

# El rol del apoyo en el derecho a la salud

*María Fernanda Moreno\**

## **Resumen**

El rol del apoyo o salvaguardias se presenta en la evolución del derecho a la salud como personalísimo y universal. La CPCD incorporada a nuestro derecho interno plantea desafíos en torno a la accesibilidad de los derechos de las personas con discapacidad, el diseño universal y los ajustes razonables, frente a la capacidad jurídica de los actos formales (arts. 31, 32 y 43 CCyC) y por otro lado al ejercicio de una vida independiente. Su incidencia en las prestaciones médicas tanto de efectores públicos como privados resalta la revisión de los límites a su otorgamiento. Así como su correlato con figuras afines como el asistente domiciliario, acompañante terapéutico y asistente personal.

Palabra clave: apoyo, salvaguardias, capacidad, personas con discapacidad, efectores de salud, prestaciones.

\* Abogada (UBA), argentina. Maestrando en Derecho Económico Privado (Universidad del Salvador) y Especialista en Derecho de Salud y Responsabilidad Médica e Institucional título en trámite (UBA). Jefe de trabajos prácticos de Elementos de Derecho Civil (UBA) y Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho de los Contratos (UNLZ); mfernandamoren@yahoo.com.ar

## **The Role of Support in the Right to Health**

### **Abstract**

The role of support or safeguards are presented in the evolution of the right to health as highly personal and universal. The CPCD incorporated into our domestic law raises challenges regarding the accessibility of the rights of people with disabilities, universal design and reasonable accommodations, facing the legal capacity of formal acts (arts. 31, 32 and 43 CCyC) and the exercise of an independent life. Its incidence in the medical benefits of both public and private providers highlights the revision of the limits to its granting, as well as its correlation with related figures such as the home assistant, therapeutic companion and personal assistant.

Keywords: Support, Safeguards, Capacity, People with Disabilities, Health Effectors, Benefits.

### **I. Introducción**

En tiempos donde se vive la mayor crisis sanitaria del siglo XXI con el coronavirus (COVID-19), producto de la desidia de una sociedad capitalista al extremo en la que la solidaridad pareciera no ser la moneda común y sí el individualismo de “sálvese quien pueda”, corremos tiempos vertiginosos, las noticias cambian rápidamente, las voces humanas están reclusas en sus hogares, enfrentando pánico, inseguridad, miedos, aprensiones, necesidades, soledad, injusticias de un sistema mundial.

Recientemente la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró la pandemia reconociendo hasta el momento 110 países afectados, y en consecuencia el presidente Fernández dictó, entre otros, el Decreto 297/2020 que dispuso la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” para proteger la salud pública, que obligaba a las personas a permanecer en sus residencias habituales, sin poder desplazarse por rutas o ir a sus lugares de trabajo, para prevenir la circulación y el contagio; reconociendo que no existe un tratamiento antiviral efectivo, ni vacunas que lo prevengan y que estas medidas resultan las adecuadas para mitigar el impacto

sanitario, si son oportunas, intensas (drásticas o escalonadas) y cumplidas (arts. 1 y 2).

La restricción de los derechos individuales contemplados en el art. 14 CN se ampara en la protección de la salud pública conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (art. 12) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>1</sup>

Hemos enarbolado la bandera de los derechos humanos desde la Revolución Francesa en forma progresiva, a través de diversas normativas internacionales y nacionales. En la Argentina la reforma constitucional de 1994 incorporó nuevos derechos civiles constitucionales, y el de la salud<sup>2</sup> es sin lugar a dudas un pilar fundamental como bienestar físico, psíquico y social; sin embargo, su reconocimiento no implica su efectivo goce, tal como lo vemos ahora. Se necesita también de la implementación de políticas adecuadas, económicas, sociales, jurídicas y científicas, que eliminen todos los obstáculos que los tornen inaccesibles.

Una vez más la medida del aislamiento resulta ser la solución, al igual que siglos atrás pasara con el tifus, viruela, fiebre amarilla, cólera, peste bubónica y poliomielitis. Esta solución de por sí gravosa para muchos lo es especialmente para aquellas personas en situación de vulnerabilidad, como los discapacitados o adultos mayores. Nuestra Constitución prevé que el Congreso legisle y promueva medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos sobre derechos de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (artículo 75 inc. 23 CN), del mismo modo que otorga jerarquía constitucional entre otros a la Convención sobre los

1. PIDCP (art. 12 inc.1 el derecho a "... circular libremente..." y el artículo 12.3 establece que el ejercicio de los derechos por él consagrados "no podrá ser objeto de restricciones a no ser que éstas se encuentren previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto". CADH (art. 22 inc.3) "... El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás..."

2. Art. 42 CN: "Los consumidores de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud..."

Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) (Ley 27044). Es por eso que la Constitución *en situaciones de emergencia está más viva que nunca*.

Intentaré realizar un análisis del “rol del apoyo en el derecho a la salud”. Para ello comenzaré por la evolución histórica del concepto de medicina social, el nacimiento del derecho a la salud y su desarrollo hasta la actualidad como derecho personalísimo fundamental, junto a la normativa vigente aplicable. Obviamente, el cambio del modelo médico o de rehabilitación al actual modelo social marcó una mirada sistémica y global de lo que realmente es su efectivo goce.

La figura del “apoyo es un mecanismo integral diseñado por CDPD para tornar efectivos los derechos de las personas con discapacidad creado a fin de asistir o prestarles la ayuda necesaria ya sea que tengan una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial en el ejercicio de su capacidad jurídica *para todos los aspectos de la vida*, tal como lo define la normativa. Es importante destacar que si bien nuestro Código Civil y Comercial lo circunscribe a las restricciones de la capacidad (sea mental o intelectual) la CDPD no lo limita solo a ello. Veré, por otro lado, si es posible su extensión en las prestaciones médicas brindadas por los efectores públicos y privados, y, las posibles restricciones en aras de no quebrar el sistema de salud, al igual que la tendencia jurisprudencial imperante en lo que hace al “asistente domiciliario”, “acompañante terapéutico” y “asistente personal”.

## II. La medicina social, la salud pública y el hospital

Como primera aproximación, la medicina social estudia el impacto de las condiciones sociales y económicas en la salud y la enfermedad, entre los individuos, así como la medicina, como arte de curar.

La vida, la enfermedad y la muerte son sucesos que acontecen en la persona humana y el tratamiento médico es un modo de enfrentar la dolencia haciéndola desaparecer o disminuir en su intensidad. Esta capacidad de la medicina ha mudado nuestra visión de esos temas respecto de períodos anteriores.<sup>3</sup>

Las primeras civilizaciones y culturas humanas basaron su práctica médica en dos pilares: el empirismo primitivo aplicado fundamentalmente

3. Lorenzetti, Ricardo, *La empresa médica*, Rubinzal-Culzoni, p. 36, 2011.

al uso de remedios y hierbas obtenidos de la naturaleza y una medicina mágico-religiosa que recurrió a rituales brujos, espiritistas y sacerdotes para comprender lo inexplicable. Hipócrates pertenece a la época antigua, se le atribuye el progreso del estudio sistemático de la medicina clínica; su enfoque terapéutico consistía en el poder curativo de la naturaleza.<sup>4</sup>

En la Edad Media la medicina no era una profesión hospitalaria, sino individual. El hospital era un lugar de asistencia a los pobres, locos, prostitutas, personas separadas y reclusos, atendidos por la Iglesia principalmente. El pobre era excluido y el enfermo era portador de dolencias que podían propagarse. La práctica médica era ajena al hospital y giraba en torno al conocimiento médico y la transmisión de recetas frente a la enfermedad; es así que la medicina y el hospital eran lugares independientes. La medicalización del hospital surgió cuando se intentó anular los efectos negativos del nosocomio, la proliferación de dolencias en la ciudad porque podían provocar efectos económicos y sociales adversos.<sup>5</sup>

Fue a partir del siglo XVIII que por medio de la epistemología se observa a la enfermedad como un fenómeno natural que obedece a las leyes naturales donde el medio (aire, agua y alimentación) incide en el ser humano. El hospital se concibe como un instrumento de cura y la distribución del espacio se convierte en instrumento terapéutico (por eso su diagrama arquitectónico); allí el médico comienza a asumir la responsabilidad principal de la organización hospitalaria que, hasta entonces, era un privilegio de las órdenes religiosas, creando así una disciplina médica que contemplaba el registro de datos de los pacientes, sus patologías, su evolución o no hasta su externación, de lo cual hasta ese momento no existía clasificación con miras a su estudio.

La medicina social fue gestándose desde la Revolución Francesa y se proyecta en nuestro días con la evolución de la ciencia médica, biología

4. <https://es.wikipedia.org/hipocrates>.

5. Foucault, Michel, *La vida de los hombres infames*, Caps. 8 y 9, “Historia de la medicalización” y “La incorporación del hospital a la tecnología moderna”. Ed. Acme, abril 1996. “Los hospitales marítimos y militares causaban desorden económico porque a través de él se traficaban mercaderías, especies, objetos preciosos procedentes de las colonias. Los grandes hospitales de Londres, Marsella o La Rochelle eran lugares de tráfico y las autoridades estatales protestaban. Así es que el 1er. Reglamento del Hospital se refería a la inspección de los cofres de los pacientes. También aparece la cuarentena por las epidemias de las personas que desembarcaban, lo que provocaba un desorden médico también...”.

molecular, la epidemiología, la administración de servicios de salud, la seguridad social, la salud del trabajo, la patología social, la sociología médica y la economía de la salud, por solo mencionar algunas, también se integra con los campos históricos, políticos y ecológicos. Es así que podemos concluir que tanto la salud individual como la colectiva pública son resultado de las condiciones sociales a nivel nacional y mundial, como lo vemos con el COVID-19 y su origen en la provincia de Wuhan vinculado a los animales transmisores.

La OMS define el buen estado de salud como aquella condición en la cual existe bienestar físico, mental y social. Estos tres factores, el orgánico, el psíquico y el nivel de vida, deben alcanzar determinados estándares dentro de los cuales es posible hablar de población saludable. Tradicionalmente, la medicina únicamente ha enfrentado los problemas orgánicos. La asistencia médica se ha dirigido, planeado y estimulado hacia el tratamiento y prevención de las enfermedades orgánicas sin ocuparse ni de la mente ni de la condición socio-económica de la persona. Esto ha traído naturalmente un florecimiento enorme de la medicina orgánica con descuido y en desmedro de la medicina aplicada a la psiquis y al estado social. No ha sido sino hasta las últimas décadas que la medicina psicosomática ha tenido relativo desarrollo y que además han ocurrido cambios considerables en la actitud, planeamiento y enseñanza de la psicología y psiquiatría en la medicina. Sin embargo, aún persiste a nivel mundial un enorme atraso en las ciencias médicas dedicadas al estudio y tratamiento de las enfermedades mentales. Basta señalar el problema de la violencia que prolifera por doquier como una manifestación de trastorno mental colectivo. Pero todavía hay más, si se observa las condiciones sociales en las que vive el ser humano, entendiéndose por tales su sistema de vida, su alimentación, su vivienda, su educación, etc., dista mucho de definirse como un ser humano saludable. Una persona mal alimentada que vive hacinada, casi analfabeta, no puede ser una persona sana. Es necesariamente enferma.

### **III. La evolución de la salud como derecho universal y personalísimo**

El desarrollo del derecho a la salud está ligado a la evolución de los derechos humanos plasmados en los principios filosóficos de la Revolución Francesa, esos derechos individuales que se originan y extienden en la historia de la sociedad, como la libertad, la propiedad, la igualdad, la vida.

La Primera Convención de Ginebra, de 1864, ya estipulaba la obligación de proveer atención médica sin discriminación a personal militar herido o enfermo y de respetar el transporte y el equipo del personal médico con el signo distintivo de la cruz roja sobre fondo blanco; sin embargo, fue en el siglo XX, luego de la Segunda Guerra Mundial cuando los derechos de primera generación “... fueron enriquecidos por los derechos del constitucionalismo social de la posguerra y los postulados del estado social de derecho. Estos nuevos derechos (salud, educación, vivienda) se correspondían con las nuevas funciones y prestaciones exigibles al Estado y fueron adecuándose a las necesidades del hombre y al mejoramiento de su calidad de vida...”<sup>6</sup>

De esta forma se fue forjando el Estado de Bienestar en la Argentina hasta finales de la década de 1970 con un claro papel del mejoramiento de los derechos económicos y sociales de la sociedad, basado en la educación, sanidad, pensiones, vivienda y trabajo. Estos derechos sociales plantearon también normas de salubridad laboral y con el surgimiento de las obras sociales ampliaron el sistema de salud para los trabajadores y sus familias (Ley 23660).

Esta estructura asistencial comienza a partir de la década de 1980 a desmantelarse mermando la asistencia sanitaria, de forma que surge por una cuestión económica la medicina prepaga. De esta manera se organiza el sistema de salud en tres sectores: público, seguridad social y privado (Ley 26682 de Medicina Prepaga).

A partir de la reforma constitucional de 1994 existen una nueva serie de derechos civiles constitucionales. El artículo 42 regula que “los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos...”, del mismo modo que el artículo 41 alude a los derechos de tercera generación, los ambientales, donde se contempla el ambiente sano como condicionante a la salud; además de los derechos del consumo. Asimismo, se incorporaron una serie de tratados internacionales (art. 75 inc. 22 CN) que aluden a la salud, así como: Declaración Americana y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos del Hombre; Convención de los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en

6. Ghersi, Carlos, *Manual. Derecho Civil, Comercial y de Consumo, Derecho a la salud como universal y personalísimo*, (Celia Weingarten, Cap.VII), Ed. La Ley, 2017, p. 463 y ss.

forma directa, sin perjuicio de que otros aludan en forma indirecta al tema). Recordemos, el principio de progresividad y no regresividad de los derechos contemplados en tratados internacionales<sup>7</sup> son un pilar respecto a los derechos humanos.

Sin embargo, la crisis que comienza a producirse en las sociedades desarrolladas como consecuencia de la globalización y el sometimiento de las políticas económicas, monetarias, laborales y sociales de cada país a las exigencias de los grandes bloques políticos-económicos generó políticas neoliberales que arrasaron con las estructuras anteriores; esta situación será la cuna de los derechos personalísimos. Estos derechos también conocidos como de tercera generación donde el sujeto protegido ya no es el individuo en sí mismo, como en los de primera generación, o por su rol social, como en los de segunda generación, sino por integrar un pueblo, una nación, o ser parte de toda la humanidad. Se toma en cuenta a las personas, como integrantes de una comunidad con conciencia de identidad colectiva. Sin lugar a dudas el de salud es uno de ellos.

La fuerte privatización, la crisis de las obras sociales y un Estado ineficiente impulsaron la desprotección de la salud, por lo que la no injerencia del gobierno se vincula a un modelo liberal pero, ya no era suficiente para garantizar el goce efectivo de ese derecho, sino que lo obligaba a dictar medidas públicas adecuadas para remover los obstáculos que lo tornaban la salud inaccesible o restringida.

Es claro que el Estado se queda con el ser humano no como objeto de derecho, sino como sujeto de derecho como centro de imputación, por lo que el individuo necesita autogenerarse para recobrar los derechos perdidos o disminuidos y obtener su dignidad como persona humana; en esto somos los abogados los que como herramienta social promove-

7. La Convención Americana de DD.HH., conocida como Pacto de San José de Costa Rica, ordena a los Estados que sean garantes de esos derechos ante la sociedad y ante el Sistema Interamericano de DD.HH., que en su art. 26 indica: "... lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura...". A su vez, el art. 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) establece que "cada uno de los Estados parte se compromete a adoptar medidas [...] especialmente económicas y técnicas hasta el máximo de recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados [...] la plena efectividad de los derechos...". (Fuente: [www.perfil.com](http://www.perfil.com)).

mos su devolución efectiva mediante el proceso judicial entre otros del amparo para obtener la restitución inmediata de determinados derechos fundamentales referidos a la salud, por ejemplo ante la negativa a la cobertura médica del 100% de un medicamento oncológico por parte de una prepaga.

Contrariando esta realidad, nuevamente la OMS en 2014 definió a la cobertura de salud “como la capacidad del sistema de salud para responder a las necesidades de la población, lo cual incluye la disponibilidad de infraestructura, recursos humanos, tecnologías de la salud (incluyendo medicamentos) y financiamiento y a la cobertura universal de salud (CUS) como los mecanismos de organización y financiación suficientes para cubrir a toda la población” (OMS, 2014).<sup>8</sup>

En la Argentina existen prestadores privados de servicios a la salud (medicinas prepagas, sanatorios o clínicas), prestadores sindicales (obras sociales, mutuales) y el Estado que presta la función constitucional de la salud, a través de los hospitales públicos y sus efectores a nivel nacional, provincial y municipal; no obstante la dimensión del organigrama, el CUS resulta ser una meta difícil de alcanzar para asegurar que todas las personas reciban los servicios de salud que necesitan, con adecuado acceso y calidad y sin tener que sufrir penurias financieras para pagarlos.

8. <http://www.msal.gob.ar/> (Cobertura Universal de Salud) Organización Mundial de la Salud (2014). Estrategia para el acceso universal a la salud y la cobertura universal de salud. 53. o Consejo Directivo. 66. a Sesión del Comité Regional de la OMS para las Américas, Washington, D.C.

Resolución Ministerial N°475/16. Se instruye a todos los programas nacionales del MSAL a coordinar su accionar con la implementación de la CUS. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/260000-264999/261130/norma.htm>

Decreto N°908/16 PEN. Se establece un destino excepcional del Fondo Solidario de Distribución y crea un fideicomiso; y define la Estrategia CUS. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/260000-264999/264047/norma.htm>

Resolución Ministerial N°840/17. Constituye el Fideicomiso creado por Decreto 908/17. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/275000-279999/276747/norma.htm>.

Resolución Ministerial N°1552/17. Aprueba el Reglamento Operativo de la Unidad Ejecutora del Fideicomiso antes mencionado. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/275000-279999/279964/norma.htm>.

Muy distinta e interesante es la mirada desde la teoría económica<sup>9</sup> y cómo el Estado satisface la demanda de la salud. La diferencia sustantiva entre el pago individual de un descuento o cuota, sea de Obra Social o de Prepaga o los impuestos generalizados de todos los habitantes para la medicina pública, reside en la incidencia marginal que el costo de la provisión tiene sobre el ingreso individual de cada aportante. Si el grupo es más grande habrá mayor división del costo y menor incidencia en la renta, de forma que se podría mejorar la prestación de salud. Para ser asegurables, los riesgos deben ser potencialmente independientes, puesto que si fueran masivos y homogéneos sería difícil cubrirlos, por ejemplo, si hubiera una epidemia que afectara a todos los asegurados sería crítico, porque todos la sufrirían y no habría traslación de costos entre sanos y enfermos.

#### **IV. Los grupos “en situación de vulnerabilidad”**

El concepto tradicionalmente usado de “vulnerabilidad” se asocia al de “debilidad” e “incapacidad” o “en riesgo”, y constituye una identidad devaluada del grupo al que califica y así refuerza su discriminación. Por ello, resulta más adecuado decir “grupos en situación de vulnerabilidad”, que posee carácter dinámico y modificable de una situación para su transformación. La expresión “grupos en situación de vulnerabilidad”<sup>10</sup> se utiliza para designar a aquellos grupos de personas o sectores de la población que, por razones inherentes a su identidad o condición y por acción u omisión de los organismos del Estado, se ven privados del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de la atención y satisfacción de sus necesidades específicas; el derecho a la salud es sin lugar a dudas un eje principal. Es necesario identificar estos grupos como las mujeres, los niños, niñas y adolescentes, *las personas con discapacidad*, los migrantes, los refugiados, los pueblos originarios, personas adultas mayores, entre otros.

La situación de pobreza es un determinante fundamental de la vulnerabilidad social, aun cuando “los pobres”, como grupo humano, no sean

9. Lorenzetti, Ricardo, *La empresa médica*, 2ª ed., Ed Rubinzal-Culzoni, p. 36, 2011. Conf. Fischer, Stanley, Dornbusch, Rudie y Schmalensee, Richard, *Economía*, 2ª ed., McGraw-Hill, 1990.

10. [http://www.jus.gob.ar/media/1129151/31-grupos\\_vulnerables.pdf](http://www.jus.gob.ar/media/1129151/31-grupos_vulnerables.pdf).

objeto de tratados específicos internacionales. La pobreza, que incluye a la mayoría de la población mundial, es el principal factor de vulnerabilidad social y suma negativamente al resto de los condicionamientos que impiden el goce de derechos.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante la Acordada número 5/2009, adhirió a las 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad,<sup>11</sup> colectivo que se define como “... 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...”, reconociendo la necesidad de eliminar todas las trabas burocráticas que impidan el ejercicio de su derecho a la justicia por 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 concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

Nombraré solamente la limitación para acceder a la justicia respecto a la edad y a la discapacidad. En el primer caso se considera que todo niño, niña y adolescente menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable, debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo; el envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia.

En lo que hace a la discapacidad, la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, puede ser causada o agravada por el entorno económico y social y se procurará establecer las

11. CSJN Acordada N°5, 24/2/2009 adhirió a las “100 Reglas” que consagran los estándares básicos para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia en marzo de 2008, Cap. 1, secc. 1, 2 y 3.

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.

## **V. Marco normativo sobre la discapacidad**

La protección a las personas con discapacidad tiene rango constitucional a partir reforma de 1994; en el artículo 75 inc. 23, primer párrafo, se establecen entre las atribuciones del Congreso las de “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”. Esas medidas de acción positiva son una necesidad para garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, porque se reconoce la realidad hostil para esos grupos, se trata así de una discriminación positiva en aras de que puedan ejercer sus derechos constitucionales. La intervención estatal se justifica en estos sectores de la población, los discapacitados, niños y ancianos que sufren segregación.

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires también incorporó su protección; en su artículo 42 dice “...garantiza a las personas con necesidades especiales el derecho a su plena integración, a la información y a la equiparación de oportunidades. Ejecuta políticas de promoción y protección integral, tendientes a la prevención, rehabilitación, capacitación, educación e inserción social y laboral. Prevé el desarrollo de un hábitat libre de barreras naturales, culturales, lingüísticas, comunicacionales, sociales, educacionales, arquitectónicas, urbanísticas, del transporte y de cualquier otro tipo, y la eliminación de las existentes”. De igual modo, la Provincia de Buenos Aires en su artículo 36 dispone que “...la Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. Toda persona discapacitada tiene derecho a la protección integral del Estado. La Provincia garantizará la rehabilitación educación y capacitación en establecimientos especiales; tendiendo a la equiparación promoverá su inserción social, laboral y la toma de conciencia respecto de los deberes de solidaridad sobre discapacitados”.

En lo que hace a los tratados internacionales es fundamental mencionar la Declaración de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), que fuera aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2006 y aprobada la ratificación por nuestro país por la Ley 26378 en el año 2008; sin embargo, recién adquirió jerarquía constitucional con la Ley 27044 (2014), incorporándose al artículo 75 inc. 22 CN. De esta forma se adopta oficialmente el modelo social de la discapacidad.

Es necesario recordar, tal como dice el Dr. Juan Seda, profesor de la Facultad de Derecho de la UBA,<sup>12</sup> que “... el reconocimiento a los derechos de las personas con discapacidad estaba ya consagrado en muchos otros tratados internacionales de derechos humanos. Así, tenemos la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo VII; la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25 (inciso 2); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en sus artículos 4 y 19; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 24; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 10 y la Convención sobre los derechos del Niño en sus artículos 23, 24 y 26. En todos los casos hay referencias directas a los principios de igualdad y no discriminación, que obligan a los Estados firmantes a tomar las medidas necesarias para eliminar cualquier trato degradante o segregación que pudieran sufrir las personas con discapacidad. También hay un compromiso explícito para que puedan acceder a todos los servicios necesarios, educación, trabajo, así como a los beneficios de la seguridad social”.

#### *a. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)*

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que nace por el activismo político y fue elaborada por pensadores con discapacidad,<sup>13</sup> persigue “... promover, proteger y asegurar el goce pleno y en

12. Seda, Juan A., *Discapacidad y derechos. Impacto de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Jusbaire, 2017.

13. CDPD aprobada mediante resolución de la Asamblea General de las UN, 13/12/2006. Suscripta por Argentina y aprobada la ratificación por la Ley 26378 (BO 6/6/2008). En 2014 se incorpora art. 75 inc. 22 CN por Ley 27044 (2014).

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”. Se define a las personas con discapacidad como “... aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.<sup>14</sup> De esta forma reconoce el carácter dinámico de la discapacidad frente a los obstáculos de colectividad e incorpora el modelo social.

En torno al lenguaje se observa que se define a la discapacidad como deficiencia (genera déficit) o minusvalía (menos valor); ese concepto ha merecido críticas, por lo que el Foro de Vida Independiente de España<sup>15</sup> en reemplazo lo llama “diversidad funcional” para evitar una connotación negativa.

Este instrumento internacional enuncia dos sustentos primordiales: la igualdad material no formal en relación a las personas con discapacidad frente al resto y la dignidad humana que da base a los valores donde se asientan los derechos humanos. El mismo es vinculante para nuestro ordenamiento y viene a quebrar con estructuras y prácticas anquilosadas e inoperantes que han mantenido a este grupo social en una situación de total invisibilidad, exclusión y discriminación, con la consecuente vulneración de sus derechos prácticamente en todo el mundo. Los cambios paradigmáticos que introduce la CDPD resultan particularmente innovadores en el caso de las personas que presentan una discapacidad mental o psicosocial, a las que por primera vez un instrumento jurídico no solo reconoce sino que distingue y diferencia de las personas que presentan otro tipo de discapacidad: física, sensorial y, en particular, intelectual. Hasta entonces sucedía que las

14. Artículo 1 - Propósito: 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.

15. Foro de Vida Independiente y Diversidad (FVID) tiene su origen a mediados del año 2001 con el objetivo de impulsar en España el movimiento de Vida Independiente, surgiendo en EE.UU. en 1972 y muy arraigado en Europa en la actualidad.

personas con deficiencias mentales no eran consideradas personas con discapacidad sino “enfermas mentales” o “dementes”, quedaban enmarcadas de manera inespecífica dentro de una amplia categoría, a veces denominada “discapacidad mental” y otras señalada como “discapacidad intelectual”, que indiferenciadamente agrupaba a ambas.

Las personas con “enfermedades mentales” ahora son personas con discapacidad mental o discapacidad psicosocial –cuyas características, manifestaciones y requerimientos son distintos de los otros tipos de discapacidad–; este fue uno de los grandes logros. Dicho reconocimiento lleva implícita la obligación jurídica para los Estados de adoptar las medidas necesarias con el fin de satisfacer el propósito último del tratado, que es que las personas con discapacidad mental gocen y ejerzan todos los derechos en condiciones de igualdad con las demás personas, eliminado las barreras que impiden su ejercicio.

Es por ello que se determina 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 [...] la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso...” (Preámbulo, incs. e y k).

Por ende, cualquier legislación o política pública que aborde la problemática de las personas con discapacidad mental o psicosocial debe reconocer que el *principal obstáculo* para el ejercicio de sus derechos y su plena inclusión social no es la discapacidad en sí, *sino los límites que las diferentes culturas y sociedades imponen a la conducta y comportamiento humanos*, así como el estigma social y prácticas discriminatorias de que han sido y continúan siendo objeto muchas veces.

Dicho esto se considera “discriminación por motivos de discapacidad a 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*”. Y se entiende que estos son “... 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...” (art. 2). Será necesario evaluar lo que se interpreta por ajustes razonables, ya que de hacerlo impondrían una carga injusta hacia una de las partes y su interpretación debiera ser particular, posterior y restrictiva porque la convención tiene otras medidas más universales para implementar en aras de la defensa de los derechos.

Cabe destacar que la discriminación por motivos de discapacidad habilita a incluir no solo a los discapacitados sino a quienes pueden no serlo y tengan un familiar en esa condición, ya que es el motivo y no la persona en sí misma por lo que se encontrarían ellos también bajo el amparo de la CDPD. La *distinción, exclusión o restricción* que se haga de un discapacitado tiene que ver con el efecto que provoca y no con la intención interna que tuvo, de forma que amplia su protección desde lo jurídico.

La normativa internacional establece como principios rectores fundamentales: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas. b) La no discriminación. c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad. d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas. e) La igualdad de oportunidades. f) *La accesibilidad*. g) La igualdad entre el hombre y la mujer. h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad (art. 3).

Asimismo, enuncia los derechos expresamente reconocidos, los cuales ya aparecían en diferentes tratados, como: el derecho de igualdad y no discriminación (art. 5), la situación de las mujeres con discapacidad (art. 6), las medidas necesarias para niños y niñas con discapacidad (art. 7), el compromiso para generar una toma de conciencia respecto del tema (art. 8), el derecho a la accesibilidad física (art. 9), el derecho a la vida (art. 10), las situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (art. 11), el derecho *al igual reconocimiento como persona ante la ley* (art. 12); el acceso a la justicia (art. 13); el derecho a la libertad y seguridad de la persona (art. 14), a la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 15), a la protección contra la explotación, la violencia y el abuso (art. 16), a la protección de la integridad personal (art. 17), a la libertad de desplazamiento y nacionalidad (art. 18), el derecho a vivir de

forma independiente y a ser incluido en la comunidad (art. 19) dentro del cual se determina que *podrán tener 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 asilamiento o separación de esta* (art. 19 inc. b); a la movilidad personal (art. 20), a la libertad de expresión y de opinión y acceso a la información (art. 21), al respeto a la privacidad (art. 22), al respeto del hogar y de la familia (art. 23), a la educación (art. 24), a la salud –“... proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores”– (art. 25 b), a la habilitación y rehabilitación –“... los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida...”– (art. 26), al trabajo y empleo (art. 27), al nivel de vida adecuado y protección social (art. 28), a la participación en la vida política y pública (art. 29) y a la participación en la vida cultural, actividades recreativas, esparcimiento y deporte (art. 30).

### *b. Las leyes nacionales*

La Ley de Salud Mental 26657<sup>16</sup> convalida los estándares internacionales de derechos humanos en materia de salud mental y su eje principal es la garantía del derecho a la salud en el marco comunitario, la integración y la plena inclusión de las personas con padecimiento mental en la comunidad y consideración como titulares de derechos con capacidad jurídica para ejercerlos plenamente. En el artículo 3 establece que se “reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos...”. Coherente con ello, promueve que la atención en salud mental esté a cargo de un equipo

16. Ley 26657, Derecho a la Protección de la Salud Mental, BO 32041 del 3/10/2010.

interdisciplinario integrado por profesionales, técnicos y otros trabajadores capacitados provenientes de las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes, basado en los principios de la atención primaria de la salud (art 8). *Desde este enfoque, el diagnóstico debe contemplar las diversas perspectivas de la vida de la persona para ser considerado tal en el ámbito de la salud mental.*<sup>17</sup>

Por otro lado la Ley de los “Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud” (LDP) define el “consentimiento informado” como la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, *información clara, precisa y adecuada* con respecto a: a) Su estado de salud. b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos. c) Los beneficios esperados del procedimiento. d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles. e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto. f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados...”. Así entendido garantiza el derecho a la libertad (en tanto posibilidad de elegir).<sup>18</sup>

Frente a la obligación del paciente de prestar el consentimiento informado en el ámbito médico, sea público o privado, y ante el supuesto de *incapacidad del paciente o capacidad restringida*, “el mismo podrá ser dado por el representante legal o su curador.<sup>19</sup> Asimismo se deberá garantizar que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.

La Ley 22431 instaura un *sistema de protección integral de las personas discapacitadas*, tendiente a asegurarles su atención médica, educación y seguridad social, así como concederles franquicias y estímulos para

17. Arriagada, Malena; Ceriani, Leticia y Monópoli, Valeria (comps.), *Políticas públicas en salud mental: de un paradigma tutelar a uno de derechos humanos*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Secretaría de Derechos Humanos, 1ª ed., 2013.

18. Art. 5 Ley 26742, modificado por Ley 27447.

19. Art. 6 Ley 26742, modificado por Ley 27447.

desempeñar su rol en la sociedad al igual que los demás. Habilita también el otorgamiento del Certificado Único de Discapacidad (CUD).

Por lo tanto, el Estado, a través de sus organismos, prestará a las personas con discapacidad, en la medida que aquellas o las personas de quienes dependan no puedan afrontarlas, los siguientes servicios: a) Rehabilitación integral, entendida como el desarrollo de las capacidades de la persona discapacitada. b) Formación laboral o profesional. c) Préstamos y subsidios destinados a facilitar su actividad laboral o intelectual. d) Regímenes diferenciales de seguridad social. e) Escolarización en establecimientos comunes con los apoyos necesarios previstos gratuitamente, o en establecimientos especiales cuando en razón del grado de discapacidad no puedan cursar la escuela común. f) Orientación o promoción individual, familiar y social.

En concordancia, se *crea un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad (Ley 24901)* contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, para brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos. Dentro de las prestaciones se incluyen como obligatorias las: preventivas, de rehabilitación, terapéuticas educativas, educativas y asistenciales. Esta norma tiene su imbricación con las leyes que rigen para las obras sociales (Leyes 23660 y 23661) y para las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga (Leyes 24754 y 26682) porque el sistema de prestaciones básicas para las personas con discapacidad debe ser cubierto obligatoriamente.

Asimismo, existe una cantidad de leyes que contienen referencias indirectas a personas con discapacidad, sin mencionar las normas de carácter provincial o municipal. A pesar de ello, el grado de conflictividad en sede judicial se ha expandido por incumplimientos.

### *c. El Código Civil y Comercial de la Nación*

El Código Civil y Comercial de la Nación ha pasado del modelo de sustitución de toma de decisiones del incapaz vigente en el anterior régimen al modelo social de sostén a la persona con padecimientos mentales para que, en la medida de lo posible, pueda tomar sus propias decisiones.<sup>20</sup>

20. Kemelmajer de Carlucci, A.; Herrera, M. y Lloveras, N., *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, T. I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 172.

En el Código Civil las personas llamadas “dementes” eran consideradas incapaces absolutos de hecho, en los términos del art. 54 CC, designando un curador, quien lo representaba en todos los actos de la vida relacionados a su persona y bienes, mientras que la incapacidad relativa de hecho era para los menores adultos, permitiéndoseles la realización de algunos actos por el ordenamiento (art. 55 CC).<sup>21</sup> Esta distinción se efectuaba sobre la existencia o no de discernimiento. Decía Moisset de Espanés<sup>22</sup> que el sistema jurídico debe tomar en cuenta esa diferencia y regular de manera distinta la situación de las personas que poseen discernimiento, por su falta de madurez y se las someta a representación de aquellas personas a quienes les falta el discernimiento. Ahora bien, el sistema jurídico se construye sobre la base de la voluntad, por lo que se exige como elementos del acto voluntario el discernimiento, la intención y la libertad. Como el discernimiento es la aptitud general de conocimiento su inexistencia impide todo paso ulterior en el proceso volitivo.

En cuanto al proceso judicial, el artículo 141 disponía: “se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes”. Asimismo, en el artículo 142 se determinaba que “la declaración judicial de demencia no podrá hacerse sino a solicitud de parte, y después de un examen de facultativos” al igual que el artículo 143: “si del examen de facultativos resultare ser efectiva la demencia, deberá ser calificada en su respectivo carácter, y si fuere manía, deberá decirse si es parcial o total”. Por otro lado, fue con la Ley de Salud Mental 26657 que se incorporó el artículo 152 ter. que requiere un dictamen interdisciplinario y no solamente el dictamen médico para la declaración de insania o inhabilitación.

Claramente el criterio médico jurídico asociaba la persona al concepto de enfermedad y como respuesta social primaria era la medicalización a

21. Art. 54 CC: Tienen incapacidad absoluta: 1) Las personas por nacer; 2) Los menores impúberes; 3) Los dementes; 4) Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito.

22. “Los incapaces absolutos y los incapaces relativos de hecho” (*Estudio de Derecho argentino y comparado*) (\*) por Luis Moisset de Espanés. Este trabajo actualiza, completando datos de derecho comparado, uno que con el título “Incapacidad absoluta e incapacidad relativa de hecho (Necesidad de la distinción)” publicamos en *Jus* N°17, 1971, La Plata. <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artincapacesabusolutoseincapacesrelativos>.

través del proceso de rehabilitación. En concordancia se iniciaba un proceso tutelar de interdicción por el que se le restringía la capacidad declarándolo un incapaz absoluto de hecho, designando un curador, que implicaba la sustitución del sujeto en el ejercicio de la capacidad de obrar, y solamente a través de un procedimiento judicial de rehabilitación podía recuperar su condición de capaz.

Por su parte, hoy en día el “modelo social” vigente por la CPCD evita tratar a la persona como portadora de una discapacidad, promoviendo la aceptación de sus diferencias como parte de la diversidad, construyéndose el respeto a su igualdad por la eliminación de barreras en la interacción social. De esta forma nos preguntamos qué necesita esa persona con discapacidad para acceder a sus derechos y no la estigmatizamos asignándole un representante legal por padecer de una deficiencia mental o intelectual.

En prueba de este nuevo paradigma de discapacidad la persona tiene igual dignidad y valor que el resto. Esas barreras que deberían ser removidas surgen porque las sociedades están pensadas para una estándar, que camina, oye, mira y piensa de determinada manera. Todas las sociedades construyen y diseñan de una manera.

El actual CCC se refiere a la “discapacidad” *mental o intelectual* cuando habla de restricciones de la capacidad de ejercicio para realizar algunos actos jurídicos o a la declaración de incapacidad. Aclaramos esto porque la CDPD contempla un concepto más abarcativo para la discapacidad que entiende también la física y la sensorial.

La tradicional capacidad de derecho y de ejercicio o de hecho (arts. 22 y 23 CCyC) sigue siendo la misma y clasifica como personas incapaces de ejercicio entre otros a “... la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión” (art. 24 inc. c).

En este punto el derecho argentino fue criticado por entender que la restricción a la capacidad de hecho o de ejercicio funciona como una anulación a la subjetividad de quien es declarado incapaz y es contraria a los fines de la CDPD que incentivan la mayor autonomía posible.

Las Observaciones realizadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, dependiente de Naciones Unidas, formuladas a las autoridades argentinas en 2012 señalaron: “... 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...”.<sup>23</sup>

No obstante ello, la Ley 26994 aprueba y sanciona el Código actual manteniendo la restricción al ejercicio de la capacidad aun a pesar de la Observación. Lógicamente esto tiene su implicancia en la legislación civil sobre impedimentos matrimoniales, ejercicio del rol parental, posibilidades del heredero con discapacidad para contar con una mejora en disposiciones testamentarias,<sup>24</sup> las condiciones para dictar testamento y la internación de personas con discapacidad mental o intelectual.

Estas son las reglas generales en materia de restricción a la capacidad que se establecen en el artículo 31 del CCC:

- a) La capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial. Es difícil comprender cómo una persona internada puede no estar condicionada en sus decisiones, aun así desde una perspectiva de derechos humanos se prioriza que pueda ejercer sus derechos por encima de cualquier otra circunstancia.
- b) Las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona. Eso significa que la restricción es para su respecto y promoción de su autonomía y protección y son llamadas de “salvaguardias” no de “restricciones”. El CCC establece que la función del apoyo es la de “promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona”. La CDPD (art. 12 párrafo 4) amplía este punto indicando que “... las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona [...]”. *Las salvaguardias*

23. Ídem nota 12, p. 48.

24. Artículo 2448. Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad.

*serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.*

- c) La intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial. La mirada interdisciplinaria tiene que ver con el modelo social que exige la CDPD en cuanto reduce la limitación a un único criterio médico psiquiátrico en aras de la protección de las personas con discapacidad intelectual o mental. Toda vez que las barreras son generadas por el entorno y no por su propia condición. Recordemos que ellas pueden ser arquitectónicas, sociales, actitudinales y/o comunicacionales y les impiden tener una vida plena en sociedad.
- d) La persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión. Como existen barreras de distinto tipo, como se explicaba, las comunicacionales implican una ausencia en todo el proceso de comunicación y las actitudinales incluyen la ausencia de capacitación del personal. Esta exigencia se conecta con *la garantía de accesibilidad y ajustes razonables* (art. 35 CCC).
- e) La persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios. La participación en el proceso le asigna la calidad de parte, su vinculación con el juez y con su letrado plasma la garantía de accesibilidad y la posibilidad de que se realicen los ajustes razonables, promover medidas eventuales de apoyo; la intervención estatal determina una mirada que contextualiza a la persona involucrada.
- f) Deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades. En consonancia con lo dicho las alternativas serán lo menos restrictivas para así brindar *las medidas de apoyo necesarias para potenciar su autonomía y ejercicio de derechos*.

Hay que mencionar que “el juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados

deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador” (artículo 32 CCC).

Por lo tanto, se puede concluir vinculando la lectura del art. 32 actual relacionado con el régimen anterior de los arts. 140 y ss y 152 bis y ter. CC lo siguiente:

- a) En primer lugar la discapacidad que amerita la restricción de la capacidad es la intelectual o mental, como dijimos, en consecuencia el resto de las incapacidades física y/o sensorial en principio no lo harían.
- b) Tanto los disminuidos en sus facultades mentales como los ebrios habituales o drogadictos que eran inhabilitados judicialmente con la designación de un curador hoy en día serían eventualmente restringidos en su capacidad con la designación de los apoyos, quienes tendrán sus funciones debidamente especificadas.
- c) La *figura de los apoyos* debe asistir, acompañar o auxiliar en la toma de decisión; *expone que un mal desempeño podría convertir esa tarea en una sustitución de la voluntad, circunstancia a la cual los jueces deberán estar atentos*. Pueden existir casos donde el apoyo designado tenga representación para determinados actos (art. 101 inc. c CCC). Por otro lado del mismo modo ante una declaración de incapacidad la existencia de apoyos necesarios junto al rol del curador deben propender a mantener el equilibrio de los gustos, deseos o preferencias del incapaz logrando una eventual autonomía. Para el caso de la adopción de un discapacitado en miras a reducir el impacto del adoptado, debería ser adopción simple para que el vínculo de origen no quede extinguido.
- d) En lo que hace al proceso judicial el art. 152 ter. CC como paso previo incorporó el examen de facultativos por evaluaciones interdisciplinarias en coincidencia con la Ley 26657 de Salud Mental, el CCC mantiene el dictamen intersectorial, agrega la entrevista personal del juez con el interesado asegurando el acceso a los ajustes razonables de acuerdo a su situación actual (art. 35), así como su intervención en todo el proceso aportando estas pruebas que resulten pertinentes para su defensa (art. 36) y determina la culminación del proceso con la

sentencia que deberá indicar: a) diagnóstico y pronóstico, b) época en que se manifestó, c) recursos personales, familiares y sociales existentes, d) régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible (art. 37).

## **VI. ¿Qué es un “apoyo” o “sistema de apoyos”?**

Apoyo es el acto de prestar ayuda o asistencia a una persona que la requiere para realizar actividades de la vida cotidiana y participar en la sociedad. El apoyo es una práctica arraigada en todas las culturas, que constituye la base de nuestras redes sociales. Todas las personas necesitan del apoyo de otras en algún momento. Tanto ser receptores de apoyo o prestar apoyo a otras personas son funciones como parte de la vida, independientemente de la deficiencia, edad, etc. Sin embargo, mientras algunas formas de apoyo se integraron de forma natural, en el diseño social, otras como las que requieren las personas discapacitadas presentan cierta marginalidad.

La CDPD no define el apoyo pero diseña un mecanismo para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12). Como apoyos existen una amplia gama de intervenciones de carácter oficial y extraoficial: asistencia humana o animal y los intermediarios, las ayudas para la movilidad, los dispositivos técnicos y las tecnologías de apoyo (silla de ruedas, audífonos, sistema braille). También incluye la asistencia personal; el apoyo para la adopción de decisiones; el apoyo para la comunicación, como son los intérpretes de lengua de señas y los medios alternativos y aumentativos de comunicación; los servicios para vivir con arreglo a un sistema de vida específico que garantice la vivienda y la ayuda doméstica, y los servicios comunitarios. Por otro lado puede necesitarse apoyo para acceder a los servicios de salud, educación y justicia.<sup>25</sup>

La designación del apoyo debe hacerse sobre la base de las necesidades y circunstancias de personas. Puede ser individual, colectivo, una asistente personal, un familiar o red de familiares, un amigo, red de amigos o una

25. Palacio, Yanina, “Incorporación de los principios dispuestos por la CDPD - Sistemas de apoyo. Voluntad. Presente y desafíos para el futuro”, en *Lejister.com- Rev. Dcho Civil* N°10 11/9/2019. Cita: IJ-DCCLVI-866.

ONG, una institución oficial, o cualquier otra opción que favorezca la toma de decisiones manteniendo su autonomía y protegiendo sus derechos.

El acceso a un apoyo de calidad es una condición para vivir y participar plenamente en la comunidad. Sin un apoyo adecuado las personas con discapacidad están más expuestas a un trato desigual o a ser institucionalizadas. La prestación de un apoyo adecuado potencia a la persona y contribuye al bienestar general y a la diversidad de la comunidad.

#### *a. Designación del apoyo o sistemas de apoyo*

Nuestra legislación adaptó la figura del apoyo de la CDPD para darle las herramientas para que las personas con discapacidad tomen sus propias decisiones respecto a su vida, ya sea de administración y disposición de sus bienes, o decisiones respecto a su salud, vida social, dónde vivir, etc. Pero ¿quién elige al apoyo finalmente? Aquí debo puntualizar entre aquel apoyo que hace al ejercicio de la capacidad jurídica respecto a los actos formales, que obviamente será dentro del ámbito judicial con la designación limitada a actos específicos, del apoyo que se vincula con la obtención de una vida independiente; ambos puntos serán analizados en los próximos apartados.

Lo que sí debo destacar es que las relaciones que se forjan con el apoyo deberían ser continuas, que generen vínculos y lazos habida cuenta de requerirse como condiciones de accesibilidad en la comunicación.

#### *b. Los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica*

Sin duda los principios de la CDPD generaron un cambio filosófico en la mirada hacia las personas con discapacidad y repercuten en diversos ámbitos que confluyen para que la persona pueda desarrollar su proyecto de vida, como derecho personalísimo.

En este punto esta normativa refleja un nuevo *sistema de apoyo para la toma de decisiones* que es uno de los mayores desafíos, así que transcribo el artículo 12:

##### *Igual reconocimiento como persona ante la ley*

- 1) Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al *reconocimiento de su personalidad jurídica*.

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

Este artículo reemplaza –en materia de capacidad jurídica– el “modelo de *sustitución* en la toma de decisiones” para incorporar un “modelo de *apoyo* en la toma de decisiones”. Una interpretación armónica del texto normativo nos invita a pensar que esa protección y esa asistencia por parte del Estado implican obligaciones positivas que de manera concreta “asistan” al colectivo de las PCD.

Se establece la cláusula de igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica, garantizando los apoyos necesarios frente a situaciones en que las personas los requieran y que la acompañarán en la toma de decisiones para potenciar su autonomía.

En el ámbito del derecho civil, el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás personas es un desafío enorme, entre otras razones porque implica la deconstrucción de una parte importante de sus principios, lo que se está llevando a cabo mediante los valores que sustentan los derechos humanos.

Dada la importancia que tiene la capacidad jurídica como puerta de accesibilidad al goce y ejercicio de los derechos, ello significa el reconocimiento y respeto a su identidad, el derecho a elegir con quién vivir, dónde vivir, el modo de vivir, con quién/es construir relaciones personales, entre ellas el derecho a formar una familia, la posibilidad de participación ciudadana y democrática necesaria para construir un proyecto de vida propio y singular. La Convención no se queda solo en reconocer esa igualdad de capacidad sino que implementa un sistema de apoyo/s para lograr el efectivo goce de sus derechos. En los términos de Hannah Arendt, la capacidad jurídica se resume en el “derecho a tener derechos”.<sup>26</sup>

De la lectura del inc. 3 del artículo 12 se observa que las “medidas pertinentes” que los Estados deben adoptar redireccionan el tema hacia qué requiere la persona con discapacidad para ejercer su capacidad en proporción a su necesidad y deberá ser pensada para cada caso frente a solicitudes concretas.

El CCC readecuó su normativa, que eliminaba el carácter permanente de la declaración de incapacidad, permitiendo *la restricción de capacidad del artículo 32* y la designación de los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando *las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades de la persona*, el que textualmente menciona:

“Se entiende por *apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.*

Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe

26. Hannah, Arendt, *La condición humana*, Buenos Aires, Paidós, 2008.

evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas” (art. 43).

El sistema que se construye se asienta sobre lo siguiente: a) la capacidad de ejercicio se presume (arts. 23 y 31); b) las restricciones a la capacidad son excepcionales y limitadas a estrictos supuestos (arts. 31, 32 y 48); c) la restricción a la capacidad afecta solo uno o varios actos que deben estar determinados (art. 32); d) los efectos de las restricciones no privan a la persona de tomar sus propias decisiones (arts. 32 y 43), y la incapacidad es la última ratio y está reservada a un supuesto específico (arts. 24 y 32).

Por lo tanto, el juez no solo analiza el grado de su capacidad, sino que debe verificar lo que necesita para su ejercicio. Apoyo significa desarrollar una relación y formas de trabajar con otra u otras personas, hacer posible que una persona se exprese por sí misma y comunique sus deseos, en el marco de un acuerdo de confianza y respeto de la voluntad de esa persona.<sup>27</sup>

El juez debe valorar la situación de cada una de las personas con discapacidad, velando por que el apoyo no sustituya su voluntad, sino que le otorgue la mayor autonomía posible. Además, si se designa una persona se observará que la misma haya generado vínculos de confianza y de comprensión de sus voluntades.

Bariffi<sup>28</sup> afirma que, en cuanto a los “apoyos en la toma de decisiones”, lo correcto sería hablar de “apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica”. Esta extensión del apoyo refuerza el reconocimiento general otorgado a la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad en “todos los aspectos de la vida” del artículo 12(2) de la CDPD, reconociendo la plena garantía de la accesibilidad en todas sus dimensiones (arts. 3 y 9) y los ajustes razonables (art. 2).<sup>29</sup>

27. Principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD adoptados por la International Disability Alliance, [www.internationaldisabilityalliance.org](http://www.internationaldisabilityalliance.org).

28. Ver nota 32.

29. CDPC Artículo 9 - Accesibilidad 1. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los

Estos apoyos sirven para la materialización de actos formales, como puede ser firmar un contrato de salud, prestar un consentimiento informado, disponer de un inmueble, constituir una hipoteca, etc. El ejercicio de la capacidad jurídica no debe limitarse a la toma eficaz de decisiones, sino también comprender un momento anterior del descubrimiento y de expresión de los deseos y preferencias.<sup>30</sup> Por eso se habla de que la toma de decisión es un proceso y no un único acto que involucra otras actividades para la vida independiente, y que si bien no revisten el carácter de formales en los términos del art. 43 CCC, están relacionadas con la capacidad jurídica ya que hacen al ejercicio de sus derechos, y obviamente forman parte del principio de la accesibilidad y diseño universal para las personas con discapacidad.

Los apoyos se presentan en diversas modalidades (asesoramiento, interpretación, contención, codecisión o también podría ser representación en determinados casos), el interés es facilitar y promover la autonomía en el ejercicio de sus derechos. El foco no está en tener estándares objetivos externos para tomar la mejor decisión sino que sea el mismo discapacitado quien pueda decidir con parámetros propios.<sup>31</sup>

---

Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales [...] Artículo 2. Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales [...]. Un ejemplo de ambos principios sería el caso del acceso al trabajo y las formas de contratación que requieren de ajustes razonables para que una persona en situación de discapacidad pueda sostener un trabajo, pues deberá contemplar el contexto general de desenvolvimiento de la tarea laboral en el que la persona debe desempeñarse lo cual implica ajustes de horarios, condiciones y apoyos.

30. Bariffi, Francisco José, “El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos”, tesis doctoral dirigida por el prof. Dr. Fernando Mariño Menéndez, Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho, Getafe, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 2014.

31. Palacio, Yanina, “Incorporación de los principios dispuestos por la CDPD a nuestro CCC - Sistemas de apoyo -Voluntad. Presente y desafíos para el futuro”, en *Rev. Dcho. Civil*, N°10, 11/9/2019 - Lejister.com. Cita online: IJ-DCCLVI-866.

La jurisprudencia tiene dicho que “... las medidas de apoyo podrán ser diferentes según las necesidades de la persona para el tipo de acto o actos a celebrar y/o los derechos implicados... Es decir, en algunos casos *el apoyo solo asiste a la persona para que pueda realizarse el acto, en otros debe necesariamente participar en la conformación del acto jurídico (lo integra), en otros más incluso puede participar en calidad de codecisor, y en otros, los menos, en calidad de representante, pero sin perder de vista su función y propósito...* Estos apoyos con facultades representativas, reconocidos por el Preámbulo de la CDPD, inc. j), son denominados ‘*apoyos intensos*’. Estas personas se desempeñan como representantes, en tanto la sentencia que restringe la capacidad de la persona haya especificado expresamente cuáles son los actos jurídicos que deben ser actuados por el sistema de apoyos para la toma de decisiones (SATD, con facultades representativas sustitutivas de la voluntad del sujeto)...” (CNCiv, Sala J - “L. B. A. B. s/ determinación de la capacidad” 30/05/2017 - AR/JUR/26542/2017).

Por lo tanto, los apoyos del art. 12 CDPD son pensados para el acompañamiento de las personas con discapacidad en el ejercicio de actos formales y su instancia previa. En el marco del derecho interno asisten en el ejercicio de la capacidad jurídica restringida para dirigir su persona, administrar o disponer bienes (arts. 32 y 43 CCC), recordando en este punto que lo es respecto a la deficiencia mental o intelectual. En tal sentido, el interesado puede solicitar la revisión de la condición de restricción en cualquier momento; caso contrario será el juez quien tendrá un plazo máximo de 3 años conforme a nuevos estudios interdisciplinarios (art. 40 CCC).

Merece también recordar que la figura del apoyo se contempla para el instituto de la inhabilitación contemplado en el art. 48 CCC frente a la prodigalidad en la gestión de sus bienes como situación objetiva que involucra el actuar de la persona independientemente de las causas psíquicas, físicas, negligencia, mala administración y dilapidación; ello sumado a la habitualidad de la conducta que exponga al cónyuge, conviviente o hijos menores o con discapacidad a la pérdida del patrimonio (familiar). La designación de inhabilitación importa la designación de un apoyo para los actos de disposición entre vivos además de los que pudiere fijar el juez. Este apoyo no sustituye la voluntad sino que asiste en los actos formales en salvaguarda del interés del hogar (art. 49).

*c. Los apoyos para una vida independiente*

Justamente porque los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica forman parte de la toma de decisión no se pueden centrar solo en la formalidad del acto sino que comprenden también toda una etapa previa a su conformación. La toma de decisión es un proceso, por lo que los apoyos están presentes en las actividades cotidianas también de una *vida independiente*, en condiciones de igualdad con los demás. De esta forma el apoyo *no se agota* en los artículos 31 y 43 CCC.<sup>32</sup>

Por un lado se basa en la “accesibilidad” como principio universal como forma de asegurar el acceso de las personas con discapacidad al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones (art. 9 CDPD). La persona con discapacidad a la hora del ejercicio de sus derechos se topa con el diseño de una sociedad pensada para un “hombre sin discapacidad”. Esta condición de accesibilidad lleva implícita el derecho en sí mismo, para lo cual cuenta con dos (2) estrategias complementarias: el “diseño universal” y “los ajustes razonables” (art. 2 CDPD).

El “diseño universal” implica concebir o proyectar “... productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado”, debe ser previo y para todo el universo de situaciones y personas, es decir, una ciudad debería estar diseñada para todo tipo de personas con diversas deficiencias que puedan circular sin inconvenientes. Se trata de un medio, un instrumento, una actividad, dirigida al alcance del fin.

“Los ajustes razonables” son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga indebida o desproporcionada cuando en un caso particular se requiera para garantizar el goce y ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad con los demás y por último aquellas “medidas que sirven para *garantizar la accesibilidad* o reparar su ausencia” (art. 9 CDPD), que en una etapa previa se refiere a una prestación, como por ejemplo, un asistente personal para concurrir a una servicio de

32. Palacios, Agustina, “Derecho de las personas con discapacidad”, en *El derecho a tener derechos. Algunas consideraciones sobre el ejercicio de la capacidad jurídica y la toma de decisiones con apoyo*, Buenos Aires, Ed. Ministerio Público de la Defensa (MPD), 2017, pp. 23-28.

salud y en una etapa posterior podría ser la construcción de una rampa de acceso para reparar la ausencia de ella. Se diferencian de los “ajustes razonables” porque estos son particulares y restrictivos mientras que “las medidas de accesibilidad” son generales. Un ejemplo de un ajuste razonable sería en una prestación de salud la posibilidad de que se acomoden los servicios a los horarios y días en que la persona con discapacidad pueda en tanto no sea una carga desproporcionada para los efectores de salud.

Estos son algunos ejemplos de apoyos en función de la tarea a asistir –no específicamente del área de la salud, pero que se podrían extender a ella–, realizados en base a la opinión de las mismas personas discapacitadas, las salvaguardias necesarias conforme al art. 12 inc. 4 CDPD y el principio de autonomía. Ellas podrían ser: “... a) la posibilidad de que la persona que no maneja grandes sumas de dinero, sí pueda administrar su propia economía y su dinero, implementando el pago parcializado (un porcentaje semanal) a percibir del Banco u organismo pertinente, sin perjuicio de la suma total en caso de que así lo requiera; b) la implementación de débitos automáticos para abonar los impuestos y/o servicios y de tal modo de garantizar su suministro; c) en caso de mayor dificultad o imposibilidad en el manejo del dinero por parte de la PCD, la posibilidad de concretar acuerdos con comercios para que la propia persona efectúe la compra de los bienes indispensables que requiera, por ejemplo, lo atinente a los alimentos y que el modo de pago se efectivice de otra manera, teniendo así la autonomía para elegir qué bienes comprar; d) la asistencia periódica de un profesional de la salud para evitar situaciones de crisis y acompañar esos procesos; e) el acompañamiento diario por otra persona y la supervisión judicial de la misma; f) la asistencia de los servicios municipales con mayor inmediatez; g) la asistencia de una tercera persona para el desarrollo de determinadas tareas públicas o privadas; h) la asistencia (no sustitución) de una persona de confianza para la formalización de un acto jurídico de trascendencia; i) el acompañamiento de una persona de confianza para el cuidado de los hijos y el rol materno/paterno, sin afectar la esfera de autonomía respecto de la enseñanza y educación de los hijos...”<sup>33</sup>

33. Alderete, Claudio, “El sistema de apoyos en la toma de decisiones de las Personas con Discapacidad. Propuestas y comentarios”, septiembre 2015, [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar). Id Infojus, DACF150521.

*d. Modalidades de los apoyos para una vida independiente*

De lo dicho podríamos considerar los apoyos desde tres perspectivas para ejercer el derecho de la accesibilidad de una vida independiente (art. 9 CDPD). Ellas serían como *condición de accesibilidad*, como *medida de accesibilidad* y como *ajuste razonable*, tal como dice Agustina Palacios (ver nota 33).

- 1) El apoyo como condición de accesibilidad se prevé desde los parámetros de universalidad, implica que ese servicio de apoyo es parte esencial del derecho, por ejemplo, en el ámbito del servicio de salud o en un proceso judicial es necesaria la prestación de un apoyo o red de apoyos o podría ser una rampa de acceso o un intérprete de señas. Este principio de accesibilidad lleva implícita la condición de su acceso, es decir, si una persona discapacitada quiere acceder a un edificio y es lisiada necesitará de una rampa para ejercer esa accesibilidad, una condición para su acceso.
- 2) El apoyo como medida de accesibilidad o ante su ausencia estaría direccionado a una garantía de vida independiente, se concreta en lo prestacional. Un apoyo que asistiera en actividades de la vida cotidiana pero que se relaciona de todos modos con la toma de decisiones (art. 12 CDPD), un asistente domiciliario o personal. En el caso de una discapacidad psicosocial, si la persona se encuentra en un hospital u hogar la necesidad de medidas de accesibilidad para que la inclusión sea posible sería mediante la seguridad social, acceso a la vivienda, a subsidios habitacionales y a la atención sanitaria, para su habilitación o rehabilitación dentro de la comunidad. También podría ser un apoyo de un ascensor ante la ausencia de una rampa.
- 3) El apoyo como ajustes razonables se da aquí cuando han fallado las medidas de accesibilidad y el diseño universal de forma que existe la obligación de adoptar una medida particular y posterior, mientras que la carga para la parte prestadora no resulte desproporcionada. Por ejemplo, una rehabilitación médica que deba ser realizada en determinado lugar y horario por habitar en las cercanías; otro caso podría darse en el ejercicio del derecho a trabajar de una persona con discapacidad que se le establezcan días y horarios de acuerdo a su patología y tratamiento médico.

En estas tres modalidades las obligaciones son diferentes, pero complementarias todas ellas. En la primera, la prestación del servicio de apoyo es parte esencial del contenido del derecho de accesibilidad como manera de comunicación. En la segunda la prestación del apoyo será obligatoria a partir del reconocimiento de una legislación prestacional (derecho objetivo). Por último, la adopción del apoyo será en la medida en que no sea una carga desproporcionada y/o indebida para el prestador.

En materia de acceso a la justicia, el sistema de apoyos juega un rol muy importante no solo a partir de la sentencia, sino en todo su proceso. Las Reglas de Brasilia (como se mencionó en el **punto 4**), “**los grupos en situación de vulnerabilidad**”, cobran una especial garantía en defensa de las personas con discapacidad como grupo vulnerable y se les debe asegurar su seguridad, movilidad, comodidad y comprensión. En ese sentido, como condición de accesibilidad, la asistencia legal y defensa pública y también el diseño universal y los ajustes razonables, deben poner el acento en la comunicación. Esto puede darse mediante intérpretes, utilización de diversas tecnologías, un edificio accesible para sillas de ruedas, perros guías. El juez podría otorgar en el proceso ajustes razonables como tiempos suficientes y/o con descansos necesarios en las audiencias.

*e. El apoyo en las prestaciones médicas para una vida independiente*

El sistema de apoyos de la CDPD es una herramienta de las personas con discapacidad para el ejercicio de los derechos. Tanto las Obras Sociales como las Prepagas están obligadas a cubrir las prestaciones que la ley determina. En el punto 5.b. “Las leyes nacionales” mencioné la Ley 22431, que establece un sistema integral para brindar atención médica, seguridad social y educación, conocido como “sistema de protección integral de las personas discapacitadas”, que fue sancionada en 1981 y plantea como objetivo principal el de asegurarles “... su atención médica, su educación y su seguridad social, así como a concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca y les den oportunidad, mediante su esfuerzo de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas normales” (art. 1). Tal como se sostuvo, esta ley posee una perspectiva centrada en el tratamiento médico de la rehabilitación, conforme a la época en que fue sancionada.

Por otra parte, la Ley 24901 instaura el “Sistema de Prestaciones básicas para la Habilitación o Rehabilitación integral a favor de las Personas Discapacitadas”. Esto implica brindar una cobertura total de las prestaciones que preventivas (art. 14); de rehabilitación (art. 15); terapéuticas educativas (arts. 16 y 17); y asistenciales, que tienen la finalidad de cubrir requerimientos básicos esenciales de la persona con discapacidad (art. 18), por lo que la amplitud de las prestaciones detalladas resulta ajustada a su finalidad, que es la de lograr la integración social de las personas con discapacidad (confr. vr. gr. arts. 11, 13, 15 y 33).

La importancia de esta ley radica en que el Estado de esta forma obliga a las Obras Sociales (Ley 23660)<sup>34</sup> a brindar la cobertura de estas prestaciones para los discapacitados, reservándose solo bajo su órbita a aquellas personas discapacitadas que no están incluidas en el sistema de Obras Sociales y en la medida en que no puedan afrontarlas. En consecuencia, la obligación directa quedaría en manos de las Obras Sociales, estableciendo que el financiamiento provendrá de un Sistema de Nacional de Seguros de Salud (Ley 23661), a través de agentes de seguro además de los fondos propios de sus aportantes. Estas prestaciones tendrán que ser “suficientes y oportunas” (arts. 2 y 27).

También en el ámbito privado, las Leyes 24754 y 26682<sup>35</sup> (Medicina Prepaga) dispusieron que las empresas o entidades que prestasen servicios de medicina prepaga debían cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico-asistencial las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales respecto a las personas con discapacidad, equiparándose

34. Ley 23660 - Art. 3º: Las obras sociales destinarán sus recursos en forma prioritaria a prestaciones de salud. Deberán, asimismo, brindar otras prestaciones sociales. En lo referente a las prestaciones de salud formarán parte del Sistema Nacional del Seguro de Salud –en calidad de agentes naturales del mismo– sujetos a las disposiciones y normativas que lo regulan.

35. “... la Ley 26682 (sancionada el 4 de mayo de 2011 y promulgada el 16 de mayo de 2011, B.O. N°3251 del 17 de mayo de 2011) dispone en su artículo 7º que las empresas de medicina prepaga deben cubrir, como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial, el Programa Médico Obligatorio (PMO) vigente según Resolución del Ministerio de Salud de la Nación y el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad prevista en la Ley 24901 y sus modificatorias...”. CACiv y Com F, Sala III “S., M. A. H. c. OSDE s/ amparo de salud, 20/08/2019 Cita Online: AR/JUR/27433/2019.

así ambos sistemas de prestadores, Obras Sociales y Prepagas, arrogándose el Estado únicamente el sector más marginado y necesitado para su provisión. No debemos dejar de considerar que el Sistema de Seguros implementado no deja de ser el Estado mismo, pero a través de agentes propios o hasta también tercerizados.

La CDPD adopta el compromiso de los Estados de brindar “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* para evitar su aislamiento o separación de ésta” (art. 19 b) y vivir en forma independiente, así como para que gozaran “del más alto nivel posible de salud”, previniendo y reduciendo “al máximo la aparición de nuevas discapacidades” (art. 25), con el objetivo de que “las personas con discapacidad puedan lograr y *mantener la máxima independencia*, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida mediante servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación” (art. 26).<sup>36</sup> En este sentido se promoverán formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información (art. 9 f).

Por lo tanto, la vida independiente incluye los conceptos de: a) autogobierno para decidir sobre su propia vida; b) asunción de riesgos, esto implica el derecho a equivocarse como “principio de la dignidad de riesgos” derivado de la “dignidad de la persona humana” y c) contar con los apoyos necesarios como componente esencial del modelo de vida independiente. La independencia no significa autovalencia absoluta, sino que la persona con discapacidad controla su situación; en este marco veremos si los apoyos de las prestaciones de “asistencia domiciliaria”, “asistente terapéutico” y “asistente personal” son suficientes para una vida independiente.

La prestación de “asistencia domiciliaria” para los pacientes crónicos y portadores de una discapacidad *consiste en brindar los apoyos necesarios para que el domicilio de la persona sea el mejor lugar para recuperar o conservar las funciones de autovalimiento para la vida diaria*. De esta forma se obtiene un mayor confort e independencia para el paciente y su familia a la vez que se evitan los riesgos propios de la internación y

36. CDPC arts. 19, 25 y 26.

de la institucionalización.<sup>37</sup> Agrega que el asistente será indicado por el equipo interdisciplinario que evaluará los apoyos necesarios, incluyendo intensidad y duración de los mismos así como su supervisión, evaluación periódica, su reformulación, continuidad o finalización de la asistencia. Del mismo modo que debe contar con la capacitación específica avalada por la certificación correspondiente expedida por la autoridad competente (cfr. Ley 26480, que incorporó el art. 39 D a la Ley 24901). De más está decir que esta cobertura procede independientemente de las posibilidades económicas de su destinatario, puesto que la normativa vigente no alude a la solvencia económica del afiliado con discapacidad como filtro a la hora de concederle o quitarle tales derechos.

“... surgía que la paciente padecía Sme. Moebius, diaresia espástica, presentaba pie equino varo supinado bilateral reductible que le impedía la marcha independiente y las actividades diarias y hemiparesia facial izquierda. Por ello es que se le había indicado tratamiento kinésico intensivo, ortésico (andador más valvas cortas y estabilizadores de rodilla, psicología y psicopedagogía) y, con carácter urgente *acompañante domiciliario* para asistencia en las actividades de la vida diaria (alimentación, higiene, actividades recreativas) de lunes a viernes de 11 a 19 hs., dado que no se valía por sus propios medios...”; “De Pablos, Silvina Andrea, en representación de su hija ALL c/OSDE s/ Prestaciones Médicas”, CFSM, Sala I, 11-11-2019 - Causa FSM 58278/2015/CA3.

“El señor A. M. padece de ‘demencia vascular de comienzo agudo con dependencia de silla de ruedas’ y requiere de ‘cuidador domiciliario las 24 horas, rehabilitación motora y kinesiológica en domicilio, rehabilitación visual, rehabilitación foniatría y rehabilitación cognitiva’ [...] La condición de discapacitado del Sr. A. M. lo hace acreedor de los beneficios previstos en la Ley 24901 (B.O. del 5/12/97), relativa al ‘Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad’. En el art. 1º se prevé la cobertura ‘integral’ de

37. Causa CCF 3340/2017, CFASM, Sala II, 20/11/2018.

todas las prestaciones enumeradas en la ley y el art. 39, inc. d), contempla la figura del ‘asistente domiciliario’, cuya función es *facilitar el desenvolvimiento diario de las personas con incapacidades motrices propendiendo a su autonomía*” “M.A. c/ Centro Médico Pueyrredón s/amparo de salud N° 6.589/17, CNACCF, Sala 3, 6 de diciembre de 2017, <https://www.diariojudicial.com/nota/81492>.

“En el marco de este análisis procede puntualizar que dentro del Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad establecido por la Ley 24901, se consideran prestaciones asistenciales ‘aquellas que tienen por finalidad la cobertura de los requerimientos básicos de las personas con discapacidad’ (hábitat, alimentación, atención especializada) a los que se accede de acuerdo con el tipo de discapacidad y situación socio familiar que posea el demandante”; art. 18 Ley 24901. CFA Salta. Este Tribunal en “Navamuel Elena A. c/Obra Social Asoc. de Productores Tabacaleros de Salta s/medida cautelar” del 26/09/2011.

La situación es distinta cuando se trata de un “acompañante terapéutico” (AT) porque la prestación que debe ser prescripta por un psiquiatra y cuya cobertura también es obligatoria para las obras sociales y prepagas, consistiendo sus incumbencias en aquellas previstas en la Ley de Salud Mental 26657, en la que se prioriza la atención de los pacientes fuera del ámbito de internación hospitalaria, que están bajo tratamiento médico, y que mediante un abordaje interdisciplinario e intersectorial, orientado al reforzamiento, restitución o promoción de los lazos sociales, asisten la salud mental.

“... el Sr. G. R., quien padece una discapacidad y que como tratamiento terapéutico requiere la realización de caminatas fuera de su casa, actividad que desarrolla a diario junto con su *acompañante terapéutico*. En su presentación enfatiza que se trata de una actividad de la esfera de la salud y que su cese intempestivo puede producirle graves perjuicios, habiéndose evidenciado conductas lesivas en estos días que cumplió las medidas de encierro

[...] Fundo esta decisión en que las salidas al exterior de la vivienda que realiza G. junto con su *acompañante* exceden el marco de la recreación y son parte de un tratamiento de salud que él tiene indicado y que cuida y ayuda a mejorar no solo su salud física sino también su salud mental, ambas afectadas por problemáticas complejas que requieren un constante control profesional. Por ende, limitar esta actividad sería tan lesivo para él como la interrupción de un tratamiento farmacológico o de diálisis en personas que tienen otro tipo de afecciones...”. R., G. P. s/ Proceso de capacidad, Juzgado de Familia 11, Gral. Roca, Pcia. La Pampa. 27/03/2020 - Cita Online:AR/JUR/12253/2020.

La jurisprudencia en relación a estas prestaciones es copiosa. Estos son los argumentos utilizados por los prestadores *para denegar o restringir la prestación* de “asistente domiciliario” o “acompañante terapéutico” para las personas con discapacidad en aras de lograr una vida independiente. Ellos son:

- 1) Que la prestación de “acompañante terapéutico” está incluida en la Ley 25421 de salud mental pero no está contemplada en la Ley 24901 negándose con base en que los profesionales que la prescriben no son psiquiatras, siendo este requisito fundamental conforme dispone la norma.
- 2) Que por otro lado el “asistente domiciliario” (Ley 24901, art. 39, inc. “d”) debe ser prescripto por indicación del equipo interdisciplinario perteneciente o contratado por las entidades obligadas, quien controlará su duración, intensidad, readecuación, supervisión, etc. El asistente deberá contar con la capacitación avalada por la certificación correspondiente expedida por la autoridad competente (art. 1 de la Ley 26480).<sup>38</sup>

38. *La ausencia de reglamentación tampoco obsta a la procedencia de la cobertura ni implica que la norma sea totalmente inaplicable. De otro modo, en una órbita tan sensible como el derecho a la salud, el efectivo goce de un derecho –en el caso, plasmado en una ley formal– quedaría supeditado a una decisión del Poder Ejecutivo (confr. esta Sala, causa 3636/09 del 17.9.10 y sus citas; en el mismo sentido, Sala 3, causa 10.266/07 del 14.9.10; Sala 1, causa 1112/12 del 3.5.12). En este orden de ideas, el hecho de que el*

- 3) Que la prestación de “asistente domiciliario” no se encuentra reglamentada; por tal motivo podría suplirse con un cuidador no terapéutico comprendido en la Ley de Servicio Doméstico.<sup>39</sup>
- 4) Que se pone en jaque la sustentabilidad económica del sistema de salud por quedar desamparados el universo de afiliados.<sup>40</sup>

---

juzgador haya contemplado la posibilidad de cumplir la medida con un prestador propio o mediante el reintegro de la erogación efectuada torna irrelevantes las objeciones formuladas...”; “TRJ c/Osde s/Amparo de Salud”, CNACivCom, Sala II, 4/2/2016, ED digital 2016 ED DCCXXVII-588.

“Ello así, esta Sala en la causa N°4180/2012, fallada el 28/11/2017, expuso que ‘... la falta de reglamentación de aspectos relacionados con el derecho a la salud no obsta a que, en ciertas situaciones, los jueces puedan subsanarla teniendo en cuenta las garantías constitucionales involucradas (artículo 42 de la CN) y las circunstancias particulares de cada conflicto [...] ese vacío normativo puede ser llenado acudiendo a prestaciones que puedan asimilarse en cuanto a su naturaleza, contenido y finalidad a aquella que requiere el afiliado...’”; “S., M. A. H. c. OSDE s/ amparo de salud”, CNACiv y Com Fed, Sala III, 20/08/2019 Cita Online: AR/JUR/2733/2019.

39. “... existían sólidas razones médicas que justificaban no modificar al profesional que en la actualidad brindaba la prestación, resultando, inadmisibile la pretensión de la requerida de sustituir al asistente domiciliario por un cuidador no terapéutico comprendido en la ley de servicio doméstico”; “De Pablos, Silvina Andrea, en representación de su hija ALL c/OSDE s/ Prestaciones Médicas”, CFSM, Sala I, 11-11-2019 – Causa FSM 58278/2015/CA3.

40. “... al momento de decidir judicialmente respecto de la procedencia de prestaciones médicas por fuera de la cobertura de las obras sociales, debe evaluarse el riesgo cierto de poner en peligro la sustentabilidad económica del sistema de salud, puesto que con ello quedarían desamparados el universo de afiliados (Casabene, Sandra, “Amparo y prestaciones médicas de alto costo o complejidad: sustentabilidad del sistema c. derecho a la salud”, en *La Ley Gran Cuyo*, julio 2006, 761 - DJ 06/09/2006, 28). En este sentido el Dr. Pedro Hooft –especialista en bioética– sostuvo que la garantía del derecho a la salud debía tener un justo equilibrio y un límite en la razonabilidad de las decisiones que atañen a las conductas terapéuticas, la ética personal del paciente y del médico, así como del abogado y el juzgador, del decidor público y la bioética. En virtud de lo expuesto, consideró que no resultaba procedente imponer en forma coactiva a las obras sociales y/u otros prestadores de salud, la cobertura de costosos tratamientos (aludiendo a los que se efectúan en el exterior), salvo en el caso de las empresas de medicina prepaga que los prevean contractualmente, puesto que conllevaría a privilegiar desmesuradamente el interés individual de un afiliado en desmedro del interés social, dado que las prestaciones

- 5) Que solamente se cubrirá aquel “asistente domiciliario” dentro de cartilla médica y no elegido unilateralmente por desnaturalizar el sistema de funcionamiento de las prestadoras porque no se encuentra contemplado por el Nomenclador para Personas con Discapacidad aprobado anualmente por el Ministerio de Salud (hoy Secretaría).<sup>41</sup>

excesivamente onerosas repercutirían en forma negativa en las “legítimas expectativas y derechos prestacionales de otros afiliados” (Romero, Mabel P., “Reproducción Humana Asistida, manipulación genética y la cobertura del Sistema de la Seguridad Social: otro enfoque”, en *La Ley* Sup. Act. 21/06/2007, con cita de Hooft, Pedro Federico, “Derechos Individuales vs. Derechos Colectivos en Salud: ética y justicia”, en *La Ley*, 2004-C, 1320): “... debe tenerse en cuenta que el modelo prestacional debe responder al mejor nivel de calidad disponible para todos los afiliados (confr. art. 2° de la Ley 23661) y ello podría verse sustancialmente menoscabado de solventarse tratamientos de alta complejidad como el aquí requerido en razón de su elevado costo...” (cfr. Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, sala II, S., G. H. G., y C., G. L., c. Medifé, 14/05/2010 Publicado en: *La Ley* Online, Cita online: AR/JUR/15975/2010).

Es que, como indica Lorenzetti, “no es actualmente posible que todos los individuos tengan acceso a todas las prestaciones que desean en lo atinente a la salud” (cfr. *La Empresa Médica*, Rubinzal-Culzoni, p. 15 y ss.). “De Luca, Susana Haydeé c. Instituto de Seguridad Social del Neuquen s/Acción de amparo” CNACiv y Com, Lab y Min - Pcia Neuquén, Sala I, 25/06/2019 Cita Online AR/JUR/34753/2019.

41. “La cobertura del tratamiento que le fuera prescripto por su médico tratante con prestadores propios al 100% o con prestadores ajenos, con sistema de reintegros a valores del Nomenclador del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral para Personas con Discapacidad para el módulo Hogar Permanente, Categoría A, más el 35% por dependencia...”; “De Pablos, Silvina Andrea, en representación de su hija ALL c/OSDE s/ Prestaciones Médicas”, CFMS, Sala I, 11-11-2019 - Causa FSM 58278/2015/CA3; “corresponde examinar la razonabilidad del Nomenclador de Prestaciones Básicas. De acuerdo con el decreto 1193/1998, ese nomenclador reglamenta las obligaciones previstas en los artículos 11 a 39 de la Ley 24901. Opino que reglamentar los valores reembolsables por las prestaciones de salud no es en sí irrazonable. Por el contrario, constituye un medio adecuado para garantizar similares prestaciones a todos los afiliados que las requieran y permite que las entidades del sistema de salud puedan prever los costos de sus obligaciones. En este sentido, la Corte Suprema ha destacado que ‘el régimen de recursos para el funcionamiento de la Obra Social se obtiene del aporte de los afiliados, y el principio de solidaridad exige una correcta y cuidadosa administración de sus finanzas, ya que, de no ser así, tal solidaridad sería ilusoria’ (Fallos: 325:977, ‘Melich’, 327:3256, ‘Viton de Borda’). De igual modo, esta Procuración General y la Corte Suprema han considerado que la obligación de prestar cobertura integral de determinadas prestaciones médicas no es

- 6) Que necesita el agotamiento de la vía administrativa como mecanismo para la iniciación de una medida cautelar. Para lo cual la Justicia considera que “una decisión definitiva sobre la procedencia íntegra del reclamo sino que lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia y se presenta como un modo apropiado e inmediato de asegurar al amparista el acceso a lo que su estado de salud reclama, sin perjuicio de que una resolución posterior pueda conciliar los intereses en juego y el derecho constitucional de defensa de la demandada” (P. M. M. c/ OSALARA s/ ley de discapacidad s/ incidente de apelación - CFA - Mar del Plata - 26-mar-2018 - Cita: MJ-JU-M-110149-AR | MJJ110149 | MJJ110149).

Tal como hemos analizado, la tendencia jurisprudencial es favorable, no obstante, el límite para su otorgamiento es cuando la solicitud de prestadores es por fuera de la cobertura tanto para el caso de asistentes domiciliarios o terapéuticos no incorporados en las cartillas. Aquí se evalúa el riesgo cierto de poner en peligro la sustentabilidad económica del sistema de salud y de esa forma no desnaturalizar el funcionamiento de las entidades, aclarándose que la indicación médica no implica la libre elección de los prestadores sino que se estructura en función de los contratados por la Obra Social o medicina prepaga.<sup>42</sup> En los casos en que la Justicia la autorizó se determinó que la falta de identificación en el Nomenclador para Personas con Discapacidad no obsta a su cobertura fuera de la cartilla médica, pero con el tope arancelario indicado allí por razones de solidaridad hacia todos los afiliados para no tornar ilusorias sus prestaciones, estableciendo en general un tope de reintegro. Por otro lado, el argumento de la falta de reglamentación no es determinante a la hora de considerar como limitación un derecho constitucionalmente reconocido.

Por otro lado, la figura del “asistente personal” propia de los apoyos como medidas de accesibilidad. Recientemente el Juzgado de 1ª Instancia

---

necesariamente incompatible con la aplicación de topes arancelarios” (Fallos: 334:1869, “G., M. E.”)... “V I , R c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ Ordinario” FCR 11050512/2013/1IRHL, C Fed. Ap. C. R Chubut 18/8/2016 <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/VIR%20c.%20OSPJN.pdf>.

42. “De Pablos, Silvina Andrea, en representación de su hija ALL c/OSDE s/ Prestaciones Médicas”, CFMS, Sala I, 11-11-2019 - Causa FSM 58278/2015/CA3.

en lo Contencioso Administrativo N°4 La Plata, Pcia. de Buenos Aires, en la causa “Asociación Azul c/ IOMA y otros s/Pretensión restablecimiento o reconocimiento de derechos- otros juicios (Acollarado A)” Expte. N°5265/2017 (17/04/2020), ordenó al Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA) crear la prestación de *asistencia personal*, a regularla de acuerdo a los lineamientos internacionales y a asegurar la participación en su elaboración a las asociaciones de y para personas con discapacidad. La resolución judicial se tomó a raíz de la acción colectiva incoada por la Asociación Azul, en representación del colectivo de personas con discapacidad contra la provincia de Buenos Aires y el IOMA, con el objetivo de que se implementen las medidas necesarias para garantizar a las personas con discapacidad afiliadas a ese instituto *el derecho a la asistencia personal*. La Asociación fundó su demanda en el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) que contempla el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.

El “asistente personal” (AP) no está contemplado por la Ley 24901 (que adopta más bien el modelo médico de la discapacidad), y se ordena a IOMA adecuar la normativa a los estándares internacionales, toda vez que no es lo mismo el *asistente domiciliario*, *del asistente personal ni del asistente terapéutico*.

“Los Asistentes Personales son las herramientas que permiten la Vida Independiente (VI). Los AP están enmarcados en una relación contractual con las personas con discapacidad, quienes les pagan por la asistencia que necesitan. La asistencia personal debería ser proporcionada atendiendo a las necesidades individuales de cada persona, dependiendo de la situación personal de las mismas y en relación con el Mercado laboral de cada país. La gente con discapacidad deberíamos tener el derecho de contratar y gestionar a nuestros AP y elegir el modelo de trabajo que se adecue mejor a nuestras necesidades. Las asignaciones para los AP deberían cubrir los sueldos de los asistentes personales, así como otros gastos adicionales, como las contribuciones que ha de realizar el empleador, los costes administrativos, así como el apoyo para las personas que necesitan asistencia”. También se entendió, de acuerdo a un consenso internacional, que el núcleo de la vida independiente no es vivir de manera aislada sino tomar

opciones y ejercer el control de sus vidas de la misma manera en que lo haría una persona sin discapacidad [...] De la interrelación que hay entre AP y VI, se puede afirmar –aun cuando ya se haya dicho– que el reclamo por la implementación de la primera es, en definitiva, una petición respecto de la segunda y, particularmente, una acción tendiente a efectivizar la obligación estatal de dar efectividad al derecho a la vida independiente y a ser incluido en la comunidad, en los términos expresados por el CRPD, y ello así simplemente porque ‘para muchas personas con discapacidad, el acceso a una variedad de servicios de apoyo personalizado es un prerrequisito para vivir de forma independiente en la comunidad. Dichas personas tienen derecho a elegir los servicios y a sus proveedores en función de sus necesidades individuales y sus preferencias personales, y el apoyo personalizado debe ser suficientemente flexible para adaptarse a las exigencias de los *usuarios* y no a la inversa...’” (del fallo mencionado).

¿Podrían ser considerados, el asistente domiciliario, el asistente terapéutico y el asistente personal, como “apoyos” para una vida independiente conforme al principio de accesibilidad de la CDPD? Desde ya adelanto que a mi entender solo el “asistente personal” lo sería porque es él quien únicamente recibe indicaciones de la persona con discapacidad en forma autónoma sin la supervisión o control médico, como sería el caso los otros asistentes.

## **VII. Casuística**

He tomado algunos fallos para demostrar la incidencia del modelo social en nuestro derecho que claramente marcan una modalidad diferenciada de los apoyos, algunos de ellos en relación a la salud específicamente.

*a) La amplitud de criterios para la designación de los apoyos en procesos de restricción de capacidad y los apoyos como condición de accesibilidad al derecho de participar en todos los aspectos de la vida*

“La designación del Defensor Público Curador como apoyo de una persona cuya capacidad fue restringida debe confirmarse, pues si

*bien el causante cuenta con familiares estos no han dado su consentimiento a los fines de ser designados para ese rol...”; “C. J.R. s/determinación de la capacidad”, CN Civ, Sala D,12/02/2019 Cita Online AR/JUR/78/2019.*

“La petición de la Defensora de Menores e Incapaces de desplazar al hermano del causante designado como apoyo por residir en el exterior y que la función solo esté en cabeza del Defensor Público Curador, debe rechazarse, pues, *sin perjuicio de la prohibición contenida en el art. 110, inc. a del Código Civil y Comercial, aquel cumplió su rol en forma completa, razón por la cual la actuación conjunta no solo garantiza la correcta administración de los recursos sino también la relación fraternal...*” “G, E L s/ determinación de la capacidad”, CN Civ, Sala M, 24/05/2018. Cita Online: AR/JUR/25913/2018.

“La designación de un funcionario del Ministerio Público de la Defensa, como figura de apoyo para la persona cuya capacidad fue restringida, no es la más adecuada para la protección de sus necesidades, *toda vez que no existen bienes para administrar, y es deseo de la interesada que para los actos administrativos y consentimientos informados se designe como figura de apoyo a la madre superiora, y a dos monjas de la institución donde se encuentra alojada...*” “M. M. D. s/ capacidad jurídica”, CCivCom, Laboral y Minería Neuquén, Sala I. 22/05/2018. Cita Online: AR/JUR/31289/2018.

“La sentencia que declaró la insania de una persona con síndrome de Down debe modificarse, debiendo limitarse la restricción de la capacidad al ejercicio de ciertos actos –de disposición, con un régimen de apoyo– y sin que exista obstáculo legal para contraer matrimonio, pues es la solución que se impone con fundamento en el carácter excepcional de la restricción al ejercicio de la capacidad, la que debe atenerse al criterio del beneficio de la persona (art. 31, Cód. Civ. y Com.) y al derecho de aquella de no verse obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida específico (art. 19, CN)”. “B., I. A. s/ demanda de limitación a la capacidad”,

Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial de 24ª Nominación de Córdoba, 19/10/2018. Cita Online. AR/JUR/67931/2018.

“El consentimiento informado para efectuarse tratamientos médicos por el joven que presenta un cuadro de psicosis y esquizofrenia debe ser prestado por el mismo, aunque con el asentimiento de su padre designado como apoyo, ya que el causante no puede ser absolutamente autónomo al respecto, respecto a su salud mental, más si la interrupción o falta de cumplimiento de los tratamientos puede redundar en un grave riesgo para su persona y la de terceros”; “R., L. S. D. s/ proceso de restricción de la capacidad”, CCivCom de Salta, Sala III 14/05/2019. Cita Online: AR/JUR/16095/2019.

“... teniendo en cuenta que las normas nacionales dictadas en materia de aislamiento establecen la obligatoriedad de que las personas permanezcan en sus lugares de residencia, y que en el supuesto bajo análisis las personas internadas en los hospitales psiquiátricos no contarían con salidas permitidas, intímese a la demandada a que en el plazo de tres días informe y acredite el modo en que se encuentra garantizando el derecho a la comunicación de los pacientes internados en los hospitales psiquiátricos, tanto con sus familiares como con sus defensores, debiéndose indicar concretamente si la totalidad de los servicios y consultorios de los hospitales Borda, Moyano, Alvear y Tobar cuenta con telefonía fija, si se permiten realizar llamados, con qué frecuencia y en su caso bajo que modalidad. *En caso de que no existieran medios de comunicación adecuados, la demandada deberá en idéntico plazo arbitrar los medios para garantizar la libre accesibilidad a líneas de telefonía fijas o móviles en servicios o pabellones a fin de que las personas internadas puedan comunicarse con el exterior, ya sea con su familia, sus curadores o defensores...*”; “Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) c. GCBA s/ Amparo - Salud - Otros”, Juzgado CAyT 12 -CABA - 14/05/2020- Cita Online: AR/JUR/16275/2020.

*b) Los apoyos como medidas para garantizar la accesibilidad o reparar su ausencia*

“La obra social provincial demandada está obligada a otorgar la cobertura de un equipo de computación con tecnología adecuada y un colaborador para lectura a un afiliado no vidente para desarrollar su profesión de abogado, pues ello se corresponde con el respeto a la no discriminación y con la accesibilidad a medios técnicos y personales necesarios para el desarrollo e inserción laboral de una persona discapacitada, cuyo reconocimiento tiene raigambre constitucional y convencional, máxime cuando esa prestación mitiga la desventaja de ser ciego en una profesión regida por una gran competencia profesional”; “V., S. R. c. Instituto de Seguridad Social s/ amparo”, CCivCom, Laboral y Minería, Neuquén, Sala III. 06/03/2014. Cita Online: AR/JUR/46354/2014.

*c) Los apoyos como ajustes razonables*

“... es obligación de la demandada realizar los *ajustes razonables* para la evaluación del actor, esto es, las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida para garantizarle su derecho de aprender y acceder al mismo título habilitante oficial de validez nacional en igualdad de condiciones con los demás alumnos del profesorado de educación física de la Universidad...”; “Naranjo, Emiliano Pablo c/ Universidad Nacional de La Matanza (UNLAM) s/amparo Ley 16.986”, CFed San Martín, Sala 2 - 17/3/2014.

Aquí se observa cómo una persona con una discapacidad motora que aspiraba a inscribirse en el Profesorado Universitario de Educación Física debió iniciar el amparo correspondiente ante la negativa de la Facultad de hacer las adaptaciones curriculares pertinentes para que pueda cumplimentar los estudios respectivos a la carrera, a raíz de ya tener una licenciatura de Educación Física y querer obtener un título mayor de Profesor. El juez federal de primera instancia hizo lugar a la acción. En este sentido, ordenó a las autoridades universitarias su inscripción y que se tuvieran por aprobadas todas aquellas materias que requiriesen rendimientos físicos y, asimismo,

en Folklore y Tango y con relación a Observación y Práctica Docente resolvió que solo debía rendir sus aspectos teóricos. La Cámara Federal de San Martín confirmó la sentencia apelada y la Corte rechazó el recurso interpuesto por la demandada.

“Cabe tener en cuenta que, como surge de las constancias del expediente, la circunstancia de que el Hogar donde se encuentra alojado el menor se halle a una considerable distancia del domicilio de su progenitora y de la escuela a la que la misma asiste, que constituye una valiosa fuente de sostén para ella, ha importado un factor significativamente desfavorable para la correcta evolución del vínculo materno-filial, máxime si se tiene en cuenta el retraso madurativo y las limitaciones económicas de la joven progenitora, quien debía tomar dos colectivos para atravesar la ciudad hacia y desde el Hogar donde se encontraba el infante. De igual manera, debe tomarse nota de que los períodos durante los cuales los encuentros madre e hijo fueron más regulares coincidieron con los lapsos de tiempo en que la progenitora recibía apoyo y seguimiento por parte del equipo técnico del establecimiento educativo; mientras que ella se debilitó en el ejercicio del rol materno en los recesos vacacionales. De ello se desprende que la madre ha reaccionado de manera positiva a los apoyos idóneos de la Escuela de Educación Especial, y que las demás diligencias desplegadas por los organismos oficiales han sumado complejidades a sus limitaciones, sumada su precaria situación económico-social.”

“La existencia de necesidades de estímulo y contención no puede constituir por sí, un argumento válido para despojar a una persona con retraso madurativo de la oportunidad de ejercer plenamente sus derechos fundamentales. Antes bien, es la presencia de esas necesidades la que *impele al sistema universal de derechos humanos para imponer a la autoridad pública la carga positiva de prestar los apoyos y ajustes razonables.*”

“Cabe recordar que el instituto de la adopción, contemplado expresamente por la Convención sobre los Derechos del Niño como herramienta idónea para el restablecimiento de derechos, procederá donde se compruebe que la permanencia con la familia de sangre implica un agravio al mejor interés del menor; así como

que, ante la discapacidad de los progenitores, el Estado no está habilitado para acudir a ese mecanismo sin haber intentado efectivamente la prestación de servicios de apoyo y ajustes adecuados a las características del problema”; “I.J.M. s/ Protección Especial” Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7-jun-2016. Cita: MJ-JU-M-98891-AR | MJJ98891 | MJJ9889.

En el caso, la Corte revirtió el estado de adoptabilidad del niño y madre discapacitados con el argumento sólido de que el Estado brinde los apoyos suficientes con ajustes razonables para mantener el vínculo materno-filial y el proyecto de vida en común, instando a que se intente adecuar la asistencia a las necesidades específicas previo a establecer la condición de abandono del menor.

## VIII. Conclusión

Estadísticamente la cantidad mundial de discapacitados asciende al 15%, resultando ser la primera minoría, es decir, 110 y 190 millones de personas, con una tendencia en alza, por el aumento de la población en general, de los adultos mayores, así como el avance de la medicina.<sup>43</sup> Los países gastan en promedio entre el 4 y el 16,9% del PBI en el sector de salud, encabezando la lista EE.UU. y Suiza; en el caso de Argentina es del 9,4%.<sup>44</sup> Los datos vertidos sirven para concientizar la importancia de este sector y prever los lineamientos a seguir a futuro porque aún queda mucho más.

En las páginas anteriores he analizado desde lo normativo, histórico y social el avance del derecho a la salud y su prevalencia como derecho personalísimo en la actualidad, sin dejar de considerar el compromiso mundial de la OMS de llevar a otro nivel la salud desde el bienestar físico, mental y social a toda la sociedad en general; sin embargo a la hora de su implementación se reduce a un tema político-económico. Quizá se vea así desde un

43. Informe mundial sobre discapacidad publicado por OMS/Bco. Mundial (2018), <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health>

44. <http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/000001756cnt-cuanto-gasta-argentina-en-salud.pdf>.

punto de vista simplista sin considerar que se trata de un grupo vulnerable que adoptaron como lema “nada sobre nosotros sin nosotros”.

En el modelo social la persona no es considerada defectuosa, ni la dificultad es el centro de atención; la discapacidad identifica que el problema está constituido por la discriminación, los obstáculos, las prácticas sociales e institucionales y la opresión a que son sometidas las personas con discapacidad como grupo. El obstáculo no nace exclusivamente del impedimento sino principalmente de la interacción de este con las construcciones sociales. Entonces la persona es valorada desde su lugar. Ella misma participa en la evaluación de sus fortalezas y necesidades y usa los recursos disponibles en los servicios. Por lo tanto, la discapacidad es un concepto que evoluciona e implica interactuar, eliminar las barreras que impidan el ejercicio de los derechos y también la accesibilidad de esos derechos; esto implica el acceso físico a una rampa para que pueda ejercer mi derecho a la salud, por ejemplo.

El concepto de accesibilidad (art. 9 CDPD) hace al acceso físico, información, comunicación tecnología en igualdad de condiciones con las demás. También se encuentra el diseño universal, los ajustes razonables y las condiciones o medidas de accesibilidad conforme al principio de no discriminación.

Por otra parte el sistema de apoyos fue diseñado para que asista, ayude, facilite en el ejercicio de derechos. Puede ser una persona, un objeto, un animal guía, un intérprete como dijimos. La amplitud de tipos de apoyos nos lleva a repensar su rol e importancia en esta sociedad. Pienso en que el apoyo podría ser la clave para evitar accidentes propios de la persona con discapacidad y evitar gastos en el sistema de salud en general. En lo que hace al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, el CCC adoptó el de la toma de decisión (art. 12 CDPD) donde el sistema de apoyos para los actos formales está ligado a procesos de restricción de capacidad o incapacidad (art. 32 CCC) tal como surge de la sección 3 sobre “Restricciones”, art. 43 CCC (con una clara connotación negativa), cuando la CDPD plantea salvaguardias únicamente, de forma que en los casos donde sea necesaria la designación judicial de un apoyo sin restricción de capacidad, el juez debería valorar la prueba y evaluar si se cumplen los extremos del art. 43 CCC; tal podría ser la situación de un adulto mayor que necesite de un apoyo solamente para actos formales.

Como la toma de decisión es un proceso y no un acto en sí mismo, esa misma persona con discapacidad necesitará de apoyos para una vida

independiente y ahí es donde la prestación médica del asistente personal reviste importancia, porque en general se deniegan por no estar reguladas. Entiendo que los apoyos para una vida independiente hacen a la salud como bienestar general y están dentro las prestaciones asistenciales para los discapacitados en el marco Ley 24901, aun cuando no estén expresamente contempladas. Tener una vida independiente valora tres aspectos fundamentales: autogobierno, asunción de riesgos y apoyos.

La persona con discapacidad puede necesitar otros apoyos, que no hacen directamente al ejercicio de la capacidad jurídica para actos formales en sí (art. 12 CDPD) sino al ejercicio del derecho a la salud por una deficiencia física, sensorial, mental o psicofísica. Aquí encontramos al “asistente terapéutico” o “asistente domiciliario”, estos se encuentran bajo la supervisión médica a diferencia del “asistente personal”, que recibe instrucciones del propio discapacitado.

Independientemente de que el sistema de apoyos sea para la vida independiente o no, tanto las obras sociales como prepagas y hasta el Estado debe proporcionarlo de acuerdo a la CDPD. Aquí se observa cómo la deuda a la sociedad en general ha crecido por la juridización de los conflictos con las prestadoras, quienes, en general, sistemáticamente rechazan y dilatan su otorgamiento, no obstante ser, en general, la jurisprudencia favorable. Debería preguntar ¿quién/quienes ganan de esta forma? La respuesta es muy amplia y compete a todos los actores sociales: personas con discapacidad, familiares, prestadoras, ONG, apoyos en general.

Hemos detallado los argumentos por los que limitan o restringen los prestadores su otorgamiento pero no revierten el principio general, que el derecho a la salud es fundamental y personalísimo; sin embargo, podrían hacerlo por cuestiones de presupuesto en miras a mantener la sustentabilidad del sistema que, como vimos, no es otra cosa que una decisión de Estado.

Finalmente, y aun cuando la CDPD delineó un nuevo rumbo a través del sistema de apoyos, todavía falta mucho para lograr su efectivo goce. Seremos todos los sectores y en particular los abogados, asistentes sociales, psicólogos, asistentes personales, terapéuticos, domiciliarios, en general, que abroguemos por la causa instando procesos administrativos, extrajudiciales, judiciales o colectivos o individuales para proteger a personas con discapacidad y lograr su goce real de derecho, además del reconocimiento de que la persona no es solo un sujeto de derechos sino

una persona con necesidades y realidades para la construcción de una sociedad con diversidades.

## **Bibliografía**

- Alderete, Claudio, “El sistema de apoyos en la toma de decisiones de las Personas con Discapacidad. Propuestas y comentarios”, en *Infojus*, Id Infojus: DACF150521, septiembre 2015.
- Arendt, Hannah, *La condición humana*, Buenos Aires, Paidós, 2008.
- Arriagada, Malena; Ceriani, Leticia; Monópoli, Valeria (comps.), *Políticas públicas en salud mental: de un paradigma tutelar a uno de derechos humanos*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Secretaría de Derechos Humanos, 2013.
- Bariffi, Francisco José, “El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos”, tesis doctoral, Madrid, Universidad Carlos III, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 2014.
- Fischer, Stanley; Dornbusch, Rudie y Schmalensee, Richard, *Economía*, 2ª ed., McGraw-Hill, 1990.
- Foucault, Michel, *La vida de los hombres infames*, caps. “Historia de la medicalización” y “La incorporación del hospital a la tecnología moderna”, Buenos Aires, Acme, 1996.
- Gherzi, Carlos, *Manual. Derecho Civil, Comercial y de Consumo, Derecho a la salud como universal y personalísimo*, Buenos Aires, La Ley, 2017.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lloveras, N., *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2014.
- Lorenzetti, Ricardo, *La empresa médica*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2011.
- Moisset de Espanés, Luis, “Los incapaces absolutos y los incapaces relativos de hecho. Estudio de Derecho argentino y comparado”, en *La Plata Jus*, N°17, 1971.
- Palacio, Yanina, “Incorporación de los principios dispuestos por la CDPD - Sistemas de apoyo. Voluntad - Presente y desafíos para el futuro”, *Lejister.com - Rev. Dcho Civil* N°10 11/9/2019, Cita: IJ-DCCLVI-866.
- Palacios, Agustina, “Derecho de las personas con discapacidad”, en *El derecho a tener derechos. Algunas consideraciones sobre el ejercicio de la*

- capacidad jurídica y la toma de decisiones con apoyo*, Buenos Aires, Ed. Ministerio Público de la Defensa (MPD), 2017, pp. 23-28.
- *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la CDPD*, Madrid, Ed. Cinca, 2008.
- Seda, Juan A., *Discapacidad y derechos. Impacto de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Buenos Aires, Ed. Jusbaire, 2017.
- *Discapacidad intelectual y reclusión. Una mirada etnográfica sobre la Colonia Montes de Oca*, Buenos Aires, Noveduc, 2011.
  - *Discapacidad y Universidad*, Buenos Aires, Eudeba, 2014.