Corte Interamericana, celebró la audiencia pública en el mes de febrero de 2012. A priori, la Corte, se planteó resolver las excepciones preliminares que presentara la República Argentina, entre las que se encuentra la falta del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna.

Si bien el Estado Argentino, mantuvo su postura esgrimida ante la Comisión Interamericana, de que el padre de Sebastián Furlan no había agotado los recursos de la jurisdicción interna, por no haber interpuesto el Recurso Extraordinario Federal y en caso de denegatoria, el Recurso de Queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Corte recuerda que la regla del previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un

órgano internacional por actos que se le imputen. En ese sentido, al alegar la falta de agotamiento de los recursos internos, le corresponde al Estado señalar en esa debida oportunidad los recursos que deben agotarse y su efectividad, no es tarea de la Corte, ni de la Comisión, identificar ex officio cuáles son los recursos internos pendientes de agotamiento.

Por lo que la Corte sostuvo que el Recurso Extraordinario de Constitucionalidad es de carácter extraordinario, y tiene por objeto el cuestionamiento de una norma y no la revisión de un fallo. En este sentido, tanto la Comisión como los representantes, alegaron que conforme al derecho interno vigente en Argentina, el recurso extraordinario que el Estado planteó como idóneo, es de carácter discrecional, excepcional y no está sujeto a un plazo tanto en relación con su aceptación como su duración.

Al respecto, el Tribunal considera que dicho recurso no habría sido efectivo para subsanar la alegada demora en el proceso civil que buscaba una indemnización para Sebastián Furlan, aspecto que constituye el eje central de los problemas jurídicos en el presente caso. En efecto, el mencionado recurso se habría limitado a poner en tela de juicio, la constitucionalidad de la norma que regulaba la forma mediante la cual fue efectuado el pago de la indemnización. Por ende, en las circunstancias específicas del presente caso, el Tribunal considera que la función de dicho recurso en el ordenamiento jurídico interno no era idóneo para proteger la situación jurídica infringida y, en consecuencia, no puede ser considerado como un recurso interno que debió ser agotado.

Contemplando dicha plataforma fáctica, la CoIDH en su fallo, de manera ejemplar, proclama la responsabilidad internacional estatal, apuntando determinadas pautas y en base a la convención especializada tuitiva de las PCD, a saber²⁰:

*Sobre los factores de vulnerabilidad múltiple:

Al respecto se señala en el considerando 124, lo siguiente:

“De manera previa, la Corte resalta que en el presente caso las alegadas violaciones de derechos consagrados en la Convención Americana se enmarcan en el hecho que Sebastián Furlan era un niño al momento del accidente y que, posteriormente, dicho accidente desencadenó que fuera un adulto con discapacidad. Teniendo en cuenta estos dos hechos, el Tribunal considera que las presuntas vulneraciones deben ser analizadas a la luz: i) del corpus juris internacional de protección de los niños y las niñas, y ii) los estándares

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Furlan y familiares vs. Argentina” (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Resumen Oficial, sentencia del 31 de Agosto del 2012, Pp 3

internacionales sobre la protección y garantía de los derechos de personas con discapacidad. Estos dos marcos jurídicos deberán tenerse en cuenta de manera transversal en el análisis del presente caso.”

La CoIDH al referirse al fondo del caso, destacó que confluían en el principal protagonista, Sebastián Claus Furlan, situaciones de vulnerabilidad múltiple, al mismo tiempo que lo determinó bajo los estándares internacionales generales sobre niños y niñas con discapacidad.

El tribunal internacional, interpretó conjuntamente la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Protocolo de San Salvador, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, ratificada por Argentina el 10 de enero de 2001, así como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por Argentina hasta el 2 de septiembre de 2008.

Acto seguido concluyó que, en principio:

“Toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión”²¹ (párr. 134). Asimismo, para el tribunal internacional “la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva” (párr. 133).

Una vez fijados éstos y otros estándares generales, la Corte IDH consideró que: “al haber sido Sebastián Furlan un niño y, actualmente, ser un adulto con discapacidad, es necesario analizar la controversia entre las partes a partir de una interpretación de los derechos de la Convención Americana y las obligaciones que de éstos se desprenden, a la luz de las medidas especiales de protección que se derivan de dichos estándares”, el cual constituye “un marco que brinda mecanismos para garantizar y proteger de manera adecuada los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones y teniendo en cuenta sus necesidades concretas” (párr. 139).

²¹ Fallo cit.

Finalmente, respecto a la minoría de edad, la Corte tuvo en cuenta que al momento de los hechos, se encontraba vigente el artículo 126 del Código Civil de Argentina que establecía que eran “menores -de edad- las personas que no hubieren cumplido la edad de veintiún años”, razón por la cual en aplicación del principio pro persona (artículo 29.b de la Convención) entendió que Sebastián Furlan adquirió la mayoría de edad al cumplir los 21 años de edad (párr. 123).

*En relación a la garantía de un debido proceso legal y del respeto de la garantía del plazo razonable de obtención de respuesta efectiva de la justicia, se ha practicado un singular y significativo análisis así como exposición de motivos.

Así al explorar el caso, respecto a la complejidad del asunto, la Corte IDH enunció los diversos criterios que ha tenido en cuenta para determinar la complejidad de un proceso: la complejidad de la prueba; la pluralidad de sujetos procesales o la cantidad de víctimas; el tiempo transcurrido desde la violación; las características del recurso consagradas en la legislación interna; y el contexto en el que ocurrió la violación.

La Corte IDH concluyó que el caso no involucraba aspectos o debates jurídicos o probatorios que permitan inferir una complejidad cuya respuesta requiriera el transcurso de un lapso de casi 12 años. Al respecto, consideró que:

“no encontraba evidencia en la legislación interna argentina que permita inferir que un proceso civil ordinario sea *per se* complejo; que no había una pluralidad de sujetos procesales o número de víctimas; que los procesos de responsabilidad extracontractual, en general, tienden a desarrollarse en forma más simple que otros procesos judiciales; y que no había transcurrido un lapso considerable entre el hecho y la interposición de la acción judicial (párrs. 156 a 159).”

Destaca la relevancia del modelo “Social de la Discapacidad” que subyace en la Convención Internacional específica, resaltando el concepto propio de las PCD, al sostener:

“133...la Corte observa que en las mencionadas Convenciones se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o

socioeconómicas.”²².

Pone énfasis en el carácter de grupo vulnerable de las PCD al decir:

“134...la Corte Interamericana reitera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos”. Seguidamente, destaca las obligaciones que tienen los Estados Partes respecto del cumplimiento de los términos de la Convención, diciendo: “El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad”²³.

*Respecto de la garantía del plazo razonable en juego, Corte IDH analizó los siguientes aspectos para determinar si el proceso civil por daños y perjuicios excedió el plazo razonable, el cual inició desde que se presentó la demanda el día 18 de diciembre de 1990 hasta el 12 de marzo de 2003, es decir 12 años y tres meses aproximadamente: i) la complejidad del asunto; ii) la actividad procesal del interesado; iii) la conducta de las autoridades judiciales, y; iv) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso (párr. 152).

La Corte sostuvo que el lapso correspondiente a la etapa de ejecución de la sentencia judicial con el fin de realizar efectivamente el cobro de la indemnización, en el presente caso, hacía parte del proceso y debía tomarse en cuenta para analizar el plazo razonable (párr. 151). Concluyó que las autoridades judiciales a cargo del proceso civil por daños y perjuicios y del cobro de la indemnización, no actuaron con la debida diligencia y el deber de celeridad que exigía la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba Sebastián Furlan, razón por la cual excedieron el plazo razonable, lo cual vulnera el derecho a las garantías judiciales establecido en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1, todos de la Convención Americana, en perjuicio de Sebastián Claus Furlan (párr. 204).

Respecto lo cual la Corte resalta lo siguiente:

“186. En suma, de los argumentos presentados por el Estado no se desprenden razones concretas que justifiquen por qué un proceso civil que no debía durar más de dos años (...), terminó durando más de doce años. Como se mencionó anteriormente, la actividad de la parte interesada no es la causante directa de dicha dilación, por lo que no ha sido

²² Fallo cit.

²³ Fallo cit.

desvirtuada la falta de diligencia que las autoridades judiciales que estuvieron a cargo del proceso judicial tuvieron en relación con los términos o plazos establecidos por el proceso civil. 196. Asimismo, la Corte recuerda que la CDPD, anteriormente reseñada (...), contiene normas sobre la importancia del acceso a justicia de las personas con discapacidad “en igualdad de condiciones con las demás” e “incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad” (Preámbulo y art. 13.1). En este sentido, el Tribunal considera que en casos de personas vulnerables, como lo es una persona con discapacidad, es imperante tomar las medidas pertinentes, como por ejemplo la priorización en la atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades a su cargo, con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos, de manera que se garantice la pronta resolución y ejecución de los mismos”²⁴.

*En torno al derecho de ser oído así como la efectiva participación del niño en el proceso:

La Corte analizó también ensayo una respuesta ante los alegatos presentados por las partes y la Comisión Interamericana respecto al: i) derecho a ser oído de Sebastián Furlan, y ii) la no participación del asesor de menores en el proceso civil por daños y perjuicios.

Respecto a la primera cuestión, el Tribunal concluyó que Sebastián Furlan no fue escuchado directamente por el juez a cargo del proceso civil por daños y perjuicios y que, al no haberse escuchado en ninguna etapa del proceso judicial a Sebastián Furlan, el juez tampoco pudo valorar sus opiniones sobre el asunto y, en especial, no pudo constatar la situación específica de él como persona con discapacidad. Por lo anterior, la Corte consideró que se vulneró el derecho a ser oído y ser debidamente tomado en cuenta consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1, todos de la Convención Americana, en perjuicio de Sebastián Claus Furlan (párrs. 228 a 233).

Sobre a la segunda cuestión, el Tribunal constató que el asesor de menores no fue notificado por el juez del proceso civil mientras Sebastián Furlan era una persona menor de edad ni posteriormente, cuando se contó con los peritajes que daban cuenta del grado de su discapacidad, razón por la cual Sebastián Furlan no contó con una garantía, no sólo obligatoria en el ámbito interno, sino que además habría podido intervenir mediante las facultades que le concede la ley a coadyuvar en el proceso civil. Teniendo en cuenta lo anterior, en las circunstancias específicas del presente caso, la Corte consideró que el asesor de menores e incapaces constituía una herramienta esencial para enfrentar la vulnerabilidad de Sebastián Furlan por el efecto negativo que

²⁴ Fallo cit.

generaba la interrelación entre su discapacidad y los escasos recursos económicos con que contaban él y su familia, generando que la pobreza de su entorno tuviera un impacto desproporcionado en su condición de persona con discapacidad. En consecuencia, la Corte concluyó que se vulneró el derecho a las garantías judiciales establecido en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1, todos de la Convención Americana, en perjuicio de Sebastián Claus Furlan (párrs. 237 a 243).

Partiendo de la situación agravada de vulnerabilidad de Sebastián Claus Furlan, por ser menor de edad con discapacidad y vivir en una familia de bajos recursos económicos, al Estado le correspondía el deber de adoptar todas las medidas adecuadas y necesarias para enfrentar dicha situación. La omisión del Estado de adoptar dichas medidas de forma diferenciada a otras personas por la situación de vulnerabilidad, implicó el incumplimiento de la prohibición de discriminación contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana, dado que existió una discriminación de hecho asociada a las violaciones a los derechos contenidos en los artículos 5.1, 8.1, 21, 25.1 y 25.2.c, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la Convención Americana en perjuicio de Sebastián Claus Furlan (párr. 266 a 269).

*En cuanto del derecho a la integridad personal y al acceso a la justicia de Sebastián Furlan, la Corte consideró probada la desintegración del núcleo familiar, así como el sufrimiento padecido por todos sus integrantes como consecuencia de la demora en el proceso civil, la forma de ejecución de la sentencia y los demás problemas que tuvo Sebastián Furlan para el acceso a una rehabilitación adecuada, y concluyó que el Estado argentino incurrió en la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 y el derecho al acceso a la justicia establecido en los artículos 8.1 y 25, en relación con el artículo 1.1, todos de la Convención Americana, en perjuicio de Danilo Furlan, Susana Fernández, Claudio Erwin Furlan y Sabina Eva Furlan (párrs. 249 a 265).

La Argentina resulto pasible, en virtud del Caso Furlan de una grave condena por violación de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, en tanto se resalta que los menores de edad y las personas con discapacidad deben disfrutar de un verdadero acceso a la justicia y ser beneficiarios de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas, cuestiones estas no contempladas por el Estado Argentino en el caso.

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. La presencia de condiciones de

desigualdad real, obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.

El Tribunal ha hecho referencia a la situación agravada de vulnerabilidad de Sebastián Furlan, al decir en el resumen oficial que:

“...por ser menor de edad con discapacidad viviendo en una familia de bajos recursos económicos, razón por la cual correspondía al Estado el deber de adoptar todas las medidas adecuadas y necesarias para enfrentar dicha situación. En efecto, ha sido precisado el deber de celeridad en los procesos civiles analizados, de los cuales dependía una mayor oportunidad de rehabilitación.”

Además, la Corte concluyó que era necesaria la debida intervención del asesor de menores e incapaces o una aplicación diferenciada de la ley que reguló las condiciones de ejecución de la sentencia, como medidas que permitieran remediar de algún modo las situaciones de desventaja en las que se encontraba Sebastián Furlan. Estos elementos demuestran que existió una discriminación de hecho asociada a las violaciones de garantías judiciales, protección judicial y derecho a la propiedad ya declaradas. Además, de los hechos reseñados en el capítulo sobre la afectación jurídica producida a Sebastián Furlan en el marco del proceso civil, así como el impacto que la denegación al acceso a la justicia tuvo en la posibilidad de acceder a una adecuada rehabilitación y atención en salud, la Corte considera que se encuentra probada, a su vez, la vulneración del derecho a la integridad personal.

En consecuencia, la Corte declara que el Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la integridad personal en los términos de los artículos 5.1, 8.1, 21, 25.1 y 25.2.c, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la Convención Americana en perjuicio de Sebastián Claus Furlán.”²⁵

“Furlan y Familiares vs. Argentina” configura el primer caso de derecho Privado en el que se expide la Corte aplicando la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, conformando un precedente ejemplificador, con el objetivo que no se produzca ni más ni menos la adecuación a los estándares de la CDPCD en los procesos en los que las personas con discapacidad sean parte.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Furlan y familiares vs. Argentina” (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Resumen Oficial, sentencia del 31 de Agosto del 2012, pág. 8.

II.iii.b) Jurisprudencia Local:

A nivel provincial, en Santiago del Estero a través del caso “Iturre Cesar Eusebio C/ Instituto de Obra Social del Empleado Provincial (I.O.S.E.P.) S/ Recurso de Amparo – Apelación” Sentencia del STJ de fecha 10/9/2014, el Alto Cuerpo de la justicia local, se pronunció ante un supuesto de hecho que se traducía similar al antecedente interamericano, en tanto se veían involucrados los derechos de un niño con discapacidad (a causa de un tipo especial de autismo) y cuyo progenitor pretendía a su favor una cobertura de salud plena en razón de su discapacidad, de parte de la obra social a la que el niño, se encontraba afiliado, es decir IOSEP.

El niño debía ser sometido a un tratamiento médico especializado llevado a cabo por profesionales de la salud que se encontraban fuera de la provincia de Santiago del Estero, y cuyos honorarios médicos eran altos comparados con aquellos a los que el IOSEP cubría en el marco de la provincia de Santiago del Estero. Es así que la obra social IOSEP, bajo el amparo de la normativa reglamentaria, asume una actitud de oposición al requerimiento del amparista, planteando limitaciones a la cobertura de salud del niño en cuestión.

Ante el fallo adverso a los intereses de la parte actora, emanado de la cámara de juicio Oral en lo Criminal y Correccional de 2da. Nominación, es que la misma ocurre por vía del Recurso Ordinario de Apelación ante el Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, el que será objeto de análisis en el presente trabajo.

En este norte y sin ánimo de agotar las miradas que se pueden llegar a tener de la cuestión fáctica legal, es de mi estima necesario diferenciar en el fallo objeto de análisis, el voto emanado del vocal Dr. Armando Lionel Suarez, de aquel sustrato ideológico que inspira el voto de la mayoría elaborado por el Dr. Eduardo José Ramón LLugdar con adhesión del Dr. Gustavo Adolfo Herrera.

Respecto del primer voto, cabe destacar, que la solución del caso se encuentra precedida de notables aportes, tales como aquellos emergentes de la normativa internacional, especialmente reparando en la Convención sobre los Derechos del Niño la que goza de jerarquía constitucional, así como también destacando que el quid de la cuestión litigiosa versa sobre el debido amparo del derecho a la salud de un niño; así mismo, refiere a datos de la realidad como sustento de su decisión al decir:

“Además, que la obra social tiene obligatoriamente incluidos en calidad de afiliados (forzosos) titulares a los funcionarios y personal dependiente y en actividad de los tres poderes de la Provincia, por lo que, la asistencia integral a la discapacidad constituye una

política pública de la Nación al dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos.²⁶

Así mismo, pretende dotar de autoridad a su ponencia, valiéndose de la alusión a jurisprudencia análoga emergente de la vecina provincia de Salta, cuando concretamente aporta que:

“La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de Salta, en fecha 31 de Julio de 2014, ordenó al Instituto Provincial de Salud a cubrir el 100% de las prestaciones de rehabilitación neurolingüística y fonoaudiológica, terapia ocupacional, psicopedagógica y acompañamiento terapéutico permanente e integración escolar requeridos por un niño que padece trastorno generalizado de desarrollo con rasgos autistas. Allí se sostuvo que el derecho a la salud es impostergable y operativo, de modo tal que no es susceptible de ser cercenado, reducido, modificado o dejado de lado por reglamentaciones o condiciones que no se adaptan con la necesidad concreta del solicitante.”²⁷

Sin embargo, se vislumbra en el voto dos cuestiones, por un lado la omisión de abordar la temática a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en tanto no existe alusión a ella, más allá de haber referenciado en varios pasajes de la ponencia a que el niño Iturre, tenía una discapacidad; y por otro costado, es notable la existencia de una barrera lingüística marcada, que evidencia un resabio del modelo “Médico-rehabilitador de la Discapacidad”, en tanto el magistrado alude a “infante mental o físicamente impedido” entre otras cuestiones.

Ahora bien, el abordaje brindado por el doctor Llugdar a la cuestión puesta en análisis por el Tribunal, trasunta en una lograda adecuación a los términos y espíritu de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sin negar el aporte dado por su colega preopinante. En su sufragio refiere a múltiples cuestiones de indudable gravitación en el caso, destacando la situación de múltiple vulnerabilidad (por ser niño y persona con discapacidad) en la que se encuentra inmerso el protagonista central de la causa, al decir:

“...el actor, al ser niño y acreditar una Discapacidad Psicológica, de conformidad a la certificación otorgada por el Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Provincia de Santiago del Estero, cuya copia se encuentra agregada en fs. 14 de autos y en el que se diagnostica Autismo en la niñez. El dato mencionado permite establecer, que el mismo se

²⁶ Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, Caso “Iturre Cesar Eusebio C/ Instituto de Obra Social del Empleado Provincial (I.O.S.E.P.) S/ Recurso de Amparo – Apelación”, sentencia del 10 de Septiembre de 2014, pág. 5. Recuperado de: <http://fallos-sumarios.jussantiago.gov.ar/index5.php?buscar=iturre®istros=1&enviar=Buscar#resultados>

²⁷ Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, Caso “Iturre Cesar Eusebio C/ Instituto de Obra Social del Empleado Provincial (I.O.S.E.P.) S/ Recurso de Amparo – Apelación”, sentencia del 10 de Septiembre de 2014, pág. 5.

encuentra sometido a una doble situación de vulnerabilidad, por lo que no sólo sus derechos se encuentran especialmente tutelados por las Convenciones Internacionales que refieren a la protección de los Derechos del Niño, Niñas y Adolescentes, como bien lo ha desarrollado el voto al que presto adhesión, sino que además, se encuentran amparados por los instrumentos que garantizan el pleno ejercicio de los Derechos de las Personas con Discapacidad.”²⁸

El Dr. Llugdar, repara en la importancia de la Convención especializada, en la interacción de las normas que forman parte del corpus iuris internacional de Derechos Humanos y evidencia a lo largo de su trabajo, estar inspirado en el modelo “Social de la Discapacidad”.

Refiere a la necesidad de cumplimiento por parte de los Estados parte de las obligaciones contraídas producto de la adhesión a los términos de la CDPCD, lo que comprende la necesidad de observancia de las mismas, por parte de los tres poderes del Estado (independientemente de la organización Federal del país).

Además, destaca el impacto que ha tenido la reciente condena a la argentina emanada de la CoIDH, en función del caso “Furlan y familiares vs. Argentina” y enfatiza en la necesidad de observar las premisas y pautas delineadas por la Corte Interamericana a ese respecto, así como también destaca el rol protagónico de los jueces en la materia al decir:

“La Republica Argentina ha sufrido una severa condena reciente, por violación de derechos fundamentales de niños con problemas de discapacidad, más precisamente en la causa “Furlán y Familiares vs. Argentina”, sobre fondo y reparaciones, sentenciado el día 31 de Agosto de 2012 y en el cual realizó un pormenorizado análisis de las deficiencias administrativas, legislativa y judiciales del país en la aplicación de los estándares internacionales a los que se encuentra obligado respecto a estos Grupos Vulnerables y en donde además de la reparación económica, impuso una sanción de no reiteración con la obligación del Estado condenado de revisar toda la normativa interna a este respecto y la capacitación de todos los operadores administrativos, legislativos y judiciales, a fin de no incurrirse en nuevas violaciones vinculadas a esta temática.”²⁹

Como corolario de lo expuesto, si bien las ponencias coinciden en la solución del caso, en tanto se termina condenando a la obra social IOSEP a cumplir con las prestaciones requeridas por las amparista, se destacan en el caso dos posturas bien

²⁸ Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, Caso “Iturre Cesar Eusebio C/ Instituto de Obra Social del Empleado Provincial (I.O.S.E.P.) S/ Recurso de Amparo – Apelación”, sentencia del 10 de Septiembre de 2014, pág. 8.

²⁹ Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, Caso “Iturre Cesar Eusebio C/ Instituto de Obra Social del Empleado Provincial (I.O.S.E.P.) S/ Recurso de Amparo – Apelación”, sentencia del 10 de Septiembre de 2014, pág. 10.

marcadas, la primera con una mirada que se caracteriza por obviar la cuestión de la discapacidad y reparar en la necesidad de la protección de la niñez y la salud, mientras que en el restante voto, se evidencia la necesidad de visibilizar de manera correcta la temática de la discapacidad y la necesidad de la protección adecuada de los derechos del grupo vulnerable.

Conclusión parcial.

A partir del análisis pluridimensional de la cuestión objeto de abordaje en el presente Trabajo Final de Grado, se destaca un común denominador, que está dado por la importancia o relevancia de la temática de la discapacidad tanto para los autores destacados de la doctrina, como para la normativa y jurisprudencia, quedando a todas luces verificada la circunstancia de que, al ser el derecho una ciencia social, no puede omitir u olvidar la tutela de los derechos de las minorías vulnerables.

Con el transcurso del tiempo, con los aportes interdisciplinarios y el avance del estudio en la temática se denota un proceso de cambio o evolución en tanto de a poco pero a paso firme cobra protagonismo el modelo “Social de la Discapacidad”, combatiéndose con énfasis los resabios propios del modelo “Médico-rehabilitador de la Discapacidad”.

CAPÍTULO III

“El estado actual de tutela de los derechos de las personas con discapacidad”

Capítulo III: El estado actual de tutela de los derechos de las personas con discapacidad.

Introducción

Con motivo de brindar una conclusión final acerca del camino emprendido durante este Trabajo Final de Grado, y luego de que se abordaron los conceptos claves y con los conocimientos aportados por parte de las investigaciones vislumbradas en las plataformas doctrinaria, normativa y jurisprudencial (en lo pertinente), es que en este punto del análisis, se compete a establecer la situación actual del estado tuitivo de los derechos de las personas con discapacidad, abordando datos de informes recientes y brindando opiniones acerca de la pregunta y al mismo tiempo objetivo principal de estudio de este trabajo.

III.i. El camino emprendido conforme a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ha implicado un ferviente avance en el marco del Derecho Internacional ya que constituye, un instrumento especializado de derecho e implica un compromiso vinculante para los Estados Partes que lo suscriban, en el ámbito de los Derechos Humanos. Desde esta perspectiva la adopción de la Convención y su Protocolo Facultativo por parte del Estado Argentino, deviene en una clara acción de compromiso y responsabilidad, con el objetivo de promover la construcción de una sociedad más inclusiva, solidaria, que reconozca el goce y ejercicio igualitario de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

En el sentido indicado, nuestro país, ha procurado en los últimos tiempos, suscribir a la mayoría de las convenciones sobre Derechos Humanos, sin embargo, el grado de cumplimiento interno ha sido en muchos casos deficitario.

Un claro ejemplo de la paradoja enunciada, está dado por el caso “Furlan y familiares vs. Argentina” que como bien se ha destacado en el capítulo segundo de este Trabajo Final de Grado, implicó en los hechos, una condena ejemplificadora para nuestro país, de la cual, el Estado en su totalidad, ha de extraer una experiencia y una enseñanza que deberá marcar los pasos a seguir en orden al cumplimiento y observancia efectiva de la CDPCD, buscando evitar, en lo sucesivo, avasallar los derechos de las personas comprendidas en este colectivo vulnerable.

Al referir a las obligaciones del Estado, implica, del mismo modo, incluir a la sociedad y a todos sus actores, de manera que la invitación de cumplir en los hechos los términos de la “sabia” Convención Internacional, es una obligación no solo del aparato Estatal sino de todos sus integrantes. Las normas, no modifican conductas ni generan por si mismas cambios, sino ocurren los cambios culturales indispensables para ello.

Conforme lo expuesto, resulta meritorio observar, tras el análisis pluridimensional abordado en el capítulo segundo de este TFG, que en el ámbito Nacional y Local, se está procurando la efectivización del cambio de paradigma que inspira a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pues “el Paradigma Social”, se encuentra calando hondo en el marco de las políticas legislativas, administrativas y jurisdiccionales, ello por cuanto, se han procurado el dictado de leyes afines a los términos de la Convención, tales como en el ámbito nacional encontramos la Ley Nacional de Salud Mental y el novel Código Civil y Comercial de la Nación (ambas con notable acogida provincial), y en el ámbito de los poderes Judiciales, se está receptando de manera paulatina, las pautas emergentes de la convención; más allá de puntuales situaciones de resistencia a su aplicación, está imperando en los hechos la necesidad de su tratamiento y proclamación en los casos puestos a decisión.

Mención aparte, cabe destacar que en el ámbito administrativo de la provincia de Santiago del Estero, se han creado organismos públicos específicos tendientes a atender las necesidades de este grupo vulnerable, tales como la Dirección Provincial de Discapacidad de Santiago del Estero, organismo dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros, que procura asesorar a las personas con discapacidad respecto de los derechos que le son propios y de cómo ejercitarlos, así como también oficia como ente de control de las entidades y organizaciones destinadas a estos grupos vulnerables que reciban subsidios del Estado, mediante la práctica sistemática de auditorías; y que también, a través de la Junta Evaluadora, la que se nutre de un enfoque interdisciplinar, expide los Certificados Únicos de Discapacidad (CUD), que le permite acceder a ciertos beneficios (transporte gratuito para la PCD y un acompañante, cobertura cien por cien de las obras sociales, etc.) en favor de las personas con discapacidad.

Todo cual, revela que el Estado provincial, se ha encaminado en una marcada política de tutela de este grupo vulnerable y está dando pasos firmes en aras de lograr la completa adecuación de las políticas públicas a los términos, pautas y espíritu emergentes de la convención especializada.

III.ii. Desafíos y necesidad de mayor adecuación del sistema de tutela de derechos de la Provincia de Santiago del Estero a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Si bien como se ha destacado en el punto precedente, tanto a nivel Nacional como Local, el Estado ha procurado adecuarse en cuanto al sistema de tutela de derechos de las personas con discapacidad en los términos de la Convención especializada, sin embargo, dicho camino no está exento de “tropiezos” y “baches”. Ello por cuanto, existen un sin número de circunstancias vinculadas a la temática que implican verdaderos desafíos que se han de superar.

Si lo que se intenta, es plasmar en la realidad aquello a lo que el Estado se ha comprometido mediante la suscripción a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, resulta en este estadio del análisis verdaderamente importante el aporte del “Informe sobre la Situación de las Personas con Discapacidad” realizado en Argentina del 1 de Agosto del 2017, y presentado ante el Comité de las PCD de la ONU, para dar cuenta de la evolución del cumplimiento del Estado Argentino a la CDPCD.

Dicho informe, ha sido elaborado por múltiples organismos Nacionales³⁰, cuyo objetivo común, es el análisis de la situación que atraviesan en la actualidad las PCD, constituyéndose en un documento que conforme lo expresa su parte introductoria “se propone a brindar una herramienta que permita visibilizar a las PCD en el entramado social Argentino y en la interlocución con el Estado, exponiendo las dificultades que atraviesan y los puntos de inflexión necesarios para avanzar hacia una sociedad verdaderamente inclusiva, igualitaria y respetuosa de los derechos y libertades fundamentales de todos y todas.”

Así los casos, es dable destacar ciertas precisiones sobre las actitudes necesarias y desafíos que se presentan para dotar de plena tutela a los derechos de las personas con discapacidad. Cuestiones respecto de las cuales se engloba la realidad Santiagueña como parte integrante del Estado Argentino. Siendo este informe el que aporta datos sustentados en diversas fuentes, a partir de las observaciones realizadas por el Comité de las PCD, en el cual se desarrollan los artículos de la CDPCD, dando cuenta de las

³⁰ Para mayor detalle sobre las organizaciones, puede consultarse el documento “Listado de Organizaciones Participantes” en: <https://drive.google.com/file/d/0BwUonvwXVQjaSkJVYjdMVIRIMzA/view?usp=sharing>

barreras a las cuales se enfrentan las PCD para ejercer sus derechos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones que los demás.

De esta manera al considerar el Artículo 4 de la CDPCD en lo que respecta a las obligaciones de los Estados Parte, Argentina desde febrero de 2016, más precisamente el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, comenzó a dar de baja pensiones no contributivas percibidas por las PCD, aplicando el Decreto 432/97, lo que afectó indiscriminadamente el derecho adquirido a percibir dicha pensión, resultando hasta la fecha una vulneración a los derechos a la percepción de las mismas, colocando en graves situaciones a las PCD las cuales algunas continúan sin restablecerse.

Otro punto importante en este Artículo, es en relación al Certificado Único de Discapacidad (CUD), “que garantiza el acceso a prestaciones de salud fundamentales”, en las que se observan disparidades en los criterios para su otorgamiento, existiendo particulares barreras en el acceso al CUD por las personas con discapacidad psicosocial. También se ha verificado que, atento a que el cuidado de la salud integral no solamente comprende al ámbito de la salud, sino también al desarrollo social, educación, trabajo, etc., el CUD en la actualidad no alcanza para cubrir estas demandas.

Así mismo, en cuanto al artículo 5 de la CDPCD, sobre “la igualdad y no discriminación”, hay que hacer una aclaración respecto del marco jurídico vigente sobre actos discriminatorios en lo que respecta a las Leyes 23.592³¹, 24.782³² y 25.608³³ en las que no han incorporado la denegación de ajustes razonables como una discriminación por motivos de discapacidad, como tampoco se ha contemplado la discriminación múltiple. A su vez, en el año 2013 el INADI, publicó el “Mapa Nacional de la discriminación 2013”, el cual contiene un Anexo referido a las PCD y a la discriminación directa, indirecta y múltiple que sufren en los distintos ámbitos de su vida, como también las familias de las PCD, en el cual se verifica que más del 50% de las mismas han sufrido un acto discriminatorio, que no tuvo correlación con las medidas estatales tendientes a la adecuación de la legislación vigente, con lo que se estableció claramente que subsiste la necesidad de que la discriminación contra las PCD tenga

³¹ Ley 23.592 (B.O. 23/8/1988) Véase en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20465/texact.htm>

³² Ley 24.782 (B.O. 31/3/1997) Véase en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42477/norma.htm>

³³ Ley 25.608 (B.O. 5/7/2002) Véase en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/75734/norma.htm>

adecuada protección normativa y se implementen acciones que contemplen las múltiples discriminaciones que ellas afrontan.

Otro punto a destacar en lo que respecta al Informe es acerca del artículo 6 que abarca a las “mujeres con discapacidad”, en el que se manifiesta como la acción más significativa a la aprobación de la Resolución 65/2015 de Ministerio de la Salud de la Nación, que estipula que todas las personas mayores de 13 años, con o sin discapacidad, tienen derecho a acceder a prácticas de salud sexual y reproductiva en forma autónoma, y establece la presunción de capacidad de las PCD para tomar decisiones en la materia por sí mismas, reconociendo su derecho a contar con sistemas de apoyo y a “recibir la atención sanitaria en los términos que les resulten más accesibles, aceptables y con la mejor calidad disponible.” A pesar de la vigencia de esta norma, en la práctica la mayoría de los servicios establecidos, existen barreras que se ponen de manifiesto sobre todo en cuanto al respeto de la privacidad y confidencialidad de las mujeres con discapacidad, al consentimiento informado y al sistema de apoyos para la toma de decisiones por ejemplo en las prácticas de aborto no punible y esterilizaciones, y no se satisfacen ninguno de los parámetros de accesibilidad, prevaleciendo barreras actitudinales basadas en estereotipos hacia las mujeres con discapacidad. Fuera de este ámbito, tampoco se ha incorporado en el Estado políticas públicas en materia de violencia de género sobre las PCD o aquellos dispositivos implementados para contener estas situaciones no son accesibles, lo que refleja la falta de perspectiva de género en materia de discapacidad.

Se hace preciso referir al artículo 9 de la CDPCD sobre la “accesibilidad”, en el que informe reflejo un retroceso respecto del cumplimiento de las disposiciones sobre accesibilidad audiovisual respecto de las PCD, a partir de la suspensión parcial de la vigencia de la Ley 26.522, lo que perjudica a las personas ciegas y sordas, ante la ausencia de un organismo que controle si las señales abiertas cumplen las disposiciones legales. A su término, la Ley 26.653 de “Accesibilidad de la Información en las Páginas Web”, a pesar de haber sido reglamentada en 2013, no cumple con su cometido y la gran mayoría del contenido en páginas web es inaccesible. Por otra arista, respecto de las de las barreras edilicias y de infraestructura, la Ley 24.314 de Accesibilidad –siendo esta de adhesión voluntaria- se incumple, y el comité de Contralor ad hoc no cumple con su rol, por lo que se ven incompetentes para actuar ante denuncias y/o reclamos, a su vez, existen graves irregularidades tales como excepciones explícitas a la

accesibilidad como en los comercios, y falta de exigencia de la misma en escuelas públicas o privadas, entre otras cuestiones. Y para finalizar, es importante dar cuenta sobre la accesibilidad al transporte público, en el que a nivel federal las distintas provincias manifiestan que el marco legal es insuficiente y aun así las obligaciones que les cabe a concesionarios y al Estado son muchas veces incumplidas, por lo que las unidades previstas no son acorde a la demanda existente y en el interior de las jurisdicciones provinciales son en muchos casos inexistentes; lo mismo sucede con el transporte a larga distancia. Si bien el transporte es gratuito para las PCD y su acompañante (acreditando el CUD), los viajes gratuitos se malogran.

Uno de los puntos más importantes de este Informe es el que versa sobre el artículo 13 sobre el “acceso a la justicia” ya que las PCD vivencian de manera cotidiana las barreras en el acceso a la misma, y en caso particular de las personas con discapacidad psicosocial. Entre los obstáculos comunes se encuentran deficiencias respecto a cinco dimensiones.

En primer lugar, sobre la “efectividad de la tutela judicial” sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad psicosocial, la cual se ve alterada por la restricción a la capacidad jurídica, la imposibilidad de participar en el proceso y por la falta de seguimiento en la ejecución de las sentencias y la ausencia de revisión periódica para revertir las disposiciones más restrictivas de derechos sobre todo en cuanto al monitoreo efectivo de la legalidad de sus internaciones. Según el Informe predomina el desconocimiento de los entrevistados en los procesos civiles sobre su persona y, por ende, de su eventual estado civil; por lo que se evidencia que no existe, en muchos casos, contacto directo con el juez a cargo de su causa civil. Se verifica que las revisiones se activan como una “respuesta a peticiones del equipo tratante”, mostrándose la ausencia de mecanismos regulares de evaluación y actualización de las medidas restrictivas.

En segundo lugar, debemos referirnos a la “asistencia letrada” con respecto a las personas con discapacidad psicosocial (en adelante PCDIPS), ya que la restricción del ejercicio de la capacidad jurídica implica una desventaja estructural en lo que hace al derecho a defensa en el marco de procesos judiciales, pues limita la capacidad de elegir, designar o remover libremente a un letrado. El contacto personal con la persona representada es poco frecuente, son mínimas las acciones impulsadas por los curadores, defensores y asesores que propenden a la rehabilitación: siendo nula la incidencia de

asistencia letrada particular en la población entrevistada en el Informe, tanto en las causas vinculadas a interdicciones civiles como a internaciones voluntarias e involuntarias.

En tercer lugar, es importante el “derecho a ser oído”, en el que se destacan las barreras institucionales, comunicaciones y actitudinales para el acceso de las PCDIPS al ejercicio de derechos jurídicos básicos por parte del sistema de administración de justicia. Esto se refleja en la participación de las mismas en audiencias directas con el juez a cargo de su causa la cual es mínima, dando cuenta que en las audiencias tiene mayor relevancia el contenido de los informes de los peritos y equipos tratantes que su propia voz.

Otro punto a tratar es la “igualdad de medios procesales”, cuyas condiciones poco accesibles y sin ajustes de procedimiento por parte del sistema de administración de justicia genera que las PCDIPS tengan un rol procesal pasivo en las causas que les competen. Según el Informe de las personas entrevistadas, en ningún caso dijeron haber tenido la posibilidad de aportar otro tipo de información para la consideración del juez, siendo el dictamen experto solicitado a profesionales de la salud mental, el principal medio probatorio en las causas de interdicción civil o internación involuntaria, en lugar de valorar en contexto la situación actual de la persona e identificar factores de apoyo, por lo que las deficiencias en la comunicación con los operadores judiciales, provoca que no se les proporcione a las PCDIPS información previa y detallada sobre el objeto del proceso, ni sobre el alcance, ni sobre las consecuencias de los actos procesales, y por lo tanto una manera de defender sus intereses.

Finalmente dentro del marco del artículo 13, debemos mencionar acerca de la importancia de la “idoneidad técnico jurídica de los operadores judiciales” y sobre la “razonabilidad de los plazos”. En cuanto al primer punto, encontramos las barreras socioculturales y procedimentales en los procesos judiciales de las cuales las PCD son parte. La falta de contacto frecuente entre funcionarios y representados, dan cuenta que los representantes legales no mantienen una comunicación efectiva con las personas cuyos derechos deben defender, así como también se puso de manifiesto que la figura de la curatela en procesos de interdicción civil caía muchas veces en la práctica, en un funcionario del hospital monovalente o del dispositivo de internación. Sobre el segundo ítem, dadas las dilaciones injustificadas en los plazos son estructurales en el acceso a las justicias de las PCD, se evidencio que los plazos en los procesos judiciales sobre la

restricción de la capacidad jurídica como así de las internaciones involuntarias o prolongadas, se prolongaron (según el Informe) en un promedio 24 meses o más, entre el inicio, las evaluaciones, la sentencia y las revisiones en los casos que las tuvieron.

Siguiendo la nómina de artículos relevantes que trato el Informe, requiere debida atención el Artículo 24 sobre el “derecho a la educación”. El sistema educativo argentino mantiene dos sistemas de enseñanza: un sistema de enseñanza general y uno de enseñanza segregada o especial, sustentado en la Ley de Educación Nacional 26.206, cuyo artículo 42 establece que la Educación Especial es la modalidad destinada a asegurar el derecho a la educación de las PCD cuando estas no puedan ser abordadas por la educación común. Afirma el Informe que la reciente normativa del Consejo Federal de Educación (Res. 311/2016), si bien trae avances en la regulación “de la “trayectoria educativa de las PCD” no se encuentra plenamente armonizada con los postulados de la CDPCD” y establece que las jurisdicciones deben garantizar el funcionamiento de la modalidad especial. Dichas normas son expresión del resabio del paradigma médico-rehabilitador, cuya vigencia es incompatible con la obligación de los Estados de garantizar el derecho a la educación inclusiva. Es evidente que si bien la vigencia de la nueva normativa federal acerca de la educación inclusiva, muchas jurisdicciones provinciales se resisten a implementarlas, alegando la vigencia de normas locales que son incompatibles con la nueva resolución, resultando imperante que el Estado Argentino implemente una nueva normativa a la luz de la CDPCD y exija que las jurisdicciones locales hagan lo propio. También es notoria la falta de capacitación de los y de las docentes, quienes suelen afirmar que no están capacitados para la “inclusión escolar” de PCD y consideran que estos estudiantes dependen de la docente de apoyo y no del docente a cargo del aula, se trata aquí de una falta de ajustes razonables en las “trayectorias educativas” de las PCD en falencia del sistema educativo argentino.

Importante es el artículo 25 de la CDPCD, sobre el “derecho a la salud”, el cual no ha sido olvidado por el Informe atento a la importancia de la salud y bienestar que toda persona tiene el derecho de gozar. El informe, evidencia una deficitaria atención en el sistema público de salud, ya que el acceso a la salud fuera del mismo, está condicionada a la inserción laboral de la persona y las PCD enfrentan dificultades sociales mayores para insertarse laboralmente, así mismo que subsisten barreras físicas en el acceso a instalaciones médicas, a servicios específicos para la realización de estudios médicos, como también carencias de asistencia humana para la accesibilidad

comunicacional sobre todo en cuanto a la falta de profesionales capacitados en el modelo social de la discapacidad; lo que resulta en una deliberada inobservancia de abordar desde una perspectiva de derechos humanos que impide implementar programas integrales de salud, accesibles, dotados de recursos, con personal capacitado que genere un contexto propicio para que las PCD puedan ejercer su derecho a la salud en igualdad de condiciones con las demás.

Y por último, es igualmente importante el artículo 27 sobre el “trabajo y empleo”, en el que se resalta la falta de garantía por parte del Estado Argentino al derecho al trabajo de las PCD al mismo tiempo que se incumple sistemáticamente la normativa que establece el cupo laboral del 4% para PCD en el sector público³⁴. Se denota, según el informe, una exigencia convencional de una normativa que facilite el diseño, implementación y ejecución de ajustes razonables para el empleo de PCD, el cual no ha tenido cumplimiento a la fecha. Existen numerosos casos de negativas a realizar las adaptaciones laborales necesarias, esto debido ante la ausencia de políticas públicas específicas.

Conclusión Parcial

De conformidad a los conceptos vertidos en el presente capítulo, solo resta advertir que en el camino hacia la consagración plena de los derechos de las PCD, nos encontramos en un punto intermedio de avances pero también de marcados retrocesos y falencias, que se erigen como barreras que impiden el acceso con justicia e igualdad de los derechos de las personas con discapacidad.

El Informe Técnico pasible de referencia supra, ha sido lapidario en sus conceptos respecto de las necesidades que aún faltan satisfacer de parte del principal obligado que es el Estado tanto Nacional como cada una de las provincias entre las que se encuentra Santiago del Estero, por lo que desde la perspectiva marcada el estado actual de tutela de las Personas con discapacidad, demanda múltiples esfuerzos de cara al futuro por parte la sociedad toda, a los fines de lograr la plena armonía, entre la realidad vivida por las PCD y los mínimos exigibles por la Convención.

³⁴ Ley N°25689. Véase en : <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/80000-84999/81041/norma.htm>

Conclusiones finales

De conformidad, al análisis realizado a lo largo del presente Trabajo Final de Grado, surgen las siguientes conclusiones finales, a saber:

- 1) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es la consagración del modelo social de la discapacidad, y el ejemplo más vivo de la necesidad de tutela especializada de los derechos del grupo vulnerable de las personas con discapacidad.
- 2) El derecho como ciencia social, no puede mantenerse aislado de los cambios sociales sino por el contrario receptorlos a través de todas sus manifestaciones (plataforma doctrinaria, plataforma normativa, plataforma jurisprudencial). Tal es el caso de la necesidad de cambio a la que invita la convención especializada que augura protección a los derechos de las personas con discapacidad, la que ha de impactar en todas las manifestaciones de tutela de sus derechos.
- 3) El Estado Argentino y el Estado provincial de Santiago del Estero están transitando un notable camino de adecuación de los sistemas de protección de derechos de las personas con discapacidad a la luz de la convención especializada y, como todo proceso, ello implica el tránsito por diferentes etapas hasta lograr la plenitud de dicha adecuación.
- 4) Para lograr las máximas aspiraciones de protección de los derechos de las personas con discapacidad, el Estado, principalmente provincial debe intentar vencer las barreras económicas, sociales, políticas, y especialmente culturales que obstan a la satisfacción real y plena de los derechos de las personas con discapacidad, lo que demanda compromiso, tareas de concientización y visibilización aún mayores de la temática de la discapacidad.
- 5) Es tarea esencial, no solo del Estado sino de la sociedad toda, abordar la tutela de los derechos de las personas con discapacidad como un problema social de los derechos humanos, y no simplemente jurídico. Por ello hago mías las palabras de Santiago Martín (2007, p. 106) al decir: “la actividad del jurista y del legislador no deben necesariamente focalizarse en las personas con discapacidad, y a veces ni si quiera en la discapacidad misma, sino en la sociedad y sus comportamientos para con ellos. Es la sociedad quien sufre discapacidades para valorar lo diferente, para entender las necesidades de

quienes sufren impedimentos físicos, y para incluir a estos en la vida comunitaria.”

Bibliografía

- Brogna, P. (comp.) (2009) *Las representaciones de la discapacidad: la vigencia del pasado en las estructuras sociales vigentes*, en “*Visiones y revisiones de la discapacidad*”. México, Fondo de Cultura Económica.
- Carignano, F. y Palacios, A. con dirección de Rosales, P. O. (2012) *Discapacidad, Justicia y Estado: acceso a la justicia de las personas con discapacidad*. Buenos Aires, Argentina, Infojus.
- Geréz, P. M. (2017) *Temas de Derechos Humanos: los adultos mayores y sus Derechos Humanos fundamentales: “un grupo vulnerable en vías de obtener una tutela adecuada de sus derechos”*. Santiago del Estero, Argentina, Editorial Lucrecia.
- Highton, E. (2005) *El acceso a la Justicia y la Defensa Pública en cuestiones no penales*. Ministerio Público de la Defensa, Defensoría General de la Nación. Buenos Aires, Argentina.
- Martín, J. S. (2007) *La discapacidad como un Problema Social de Derechos Humanos*, en Campoy Cervera, I. y Palacios, A. (eds), *Igualdad, no discriminación y discapacidad. “Una visión integradora de la realidad española y argentina*”. Madrid, España, Universidad Carlos III, Dykinson.
- Palacios, A. (2008) *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad*. Buenos Aires, Argentina, Ediciones CINCA.
- Palacios, A. y Jiménez, E. P. (2005) *Apostillas acerca de la nueva ley española de Igualdad de Oportunidades. No discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, “una mirada crítica sobre sus principios rectores”* Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, LexisNexis.
- Pinto Kramer, M. y Navarro Lahitte Santamaria, M. A. (2014) *Aplicación concreta del modelo social de la discapacidad: fondo y forma*. Buenos Aires, Jurisprudencia Anotada Extranjera, Revista de Derecho de Familia, AbeledoPerrot.
- Quinn, G. y Degener, T. (2002) *Derechos Humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones*

Unidas en el contexto de la discapacidad. Organización de las Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra.

- Sampieri, R.H. (2006) *Metodología de la Investigación.* (4º ed.) México, Mc Graw-Hill.
- Villaverde, M. S. (2008) *La nueva Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad (ONU), “en clave de derechos civiles y políticos”* Seminario de Jurisprudencia Argentina, Numero Especial sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Buenos Aires, Argentina: AbeledoPerrot.
- XIV Cumbre Iberoamericana de Derechos Humanos (2008): las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en situación de vulnerabilidad. Recuperado de:
http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=6fe6feca-4300-46b2-a9f9-f1b6f4219728&groupId=10124

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR
TESIS DE POSGRADO O GRADO
A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Juan Pablo Rodríguez
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	37119175
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	“El estado actual de tutela de los derechos de las personas con discapacidad en Santiago del Estero”
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	Juampi.rodri2@gmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis (Marcar SI/NO) ^[1]	SI
Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha:

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
 _____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

^[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.