

Violencia y Vulnerabilidad. Abordaje transversal y multidisciplinario de las intervenciones. a) Directoras: Nora Lloveras - Olga Orlandi. b) Capítulo de libro: *Violencia y daños ocasionados a personas con capacidad restringida. La necesidad de una reparación integral* (en coautoría Franco Papa, Hernán; Maldonado, Gabriel; Ríos, Juan Pablo; Scocozza, Romina Daniela) páginas 61 a 134. Total de páginas del capítulo: 73. Editorial Alveroni. Córdoba. Argentina. 2014. Total libro: 419 páginas. ISBN 978-987-643-106-4.

## **Violencia y daños ocasionados a personas con capacidad restringida La necesidad de una reparación integral**

Por Nora Lloveras<sup>1</sup>; Hernán Franco Papa<sup>2</sup>; Gabriel Maldonado<sup>3</sup>; Juan Pablo Ríos<sup>4</sup>; Romina Daniela Scocozza<sup>5</sup>

### **Sumario**

#### **1. Planteo del tema**

##### **1.1. Terminología**

##### **1.2. Cambio de Paradigma**

##### **1.3. Principio de no discriminación e igualdad**

#### **2. Marco normativo**

##### **2.1 Fuente Convencional Universal**

###### **2.1.a. Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**

###### **2.1.a.1. Observaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**

###### **2.1.a.2. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**

###### **2.1.b. Declaración UN sobre Bioética y Derechos Humanos**

##### **2.2. Fuente Convencional Regional**

###### **2.2.a. Convención Interamericana para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra las Personas con Discapacidad**

---

<sup>1</sup> Lloveras, Nora. Profesora Titular de Derecho Privado VI (Familia y Sucesiones). Agregada a la cátedra de Derecho Constitucional. Investigadora Categorizada SECyT. Evaluadora alterna Conicet. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Ex Vocal de la Cámara 5ta de Apelaciones Civil y Comercial Córdoba. Poder Judicial Córdoba. Mail: [noralloveras@gmail.com](mailto:noralloveras@gmail.com)

<sup>2</sup> Franco Papa, Hernán Lisandro Abogado UNC. Investigador. Centro de investigaciones Jurídicas y Sociales (Cijs). Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Adscripto a la Cátedra A de Derecho Internacional Privado UNC. Diplomado en medidas cautelares Universidad Siglo XXI. Maestrando en Derecho y Argumentación Jurídica UNC. Empleado del Poder Judicial, Juzgado de Control en lo Penal Económico. Mail: [hernanfranco24@hotmail.com](mailto:hernanfranco24@hotmail.com)

<sup>3</sup> Maldonado, Gabriel. Abogado, UNC. Diplomado en medidas cautelares Universidad Siglo XXI. Investigador. Centro de investigaciones Jurídicas y Sociales (Cijs). Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Empleado del Poder Judicial, Asesoría Letrada de Familia. Mail: [galdonado1981@hotmail.com](mailto:galdonado1981@hotmail.com)

<sup>4</sup> Ríos, Juan Pablo. Investigador. Centro de investigaciones Jurídicas y Sociales (Cijs). Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Mail: [jpablorcba@hotmail.com](mailto:jpablorcba@hotmail.com)

<sup>5</sup> Scocozza, Romina Daniela. Abogada UNC. Diplomada en Desarrollo Humano con Perspectiva de Género y DDHH. Adscripta a la Cátedra "B" de Derecho Privado VI y a la Cátedra "C" de Derecho Constitucional UNC. Mail: [romyscocozza@gmail.com](mailto:romyscocozza@gmail.com)

- 2.2.b. Reglas de Brasilia
- 2.3. Fuente Autónoma
  - 2.3.a. Constitución Nacional
  - 2.3.b. Sistema de protección integral de los discapacitados, Ley N° 22431 del año 1981
  - 2.3.c. Talleres Protegidos de Producción, Ley 24147 del año 1992
  - 2.3.d. Pacto Federal del Trabajo, Ley N° 25.212 del año 1999
  - 2.3.e. Accesibilidad de personas con movilidad reducida, Ley N. 24.314 del año 1994
  - 2.3.f. Ley de Cheques, Ley N° 24.452 del año 1995
  - 2.3.g. Creación, Objetivos, Funciones y Atribuciones del Consejo Federal de Discapacidad, Ley 24657 del año 1996
  - 2.3.h. Certificado Único de Discapacidad, Ley N° 25504 del año 2001
  - 2.3.i. Turismo accesible y personas discapacitadas, Ley 25643 del año 2002
  - 2.3.j. Servicios de Comunicación Audiovisual, Ley 26522 del año 2009
  - 2.3.k. Ley de Salud Mental, Ley 26652 del año 2010
    - 2.3.k.1. El Decreto 603/13, reglamentario de la Ley de Salud Mental
  - 2.3.l. Código Civil argentino vigente
- 2.4. Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012
- 2.5. Índice de violencia y Discapacidad, relevamiento nacional e internacional y aplicación de convenios (Human Rights Watch)
- 3. Daños y las personas con capacidad restringida
  - 3.1. Clases de daños
    - 3.1. a. Daño Emergente
    - 3.1.b. Lucro Cesante
    - 3.1.c. Daño Moral
    - 3.1.d. Pérdida de Chance
    - 3.1.e. Daño Punitivo o multa civil
  - 3.2. Clases de Violencia
    - 3.2.a. Violencia institucional
    - 3.2. . Violencia lingüística
    - 3.2.c. Violencia intrafamiliar sobre personas con capacidad restringida
    - 3.2.d. Niños, niñas, adolescentes y discapacidad
  - 3.3. Clases y sistemas de reparación
    - 3.3. a. Prestaciones dinerarias
    - 3.3. b. Remoción del acto discriminatorio dañoso
    - 3.3. c. Acceso a prestaciones de salud, económicas y sociales
- 4. Relevamiento jurisprudencial
  - 4. 1. Casuística seleccionada
    - 4.1.1. Fondos recibidos por un accidente que produjo una situación de discapacidad
    - 4.1.2. Competencia del juez del lugar de la internación
    - 4.1.3. Condena por daño moral por falta de provisión de audífonos
    - 4.1.4. Rechazo del daño moral por la falta de reconocimiento de una niña con discapacidad
    - 4.1.5. Condena por daño moral a una escuela que se negó a matricular a un alumno con capacidad restringida
    - 4.1.6. Responsabilidad del Ministerio Público de Defensa y derechos patrimoniales de una persona con capacidad restringida
    - 4.1.7. Condena por daño moral a una empresa de transporte
    - 4.1.8. Supuesta imposibilidad de comprender el acto jurídico por una persona ciega
    - 4.1.9 Falta de accesibilidad de personas con movilidad reducida a edificios y lugares de acceso público
    - 4.1.10. Obligación del Estado provincial de incluir a mujer e hijo con discapacidad en un

**plan de viviendas**  
**4.1.11. Falta de cobertura integral de medicación y servicios por parte de una Obra Social**  
**4.1.12. Caso Furlan y Familiares vs. Argentina (Fallo CIDH)**  
**5. Nuestras conclusiones**

**1. Planteo del tema**

El tema que nos ocupa captó nuestra atención, no sólo a partir de la necesidad de una reparación integral que importan los daños que sufren las personas con discapacidad<sup>6</sup>, sino por la función que tiene que cumplir el derecho en torno a ellas. En este marco, la triada “*derecho, violencia y libertad*” juega un papel de vital importancia en el derecho de daños. Muchas veces los “*derechos*” que detentamos y que pretendemos ejercer se ven limitados, en cierta forma, “*violentamente*” por el derecho, en el sentido de que el sistema normativo tiene que ser coercitivo para que nuestra “*libertad*” se vea restringida en pos de la libertad de los demás, y a su vez el derecho nos coacciona a reparar los daños que se produzcan cuando infringimos los límites jurídicamente impuestos provocando daños a nuestros semejantes.

En este momento de la sociedad en que vivimos, marcada por la búsqueda del éxito continuo y efímero en todos los planos del hombre, las personas con capacidad restringida se hallarán violentamente segregados sino trazamos un plan de acción normativa y social tendiente a equilibrar los pesos en juego. En la triada de mención como lo sostiene Andruet los proyectos de vida de las personas se ven en cierta forma encorsetados por el derecho<sup>7</sup> y por ello tiene que ser el mismo sistema normativo el que brinde un proyecto de vida digno a las personas en general y más aún a las personas con capacidad restringida que, como veremos, son víctimas de violencia social, psicológica, física y discriminación.

El análisis que presentamos tiene distintos momentos. El primero de ellos, de corte sociológico, se ocupa de la terminología referida a las personas con discapacidad y al cambio de paradigma que ha operado en ese sentido. El segundo, de corte normativo, analiza los distintos ámbitos de producción normativa que se ocupan de la materia. El tercer momento de análisis se dirige a un estudio de tipo doctrinario en donde se analizan las distintas clases de

---

<sup>6</sup> Terminología que a partir de este trabajo pretenderemos abandonar en pos de adoptar, como veremos, el término personas con capacidad restringida.

<sup>7</sup> Véase ANDRUET, Armando S. *Libertad, violencia y derecho: un encuentro desde la autonomía personal y la realización democrática*. Ed. Foro de Córdoba, publicación de doctrina y jurisprudencia Año XVI – nº 100 - 2005. Pag. 17 y ss.

daño y el cuarto toma un tinte dogmático a través del cotejo de los casos jurisprudenciales que mas tenazmente han intentado resolver esta cuestión.

Ya habiendo justificado nuestra dedicación al estudio del tema planteado, esperamos realizar un aporte concreto a formar nuestra conciencia como miembros de una sociedad más igualitaria en la que se limen asperezas entre el derecho, la violencia y la libertad.

### **1.1 Terminología**

La manera de nombrar aquello que nos rodea, eso que comúnmente, aunque no exento de discusiones filosóficas, denominamos “*realidad*”, no resulta inocente ni neutral. Las palabras denotan intenciones y efectos a veces queridos y buscados, otras simplemente ocasionados sin un aparente propósito. En el presente capítulo, abordaremos la problemática de las personas que viven su vida con algún tipo o grado de discapacidad, o que tienen su capacidad en cierta forma “restringida” como veremos.

Hablar de “*personas con discapacidad*”, en el presente trabajo, responde a una decisión deliberada del análisis que pretendemos presentar, más allá de que somos plenamente conscientes de las numerosas críticas que cada terminología ha cosechado en el tiempo, fruto del trabajo, encomiable por cierto, y los esfuerzos de personas y organizaciones que han buscado y que buscan mejores maneras de nombrar la realidad. Muy lejos de nuestro propósito se encuentra el quitar importancia a estas discusiones, elaboraciones y propuestas, por el contrario, consideramos que “la cuestión terminológica” no resulta una cuestión menor o meramente de forma. Más allá de que sabemos que existen quienes, irreflexiva o frívolamente, piensan que el constante cambio de terminología responde a modas o tendencias que no tienen fuertes fundamentos.

Así, tal cual lo destacamos, los cambios en las formas de referencia a los hechos, las circunstancias y las personas, constituyen por lo general un capítulo de gran relevancia en el cambio de paradigmas y modelos para abordar la realidad.

En este contexto es que debemos tomar postura, redirigir nuestro pensamiento, y definir en cierta forma la terminología a emplear. Para ello combinaremos en parte lo sostenido por la Organización de Naciones Unidas al adoptar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el año 2006. Ello porque entendemos que dicho foro internacional constituye la representación más acabada del consenso que puede lograrse en la comunidad internacional, por lo cual dejamos de lado denominaciones tales como “*disminuidos*”, “*minusválidos*”, “*discapacitados / discapacitadas*”, “*personas especiales*”, “*personas con capacidades diferentes*”, entre otras. No desconocemos que cada

uno de esos términos encierra distintas concepciones acerca de las personas con discapacidad, acerca de la concepción de cuál es el lugar que la sociedad les da y debe darles, etc.

A su vez también decidimos considerar la terminología que presenta el proyecto actual de Código Civil y Comercial de la Nación en donde se instaura el término **“Personas con Capacidad Restringida”** y así volcarlo a todas las definiciones que internacionalmente la comunidad mundial ha consensuado y presentado en los respectivos instrumentos internacionales vigentes.

## **1.2 Cambio de paradigma**

Nuestro primer punto de partida lo marca el análisis de las distintas formas en las que a lo largo de la historia ha sido concebida la discapacidad en los seres humanos. Si bien los avances y progresos han sido numerosos, tanto desde el punto de vista jurídico como social y cultural, subsisten situaciones de desventaja, de falta de accesibilidad y barreras construidas por pensamientos y prejuicios que convierten a las personas con algún tipo de discapacidad en sujetos vulnerables.

La discapacidad y sus consecuencias no han sido percibidas por la cultura jurídica de la misma manera, o de forma inalterable a través del tiempo. Muy por el contrario, podemos identificar varias etapas, con paradigmas bien diferentes acerca de qué es la discapacidad, qué derechos asisten a las personas con discapacidad y cuál es el rol del Estado con respecto a las personas que se encuentran en esa situación de capacidad restringida.

En una primera etapa, podemos identificar que la discapacidad de las personas, cualquiera fuera su origen, causa o clase, era percibida y catalogada como un signo de anormalidad. La discapacidad como anomalía parte de la base de que existe una *“normalidad”* humana y todo lo que en menor o mayor medida se aparte de esa media estandarizada, pasa a ser visto como una carencia, o como una falla que justifica por parte del Estado la regulación de medidas de encierro, coerción, control médico y social, e incluso hasta medidas de eugenesia positiva y negativa.

En una segunda etapa, la discapacidad deja de ser una anomalía para representar una condición digna de protección. La persona se convierte en un objeto a proteger, sujeto de derechos “especiales”, creados para personas “especiales”.

En una tercera etapa, se advierte que este trato tutelar no resulta respetuoso del principio liminar de dignidad humana del que toda persona por el sólo hecho de ser tal es titular, principio que puede verse disminuido fruto de tratos degradantes y discriminatorios. En este sentido, las personas con discapacidad además de ser concebidas como sujetos de

derecho plenos, es decir, titulares de los mismos derechos que las demás personas, son acreedoras de un “plus” de protección, en razón de la situación de vulnerabilidad en la que muchas veces los colocan la organización social, y ello según sea su grado o clase de discapacidad.

### **1.3 Principio de no discriminación e igualdad**

La discapacidad hoy es un concepto que se encuentra en plena evolución, actualmente, dentro de la denominación de personas con discapacidad, se incluyen a aquellas que padecen una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que restringe la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, y que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

Esta nueva conciencia jurídica, como ya lo resaltamos, indica que todas las personas con discapacidad deben gozar de las mismos derechos y libertades fundamentales reconocidos a todo ser humano por su condición de tal, bregándose porque las mismas puedan ejercer de modo cierto y efectivo todas sus prerrogativas.

De este modo, si se quiebra el principio de igualdad de trato de las personas con discapacidad sin una causa de justificación, aparece en escena el concepto de discriminación, en este caso por tratarse de una persona con capacidad restringida. La discriminación se manifiesta a través diferencia de trato por parte de un particular (persona física o jurídica) o el estado en relación a una persona con discapacidad, que pueden consistir en: hacer distinciones, limitaciones, preferencias y exclusiones frente a una norma ya sea nacional e internacional. Tal diferencia de trato, por lo general, acarrea un resultado específico, del que ha sido medio esa diferenciación, y que consiste en la creación de una situación arbitraria y objetiva que anule o perjudique para el discriminado el goce de determinados derechos, que menoscabe sus intereses o que grave las cargas.<sup>8</sup>

También se ha dicho que la discriminación ha es un “acto u omisión por el cual, sin un motivo o causa que sea racionalmente justificable, una persona recibe un trato desigual que le produce un perjuicio en la esfera de sus derechos o forma de vida”<sup>9</sup>.

Entre sus propiedades relevantes encontramos: a) la vulneración del principio de igualdad; b) un efecto negativo dañoso; c) una relación causal directa entre el hecho dañoso

---

<sup>8</sup> Alzaga Villamil, Oscar [Director]. Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo II, ps. 262 y 262, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Unidas, 1996.

<sup>9</sup> Huerta Ochoa Carla “La estructura jurídica del derecho a la no discriminación” en “Derecho a la no discriminación”, Carlos de la Torre Martínez, coord., pág. 185, Consejo Nacional para prevenir la discriminación, Comisión de Derechos Humanos DF, Mexico, UNAM, IJ, 2006.

discriminatorio y el efecto negativo; d) la ausencia de una razón aceptable que sustente la distinción, a través del cual la discriminación produce una desigualdad no justificada.

## **2 Marco normativo**

Abordaremos en este punto el análisis de los distintos sistemas normativos tendientes a resguardar la igualdad de oportunidades y de trato a las personas con discapacidad, lo cual ha sido objeto de numerosas normas y convenios en los distintos ámbitos de producción, nacional, regional y universal como veremos a continuación.

Debido a la numerosa normativa existente en el tema, se analizarán los puntos más salientes de cada normativa.

### **2.1 Fuente Convencional Universal**

#### **2.1.a. Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**

En el año 2006 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>10</sup>, y en el año 2008, Argentina ratificó dicha Convención, a través de la Ley 26378<sup>11</sup>, dándole a dicho convenio, orden normativo de jerarquía constitucional.

Esta Convención obliga a la Argentina a adecuar su legislación conforme a sus directrices fundadas en la construcción social de la discapacidad.

Dentro de los 50 artículos que componen esta Convención, se señala un “cambio paradigmático” de las actitudes y enfoques respecto de las personas con discapacidad.

Su propósito es *“promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”<sup>12</sup>*.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad trae aparejada un cambio de paradigma en lo que hace a la capacidad jurídica, que va desde el “modelo de sustitución en la toma de decisiones”, hacia uno denominado “modelo de asistencia en la toma de decisiones”; por lo que esta convención exige al Estado a reemplazar el sistema de

---

<sup>10</sup> Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, por resolución A/RES/61/106/. Entrada en vigor el 3 de mayo de 2008.

<sup>11</sup> Ley 26378 del año 2008, aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, sanción: 21.05.2008, promulgación: 6.06.2008, B.O: 09.06.2008, núm.: 31422, pg. 1.

<sup>12</sup> Ver: Art. 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

sustitución en la toma de decisiones -propio de la curatela de representación prevista para los declarados judicialmente dementes- por el de apoyos y salvaguardias<sup>13</sup>.

Siguiendo a parte de la doctrina, se puede decir que, los Estados Partes de la Convención se obligan: a garantizar el reconocimiento igual ante la ley, incluso el derecho a poseer y heredar bienes, tener el control de asuntos financieros y el acceso a préstamos bancarios, crédito e hipotecas; a elaborar leyes y normas administrativas que aseguren que las personas con discapacidad estén libres de explotación, violencia y abuso; a fomentar la movilidad personal, incluso facilitarles el acceso a dispositivos de ayuda para la movilidad; a darle una adaptación razonable en lugares como escuelas y el lugar de trabajo; a garantizar el derecho a que las personas con discapacidad vivan de manera independiente y que no estén obligados a vivir en cierto tipo de viviendas; a garantizar el derecho a contraer nupcias y a establecer una familia, entre otros deberes<sup>14</sup>.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, impuso en su art. 12, la capacidad jurídica en el ojo de la tormenta. A partir de ella los países deben realizar los ajustes razonables en sus legislaciones para el ejercicio de la capacidad jurídica, reconociendo que ya no contiene la contradicción de la capacidad de goce o titularidad de ejercicio de la capacidad sino que establece que todas las personas están en un mismo pie de igualdad, el reconocimiento de su personalidad jurídica y capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. Es por ello que trae aparejado un concepto amplio de capacidad jurídica, que contiene la capacidad de ser sujetos de derechos y obligaciones, y la capacidad de ejercer esos derechos o de asumir obligaciones a través del impulso propio de sus decisiones. Dicho concepto impone la modificación del modelo de interdicción para pasar a un sistema de apoyos con salvaguardas que implica la individualidad como persona, su reconocimiento, más allá de una enfermedad mental<sup>15</sup>.

Por otra parte, el proyecto de Código Civil y Comercial argentino del año 2012, en su art. 32, prefiere hablar de personas con capacidad restringida y personas con incapacidad, como se verá más adelante.

Se establecen las obligaciones a las cuales se comprometen los Estados Partes, como así también las medidas necesaria para que exista una toma de conciencia sobre la presente

---

<sup>13</sup> Martínez Alcorta, Julio A., *Primera aproximación al impacto de la nueva Ley Nacional de Salud Mental en materia de capacidad civil*, Sup. Act. 07/12/2010, 07/12/2010, 1.

<sup>14</sup> Echegaray de Maussion, Carlos Eduardo; Lucero, Myriam Diana, *La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo*, Actualidad Jurídica, Revista Familia & Minoridad, Vol. 52, Año V, Córdoba, Agosto de 2008, ps. 5652 y ss.

<sup>15</sup> Iglesias, María G., *Capacidad Jurídica: restricciones a la capacidad en el Anteproyecto de Código Civil. Entre la incapacidad y los apoyos*, ps. 120 y ss. En: J.A., Numero Especial, El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil, Coordinadoras: Aída Kemelmajer de Carlucci; Marisa Herrera, Abeledo Perrot, 2012-II, 20/06/2012, Bs.As.

temática; los distintos derechos que se reafirman y protegen, y las garantías que protegen a las personas en el desenvolvimiento de sus derechos; se señala como significativo el tema de la cooperación internacional de los Estados Partes; y las medidas a tomar para lograr sus objetivos sean tomadas en forma progresiva de acuerdo con los recursos de cada país.

Hay una especial referencia a ciertos sujetos, que son aun más vulnerables, como las mujeres embarazadas y los niños y niñas con discapacidad.

Se crea un Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ante el cual, los Estados Partes, deberán presentar un informe exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la presente Convención y sobre los progresos realizados al respecto. El Comité considerará los informes, y hará las recomendaciones y sugerencias que considere atinentes, y se las remitirá al Estado Parte de que se trate.

La libertad y la participación de las personas con discapacidad constituyen las claves de interpretación del proyecto de inclusión social diseñado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas<sup>16</sup>.

### **2.1.a1. Observaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**

En el año 2012 el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, examinó el informe inicial presentado por la Argentina en virtud de lo estipulado en la presente convención, y aprobó, en su 91ª sesión, celebrada el 27 de septiembre de 2012, las observaciones finales.

Se destacan entre estas observaciones finales, ciertos aspectos positivos, como lo serían, el esfuerzo que realiza el Estado argentino para hacer efectivo el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ya sea a través de leyes, programas y planes.

Pero también se encuentra un ámbito de preocupación respecto al informe presentado por Argentina, en lo que hace a la débil armonización de la Convención con el ordenamiento nacional.

A consecuencia de ello, el Comité realiza una serie de recomendaciones, que a continuación se detallan: insta al Estado argentino a que garantice la implementación de Certificado Único de Discapacidad (CUD); insta a que incorpore en su legislación el concepto de ajustes razonables; a que adopte una estrategia especial dirigida a la niñas y mujeres con

---

<sup>16</sup> Villaverde, María Silvia, *La nueva Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU). En clave de derechos civiles y políticos*, Abeledo Perrot, Jurisprudencia Argentina, 2008-III-1041.

discapacidad; observa que en la Ley 26485 sobre Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres<sup>17</sup>, como en la Ley 26061 de Protección Integral de niños, niñas y adolescentes<sup>18</sup>, no se contienen normas sobre la situación específica de las mujeres y de los niños y niñas con discapacidad respectivamente; insta a que se invierta la mayor cantidad de recursos disponibles para terminar con la discriminación hacia los niños y niñas con discapacidad; insta al Estado para que en el Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial se elimine la figura de la interdicción judicial, garantizando la participación de las organizaciones de personas con discapacidad; insta al Estado a que tome las medidas necesarias para lograr las estrategias de desinstitutionalización adoptadas, debido a la preocupación de que siga prevaleciendo la internación involuntaria y prolongada; al lamentar que el representante de una mujer con discapacidad bajo tutela pueda otorgar el consentimiento a un aborto no punible en nombre de ella, es que recomienda que se modifique el art. 86 del Código Penal<sup>19</sup>; también demuestra una preocupación por las practicas de esterilización de personas con discapacidad sin su consentimiento, recomendando también la modificación del art. 3 de la Ley 26130 de Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica<sup>20</sup> en lo referente la autorización judicial solicitada por el representante de la persona con discapacidad<sup>21</sup>, etc.

Como puede observarse, el Estado argentino está sujeto a una serie de recomendaciones necesarias, para que el ordenamiento internacional al cual está subordinado logre una armonización con su ordenamiento local, y pueda llegarse a un seguro cumplimiento de la Convención.

### **2.1.a.2. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad consta de un Anexo II, donde se ubica el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, que posee 18 artículos.

---

<sup>17</sup> Ley 26485 del año 2009 sobre Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, sanción: 11.03.2009, promulgación de hecho: 1.04.2009, B.O. del 14.04.2009, núm.: 31632, pg.1.

<sup>18</sup> Ley 26061 del año 2005, sanción: 28/09/2005; promulgación: 21/10/2005 (Adla, LXV-E, 4635 —El texto de la ley y los antecedentes parlamentarios que les dieron origen han sido objeto de publicación en la revista "Antecedentes Parlamentarios", Rev. 11/2005, p. 9).

<sup>19</sup> Ver art. 86 del Código Penal argentino.

<sup>20</sup> Ley 26130 de Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica del año 2006, sanción: 9.08.2006, promulgación: 28.08.2006, B.O. del 29.08.2006, núm.: 30978, pg. 1.

<sup>21</sup> Art. 3º de la Ley 26130. Excepción. Cuando se tratare de una persona declarada judicialmente incapaz, es requisito ineludible la autorización judicial solicitada por el representante legal de aquélla.

A través del mismo, los Estados Partes del Protocolo reconocen la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que sean víctimas de una violación por dichos Estados de cualquiera de las disposiciones de la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas.

El Comité puede remitir a los Estados Partes, una solicitud para que adopten medidas provisionales necesarias a fin de evitar posibles daños irreparables a las víctimas de la supuesta violación; puede invitar al Estado Parte a colaborar en el examen de información y, a presentar observaciones sobre dicha información; también encargar a uno o más de sus miembros que lleven a cabo una investigación – de carácter confidencial - y que le presenten, un informe con carácter urgente. Respecto a esta investigación, el Comité, una vez que se ha dado fin a la misma, trasmite las conclusiones recabadas, al Estado Parte interesado, junto con las observaciones y recomendaciones que estime oportunas. Por su parte el Estado Parte interesado, presentará sus propias observaciones al Comité; paso seguido, el Comité puede, invitar al Estado Parte interesado a que le informe sobre cualquier medida adoptada como resultado de la investigación.

Los estados Partes, pueden, al momento de firmar o ratificar el Protocolo, o su adhesión, declarar que no reconocen la competencia del Comité en lo referente al pedido de colaboración en el examen información, como del encargo de la investigación.

### **2.1.b. Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos**

En octubre del año 2005, la Conferencia General de la UNESCO aprobó por aclamación la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos<sup>22</sup>.

Si bien la presente declaración trata los problemas éticos que plantean la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas en sus vertientes relacionadas con el ser humano, fundamenta los principios que se encuentran contenidos en ella, en las normas que rigen el respeto de la dignidad de la persona, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Entre los aportes más significativos que pueden resaltarse de la Declaración de Bioética y Derechos Humanos, encontramos: los principios de dignidad humana y derechos humanos; los límites a las intervenciones científicas; la autonomía y responsabilidad

---

<sup>22</sup> Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, adoptada por aclamación por la 33ª conferencia General de la UNESCO, 19 de octubre de 2005.

individual; el consentimiento; los criterios para la atención de las personas carentes de la capacidad para dar su consentimiento; entre otros<sup>23</sup>.

La noción de dignidad humana emerge permanente en la Declaración, y se recurre a ella en distintos planos, aportando a la misma, estándares para su implementación en diferentes áreas que van desde lo jurídico a lo sociológico, hasta lo filosófico.

Nosotros concebimos a la dignidad humana tal cual lo hace Ernesto Garzón Valdés no es un concepto “descriptivo”, sino que es “adscriptivo” de todo ser humano viviente. Expresa el autor que “...*Adscribirle dignidad al ser humano viviente es algo así como colocarle una etiqueta de valor no negociable, irrenunciable, ineliminable e inviolable, que veda todo intento de auto o hetero-deshumanización. En este sentido, impone deberes y confiere derechos fundamentales*<sup>24</sup>... ”.

Retomando el análisis normativo que veníamos realizando, podemos decir que la dignidad humana fundamenta los principios de la Declaración; es una perspectiva obligatoria para la solución científica y tecnológica de diferentes problemas; es modelo normativo de los instrumentos internacionales de bioética.

Hay que tener en cuenta que la dignidad humana se relaciona con la autonomía de la voluntad y la libertad, de modo inseparable. No puede pensarse en dignidad alguna, sino hay alguna forma de autonomía de la voluntad que supone libertad.

En la teoría, se puede hablar de una autonomía de la voluntad plena, pero habrá numerosas situaciones en que la persona no puede ejercerla. La autonomía de la voluntad permite decidir el proyecto autorreferencial; y la dignidad humana supone respeto a lo que la persona quiere, y decide, como proyecto de vida, o como acto.

## **2.2 Fuente Convencional Regional**

Se encuentra integrada por la Convención Interamericana para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y por las Reglas de Brasilia.

### **2.2.a. Convención Interamericana para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra las Personas con Discapacidad**

---

<sup>23</sup> Para un mejor estudio de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos ver: Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO, coordinadora: María Casado, Civitas, España, 2009.

<sup>24</sup> Garzón Valdés, Ernesto “*Dignidad, Derechos Humanos y Democracia*”, en Revista de Derecho Penal, Consecuencias jurídicas del delito – I Ed. Rubinzal – Culzoni Bs. As. 2009. p. 14.

En el año 1999, se suscribe la Convención Interamericana para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra las Personas con Discapacidad<sup>25</sup>, aprobada en Argentina, por la Ley 25280 del año 2000<sup>26</sup>.

La Convención Interamericana tiene como principal objetivo la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad. No es tan amplia como la convención de las Naciones Unidas y centra su objetivo en una fuerte tendencia a evitar la discriminación.

La Convención Interamericana define la "discapacidad"<sup>27</sup>, como también delimita el término "discriminación contra las personas con discapacidad"<sup>28</sup>.

Hay un compromiso de los Estados Partes en adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole que sean necesarias; de trabajar prioritariamente en la prevención, en la detección temprana e intervención, en el tratamiento, en la rehabilitación, en la educación, en la formación ocupacional, en la sensibilización de la población; un así también deber de cooperación para contribuir a prevenir y eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad.

Al igual que la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se crea un Comité – llamado Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad- .

El Comité actúa como foro para examinar el progreso registrado en la aplicación de la Convención, y elabora informes sobre los progresos que hayan realizado los estados Partes en la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, las dificultades que hayan tenido con la implementación de la Convención, como las conclusiones, observaciones y sugerencias generales para el cumplimiento de la misma.

Los Comités de los tratados internacionales transmiten, a través de sus Observaciones Generales, la experiencia adquirida en el examen de los informes generales que todos los Estados Partes del tratado presentan regularmente a fin de facilitar y promover la aplicación

---

<sup>25</sup> Convención Interamericana para la Eliminación de toda forma de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, suscripta en Republica de Guatemala, el 8.06.1999, en el vigésimo noveno período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americano.

<sup>26</sup> Ley 25280 del año 2000, Aprueba la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, sancionada: 06.07.2000, promulgada de hecho: 31.07.2000, B.O: 04.08.2000, núm.: 29455, pg. 1.

<sup>27</sup> Art. 1.1. de la Convención Interamericana. El termino discapacidad significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

<sup>28</sup> Art. 1.2.a. de la Convención Interamericana. El término "discriminación contra las personas con discapacidad", significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

ulterior del mismo. Pero también a través de las Observaciones Generales los Comités hacen pública su interpretación del contenido de las disposiciones de los derechos recogidos en la Convención<sup>29</sup>.

### **2.2.b. Las 100 Reglas de Brasilia**

Las Reglas de Brasilia fueron adoptadas en el marco de la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en Brasil en el año 2008; son un total de 100 reglas sobre el acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad<sup>30</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación el 24 de febrero de 2009, por Acordada N° 5/2009 Expte. N° 821 /2009 adhirió a las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia.

En el Capítulo I: Preliminar; Sección 2ª: Beneficiarios de las Reglas, se establece el concepto de personas en situación de vulnerabilidad, 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”*.

Luego de definir a las personas en condición de vulnerabilidad, las reglas ubican a la discapacidad, como una causal de vulnerabilidad, junto a: la edad, 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, entre otras.

En la regla número siete conceptualiza la discapacidad como *“la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”*.

Estipula la necesidad de constituir las condiciones que garanticen la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia a través de los servicios judiciales requeridos; y pueden disponer de todos los recursos para su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación (regla número ocho).

Cuando se piensa en el proceso desde la autonomía de las personas en condición de vulnerabilidad (ya sea por la edad o por el padecimiento psíquico), se debe releer, re-interpretar y re-construir las normas de fondo y procesales en concordancia con la

---

<sup>29</sup> Rosales, Pablo O, *Sobre la reciente Observación General en materia de capacidad de las personas con discapacidad del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (ley 25.280) de la OEA (Necesidad de modificación del régimen de capacidad de hecho del Código Civil)*, elDial.Express, 17.08.2011, Año XIV - N° 3333, <http://www.eldial.com/nuevo/archivo-doctrina-detalle.asp?base=50&id=5815&t=d&numingr=10&usr=20988328>

<sup>30</sup> 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008 en la ciudad de Brasilia -República Federativa de Brasil-

Convención sobre los Derechos de los Niños y la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Las reglas constituyen una herramienta poderosa que requiere su difusión y su incorporación a la cultura<sup>31</sup>.

### **2.3 Fuente Autónoma**

A nivel nacional, se han ido dictando normas que abarcan diversos aspectos del desarrollo y protección de las personas con discapacidad, ya sea de manera directa o indirecta.

Numerosas son las leyes que protegen a las personas con discapacidad en distintos planos, ya sea: en nuestra Carta Magna, como en leyes especiales que hacen referencia al Sistema de Protección Integral de las Personas con Discapacidad, al Certificado Único de Discapacidad, la accesibilidad, el empleo, la jubilación, la salud, la educación, el transporte, como también de legislación referida a turismo accesible.

#### **2.3.a. Constitución Nacional**

En primer lugar, es preciso comenzar con un breve análisis de nuestra Carta Magna. La constitución Nacional argentina hace referencia de manera expresa, a la protección que necesitan los “sujetos vulnerables”.

El art. 75 inc. 23, primer párrafo refiere que le corresponde al Parlamento argentino: *“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”*.

Siguiendo parte de la doctrina constitucionalista se puede decir que la voz “promover”, hace referencia a un cierto movimiento hacia adelante, se “pro-mueven” los derechos cuando se adopta las medidas para hacerlos accesibles y disponibles a favor de todos<sup>32</sup>.

Desde otro sector se aclara que el texto constitucional propicia normas protectoras de las personas mayores y de los individuos con problemas de capacidad, mediante mecanismos de “discriminación inversa” a favor de ellos. Lo que se produce es una constitucionalización

---

<sup>31</sup> Sherman, Ida A., *La Autonomía progresiva, las 100 Reglas de Brasilia y el asesor de incapaces. Desde la mirada de la libertad a la igualdad.*, ps. 181 y ss. En: Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Directoras: Cecilia P. Grosman; Nora Lloveras; Aída Kemelmajer de Carlucci; Noviembre 2011, N° 52, Aportes para el Proyecto de reforma al Código Civil en el campo del derecho de familia y sucesiones, Abeledo Perrot, Bs. As., 2011.

<sup>32</sup> Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T II-B, Ed. Ediar, Bs. As., 2005, ps. 79 y ss.

de actos de desigualdad a favor de personas que necesitan un apoyo del Estado mayor que el brindado a sujetos en plenas aptitudes psicofísicas<sup>33</sup>.

El reconocimiento a través de nuestra norma fundamental, de la igualdad real de oportunidades y de trato, como del pleno goce y ejercicio de los derechos que en ella se encuentran, respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad, es de suma importancia, sirviendo esta norma como punto de partida para una futura interpretación que pueda hacerse de las demás leyes del ordenamiento argentino.

### **2.3.b. Sistema de protección integral de los discapacitados, Ley N° 22431 del año 1981**

A través de esta ley se establece un sistema de protección integral de las personas discapacitadas, tendiente a asegurar a éstas su atención médica, su educación y su seguridad social, así como a concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca y les den oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas normales (art. 1, Ley, 22431)<sup>34</sup>.

Dicha normativa da una definición de persona con discapacidad<sup>35</sup>, y establece que será el Ministerio de Salud de la Nación quien certificará en cada caso la existencia de la discapacidad, su naturaleza y su grado. Se detalla sobre los servicios de asistencia y prevención, la salud, la educación, la seguridad social, la accesibilidad al medio físico, como también sobre el trabajo de las personas con discapacidad.

### **2.3.c. Talleres Protegidos de Producción, Ley 24147 del año 1992**

La Ley 24147 del año 1992 habilita los Talleres Protegidos de Producción, como también lo referente a su registro, funcionamiento, financiamiento y supervisión<sup>36</sup>.

Lo que se busca a través de los Talleres Protegidos de Producción es promover la integración de personas con capacidades especiales al mercado laboral; teniendo como objetivo integrar a la persona con discapacidad a la sociedad a través del trabajo. Se presenta como la única alternativa laboral, de aquellos trabajadores que no logran salir al mercado laboral por no poseer el perfil requerido por este.

---

<sup>33</sup> Sagües, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, T 2, 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Bs. As., 2003 ps. 572 y ss.

<sup>34</sup> Ley N° 22431 del año 1981, Sistema de protección integral de los discapacitados, sanción y promulgación del P.E. el 16.03.1981, B.O. del del 20.03.1981, núm.: 24632, pg.: 6.

<sup>35</sup> Art. 2 de la Ley N° 22431 del año 1981. A los efectos de esta ley, se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

<sup>36</sup> Ley 24147 del año 1992, Talleres Protegidos de Producción, sanción: 29.09.1992, promulgación: 21.10.1992, B.O. del 27.10.1992, núm.: 27501, pg.: 42.

Entre los requisitos que se le exigen a estos talleres para su inscripción, se les requiere constituyan un plantel por trabajadores con discapacidad, conforme a lo señalado en el artículo 3° del decreto 498/83 y normas complementarias, con contrato laboral escrito suscripto con cada uno de ellos y conforme a las Leyes vigentes (art. 3, inc. 3 ley 24147).

### **2.3.d. Pacto Federal del Trabajo, Ley N° 25.212 del año 1999**

La ley 25.212 del año 1999, ratifica el Pacto Federal del Trabajo<sup>37</sup> suscripto el 29 de julio de 1998 entre el Poder Ejecutivo Nacional y los representantes de las Provincias y del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En su Anexo VI, bajo el título de: “*Plan nacional para la inserción laboral y el mejoramiento del empleo de las personas discapacitadas*” se establece de manera expresa la promoción de la participación de las personas con discapacidad en los programas de empleo y capacitación laboral nacionales y provinciales, a fin de asegurar su incorporación en su integración socio laboral; la creación y el fortalecimiento de los servicios de empleo para personas con discapacidad; como también la implementación de mecanismos que permitan establecer incentivos para los empleadores que contraten con personas con discapacidad.

### **2.3.e. Accesibilidad de personas con movilidad reducida, Ley N. 24.314 del año 1994**

La presente ley de Accesibilidad de Personas con Movilidad Reducida<sup>38</sup> modifica en parte a ley N° 22.431 de Sistema de Protección Integral de los Discapacitados, más precisamente el Capítulo IV: Accesibilidad al medio físico, perteneciente al Título II: Normas Especiales.

Lo que se busca con esta normativa es la supresión de barreras físicas en los ámbitos urbanos arquitectónicos y del transporte que se realicen o en los existentes que remodelen o sustituyan en forma total o parcial sus elementos constitutivos con el fin de lograr la accesibilidad para las personas con movilidad reducida y mediante la aplicación de las normas contenidas en el presente capítulo. La voz “accesibilidad” se está refiriendo a la posibilidad de las personas con movilidad reducida de gozar de las adecuadas condiciones de seguridad y autonomía como elemento primordial para el desarrollo de las actividades de la vida diaria sin restricciones derivadas del ámbito físico urbano, arquitectónico o del transporte<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Ley N° 25.212 del año 1999, Ratificación del Pacto Federal del Trabajo, sanción: 24.11.1999, promulgación: 23.12.1999, B.O. del 6.01.2000, núm.: 29309, pg.: 1.

<sup>38</sup> Ley N. 24.314 del año 1994, Accesibilidad de personas con movilidad reducida, sanción: 15.03.1994, promulgación de hecho: 8.04.1994, B.O. del 12.04.1994, núm.: 27868.

<sup>39</sup> Art. 20 de la Ley N° 22431 del año 1981, Sistema de protección integral de los discapacitados.

### **2.3.f. Ley de Cheques, Ley N° 24.452 del año 1995**

Si bien la Ley de Cheques no es una ley que se refiera de manera palmaria al tema de las personas con discapacidad, no se puede dejar de recalcar que esta norma en su artículo 7° estipula que los montos recaudados por el Banco Central de la República Argentina en virtud de las multas previstas en esta ley, deberán ser transferidos de manera automática al Instituto Nacional de Seguridad Social para Jubilados y Pensionados, el que destinará los fondos exclusivamente al financiamiento de programas de atención integral para las personas con discapacidad<sup>40</sup>.

### **2.3.g. Creación, Objetivos, Funciones y Atribuciones del Consejo Federal de Discapacidad, Ley 24657 del año 1996**

La Ley 24657 viene a crear el Consejo Federal de Discapacidad, el que se integra por los funcionarios que ejerzan la autoridad en la materia en el más alto nivel, en cada una de las provincias y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y los representantes de las organizaciones no gubernamentales de o para personas con discapacidad<sup>41</sup>.

Entre las funciones más destacadas del Consejo se detallan: la de apreciar los problemas de la discapacidad comunes al país y a cada provincia y región; determinar las causas de tales problemas y proceder al análisis de las acciones desarrolladas a su respecto; recomendar cursos de acción para la instrumentación de las políticas sectoriales de alcance nacional; impulsar la realización periódica de congresos nacionales de discapacidad; elaborar trabajos y proyectos para el cumplimiento de los objetivos de la presente ley; coordinar el tratamiento de temas de interés común, con el Consejo Federal de Salud, Consejo Federal de Cultura y Educación, Consejo Federal de Protección del Menor y la Familia, Consejo Federal de la Vivienda; de evaluar los resultados logrados en la aplicación de las políticas y las acciones propuestas<sup>42</sup>. El Consejo Federal debe fomentar la interrelación de los entes gubernamentales y no gubernamentales que actúan en el tema.

### **2.3.h. Certificado Único de Discapacidad, Ley N° 25504 del año 2001**

La Ley 25504<sup>43</sup> viene a modificar el art. 3 de la Ley N° 22.431 de Sistema de Protección Integral de los Discapacitados, estableciendo que el Ministerio de Salud de la

---

<sup>40</sup> Ley N° 24452 del año 1995, Ley de Cheques, sanción: 8.02.1995, promulgación: 22.02.1995, B.O. del 2.03.1995, núm.: 28094.

<sup>41</sup> Ley 24657 del año 1996, Consejo Federal de Discapacidad, Su creación. Integración. Objetivos. Funciones. Atribuciones. Sancionada: 5.06.1996, promulgada de hecho: 5.07.1996, B.O.: 10.07.1996, núm.: 28432, pg. 5

<sup>42</sup> Art. 3 de la Ley 24657 del año 1996, Consejo Federal de Discapacidad.

<sup>43</sup> Ley 25504 del año 2001, Sistema de Protección Integral de los Discapacitados, sancionada: 14.11.2001, promulgada de hecho: 12.12.2001, B.O.: 13.12.2001, núm.: 29795, pg. 1.

Nación deberá certificar la existencia de la discapacidad, en cada caso en concreto, como así también su naturaleza y su grado, y las posibilidades de rehabilitación que puedan llegar a existir.

Se establece la denominación de “Certificado Único de Discapacidad” ha dicha certificación, que documentará la discapacidad en todo el territorio nacional, en todos los supuestos en que sea necesario invocarla.

### **2.3.i. Turismo accesible y personas discapacitadas, Ley 25643 del año 2002**

La Ley 25643 hace referencia al turismo accesible<sup>44</sup>, en referencia a todas aquellas actividades que posibilitan la plena integración de las personas con movilidad y/o comunicación reducidas, en un marco de tiempo libre, orientado al turismo y la recreación.

A través de sus disposiciones las agencias de viajes están obligadas a informar a las personas con movilidad y/o comunicación reducidas, como al grupo familiar y/o acompañante sobre los inconvenientes y obstáculos que pueden encontrarse en un viaje que dificultarán su integración física, funcional o social, como también deberán comunicar a los prestadores de servicios turísticos sobre las circunstancias de carácter especial de estas personas con movilidad y/o comunicación reducidas a los fines de que adopten las medidas que las mismas requieran.

### **2.3.j. Servicios de Comunicación Audiovisual, Ley 26522 del año 2009**

Dentro del grupo de legislación general para las personas, con especificaciones para las personas con discapacidad, encontramos la ley de Comunicación Audiovisual, Ley N° 26.522 del año 2009<sup>45</sup>.

El objeto de la presente ley es la regulación de los servicios de comunicación audiovisual en el territorio argentino y el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia con fines de democratización<sup>46</sup>.

Dentro de estos objetivos generales se hace referencia en el inc. n) del art. 3 de la ley, al derecho de acceso a la información y a los contenidos que deben tener todas las personas con discapacidad. También se establecen dentro de las funciones del Consejo Asesor de la

---

<sup>44</sup> Ley 25.643 del año 2002, Turismo. Sistema de Protección Integral de las Personas con Discapacidad, sancionada: 15.08.2002, promulgada de hecho: 11.09.2002, B.O.: 12.09.2002, núm.: 29982, pg. 2.

<sup>45</sup> Ley 26.522 del año 2009, Servicios de Comunicación Audiovisual, sancionada: 10.10.2009, promulgada: 10.10.2009, B.O.: 10.10.2009.

<sup>46</sup> Art. 1 de la Ley 26.522 del año 2009, Servicios de Comunicación Audiovisual.

Comunicación Audiovisual y la Infancia, promover la producción de contenidos para niños, niñas y adolescentes con discapacidad<sup>47</sup>.

Como un corolario al acceso a la información y a los contenidos que deben tener todas las personas con discapacidad, se exige incorporar medios de comunicación visual adicional en que se utilice subtítulo oculto -closed caption-, lenguaje de señas y audio descripción<sup>48</sup>.

En lo que respecta a los contenidos de las programaciones de los servicios, la ley estipula que deben evitarse que los mismos originen o provoquen tratos de carácter discriminatorios basados en cualquier tipo<sup>49</sup>.

### **2.3.k. Ley de Salud Mental, Ley 26652 del año 2010**

En el año 2010 Argentina sancionó la Ley 26.657<sup>50</sup> de salud pública en el marco nacional, tendiente a la protección del derecho a la Salud Mental.

La ley 26.657 fue el corolario de tres años de ardua labor y aun cuando su texto pueda contener deficiencias de técnica jurídica, no fue un producto espontáneo o improvisado; viene a llenar las carencias normativas que sirven de base para la adopción de políticas públicas concretas en pos de la realización de la persona en comunidad.<sup>51</sup>

Esta ley tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

La internación es considerada como un recurso terapéutico de carácter restrictivo, y sólo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario o social.

Con anterioridad se hospitalizaba a la persona con padecimiento mental, sea en forma voluntaria o involuntaria, dándole intervención al juez competente y controlando tanto el diagnóstico, evolución como así también su tratamiento. En la actualidad el principio se invierte, proclamando la nueva legislación como principio general el tratamiento ambulatorio de los pacientes, entendiendo a la internación como un recurso terapéutico de carácter restrictivo<sup>52</sup>.

---

<sup>47</sup> Art. 17, inc. i de la Ley 26.522 del año 2009, Servicios de Comunicación Audiovisual.

<sup>48</sup> Art. 66 de la Ley 26.522 del año 2009, Servicios de Comunicación Audiovisual.

<sup>49</sup> Art. 70 de la Ley 26.522 del año 2009, Servicios de Comunicación Audiovisual

<sup>50</sup> Ley 26657 de año 2010, Ley Nacional de salud mental, sancionada: 25.11.2010; promulgada: 2.12.2010, B.O. del 3.12.2010, núm.: 32041, pg. 1.

<sup>51</sup> Kraut, Alfredo J.; Diana, Nicolás; Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria, LL 08/06/2011, 1.

<sup>52</sup> Finocchio, Carolina L.; Millán, Fernando, *Régimen de interdicción e inhabilitación a la luz de la nueva ley de salud mental*, DFyP 2011 (septiembre) , 194

La ley establece la intervención necesaria y obligada de un defensor y coloca la decisión judicial en el grado y rol de garantía. Refiere a la identidad, dignidad, no discriminación, capacidad, debido proceso, garantía y protagonismo de la persona, en cualquier intervención jurídico-sanitaria que se pretenda sobre ella<sup>53</sup>.

Este marco normativo se aplica, tanto a los servicios de salud públicos y privados, cualquiera sea la forma jurídica que tengan.

En lo que hace al consentimiento informado<sup>54</sup>, el mismo rige como principio para todas las intervenciones, con las únicas excepciones que establece la ley. Al tratarse de personas con discapacidad, tienen derecho a recibir la información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión. Entre las disposiciones referentes a la internación, se exige el consentimiento informado de la persona o del representante legal cuando corresponda, como requisitos que se deben cumplir. En el supuesto en que el consentimiento informado haya sido obtenido o mantenido con dolo, el profesional responsable y el director de la institución, serán pasibles de las acciones civiles y penales que correspondieran en el caso.

La capacidad juega como regla en cualquier declaración de incapacidad. La ley 26652 en su artículo 3 establece que "se debe presumir la capacidad de todas las personas"; lo que ya está dicho en el art. 53 del Código Civil.

En materia de incapaces de hecho (arts. 54 y 55 CC) la regla es la incapacidad: en el sistema del Código, para proteger a los incapaces, en principio no pueden ejercer por sí mismos ningún acto, salvo disposición en contrario. Parecería que en el campo de los "dementes" - terminología del Código -, se ha querido "cambiar el paradigma" disponiendo en el artículo 152 ter que los jueces tendrán que establecer en la sentencia los actos que limiten su capacidad. Con ello ahora no sólo los inhabilitados, sino también los incapaces del artículo 54 son "en principio capaces" para todos los actos que el juez no limite en su sentencia<sup>55</sup>.

El art. 152 ter incorporado al Código Civil, establece que tanto las declaraciones de incapacidad como las de inhabilitación se deben fundar en dictámenes emanados de facultativos, conformados por evaluaciones interdisciplinarias; y que la sentencia deberá, en

---

<sup>53</sup> Iglesias, María Graciela, *Poder decirlo todo: hombre, persona y ley 26657*, ps. 103 y ss. En: Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Directoras: Cecilia P. Grosman; Nora Lloveras; Aída Kemelmajer de Carlucci; Septiembre 2011, N° 51, Abeledo Perrot, Bs. As., 2011.

<sup>54</sup> Art. 7 inc. J. de la Ley 26657. El Estado reconoce a las personas con padecimiento mental los siguientes derechos:... "el derecho a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que lo asisten, y de todo lo inherente a su salud y tratamiento, según las normas del consentimiento informado, incluyendo las alternativas para su atención, que en el caso de no ser comprendidas por el paciente se comunicarán a los familiares, tutores o representantes legales".

<sup>55</sup> Crovi, Luis Daniel, Capacidad de las personas con padecimientos mentales, LL 25/10/2011, 25/10/2011, 1.

ambos casos, especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible; por lo que este criterio, válido respecto del proceso de inhabilitación previo a la reforma, se extiende al de interdicción por demencia o sordomudez, con lo que tanto el interdicto como el inhabilitado gozan de plena capacidad de hecho y derecho salvo en los actos y funciones que el juez limite<sup>56</sup>.

También se ha producido un cambio paradigmático respecto a la función que debe realizar el juez. Con anterioridad a la ley el juez tenía la última palabra, se externaba la persona si el juez lo autorizaba; luego de la sanción de la presente ley, la última palabra la tiene el equipo interdisciplinario. El terapeuta y el juez, cumplen funciones diferentes<sup>57</sup>.

Esta intromisión cada vez mayor de los cuerpos interdisciplinarios en la materia, puede verse en diferentes normas de la ley 26657. El art. 42 de la ley 26557, que incorpora el art. 152 ter del CC, que establece que “*las declaraciones judiciales de incapacidad o inhabilitación deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias*”<sup>58</sup>. Por su parte el art. 43 de la Ley 26657, que sustituye el art. 482 del Código Civil, establece que la persona declarada incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones, no puede ser privado de su libertad personal, salvo en los ciertos casos, siempre que sea “debidamente evaluado” por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial con posterior aprobación y control judicial<sup>59</sup>.

En lo que hace a la internación, la ley es clara en que la misma debe ser un recurso terapéutico de carácter restrictivo, y sólo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos. La internación debe ser lo más breve posible, en función de criterios terapéuticos interdisciplinarios; la persona internada bajo su consentimiento podrá en cualquier momento decidir por sí misma el abandono de la internación; la internación involuntaria sólo podrá realizarse cuando a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros.

Se prohíbe la creación de manicomios, neuropsiquiátricos o instituciones de

---

<sup>56</sup> Kielmanovich, Jorge L., *El nuevo juicio de interdicción y de inhabilitación (ley 26.657)*, LL 17/02/2011, 1.

<sup>57</sup> Art. 23, Ley 26657 — El alta, externación o permisos de salida son facultad del equipo de salud que no requiere autorización del juez (...)

<sup>58</sup> Sobre la posibilidad de re jerarquizar a los trabajadores sociales incluyéndolos como prueba obligada en los procesos judiciales de declaración de incapacidad o inhabilitación, ver: Leonardi, Alicia B; Martínez Alcorta, Julio A., La importancia del Trabajador Social en los procesos judiciales sobre la restricción de la capacidad jurídica a propósito del nuevo artículo 152 ter del Código Civil, DFyP 2011 (octubre), 232.

<sup>59</sup> Parte de la doctrina resalta la contradicción entre lo que aparenta pretender la ley y la conformación del equipo interdisciplinario a que alude el art. 482 del C.C. ver: Sirkin, Eduardo, Acerca de la nueva ley de Salud Mental; su reforma a los Códigos Civil y Procesal de la Nación sobre inhabilidades. e incapacidades y las dificultades de su implementación, eDial.com - DC1533; Sirkin, Eduardo, Algo más sobre la nueva ley de Salud Mental; su incidencia en los Códigos Civil y Procesal, Estado temporal, Curador y variantes, Eldial.Express, 2.06.2011, Año XIV - N° 3280, [http://www.eldial.com/nuevo/tcd-detalle.asp?base=50&id=5649&fecha\\_publicar=02/06/2011&t=s&numingr=6&usr=20988328](http://www.eldial.com/nuevo/tcd-detalle.asp?base=50&id=5649&fecha_publicar=02/06/2011&t=s&numingr=6&usr=20988328)

internación monovalente; si ya existen se deben adaptar a los objetivos y principios expuestos.

Otra cuestión novedosa de la presente ley es que las internaciones deben realizarse en hospitales generales, y el rechazo de la atención de pacientes, por el hecho de tratarse de problemática de salud mental, será considerado acto discriminatorio.

La presente ley se exhibe como una nueva y práctica herramienta de protección de las personas más vulnerables de nuestra sociedad; la adecuación a los nuevos paradigmas de salud mental, hace que esta normativa sea un gran avance hacia una sociedad más justa y equitativa.

### **2.3.k.1. El Decreto 603/13, reglamentario de la Ley de Salud Mental**

El Decreto 603/2013, aparece como necesario para la inmediata puesta en funcionamiento de las previsiones contenidas en la Ley N° 26.657 en materia de protección a quienes padecen de enfermedades mentales o adicciones<sup>60</sup>.

Siguiendo parte de la doctrina, se pueden remarcar como las cuestiones más salientes de la reglamentación:

- La aclaración expresa de los principios básicos en materia de asistencia e internación a las personas con padecimientos mentales o adicciones.
- La inclusión de disposiciones que regulan los derechos y el modo de tratamiento de quienes padecen adicciones.
- La regulación de los modos de abordaje interdisciplinario de los enfermos.
- La exigencia a las autoridades para inicien los procedimientos para la búsqueda de datos de identidad y filiación, en un plazo de 48 horas, desde que tomaron conocimiento de la falta de identificación de una persona con padecimientos mentales.
- Las internaciones y su carácter excepcional, previo informe fundado del equipo interdisciplinario e informadas al juez competente.
- La atribución de competencias al Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo y a la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual.
- El reconocimiento de la plena capacidad de ejercicio que tienen los pacientes, salvo las limitaciones que por sentencias judiciales establezcan.
- La obligación de solicitar el consentimiento informado, previo a cualquier tratamiento.
- Prever el desarrollo de mecanismos habitacionales y laborales para lograr la inclusión social de todas las personas con padecimiento mental y problemáticas de adicciones.
- La desaparición de los establecimientos monovalentes, dentro del plazo final del año 2020<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Decreto 603/13, reglamentario de la Ley de Salud Mental, 28.05.2013, B.O. del 29.05.2013 , núm.:32649, pág. 1

Las limitaciones concretas del pleno ejercicio de la libertad personal, ya sea que se les de en llamar: "encierro", "aislamiento", "reclusión", "institucionalización", "internación" deben encararse con carácter absolutamente excepcional y transitorio. Nuestra cultura jurídica admite una medida de este tipo, solo cuando el sujeto está afectado en sus facultades mentales y ello, le acarrea o puede acarrear, daños a su persona, bienes o terceros. Siempre, sujeta a control judicial<sup>62</sup>.

Se debe subrayar la importancia del trabajo multidisciplinario, que se instala como un instrumento imprescindible para el encauzamiento de este tipo de problemática.

### **2.3.1. Código Civil argentino vigente**

El Código Civil argentino distingue entre capacidad de derecho o goce, y capacidad de hecho o ejercicio.

La capacidad de derecho es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones; concepto que se refuerza con el art. 52 del CCiv<sup>63</sup>. No se concibe a la persona totalmente privada de la titularidad de derechos u obligaciones.

Mientras que la capacidad de hecho es la aptitud de la persona para ejercer por sí los derechos de que es titular.

Hay que tener en cuenta que no hay propiamente incapaces de derecho, sino personas que tienen incapacidad de derecho con relación a ciertos actos<sup>64</sup>.

A su vez el Código Civil diferencia entre incapaces de hecho absolutos y relativos, atendiendo básicamente a los preceptos de los artículos 54 y 55 CCiv.

La ley designa incapaces de hecho absolutos a las personas por nacer; a los menores impúberes; a los dementes declarados tales en juicio y a los sordomudos que no saben darse a entender por escrito (art. 54 CCiv).

Entre los incapaces de hecho relativos, se incluye a los menores adultos.

---

<sup>61</sup> Escudero de Quintana, Beatriz, Consideraciones sobre el Decreto 603/13, reglamentario de la Ley de Salud Mental, *eldial.express*, 29.07.2013, Año XVI - N° 3804 [http://www.eldial.com/nuevo/archivo-doctrina-detalle.asp?base=50&fecha=29/07/2013&id\\_publicar=39179&numero\\_edicion=3804&titulo\\_rojo=Comentario%20a%20norma&id=6956&vengode=&fecha\\_publicar=29/07/2013](http://www.eldial.com/nuevo/archivo-doctrina-detalle.asp?base=50&fecha=29/07/2013&id_publicar=39179&numero_edicion=3804&titulo_rojo=Comentario%20a%20norma&id=6956&vengode=&fecha_publicar=29/07/2013)

<sup>62</sup> Giavarino, Magdalena Beatriz, El rol de la Justicia en las "internaciones" previstas en la Ley de Salud Mental. Avances de su reglamentación, *eldial.express*, 30.08.2013, Año XVI - N° 3827, [http://www.eldial.com/nuevo/archivo-doctrina-detalle.asp?base=50&fecha=30/08/2013&id\\_publicar=39654&numero\\_edicion=3827&titulo\\_rojo=Comentario%20a%20norma&id=6993&vengode=&fecha\\_publicar=30/08/2013](http://www.eldial.com/nuevo/archivo-doctrina-detalle.asp?base=50&fecha=30/08/2013&id_publicar=39654&numero_edicion=3827&titulo_rojo=Comentario%20a%20norma&id=6993&vengode=&fecha_publicar=30/08/2013)

<sup>63</sup> Art. 52 del Código civil. Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este código no están expresamente declarados incapaces.

<sup>64</sup> Tema: Rivera, Julio Cesar, *Instituciones de Derecho Civil. Parte general*, Abeledo Perrot, Bs. As., N° 378, 2010, ps. 370 y ss.

En lo que respecta a las personas dementes hay que tener en cuenta los arts. 140 y ss. del CCiv.

El art 140 CCiv. estipula que ninguna persona será habida por demente, para los efectos de este Código, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente.

A su vez el art. 141 establece que se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes.

Dos son los ángulos desde los cuales el derecho protege al enfermo mental. El primero y más tradicional es la incapacidad; quien por una enfermedad mental esta habitualmente incapacitado para dirigir su persona y administra sus bienes, es objeto del amparo jurisdiccional, mediante la declaración de insania. Hasta que sea rehabilitado por otra sentencia, un curador y el asesor de menores e incapaces, controlados por el juez deciden sobre habitación, comida, vestimenta, trabajo, educación administración y disposición de sus bienes.

Por otro lado, la reforma del año 1968 a través de la ley 17.711 agregó un nuevo artículo, el 152 bis, que prohíbe la disposición y aun, en ciertos casos, la administración de los bienes sin la asistencia de un curador a quienes, sin llegar a ser incapaces, tiene una debilidad mental o una adicción que los hace fáciles víctimas de los demás<sup>65</sup>. Este art. 152 bis dispone quienes serán las personas que podrán inhabilitarse judicialmente.

La inhabilitación es uniformemente encuadrada en la temática de la capacidad al reducir la esfera de los actos que la persona puede realizar por sí misma. También la interdicción incide sobre la capacidad de obrar aunque con una extensión mucho mayor pues su existencia es generadora de una incapacidad general. En la inhabilitación, a diferencia, la restricción de la capacidad es mucho menor, circunscribiéndose a cierta especie de actos, manteniendo la persona su capacidad genérica. Debe sumarse otra diferencia importante, que se vincula con el modo de suplir la restricción a la capacidad de obrar; en la interdicción lo es por un sistema de representación, mientras que en la inhabilitación por uno de asistencia<sup>66</sup>.

A partir de las arts. 468 y ss., el Código Civil argentino regula la “Curatela de los incapaces mayores de edad”, este instituto como se estableció remedio para suplir la

---

<sup>65</sup> Cardenas, Eduardo Jose; Grimson, Ricardo; Álvarez, José Atilio, El juicio de insania y la internación psiquiátrica, Atrea, Bs., As., 1985, N° 2, ps. 4 y ss.

<sup>66</sup> Tobías, José W., Comentario a los arts. 140 a 158 del Código Civil. T. 1A, p. 843. En: Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, T 1A, Artículos1/158, Parte General, Dirección: Alberto J. Bueres; Coordinación: Elena I. Highton, Hammurabi, Bs. As. 2003.

“incapacidad civil” de las personas mayores de edad declaradas incapaces en juicio por causas de disfunción psíquica o mental (arts. 14 y ss.).

Esta figura de representación legal sustituta (arts. 54 y 57 CCiv.) fue luego complementada con la alternativa menos gravosa de la inhabilitación judicial y la figura de un curador asistente (art. 152 bis). Por lo que la persona declarada incapaz es sustituida en su actuación por la gestión representativa de su curador, el inhabilitado conserva su capacidad civil, a excepción de los actos patrimoniales de disposición entre vivos para los cuales requiere la conformidad del curador<sup>67</sup>.

A su vez la ley 26657 de Salud Mental al Código Civil el art. 152 ter, en donde se estipula que todas las declaraciones judiciales referidas al ejercicio de la capacidad civil – insanias o rehabilitaciones – deberán consignar expresamente todas las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Dicha modificación impacta en el régimen de capacidad civil.

La crítica al art. 152 ter es notoria, parte de la doctrina sostiene que se perdió la posibilidad de revisar el régimen legal de manera profunda, como también, no se tuvo en cuenta el régimen existente sobre los efectos de la incapacitación. Dicha normativa al disponer que declaraciones judiciales referidas al ejercicio de la capacidad civil deberán consignar expresamente todas las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible, pareciera que estable el principio de la capacidad, que introduce lamentablemente en forma tacita. No se visualiza la compatibilidad de esta regla de capacidad con la dualidad insania/inhabilitación que se mantuvo en el Código Civil; más aun cuando en la inhabilitación el principio era ya la capacidad<sup>68</sup>.

#### **2.4. Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012**

Por Decreto 191/11 del Poder Ejecutivo Nacional, del 23 de febrero del año 2011, se creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y

---

<sup>67</sup> Fernández, Silvia E., *Mecanismos de asistencia al ejercicio de la capacidad civil de niños y adolescentes privados de responsabilidad parental y adultos con disfunción mental. Revisión de la regulación civil argentina en materia de tutela y curatela*, ps. 222 y ss. En: Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Directoras: Cecilia P. Grosman; Nora Lloveras; Aída Kemelmajer de Carlucci; Noviembre 2011, Nº 52, Aportes para el Proyecto de reforma al Código Civil en el campo del derecho de familia y sucesiones, Abeledo Perrot, Bs. As., 2011.

<sup>68</sup> Fernández, Silvia E., *Mecanismos de asistencia al ejercicio de la capacidad civil de niños y adolescentes privados de responsabilidad parental y adultos con disfunción mental. Revisión de la regulación civil argentina en materia de tutela y curatela*, ps. 222 y ss. En: Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Directoras: Cecilia P. Grosman; Nora Lloveras; Aída Kemelmajer de Carlucci; Noviembre 2011, Nº 52, Aportes para el Proyecto de reforma al Código Civil en el campo del derecho de familia y sucesiones, Abeledo Perrot, Bs. As., 2011.

Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, integrada por los Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Aída Kemelmajer de Carlucci Y Elena I. Highton<sup>69</sup>.

El proyecto de reforma de Código Civil y Comercial luce tutelado por una serie de principios<sup>70</sup>, que son necesarios para comprender la visión de este nuevo régimen normativo que busca implantarse<sup>71</sup>.

En la temática que nos convoca debemos situarnos de manera primordial en el Libro Primero. El Libro Primero del Proyecto de Código Civil y Comercial: Parte General posee 5 Títulos: Título I: Persona humana; Título II: Persona Jurídica; Título III: Bienes; Título IV: Hechos y actos jurídicos; Título V: Trasmisión de los derechos.

A su vez el Título I referido a la persona humana consta de 10 capítulos: Capítulo 1: Comienzo de la existencia; Capítulo 2: Capacidad; Capítulo 3: Derechos y actos personalísimos; Capítulo 4: Nombre; Capítulo 5: Domicilio; Capítulo 6: Ausencia; Capítulo 7: Presunción de fallecimiento; Capítulo 8: Fin de la existencia de las personas; Capítulo 9: Prueba del nacimiento, de la muerte y de la edad; Capítulo 10: Representación y asistencia. Tutela y curatela. Es en el Capítulo 2 (arts. 22 á 50) donde se hace referencia de manera expresa a la capacidad. Dicho capítulo se subdivide en secciones y párrafos, de la siguiente manera: Sección 1ª: Principios generales; Sección 2ª: Persona menor de edad; Sección 3ª: Restricciones a la capacidad; Párrafo 1º: Principios comunes; Párrafo 2º: Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad; Párrafo 3º: Actos realizados por persona incapaz o con capacidad restringida; Párrafo 4º: Cese de la incapacidad y de las restricciones a la capacidad; Párrafo 5º: Inhabilitados.

El proyecto habla de capacidad de derecho y capacidad de ejercicio<sup>72</sup>. Las modificaciones se producen respecto a la capacidad de ejercicio, adecuando el derecho positivo a la Convención sobre los Derechos del Niño y a la Convención Internacional sobre

---

<sup>69</sup> Por iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional el proyecto de reforma de los Códigos Civil y Comercial de la Nación ingresó el 8/6/2012 a la Cámara de Senadores. Número de Expte. 884-PE-2012. El 28 de noviembre del año 2013 obtuvo media sanción del Senado de la Nación.

<sup>70</sup> Entre estos valores encontramos consignados en los Fundamentos, -lo que se ratifica en todo el cuerpo normativo proyectado- qué es un código con identidad cultural latinoamericana; un código en el que se refleja la constitucionalización del derecho privado; un código de la igualdad; un código basado en un paradigma no discriminatorio; un código de los derechos individuales y colectivos; en materia de bienes, se actualizan las normas y se comprenden las nuevas situaciones; un código para una sociedad multicultural; un código para la seguridad jurídica en las transacciones comerciales.

<sup>71</sup> Fundamentos, Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/11, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012, p. 440 y ss.

<sup>72</sup> Sobre la terminología utilizada en el Proyecto de Código Civil y Comercial del año 2012 ver: Tobias, José W., La persona humana y el proyecto, ps. 68 y ss. En: Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Director: Julio Cesar Rivera; Coordinadora, Graciela Medina, Abeledo Perrot, Bs. As. 2012.

los Derechos de las Personas con discapacidad<sup>73</sup>. Toda persona goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos; y será la ley la que prive o límite dicha capacidad.

La capacidad de ejercicio, está presente en todas las personas, quienes pueden ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones que el Código establezca y en una sentencia judicial.

Se establecen como personas incapaces de ejercicio: a) la persona por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo; c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

Se incorpora la figura “del adolescente” y elimina la categoría de “menor adulto”, adecuando la edad a la modificación operada en materia de mayoría de edad<sup>74</sup>. El art. 25 del Proyecto denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió 13 años y que no ha cumplido todavía 18 años de edad. Haciendo referencia en el art 26, al ejercicio de los derechos por la persona menor de edad, en especial referencia al cuidado de su propio cuerpo<sup>75</sup>.

El proyecto fija una serie de reglas generales, que rigen la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica: la presunción de la capacidad general de ejercicio; el carácter excepcional de las limitaciones a la capacidad y su imposición en beneficio de la persona; el carácter interdisciplinario de la intervención estatal; el derecho a recibir información a través de los medios adecuados; el derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada; y la prioridad de las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

Se distingue entre personas con capacidad restringida y personas con incapacidad, receptándose el nuevo paradigma en materia de personas con capacidad restringida por razones de padecimientos mentales, conforme con la ley nacional 26.657 de Salud Mental<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> Fundamentos, Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/11, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012, p. 458 y ss.

<sup>74</sup> Ver Ley 26579 del año 2009. Sancionada el 02/12/2009; promulgada el 21/12/2009; B.O del 22/12/2009.

<sup>75</sup> Ver art. 26 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012.

<sup>76</sup> Art. 32 del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012. Persona con capacidad restringida y con incapacidad. 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 interaccionar 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.

Los supuestos de la incapacidad, se tratarían de casos extremadamente excepcionales donde la persona se encuentra en situación de absoluta falta de habilidad para dirigir su persona o administrar sus bienes.

Respecto a las personas con capacidad restringida, el proyecto aclara que, el juez puede restringir la capacidad “para determinados actos” de una persona mayor de 13 años, es decir un adolescente, 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 estos casos el juez puede designar los apoyos que estime necesarios, los que deberán promover la autonomía y favorecer las decisiones que sean más beneficiosas para la persona que se busca proteger.

Puede observarse como se limita la restricción de la capacidad, a determinado actos, siendo la regla es la capacidad amplia y la excepción la restricción a ésta, para actos determinados que deberán estar expresamente mencionados en la sentencia.

En lo que hace a la incapacidad, se establece que el juez puede declararla y designar un curador, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y de expresar su voluntad por cualquier modo o medio, y el sistema de apoyo resulte ineficaz.<sup>77</sup>

Se destaca el papel otorgado al denunciado - persona en cuyo interés se lleva adelante la causa - como parte en el proceso, y por lo tanto, con pleno ejercicio de su derecho de defensa<sup>78</sup>.

En lo que hace a la sentencia que resuelve sobre la declaración de incapacidad o de restricción de la capacidad, se exige el dictamen de un equipo interdisciplinario, y la fijación de una serie de aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso. Esta sentencia deberá determinar de manera expresa la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan. Siempre tratando que la afectación a la autonomía de la persona sea lo menor posible.

---

<sup>77</sup> En referencia a un doble rango de capacidad jurídica ver: Iglesias, María G., *Capacidad Jurídica: restricciones a la capacidad en el Anteproyecto de Código Civil. Entre la incapacidad y los apoyos*, ps. 120 y ss. En: J.A., Numero Especial, El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil, Coordinadoras: Aída Kemelmajer de Carlucci; Marisa Herrera, Abeledo Perrot, 2012-II, 20/06/2012, Bs.As. Según este sector de la doctrina de mantenerse este art. 32 del proyecto de Código Civil y Comercial, se sostendría un doble rango de capacidad jurídica, el del art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el del Código Civil, donde seguramente los jueces dentro de todas las garantías que la reforma trae, la ley específica de Salud Mental y la pirámide jurídica con la jerarquía constitucional de los tratados y convenciones de derechos humanos del art. 75, inc. 22, deberán armonizar entre la incapacidad y los apoyos.

<sup>78</sup> Cfr. Kraut, Alfredo J.; Diana, Nicolás, *Un breve panorama de la legislación, la jurisprudencia y el proyecto de Código Civil y Comercial. Una imprescindible relectura del status jurídico de las personas con discapacidad mental*. En: Revista de Derecho Privado y Comunitario, Proyecto de Código Civil y Comercial – I, 2012 -2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013.

En el caso de las internaciones sin el consentimiento de la persona, fija una serie de reglas generales como: estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario; que exista riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros; que se la considere un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; que se garantice el debido proceso, y defensa mediante asistencia jurídica; que se respete la especificidad de la sentencia que aprueba la internación.

Un papel importante en esta temática lo ocupan los sistemas de apoyo, entendiéndose por estos, 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. Estas 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<sup>79</sup>.

Respectos a los actos que realicen personas incapaces o de capacidad restringida, que contraríen lo dispuesto en la sentencia luego de ser inscripta, tendrán el carácter de nulos; en lo que hace a los actos anteriores a ese momento, serán nulos si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumplen ciertos requisitos.

En lo que hace a la figura de los inhabilitados, es reservada para el supuesto de prodigalidad, que se regula apuntando especialmente a la protección del interés patrimonial familiar. Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio.

Una vez que se declara la inhabilitación, se debe designar un apoyo que asistirá al inhabilitado en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y en los actos que la sentencia fije. Se elimina del instituto de la inhabilitación la figura del curador, siendo ésta solo aplicable al caso de incapacidad.

Por su parte, el Libro Segundo del proyecto de Código Civil y Comercial, en lo que respecta a los impedimentos para contraer matrimonio<sup>80</sup>, el art. 403, inc. g establece como un impedimento dirimente, la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial. Pero el Proyecto de Código Civil y Comercial, en su art. 405, prevé la posibilidad de que pueda contraerse matrimonio, en el supuesto detallado anteriormente, previa dispensa judicial. Para ello se requiere un dictamen previo del equipo interdisciplinario sobre la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y de la aptitud para la vida de relación por parte de la persona afectada; el juez deberá mantener

---

<sup>79</sup> Ver art. 43 del Proyecto de Código Civil y Comercial del año 2012.

<sup>80</sup> Ver: Libro Segundo: Relaciones de familia; Título I: Matrimonio; Capítulo 2: Requisitos del matrimonio.

una entrevista personal con los futuros contrayentes, como también podrá hacerlo con sus representantes legales, apoyos o cuidados, si así lo cree oportuno<sup>81</sup>.

## **2.5. Índice de violencia y Discapacidad, relevamiento y cuantificación de casos.**

Completado el marco normativo, queremos tomar este momento para poner de manifiesto el cumplimiento de ciertos objetivos trazados por el sistema jurídico en la materia que nos ocupa. En este sentido tanto la OMS, como distintas organizaciones internacionales han vigilado atentadamente su aplicación dando como resultados informes y estadísticas dignas de revelar.

En el Informe OMS 2012 se puso de manifiesto que niños con discapacidad sufren actos de violencia con una frecuencia casi cuatro veces mayor que los que no tienen discapacidad. Los niños cuya discapacidad se acompaña de enfermedad mental o menoscabo intelectual son los más vulnerables, pues sufren violencia sexual con una frecuencia 4,6 veces mayor que sus homólogos sin discapacidad. Alrededor de 650 millones de personas en el mundo, es decir, aproximadamente el 10 por ciento de la población mundial total, sufren de diversas formas de discapacidad. El ochenta por ciento de las personas con discapacidad, es decir más de 400 millones de personas, viven en países pobres, que son los menos preparados para atender sus necesidades.

*“Los países deben ‘ponerle colmillos’ a la convención (de Naciones Unidas) aprobando leyes y políticas firmes”, afirmó Shantha Rau Barriga, defensora de los derechos de las personas con discapacidad de Human Rights Watch<sup>82</sup>. “Los Estados deben tomar medidas sustanciales que garanticen a las personas con discapacidades una plena participación en la sociedad, sin sufrir abusos ni discriminación”.*

---

<sup>81</sup> Parte de la doctrina destaca una contradicción entre el art. 405 y los arts. 260 y 261 del Proyecto de Código Civil y Comercial, ya que al poder ser suplida la falta de discernimiento por la dispensa judicial, se estaría en contradicción con los dos artículos antes expresados, según los cuales el discernimiento es uno de los requisitos para configurar un acto jurídico como voluntario y se reputa involuntario el de quien carece de discernimiento. Ver: Belluscio, Augusto César. El matrimonio en el Proyecto de Reformas. ps. 325. En: Revista de Derecho Privado y Comunitario, Proyecto de Código Civil y Comercial – I, 2012 -2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013.

<sup>82</sup> Human Rights Watch (HRW) es una de las organizaciones no gubernamentales (ONG) líderes en el mundo dedicada a la investigación, defensa y promoción de los derechos humanos. Su sede se encuentra en Nueva York, EE. UU., y cuenta con oficinas en Beirut, Berlín, Bruselas, Chicago, Ginebra, Johannesburgo, Los Ángeles, Moscú, París, San Francisco, Tokio, Toronto y Washington, DC. Human Rights Watch comenzó en (1978) con la creación de Helsinki Watch, cuyo objetivo era ayudar a los grupos ciudadanos formados en todo el bloque soviético a verificar el cumplimiento gubernamental de los Acuerdos de Helsinki de 1975. Conforme la organización creció, se crearon los Comités de Observación (Watch Committees) para cubrir otras regiones del mundo. En 1988, la organización adoptó formalmente el nombre de Human Rights Watch. Robert L. Bernstein era el presidente de la organización y es uno de los fundadores originales, así como Jeri Laber, entre otros.

Human Rights Watch también hizo un llamamiento a los países que han ratificado la convención a abolir leyes discriminatorias y anticuadas que ignoran o aíslan a las personas con discapacidades.

Un estudio de Human Rights Watch en Argentina, que ratificó el tratado en 2008, descubrió que las mujeres y las niñas con discapacidades a menudo no tienen acceso a servicios de salud reproductiva debido al estigma, a barreras físicas y logísticas, y a la falta de acceso a información y educación sanitarias. La Convención exige a los gobiernos que proporcionen a las personas con discapacidades acceso a información, a educación sobre reproducción y planificación familiar, y a atención sanitaria del mismo nivel y calidad que la disponible a todas las demás personas, incluida la asistencia en lo referente a sexualidad y reproducción.

Aunque se aplaude la ratificación del tratado por parte de Colombia, Human Rights Watch instó a dicho país a tomar medidas proactivas para implementar esta convención. El Tribunal Constitucional de Colombia ha reconocido de forma explícita la obligación del Gobierno de garantizar los derechos de las personas con discapacidades, que deben ser incluidas en los actuales planes de reparación. También se debe hacer cumplir su derecho dar su consentimiento, de manera libre e informada, para cualquier procedimiento médico.

En China se constató que hay por lo menos 83 millones de personas que padecen alguna discapacidad en China, según estadísticas oficiales. Más del 40 por ciento de este sector de la población es analfabeta.

Por su parte en Rusia se confeccionó un informe de 118 páginas, llamado: *“Barriers Everywhere: Lack of Accessibility for People with Disabilities in Russia,”* (“Barreras en todas partes: la falta de accesibilidad para personas con discapacidad en Rusia”), el cual está basado en 123 entrevistas a personas discapacitadas y sus familias en seis ciudades de Rusia. El informe documenta los obstáculos cotidianos que afrontan las personas con discapacidad cuando van a las oficinas del gobierno, tiendas, centros de salud y lugares de trabajo, así como a la hora de acceder a medios de transporte público.

En Perú también se constató la situación de las personas con discapacidad, y así se confeccionó un informe de 89 páginas, llamado: ‘Yo quiero ser una ciudadana como cualquier otra’: Obstáculos para la participación política de personas con discapacidad en Perú’, allí se documentan los efectos de una política, modificada apenas en octubre de 2011, que negó de manera arbitraria el derecho de sufragio a personas con discapacidades sensoriales, intelectuales y psicosociales por considerar que eran jurídicamente incapaces para tomar esa decisión. Human Rights Watch también analizó los obstáculos que enfrentan las personas con

estas y otras discapacidades al ejercer sus derechos políticos, incluidas las dificultades que supone obtener documentos de identidad indispensables para votar, y la ausencia de mecanismos de asistencia para ayudar a personas con discapacidad a tomar decisiones sobre votación.

En Ghana se puso de manifiesto a través del informe denominado: ‘Like a Death Sentence’: Abuses against Persons with Mental Disabilities in Ghana” [Casi una sentencia de muerte: abusos contra personas con discapacidad mental en Ghana], como miles de personas con discapacidad mental son obligadas a vivir en este tipo de instituciones, muchas veces contra su voluntad y con escasas oportunidades de oponerse a esta reclusión. Como viven hacinadas en los hospitales mentales cuyas instalaciones que no reúnen condiciones básicas de higiene. Y en algunos de los centros de sanación espiritual, más conocidos como centros de oración, a menudo son encadenadas a árboles, bajo un sol abrasador, y obligadas a ayunar durante semanas como parte del “proceso de curación”, a la vez que se les niega el acceso a medicamentos.

Todo esto nos da un panorama global observado por una ONG de amplio crecimiento que en su plan de acción pone de relieve todo el trabajo que deben realizar los Estados para poder prevenir los daños provenientes de la discriminación a personas con discapacidad y que ello en el panorama mundial actual no es tarea fácil.

### **3. Daños y las personas con capacidad restringida**

#### **3.1. Clases de daños**

En muy apretada síntesis vamos a recordar ciertos conceptos básicos del derecho de daños y tratar de visualizar sus implicancias específicas en el tema que nos trata, los daños en las personas con discapacidad. No es objetivo del presente agotar todas las clases de daños posibles que pueda soportar una persona con capacidad restringida, sino tratar de circunstanciar de manera específica como impacta en su condición la clásica clasificación de los perjuicios civiles.

##### **3.1.a. Daño emergente**

Es el daño directo que sufre una persona, ya sea sobre su integridad física o sobre su patrimonio (reparaciones, medicamentos, traslados, etc.) y que se caracteriza por tener una clara relación de causalidad con la acción dañosa. “*Son daños efectivamente producidos porque se trata de gastos efectivamente realizados o que se van a realizar...*”<sup>83</sup>”.

---

<sup>83</sup> Reglero Campos, Fernando “*Tratado de Responsabilidad Civil*”, Thomson – Aranzadi, Navarra 2008, Tomo I, pags. 330/332. consultado el 15 de febrero de 2014 en <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/jaime-santos-briz-sustantivo-tomos-326567>

Esta clase de daño se cuantifica monetariamente, a los fines de poder repararlo para así intentar volver las cosas al estado anterior. En una persona con capacidad restringida, el daño emergente puede agudizar su grado de discapacidad o manifestarlo de forma diferente. Siendo ello así es que cualquier persona que ha sufrido esta clase de daño debe ser indemnizado.

### **3.1.b Lucro cesante**

Es la ganancia, utilidad o provecho dejado de percibir, “...este daño tiene en su propia naturaleza una dosis de incertidumbre pues la realidad es que no se llegó a obtener la ganancia, por eso hay que manejarse en términos de cierta probabilidad objetiva, de acuerdo con las circunstancias concretas para evitar que bajo este daño pretenda el perjudicado obtener la compensación por pérdidas que nunca se hubieran producido<sup>84</sup>...”.

Vale tanto para el comerciante que vio disminuida su ganancia como el empleado que no pudo ir a trabajar o el independiente que no pudo producir. Esto abarca tanto al damnificado directo, como a sus familiares, que por ejemplo deben cuidarlo o llevarlo al médico y deben dejar de trabajar o dejar de percibir ingresos.

Principio básico para la determinación del lucro cesante es que éste se delimite por un juicio de probabilidad. A diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el *lucrum cessans* se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en caso de no haber tenido lugar el acontecimiento dañoso”, añadiendo que “es preciso la adecuación o derivación del hecho dañoso según el curso normal de los acontecimientos<sup>85</sup>”.

Las personas con capacidad restringida que trabajan tienen un plus, por así decirlo, de lucro cesante, ya que estamos inmersos en un sistema social en el que las personas con discapacidad tienen una relativa inclusión laboral. Este es un tema que si bien excede nuestro trabajo, no es menor, ya que incide directamente en los daños que por discriminación sufren las personas con capacidad restringida, hechos que alcanzan fervientemente el ámbito laboral, que lejos de garantizar el principio de igualdad de oportunidades, segrega a los que la sociedad considera que están “menos capacitados” para realizar el trabajo.

### **3.1.c. Daño Moral**

---

<sup>84</sup> Reglero Campos, Fernando “*Tratado de Responsabilidad Civil*”, Thomson – Aranzadi, Navarra 2008, Tomo I, pags. 330/332. consultado el 15 de febrero de 2014 en <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/jaime-santos-briz-sustantivo-tomos-326567>

<sup>85</sup> Santos Briz, Jaime “*La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*”, Sexta Edición, Montecorvo, Madrid 1991, pag. 227. consultado el 15 de febrero de 2014 en <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/jaime-santos-briz-sustantivo-tomos-326567>

Las reflexiones del punto anterior nos llevan al mas grave de los daños, y al mas difícil de justipreciar, el denominado daño moral. Se lo ha definido como el padecimiento del ser humano en la psiquis, el plano emocional y su sentido de la superación. Aparece en situaciones muy diversas que van desde casos extremos como una muerte de un ser querido o un grave padecimiento físico, hasta cualquier caso en el que se produzca la privación de momentos de satisfacción y felicidad que afecten la calidad de vida en mayor o menor grado<sup>86</sup>.

Esta afectación a la calidad de vida es lo que se pretende evitar con la inclusión de las personas con capacidad restringida, que en un sistema segregativo y discriminatorio históricamente han sido “dañados morales” por la sociedad.

La consciencia que adquirió el entramado social de la persona con capacidad restringida, no es históricamente pacífica. Desde haberlos considerados “monstruos”, “cosas”, “personas con deformidades”, “incapaces”, “discapacitados”, hasta llegar a lo que hoy podemos denominar mas saludablemente, “personas con capacidad restringida”. Sobre ello volveremos al momento de tratar la “violencia lingüística”, aquí intentaremos demostrar cómo, a través del principio de igualdad de oportunidades, se comenzó a fortalecer la voz “personas” y a debilitar el calificativo “con discapacidad”, combatiendo el daño moral propio del etiquetaje social.

### **3.1.d. Pérdida de Chance**

Muchas veces se piensa que este tipo de “daño”, se da sólo con las personas que tienen un futuro prometedor, como ser: el/la deportista o el/la modelo que pierden su carrera, o sin ir a casos tan claros, también se lo ha visto en personas “comunes” que ante una expectativa la ven frustrada por el dolo o la culpa de alguien mas, vgr. el cliente de un juicio que podría haber ganado si al abogado no se le vencía un plazo. Pero en realidad se da para todas las personas en general cuando se ve frustrada una situación futura más o menos previsible por el daño causado, el daño por incapacidad sobreviniente (cuando se disminuyen las aptitudes físicas o psíquicas), el daño estético (cuando se afecta el aspecto exterior de una persona) y también lo que el derecho estadounidense denomina acciones de wrongful birth (nacimiento injusto) y wrongful life (vida injusta) respecto de la persona por nacer.

La chance es entonces la posibilidad de un beneficio probable, futuro, que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe. Privar de dicha oportunidad

---

<sup>86</sup> Cfr.: Moisset de Espanés, Luis, “Reflexiones sobre el ‘daño actual’ y el ‘daño futuro’, con relación al ‘daño emergente’ y al ‘lucro cesante’ ”, publicado en El Derecho Tomo 59, p. 791, Bs As, 1973.

al sujeto conlleva al daño, aun cuando pueda ser dificultoso estimar su entidad, porque lo perdido, frustrado, en realidad es la chance y no el beneficio esperado como tal. La pérdida de esta oportunidad configura un daño actual -no hipotético- resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrado por culpa del responsable y puede ser valorada en si misma aun prescindiendo del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad, convirtiéndose así en un daño actual resarcible<sup>87</sup>...”

La pérdida de chance en las personas con capacidad restringida se da cuando con el daño se generó una discapacidad que le va a impedir cumplir ciertos objetivos a futuro, o porque ya teniendo esta incapacidad agrava su situación, principalmente a través de actos discriminatorios. La falta de consideración de un supermercado, vgr, en no poner una rampa puede ocasionar un daño a la persona con capacidad restringida motriz que se traslada en silla de ruedas, o no. Puede ocasionarle daño emergente, si tiene que pagar un taxi especial que lo deje en la puerta, lucro cesante si no puede ingresar al lugar y allí ganar dinero, daño moral si ve afectada su psiquis en cuanto a sus posibilidades de integración y por sobre todo pérdida de chance, porque cualquier cosa que vaya a haber podido hacer ahí dentro, como ser el simple hecho de aprovechar una promoción, desde el inicio ya le fue denegada. La pérdida de chance en un sentido genérico es consecuencia de actitudes discriminatorias y políticas teñidas de falta de consideración.

En este ámbito se perfilan dos formas genéricas de discriminación: la activa que es el resultado de la regulación o de las políticas o acciones de las autoridades y organismos gubernamentales, y la pasiva, que es consecuencia de la falta de realización o implementación de las reformas, prácticas o políticas imprescindibles para superar un determinado problema de desigualdad. Es decir que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.

### **3.1.e. Daño Punitivo**

Por último encontramos la penalización del daño a través de un instituto que no busca en si mismo la reparación del daño sino su castigo. Con la reforma a la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, se incorporó a través del artículo 52 bis<sup>88</sup> la figura de daños punitivos.

---

<sup>87</sup> Llambías, Jorge Joaquín, *"Tratado de las obligaciones"*, Tomo I, p. 268, Ed. Abeledo Perrot, Bs As, 1988

<sup>88</sup> Artículo 52 bis de la ley 24240. Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de

Los daños punitivos consisten en una multa civil, que se añade a las clásicas indemnizaciones por daños (cuyo fin es la reparación del daño), aplicada en beneficio de la víctima, a los fines de castigar a los proveedores de bienes y servicios que incurran en graves inconductas, orientadas a cumplir un fin disuasor para el causante del daño.

El instituto legal toma especial trascendencia en relación a nuestro trabajo desde el momento en que, a raíz de una relación de consumo con una persona con capacidad restringida, la misma recibe un trato discriminatorio.

Tal cual queda expresado en la norma, la aplicación y la graduación del instituto por parte del juez, está dado por la gravedad del hecho, gravedad que deberá ser apreciada en el caso concreto. Es discutible que la aplicación de la multa civil tenga en la redacción del artículo como criterio para su aplicación únicamente la gravedad del hecho, sin hacer referencia al dolo o culpa por parte del proveedor. Más cuando el instituto no tiene un fin reparador sino punitivo.

También hay discusión acerca del hecho de que la suma que se fije por daños punitivos entre al bolsillo del demandante y no a un fondo del Estado. Entendemos que el fundamento es similar al que tienen las multas en la ley nacional de empleo, en este caso, que el consumidor tenga un incentivo más para efectuar el control que no puede efectuar el Estado. Se trata de un instituto interesante para poder limitar los abusos de ciertas empresas y también evitar las situaciones donde es más económico realizar un daño y después indemnizarlo que evitarlo.

## **3.2. Clases de Violencia**

### **3.2.a. Violencia institucional**

Esta se da en todos los ámbitos en los que no se tome consciencia del rol a cumplir por parte del Estado y sus representantes. La Cámara 1° en lo Criminal de Neuquén condenó por dos votos a uno a seis años al acusado por “abuso sexual con acceso carnal” en perjuicio de una mujer de 29 años, discapacitada mental, e hija de la cuñada del condenado. No obstante realizó algunas consideraciones a tener en cuenta: “Ente revestido de características humanas”; “damos por sentado (...) que un débil mental, un demente o un psicótico o delirante grave no por ello está excluido de la especie humana” “como el ser humano es humano en cuanto habla, piensa, vive en sociedad (...), no en cuanto mera entidad biológica, el consentimiento que interesa es el que resulta de esa capacidad (...). Si no la tiene, o está gravemente mermada, entonces reacciona (consiente o rechaza) poco más (o menos) que

---

regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

como un animal. Esto es, para el Derecho, como un objeto, una cosa, no como un humano, una ‘persona’. “No habría delito si alguien le facilita a la idiota (o a la ‘imbécil’) un artefacto de los comúnmente llamados ‘consoladores’ que también utilizan algunas mujeres que no tienen acceso a un varón, o que lo rechazan...”.

### **3.2.b. Violencia lingüística**

El uso generalizado del término “mogólico” como sinónimo de tarado o estúpido fue por mucho tiempo una forma de violencia invisibilizada y naturalizada, muchas veces utilizados como una forma “socialmente aceptada” para dirigirse a una con discapacidad mental o no, como un insulto.

Este y otros ejemplos demuestran que la violencia lingüística se da en todo tipo de relaciones humanas, expresiones artísticas y literarias, producciones cinematográficas y hasta se aprende en el colegio a temprana edad. El ser humano aprende a “diferenciarse” por medio de la palabra. La terminología discapacitados, lingüísticamente separa, segrega, disminuye y genera hasta rechazo. Si eso es lo que “discapacitados” o “mogólicos” genera, resta sólo imaginar que sentían las personas con capacidad restringida cuando en el antaño, muy atrás en la historia, cuando a una persona se la denominaba “monstruo” o “deforme”, y muchas veces se terminaba allí su vida porque no era digno o para evitar sufrimiento. Aún hoy son numerosos los casos de violencia a personas con capacidad restringida a través de insultos como los nombrados, y que no hacen más que desdibujar sus “diferencias”.

### **3.2.c. Violencia intrafamiliar sobre personas con capacidad restringida**

A nivel familiar la no aceptación de la discapacidad o la existencia de expectativas no reales por parte de los padres en cuanto a la rehabilitación de sus hijos, puede causar que expongan a los mismos a múltiples tratamientos terapéuticos o farmacológicos perjudiciales, excesivos o inapropiados, sin dejar de considerar la negación de asistencia sanitaria apropiada (por ej. atención sanitaria dental), entre otras. Todo lo cual debe ser considerado como distintas formas de violencia. El comportamiento maternal de riesgo durante el embarazo, por ejemplo abuso de drogas y alcohol, es una forma de violencia prenatal que puede causar discapacidades severas. Hay formas específicas de violencia ligadas a la discapacidad que son causadas por complejas convicciones individuales, sociales y culturales, estrictamente interrelacionadas y actuando a diferentes niveles. Son la expresión de actitudes particularmente difíciles de detectar y cambiar ya que están determinadas culturalmente y ampliamente aceptadas.

Ante ello la falta de intervención a tiempo dirigida a la autonomía e independencia, la negación de una identidad sexual para los niños con capacidad restringida, la falta de autodeterminación y poder de decisión, falta de oportunidades de comunicación y falta de privacidad para los adolescentes y adultos con capacidad restringida, entre otras agrava notablemente el ámbito de actuación de la violencia.

### **3.2.d. Niños y capacidad restringida**

La discapacidad en sí misma no es objeto de violencia, pero indudablemente si la sociedad los coloca en una situación de vulnerabilidad, se aumenta el riesgo. Según el modelo ecológico, los factores de riesgo y de protección, representan datos que no son estadísticos, pero que se consideran en un proceso dinámico como factores desencadenantes que pueden actuar como catalizador para el maltrato (por ejemplo, un suceso repentino en la vida que requiere un alto nivel de adaptación).

Los niños con capacidad restringida son niños con necesidades especiales que requiere un esfuerzo de su familia en tomar consciencia de ello. El sentirse completamente responsable de atender estas necesidades a diario, puede llevar a situaciones de desbordamiento que conduzcan a la violencia.

Ser padre de un niño con capacidad restringida requiere grandes destrezas para hacer frente a la situación, y habilidades para adaptarse a nuevas y difíciles situaciones. En este sentido, el nacimiento de un niño con estas características puede causar un trauma que requiere una profunda reorganización de las expectativas y perspectivas futuras. Se debe cuidar del niño, de los otros miembros de la familia y tener un trabajo resulta en muchos casos incompatible.

Otro cambio que se debe instaurar es la formación y desarrollo de un sistema de redes formales de relaciones entre los familiares, amigos y los diferentes servicios sociales de salud a los fines de dotar a los niños con capacidad restringida de una mayor protección y una mejor calidad de vida. La celeridad en el apoyo y contención, como así también en la disminución del concepto históricamente aceptado de que quien presenta una discapacidad debe ocupar un lugar en la familia, o en la sociedad que sea acorde a ella, naciendo así la primer discriminación en el propio seno de la familia. Por ello si se ofrece tarde la ayuda, o si hay poca comunicación, la intervención de las redes de contención tendrá menos éxito. La discapacidad de un miembro de la familia se presenta así un factor de riesgo que interactúa con otros. El peso de los factores de riesgo en una situación no es absoluto, sino que es compensado por los factores de protección.

### **3.3. Clases y sistemas de reparación**

Antes de entrar al análisis pormenorizado de las vías de resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por personas con capacidad restringida debemos tener en cuenta que las reparaciones otorgadas deben seguir el modelo social, el nuevo paradigma impuesto en nuestro ordenamiento jurídico vigente para abordar la discapacidad, consagrado a su vez en los diversos tratados internacionales sobre la materia.

Siguiendo esta línea de pensamiento, las medidas de reparación no se centran exclusivamente en medidas de rehabilitación de tipo médico o prestaciones dinerarias, sino que se incluyen medidas que ayuden a la persona con capacidad restringida a afrontar las barreras o limitaciones impuestas por su particular condición, con el fin de que dicha persona pueda lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y en consecuencia brindar un enfoque más amplio de medidas de rehabilitación para las personas con capacidad restringida. Esto implica que el juzgador determinará las medidas de protección y asistencia que serían más apropiadas para su inclusión social, educativa, vocacional y laboral teniendo en cuenta su situación de vulnerabilidad en que se encuentra, lo que requiere como se dijo, una especial protección de derechos y prerrogativas.

#### **3.3.a. Prestaciones dinerarias**

Las personas que por efecto de un hecho dañoso perciban una indemnización por incapacidad sobreviniente, tienen derecho a una indemnización integral, la cual como ya se puso de relieve *ut supra*, incluye a los daños materiales, inmateriales y corporales, lucro cesante, daño a la vida de relación y, especialmente, el daño moral, , y así quién padece.

Esta es la más clásica y tradicional forma de reparación del hecho dañoso, pero la que muchas veces demuestra que no se puede volver al estado anterior las cosas, y así el dinero vendría a reemplazar, de modo subsidiario, toda prestación necesaria para reconstruir los que el evento dañoso ha destruido.

#### **3.3.b. Remoción del acto discriminatorio dañoso**

Con este sistema de reparación se busca garantizar al damnificado el goce de su derecho o libertad conculcada. No es menos importante que la indemnización dineraria, pero su fin no es volver las cosas al estado anterior, sino que pretende volver a colocar a la víctima en el mismo plano de igualdad de oportunidades en el que se encontraba al momento del evento dañoso.

El derecho internacional muchas veces encuentra en la soberanía de los Estados una barrera para su clara implementación, “...normalmente los tratados generales o específicos de derechos humanos prevén alguna forma de control o monitoreo del cumplimiento en el respeto o protección de los mismos (sistemas que pueden ser muy variados: directamente de tipo político, o bien cuasi judicial o judicial). En general estas formas de control son – salvo las judiciales en el sistema de peticiones individuales en Europa y América cuyas decisiones finales son obligatorias – meras recomendaciones – generalmente genéricas – que los Estados no están obligados a cumplir (y que en muchos de los casos no lo hacen). Esta falta de coacción del derecho internacional de los derechos humanos no ayuda a lograr darles mayor universalidad a los mismos<sup>89</sup>.”

Y así la remoción del acto discriminatorio requiere no sólo de convenios internacionales que protejan a los sectores más vulnerables, sino un claro compromiso de los Estados en adecuar su normativa y su política social a dichos tratados.

### **3.3.c Acceso a prestaciones de salud, económicas y sociales**

Toma especial relevancia esta vía de resarcimiento cuando la persona con capacidad restringida es discriminada arbitrariamente en el acceso a las prestaciones médicas obligatorias por parte de una obra social, establecimiento sanitario, nosocomio y aún por el mismo Estado en el legal ejercicio del poder de policía sanitario, de salud y desarrollo social, máxime teniendo en cuenta la situación económica y social del damnificado que le impide acceder a una prestación o tratamiento médica privado que la mayoría de las veces reviste el carácter de urgente, inminente e irreparable en caso de no acceder al mismo.

A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc 22 CN), el derecho a la preservación de la salud – comprendido dentro del derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga.

La amplitud de las prestaciones previstas en la ley 24.901 resulta ajustada a su finalidad, que es la de lograr la integración social de las personas con capacidad restringida. En suma, la atención y asistencia integral de la discapacidad -expresada tanto en la normativa

---

<sup>89</sup> Rossetti, Andrés “La universalidad de los derechos humanos en el derecho internacional” Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Pag. 74 y 75. Consultado el diez de febrero de 2014 a la hora 10:00 en <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/3748/DyL-2004-IX-13-osssetti.pdf?sequence=1>

que rige la materia como en la jurisprudencia del Alto Tribunal que pone énfasis en los compromisos asumidos por el Estado Nacional en cuestiones concernientes a la salud, constituye una política pública de nuestro país que, como tal, debe orientar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de esos casos.

El acceso a prestaciones sociales se ve plasmado en la ley 22.341, la cual instituyó un sistema de protección integral de las personas discapacitadas tendiente a abarcar todos los aspectos relativos a su situación dentro de la sociedad, tratando de establecer un régimen particular en relación con sus derechos, así como respecto de las obligaciones que se imponen a los órganos del Estado. El objetivo de la ley 22.341, se dirige fundamentalmente a tratar de conceder a quienes se encuentran discapacitados, franquicias y estímulos que les permitan, en lo posible, neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca, a la vez que otorgar oportunidades para que puedan desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas normales.

#### **4. Relevamiento jurisprudencial**

La selección de casos en base a la consigna de daños y discriminación en ningún caso puede resultar exhaustiva sino un ejercicio de opción entre los casos que pueden ser de interés a los operadores del derecho en base al presente trabajo. Las reseñas realizadas pretenden ser gráficas sobre el amplio espectro de casos que implica el concepto de discriminación y también sobre las dificultades que entraña la percepción de las personas con capacidad restringida como sujetos activos de su derecho.

#### **4. 1 Casuística seleccionada**

##### **4.1.1. Fondos recibidos por un accidente que produjo una situación de discapacidad**

La actora inicio una demanda contra el Estado Nacional, a fin de intimarlo a que deposite los servicios financieros correspondientes a los años 2006 al 2009, de los Bonos Globales 2017 pertenecientes a la misma derivados de una situación absolutamente excepcional pues se trata de los fondos recibidos por la actora como indemnización por un accidente de tránsito ocurrido en el año 1991 -cuando tenía veinte años de edad- que le ocasionó un daño que derivó en un diagnóstico inicial de "estado vegetativo persistente" en el cual permaneció durante diez años, encontrándose en el momento del dictado del fallo en silla de ruedas con una grave lesión cerebral que requiere para su atención de seis personas que realizan turnos rotativos y tratamientos de kinesiología, entonía y fonoaudiología, así como

medicación psiquiátrica y anticonvulsiva, todo lo cual insume gastos mensuales del orden de \$ 20.000<sup>90</sup>.

En el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se pone de relieve que por tratarse de una persona incapaz, el sometimiento a la ley de consolidación resultaría contrario a lo establecido por el Anexo I, arts. 3; 4, inc. 1º, puntos b y d, inc. 2º y art. 7, inc. 2º, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada mediante la ley 26.378” estableciendo que la indemnización corresponde por razones de equidad y en consecuencia Debe confirmarse la resolución que declaró inaplicables las normas sobre diferimiento de pago, reestructuración y canje de la Deuda Pública -dec. 1735/04 y leyes 26017, 26198 y 26547 - a los fondos recibidos como indemnización por la víctima de un siniestro, que le ocasionó gravísimos traumatismos -a raíz de los cuales, en la especie, está en silla de ruedas, con una grave lesión cerebral que requiere, para su atención de salud y medicación-, si el apelante no ha rebatido el argumento central de la decisión atacada, relativo a la configuración de una situación excepcional en la que existe colisión directa de tales normas con el derecho a la vida, a la salud y a la dignidad de las personas, por lo que la postura sostenida por el Estado Nacional resultaría contraria a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada -junto con su protocolo facultativo- por ley nacional 26378”

#### **4.1.2. Competencia del juez del lugar de la internación**

Nos parece interesante traer el precedente en el esta selección atento a que las cuestiones de competencia, cuando se trata de personas internadas involuntariamente, traen aparejado en la práctica judicial grandes dilaciones al acceso a la justicia y meses de discusiones sobre el Juez competente.

En dicho precedente la Corte Suprema ha sostenido una regla de competencia de excepción que resulta muy práctica tenerla en cuenta al momento de definir prestaciones en dichas condiciones sosteniendo la competencia del Juzgado del lugar donde la persona se encuentra internada<sup>91</sup>, sin perjuicio de la competencia que la ley procesal establece respecto del Juez del domicilio del justiciable, en estos términos: Que el juez que conoce en el trámite de internación se encuentre en el mismo lugar que el establecimiento donde habita el eventual incapaz, en primer término, coadyuva al contacto directo y personal del órgano judicial con el afectado por la medida. Además, favorece la concentración en ese marco de todas las

---

<sup>90</sup> CSJN, M.M.M.G. c/ Ministerio de Economía (Estado Nacional) s/ incidente – familia, 5/7/2011 Cita; MJ-JU-M-67048-AR | MJJ67048 | MJJ67048.

<sup>91</sup> CSJN, “Tufano, R. A. s/ internación”; 27/12/2005. Cita: MJJ6376.

diligencias médicas destinadas a determinar su estado de salud, y finalmente propende a eliminar trámites procesales superfluos u onerosos y la prolongación excesiva de los plazos en la adopción de decisiones vinculadas a la libertad ambulatoria del individuo, aspectos todos ellos vinculados a los principios de inmediatez y economía procesal.

#### **4.1.3. Condena por daño moral por falta de provisión de audífonos**

En un fallo dictado por un Tribunal de la Ciudad Autónoma de la ciudad de Buenos Aires, se condenó a una obra social por la falta de provisión en términos de audífonos a una niña hipoacusica, señalando que no es menester formular demasiados desarrollos argumentales para concluir en que la situación vivida por los actores, durante los cuatro meses que les insumió conseguir los tan citados audífonos -para lo cual tuvieron que recurrir al auxilio judicial-, les habrá significado un padecimiento espiritual digno de ser indemnizado a título de daño moral: pérdida de horas de su vida en las tramitaciones que se vieron obligados a realizar, inquietudes generadas por la propia necesidad de recurrir a ellas, zozobras acerca del resultado de la gestión <sup>92</sup>. A lo cual debe añadirse la negativa a continuar con la cobertura de los honorarios de la fonoaudióloga que tratara por largos años, con cuya asistencia había logrado importantes progresos. Y desde que nadie está autorizado para ocasionar a otro padecimientos de tales características, resulta evidente la existencia del daño moral -derivado naturalmente de la propia conducta antijurídica, sin necesidad de otra demostración.

#### **4.1.4. Rechazo del daño moral por la falta de reconocimiento de una niña con discapacidad**

El fallo que citamos en esta oportunidad, nos parece importante debido a que la menor en este caso es una persona con discapacidad.

Pese a que esta sentencia fue dictada antes de entrar en vigencia la Convención sobre los derechos de las Personas con discapacidad (C.D.P.C.D. - ley 26.378), y ya con entrada en vigencia, este fallo colisiona con lo regulado por el artículo 7, inciso 29 y el artículo 23 inciso 1 y 3 <sup>93</sup> además de las normativas invocadas por el voto la minoría. Los daños que no han sido

---

<sup>92</sup> Cám.Nac.CivyCom.Fed., Buenos Aires Sala II, "C., Analía E.G. y otros c/ Obra Social del Personal de Edificios de Renta y Horizontal (OSPERYH) s/daños y perjuicios", 06/05/2002, Base de Datos de Jurisprudencia de la Universidad de la Provincia de Buenos Aires (UBA) <http://www.derecho.uba.ar>

<sup>93</sup> Art. 23 de la Ley 26.378. Respeto del hogar y de la familia. Inc.1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás..." e inciso 3 . Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la

tenidos en cuenta en esta acción, por ejemplo, son los derivados de la eventualidad de coberturas sociales, de coberturas de salud, derechos previsionales y alimentarios que hubiera podido tener la niña desde su nacimiento y por otro lado, lo que significa el abandono de un progenitor hacia el otro justamente en una circunstancia traumática como puede significar el nacimiento de un niño con discapacidad.

El decisorio del fondo de las cuestiones planteadas, rechaza la condena por daño moral por la falta de reconocimiento de una menor con discapacidad en estos términos <sup>94</sup>:  
*“...Corresponde confirmar la resolución del a quo que no hizo lugar a la indemnización por daño moral a favor de la menor cuya acción de filiación entabló contra su padre. El daño moral no se presume, debe ser cierto; y, merece prueba a cargo de quien reclama - si bien por la edad de la menor resulta difícil probarlo, ello no exime de acreditarlo-. No basta el no reconocimiento de filiación para generar la responsabilidad del demandado, sino que además deben darse todos los presupuestos que obligan a reparar. La falta de reconocimiento filial debe ser dolosa o culposa, debe además haberse producido un daño y existir relación de causalidad entre el no reconocimiento y el daño. En la acción de filiación entablada, no se ha probado el perjuicio generado a la hija -discapacitada, menor de 2 años - por el hecho de no haber sido reconocida oportunamente por su padre. Ello teniendo en cuenta que, al momento del inicio de la acción, la menor reclamante solo tenía 6 meses de vida y al momento de la resolución no alcanzaba los 2 años, no habiendo comenzado su ciclo escolar , ni tampoco habiendo comenzado a relacionarse con otros niños.”*

#### **4.1.5. Condena por daño moral a una escuela que se negó a matricular a un alumno con capacidad restringida**

En un fallo anterior a la vigencia de la C.D.P.C.D. un Tribunal de la Provincia de Buenos Aires resuelve revocar la sentencia de primera instancia y condena a un colegio privado por daños y perjuicios, por la negativa a rematricular a un niño con discapacidad (autista e hipoacusico) luego de haber cursado un primer año escolar en dicho instituto <sup>95</sup>.

Este fallo describe detalladamente una de las circunstancias que los niños con discapacidad padecen en la etapa de ingreso escolar, que es el rechazo a su matriculación o rematriculación en base a lo que la escuela denomina “derecho de admisión”, que se ejerce

---

segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias.

<sup>94</sup> Cám.Nac.Apel.Civ.Fed.,Buenos Aires, “P. M. F. c/ L. O. F. s/ filiación – ordinario”. 10/09/2007. Base de Datos de Jurisprudencia de la Universidad de la Provincia de Buenos Aires (UBA) <http://www.derecho.uba.ar> .

<sup>95</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín: “L., M. I. Y D. P., M. c/ I. C. M. s/ daños y perjuicios”. 3-7-2007. Cita: MJ-JU-M-12607-AR | MJJ12607 | MJJ12607.

muchas veces como en el caso de autos, en forma abusiva. Como el fallo fue dictado antes de la vigencia de la convención, no aplica la misma.

Cabe agregar que la ley 26.378 incluye varios Artículos referidos a la discriminación (algunos ya citados en la primera parte) y particularmente el artículo 2412 referido a “educación” del que en este texto queremos referir especialmente al inciso 2 del mismo<sup>96</sup> .-

De la exégesis del artículo 2 inciso 2do (figura general de la discriminación en razón de discapacidad) y del citado artículo 24 completo de la C.D.P.C.D., hoy la sentencia judicial debería condenar no solo la discriminación padecida por el niño en razón de su discapacidad sino el pretendido derecho de admisión a la escolaridad sea un colegio público o privado y cuando la CDPCD, de mayor rango jurídico que la ley de educación, expresamente lo sanciona.

El fallo comentado afirma que: *“Corresponde resarcir el daño moral ocasionado al menor hipoacúsico y a sus padres por la decisión del colegio de no re matricularlo luego de cursado su primer año, fundándose en problemas de conducta y sociabilización del menor, toda vez que el derecho de no re matricular reconocido a los institutos de enseñanza privada no puede ser ejercido por estos en forma caprichosa o arbitraria, sino cuando esa prerrogativa no importe discriminación o perjuicio ilegítimos”*.

También dicha sentencia apunta que *“Toda vez que el colegio admitió al menor en primer grado con total conocimiento y conciencia de su limitación auditiva, ello implicaba hacerse cargo de las dificultades inherentes a esa situación de desventaja y al asumir institucionalmente ese reto o desafío el compromiso de desplegar los esfuerzos necesarios para lograr superar las barreras de comunicación, a través de un entorno educativo propicio, sólido en su estructura y proyectado hacia el futuro, como medio abierto y flexible de integración y desarrollo personal. En eso, de buena fe confiaron los padres”*.

#### **4.1.6. Responsabilidad del Ministerio Público de Defensa y derechos patrimoniales de una persona con capacidad restringida**

Recientemente, la Justicia Federal resolvió recientemente un caso donde determino el alcance de la responsabilidad del Ministerio Público de la Defensa en la omisión de las

---

<sup>96</sup> Art 24, inc. 2. de la Ley 26.378. Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que: a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad; b) Las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan; c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales; d) Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva; e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión

diligencias necesarias para el resguardo de los derechos patrimoniales de una persona con discapacidad que derivo en la ejecución por expensas impagas de su vivienda <sup>97</sup> condenando a la demandada por daños y perjuicios y daño moral.

Fundamenta el decisorio que al referirse a la responsabilidad por falta de servicio, la Corte Suprema ha recordado que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o irregular ejecución.

Del mismo modo, la designación de un curador a los bienes es una facultad del juez cuando la demencia aparece notoria e indudable (art. 148 del Código Civil y art. 629 del CPCCN) y pese a que la situación lo ameritaba, ninguna gestión encaró la funcionaria del Ministerio Público de la Defensa en los autos de ejecución de expensas a fin de lograr la suspensión de la subasta, presentándose en los autos respectivos.

Sin perjuicio de que el citado artículo 59 inciso c) de la Ley N° 24.946 permite sostener la existencia de un deber de actuar en cabeza de los funcionarios del Ministerio Público de la Defensa, en especial ante el conocimiento efectivo de que se realizarían actos judiciales perjudiciales para la persona sujeta a curatela, otras normas también establecen directrices en cuanto a la adecuada tutela de estas personas. En efecto, no debe olvidarse que, aun cuando la actora no había sido declarada incapaz por sentencia judicial, se trataba, por lo menos, de una persona con una discapacidad mental.

En este contexto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por la Ley N° 2 6.378) se refiere, en lo que aquí interesa, a los derechos de aquéllas en cuanto al acceso a la justicia (art 13). Tal normativa que se encuentra en línea con un paradigma constitucional que -explícitamente desde 1994- reconoce la situación de grupos desaventajados y procura la protección de sus derechos (art 75 inc. 23 CN).”

La falta de servicio se configura ante la no provisión de los medios materiales y humanos que permitan una eficaz protección de personas que, aun cuando no hayan sido declaradas incapaces en juicio, son al menos personas con discapacidad que requieren una especial atención por parte de los órganos estatales encargados de custodiar sus intereses, máxime cuando aquellos conocen la situación de discapacidad y están siguiendo un proceso especial orientado a la interdicción de la persona por consiguiente, la omisión de adoptar (o solicitar) medidas que, aun en ausencia de la actora, cuya situación de discapacidad mental era conocida a partir de los informes médicos obrantes en el expediente, sumadas al hecho de que se estaba siguiendo

---

<sup>97</sup> C.Nac.Apel.Fed., Sala V, Expte. N° 14.119/2007 - "W..E.N. c/ EN- Ley 24946 -M° Público Defensa del Menor (EX 34408/96) s/ daños y perjuicios", 09/08/2011, elDialexpress.com - AA7056 el 26/10/2011.

#### **4.1.7. Condena por daño moral a una empresa de transporte**

La obligación de las empresas de transporte terrestre de emitir pasajes gratuitos en favor de personas con discapacidad halla su fundamento en la ley 22.431, modificada por la ley 25.635, que establece en su artículo 22, inc. a): “Las empresas de transporte colectivo terrestre sometidas al contralor de autoridad nacional deberán transportar gratuitamente a las personas con discapacidad en el trayecto que medie entre el domicilio de las mismas y cualquier destino al que deban concurrir por razones familiares, asistenciales, educacionales, laborales o de cualquier otra índole que tiendan a favorecer su plena integración social. La reglamentación establecerá las comodidades que deben otorgarse a las mismas, las características de los pases que deberán exhibir y las sanciones aplicables a los transportistas en caso de inobservancia de esta norma. La franquicia será extensiva a un acompañante en caso de necesidad documentada.

Que en virtud del Decreto N° 38/2004, se han simplificado los mecanismos de acceso gratuito al medio de transporte colectivo a fin de alcanzar el objetivo propuesto por las normas Nacionales e Internacionales que propician la igualdad e integración social del discapacitado en este sentido. Que asimismo, y en concordancia con los principios antes mencionados, se han eliminado los justificativos del viaje, garantizando así el traslado gratuito de las personas con discapacidad. En concordancia con ello, establece: “Artículo 1° – La fotocopia autenticada por autoridad competente del certificado de discapacidad y del documento que acredite la identidad del discapacitado, serán documentos válidos para acceder al derecho de gratuidad a los distintos tipos de transporte colectivo de pasajeros terrestre. “Art. 3° – La causa de viaje, a la que alude el tercer párrafo del Artículo 1° del Decreto N° 38 de fecha 9 de enero de 2004, no constituye limitante alguna al beneficio de gratuidad establecido en la Ley N° 25.635”.”

Argumentó la demandante que se le negó al actor el pasaje gratuito a Brasil que solicitaba porque los viajes internacionales están exceptuados de la obligación legal, dado que la ley 22.431 la impone a “las empresas de transporte colectivo terrestre sometidas al contralor de autoridad nacional”. Según sostiene, en virtud de la Resolución 263/90 de la Secretaría de Transporte, que puso en vigencia el Acuerdo de Transporte Internacional Terrestre suscripto por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay, el contralor de

las empresas que realizan transporte de pasajeros fuera de su país de origen, es ejercido por las autoridades del país de destino, una vez traspuestas sus fronteras<sup>98</sup>.

Puede presumirse que la injustificada negativa de la demandada a cumplir con la obligación legal de entregar pasajes gratuitos debió generar en el actor sentimientos de frustración, de impotencia ante la falta de reconocimiento de su derecho a obtenerlos al amparo de una legislación específica, cuya finalidad es procurar la equiparación de oportunidades de las personas con discapacidad y su plena integración a la vida social.

#### **4.1.8. Supuesta imposibilidad de comprender el acto jurídico por una persona ciega**

La demanda impetrada por el actor persigue la indemnización de los daños y perjuicios que habría sufrido el mismo, como consecuencia del acto discriminatorio que atribuye a la empresa demandada, consistente, ante todo, en haberle negado un crédito por su condición de no vidente, aunque, en definitiva, la condición puesta por la accionada sería la de que el acto se realice en presencia de dos testigos hábiles. La demandada niega que se haya rechazado, en modo alguno, el otorgamiento del crédito por ser el actor un no vidente, sino que se le requirió la firma de dos testigos para asegurar su efectivo conocimiento acerca de los términos de la documentación crediticia que debía firmar. En primera instancia, la demanda prospera favorablemente, determinándose que se trató de un acto discriminatorio<sup>99</sup>.

En segunda instancia, entendió el Tribunal de alzada que la requisitoria de la presencia de dos testigos, aplicando al caso las normas relacionadas con los derechos del consumidor, tiende a salvaguardar el derecho del actor a recibir una información adecuada, y a su vez acreditar, por un medio idóneo, el cumplimiento del deber de informar, y en consecuencia rechazó la demanda incoada por los supuestos daños y perjuicios sufridos como consecuencia del acto discriminatorio que atribuyó a la empresa demandada, consistente en haberle negado un crédito por su condición.

#### **4.1.9 Falta de accesibilidad de personas con movilidad reducida a edificios y lugares de acceso público**

Un cliente de una empresa de telefonía celular concurrió a uno de los locales de ésta para formular un reclamo, pero no pudo ingresar al mismo porque no había una rampa de

---

<sup>98</sup> CNCiv, Rayon, Rubens Gabriel c/Crucero del Norte S.R.L. s/daños y perjuicios”. 29/04/2008. Circular sobre las V Jornadas Nacionales Universidad y Discapacidad de la Universidad Nacional de Tucumán. 03/07/2008.

<sup>99</sup> Cfr. Rosales, Pablo Oscar: “*La persona con discapacidad como consumidor: el derecho a la asunción de los propios riesgos y la discriminación en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*” (comentario a fallo) Numero Especial: “Discriminación”, Editorial Abeledo Perrot, ISBN 978-950-20-2113-3, 28/7/2010, 96 paginas. El fallo comentado es caratulado: Cámara nacional en lo Civil Sala H, “S. H. M. c/ Dabra S.A. s/ daños y perjuicios”, del 29/3/2010.-

acceso para discapacitados. El fallo de un Juzgado de Mar del Plata hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios entablada y condenó a la demandada a abonar \$ 30.000 por daño moral y otra suma igual por daño punitivo <sup>100</sup>.

Corresponde hacer lugar al reclamo por daño moral formulado por una persona con discapacidad motriz que se desplaza en una silla de ruedas, en virtud de la imposibilidad de acceder a un local comercial de la demandada que carece de rampa de acceso, ya que dicha circunstancia implica un incumplimiento de la normativa vigente, y un acto discriminatorio para los discapacitados motrices susceptible de provocar en el actor una dolencia íntima que debe ser reparada.

El incumplimiento del art. 24 de la ley 10.592 de la Provincia de Buenos Aires, que prevé la construcción de rampas de acceso a los edificios de uso público para permitir la circulación de personas con discapacidad motriz, constituye un acto discriminatorio, por cuanto vulnera los derechos de igualdad y de autodeterminación del discapacitado.

Resulta procedente imponer una multa civil, en los términos del art. 52 bis de la ley 24.240, a una empresa de telefonía celular cuyo local carece de una rampa de acceso para discapacitados, impidiendo el acceso al mismo de un cliente que había concurrido para formular un reclamo y se desplazaba en silla de ruedas, desde que se da en el caso un abuso de posición de poder que evidencia un menosprecio grave por el derecho del consumidor a un trato digno.

#### **4.1.10. Obligación del Estado provincial de incluir a mujer e hijo con discapacidad en un plan de viviendas**

Una mujer en situación de calle, extranjera, que reside en la Ciudad de Buenos Aires desde el año 2000, inició una acción de amparo con el objeto de que el Gobierno local la incluya, junto con su hijo menor de edad, que sufre una discapacidad motriz, visual, auditiva y social producida por una encefalopatía crónica, en los programas vigentes en materia de vivienda, buscando alguna alternativa para salir de la situación en la que se encontraba <sup>101</sup>.

El Juzgado interviniente en primera instancia hace lugar a la cuestión planteada por la requirente, pero El Tribunal Superior de la Ciudad revocó la sentencia que hizo lugar a la acción.

---

<sup>100</sup> Cam.Apel.CivyCom., Mar del Plata (Buenos Aires), Sala II Expte. N° 143.790 – “Machinandiarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ reclamo contra actos de particulares” – 27/05/2009. eldial.com. 04/06/2009.

<sup>101</sup>CSJN,. “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”. 24/4/2012. La Ley Online. AR/JUR/9063/2012.

Contra ese pronunciamiento, la actora interpuso recurso extraordinario federal que, denegado, dio lugar a la queja y la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó que la demandada garantice el derecho de la reclamante.

Apunta el fallo que en el caso de una mujer en situación de calle y su hijo menor de edad y discapacitado no sólo es un simple supuesto de violación al derecho a una vivienda digna, dado que entran también en juego aspectos relativos a la situación en la sociedad de los discapacitados y la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad pública en los asuntos concernientes a ellos, que no es admisible que pueda resultar notoriamente dejado de lado por el estado local demandado —la Ciudad de Buenos Aires—.

#### **4.1.11. Falta de cobertura integral de medicación y servicios por parte de una Obra Social**

Las presentes actuaciones tuvieron origen a raíz de la denuncia formulada por la Sra. M. D., en su carácter de representante de su hijo L. R. de cuatro años de edad, quien desde su nacimiento padece una discapacidad de ceguera por retinopatía del prematuro y que es afiliado a Bristol Medicine S.R.L. En diciembre de 2004, ante la extrema urgencia de atención del menor porque Bristol Medicine no cumplía con las prestaciones a su cargo (provisión de medicamentos y atención de un discapacitado), inició un recurso de amparo ante un Juzgado de la Ciudad de Buenos Aires.

La Alzada resolvió con fecha 16/02/05 que la demandada debía proveer sin costo la medicación que necesita el menor y hacerse cargo de los gastos que demande el tratamiento. Transcurrieron más de dos meses sin que Bristol Medicine haya cumplido con lo ordenado por el juez. Ante el incumplimiento de las prestaciones ordenadas en el fallo de la Cámara Civil, la madre del menor formula la correspondiente denuncia ante el Ministerio de Economía (Dirección Nacional de Comercio Interior), quien por disposición N° 253/08, de fecha 13 de marzo de 2008, impuso a la razón social Bristol Medicine S.R.L. una multa de cien mil pesos (\$ 100.000) por infracción al art. 19 de la ley 24.240. Asimismo, ordenó publicar la parte dispositiva de dicha resolución de acuerdo con lo establecido en el art. 47 in fine de la ley citada, bajo apercibimiento de requerir su cumplimiento más la aplicación de astreintes por cada día de demora. La sancionada apeló la resolución en los términos del art. 45 de la ley 24.240 y la Cámara Contencioso Administrativo Federal rechazó el recurso<sup>102</sup>.

---

<sup>102</sup> Cám.Nac.Apel.Cont.Adm.Fed. Sala/Juzgado: III. “Bristol Medicine S.R.L. c/ DNCI-DISP. Exped. 253/08. 30-nov-2010. Página Oficial del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza: [http://www.jus.mendoza.gov.ar/biblioteca/boletines/especiales/2011/bioetica\\_0906/F\\_bristol.php](http://www.jus.mendoza.gov.ar/biblioteca/boletines/especiales/2011/bioetica_0906/F_bristol.php).

#### **4.1.12. Caso Furlan y Familiares vs. Argentina (Fallo CIDH)**

Sebastián Furlan, persona de bajos recursos sufrió en 1988, a los 14 años, fractura de cráneo y daños cerebrales graves que derivaron en discapacidad, por el impacto de un travesaño mientras jugaba al fútbol en un campo abandonado del Ejército, en la localidad bonaerense de Ciudadela. Los padres demandaron civilmente al ministerio de Defensa de la Nación Argentina, y la causa demoró en resolverse 10 años y otros 2 años más para ejecutarla, mientras que finalizó con una indemnización a cobrar con Bonos de Consolidación de Deudas del Estado Argentino en 2016, cuyo valor nominal se le redujo un 33 por ciento ya que los padres tuvieron que canjearlos por dinero antes de su vencimiento <sup>103</sup>.

La familia Furlan llevó el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien falló a favor de Furlan y condenó al Estado argentino expresando que la discapacidad que sufrió Sebastián a causa del accidente se agravó por la demora en recibir una indemnización.

Dada la precaria situación económica de la familia de la víctima, esa compensación resultaba fundamental para proporcionar un adecuado y oportuno tratamiento de rehabilitación y asistencia integral.

La Corte también consideró que las discapacidades no sólo son una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelacionan con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva.

La Corte Internacional ordenó al Estado que a cada persona no solo la reparación integral de Furlan, sino también que sufra una discapacidad grave se le entregue una "carta de derechos" que establezca las garantías, con acceso a atención médica y psicológica.

En el caso de Furlan, ordenó además crear un grupo interdisciplinario que determine las medidas más apropiadas para su inclusión social, educativa, vocacional y laboral.

El Fallo fundamenta principalmente su decisorio en: el modelo social de la discapacidad, el deber de protección especial de grupos en situación de vulnerabilidad, el deber de resolver en un plazo razonable y breve en casos judiciales que involucren a personas con discapacidad, el derecho a ser oído en casos judiciales que involucren a personas con discapacidad, la participación de organismos estatales para facilitar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, el debido proceso en casos judiciales que involucren a personas con discapacidad, el derecho a la salud y la rehabilitación de personas con discapacidad, el derecho a acceder a información sobre recursos en salud mental y servicios de las personas con discapacidad.

---

<sup>103</sup> Corte IDH. Caso Furlan y Familiares vs Argentina, 31 de Agosto de 2012, Página Web oficial de la Corte Interamericana de Derecho de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

## 5 Nuestras Conclusiones

1. La relación entre “derecho – violencia – libertad” implica un desafío al momento de analizar el fenómeno de los daños ocasionados a las personas con capacidad restringida, principalmente por las particularidades que la reparación de estos daños debe asumir.

2. El derecho debe brindar un marco propicio para que todas las personas, con capacidad plena o restringida, logren el desarrollo de su plan de vida. Esta función se debe acentuar más cuando se verifica la existencia de situaciones de vulnerabilidad.

3. El planteo aborda la problemática desde tres aspectos: sociológico, normativo y doctrinario. Este último apartado se considera también a la luz del desarrollo jurisprudencial en sus más recientes resoluciones de acuerdo a la casuística seleccionada.

4. La cuestión terminológica o lingüística es una discusión todavía abierta, no pretendemos agotarla, sino sólo reseñar sus aristas más salientes y explicar el por qué de la adopción del término “personas con capacidad restringida” para nombrar a los sujetos de este estudio. El fundamento es eminentemente estipulativo, al ser el término adoptado por el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial.

5. Los paradigmas en relación a la discapacidad han variado a lo largo de la historia. En la actualidad, las personas con capacidad restringida son sujetos de derecho en situación de vulnerabilidad, por lo que el Estado debe garantizar plenamente el goce y ejercicio de sus derechos tomando transversalmente la problemática para lograr el pleno cumplimiento de las obligaciones que derivan del plexo constitucional que incorpora en su misma jerarquía a los Tratados Internacionales que regulan en materia de DDHH el tema que nos ocupa.

6. A partir de este diálogo de las distintas fuentes normativas, podemos afirmar que existe una nueva conciencia jurídica, que entiende que todas las personas con capacidad restringida deben gozar de los mismos derechos y libertades fundamentales reconocidos a todo ser humano por su condición de tal, bregándose porque las mismas puedan ejercer de modo cierto y efectivo todas sus prerrogativas.

7. El ordenamiento jurídico aborda en una dimensión plural y dispersa de fuentes los diversos aspectos involucrados en torno a las personas con capacidad restringida. El Derecho Internacional de los DDHH lo hace a través de numerosos pactos, tratados y declaraciones estableciendo un piso mínimo inderogable de derechos cuyo fundamento no es otro que la dignidad humana como un concepto adscriptivo y no descriptivo.

8. El objeto principal es promover y garantizar un trato igualitario, digno y equitativo, en todas las esferas de la vida de las personas con capacidad restringida.

9. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad trajo aparejado y significó un cambio de paradigma fundamental en lo que hace a la capacidad jurídica, que va desde el “modelo de sustitución en la toma de decisiones”, hacia uno denominado “modelo de asistencia en la toma de decisiones”.

10. La libertad y la participación de las personas con discapacidad constituyen las claves de interpretación del proyecto de inclusión social diseñado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del sistema de protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que se encuentra incorporado a nuestro plexo constitucional federal desde 1994, art. 75 inc. 22 de la CN.

11. Tanto a nivel universal como regional, a través del trabajo de los órganos creados para monitorear el grado de cumplimiento de los derechos que logran los Estados Parte, Argentina como así también otros Estados han recibido recomendaciones por parte de esos organismos a los fines de seguir promoviendo la inclusión, la eliminación de toda forma de discriminación y la mayor eficacia de las vías tuitivas previstas a través de diferentes mecanismos judiciales y extra judiciales.

12. En materia de accesibilidad efectiva de las personas con capacidad restringida a las instituciones estatales las Reglas de Brasilia ha significado un avance significativo a través de la sensibilización y concientización acerca de los múltiples matices de la problemática.

13. A nivel nacional, en la dimensión de producción normativa autónoma, se ha receptado transversalmente el tratamiento legislativo e institucional de los aspectos implicados en la vigencia efectiva de los derechos de las personas con capacidad restringida, sufran o no situaciones de violencia. En caso de padecerla o haberla padecido, se verifica una notable apreciación al respecto, vislumbrando instituciones propias de los nuevos paradigmas que orientan y modifican mejores y más novedosas prácticas.

14. Este cambio de paradigma se ve reflejado claramente en la Ley de Salud Mental, su decreto reglamentario y el proyecto de unificación, actualización y modificación de los códigos Civil y Comercial.

15. El análisis de los daños que una persona con capacidad restringida puede sufrir como consecuencia de una situación de violencia no escapa a la Teoría General de los Daños. No obstante debe ser necesariamente estudiada y analizada a la luz de los preceptos constitucionales, de las disposiciones de los Tratados Internacionales de DDHH aprobados por nuestro país para de esa forma lograr el acabado y adecuado cumplimiento del principio de reparación integral que debe respetarse toda vez que debe procederse al examen y

valoración de daños materiales y morales para su posterior desmantelamiento a través de la reparación.

### **Bibliografía**

- ALZAGA VILLAMIL, Oscar [Director]. “Comentarios a la Constitución Española de 1978” Tomo II. Cortes Generales-Editoriales de Derecho Unidas, 1996.
- ANDRUET, Armando S. “Libertad, violencia y derecho: un encuentro desde la autonomía personal y la realización democrática”. Ed. Foro de Córdoba, publicación de doctrina y jurisprudencia Año XVI – nº 100 -2005.
- BELLUSCIO, Augusto César. El matrimonio en el Proyecto de Reformas. En: Revista de Derecho Privado y Comunitario, Proyecto de Código Civil y Comercial – I, 2012 -2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013.
- BIDART CAMPOS, Germán J., Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, T II-B, Ed. Ediar, Bs. As., 2005.
- CARDENAS, Eduardo Jose; Grimson, Ricardo; Álvarez, José Atilio, El juicio de insania y la internación psiquiátrica, Astrea, Bs., As., 1985, Nº 2.
- CROVI, Luis Daniel, Capacidad de las personas con padecimientos mentales, LL 25/10/2011, 25/10/2011.
- ECHEGARAY DE MAUSSION, Carlos Eduardo; LUCERO, Myriam Diana, La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, Actualidad Jurídica, Revista Familia & Minoridad, Vol. 52, Año V, Córdoba, Agosto de 2008.
- ESCUDERO DE QUINTANA, Beatriz, Consideraciones sobre el Decreto 603/13, reglamentario de la Ley de Salud Mental, eldial.express, 29.07.2013, Año XVI - Nº 3804 [http://www.eldial.com/nuevo/archivo-doctrina-detalle.asp?base=50&fecha=29/07/2013&id\\_publicar=39179&numero\\_edicion=3804&titulo\\_rojo=Comentario%20a%20norma&id=6956&vengode=&fecha\\_publicar=29/07/2013](http://www.eldial.com/nuevo/archivo-doctrina-detalle.asp?base=50&fecha=29/07/2013&id_publicar=39179&numero_edicion=3804&titulo_rojo=Comentario%20a%20norma&id=6956&vengode=&fecha_publicar=29/07/2013).
- FERNÁNDEZ, Silvia E., Mecanismos de asistencia al ejercicio de la capacidad civil de niños y adolescentes privados de responsabilidad parental y adultos con disfunción mental. Revisión de la regulación civil argentina en materia de tutela y curatela. En: Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Directoras: Cecilia P. Grosman; Nora Lloveras; Aída Kemelmajer de Carlucci; Noviembre 2011, Nº 52, Aportes para el Proyecto de reforma al Código Civil en el campo del derecho de familia y sucesiones, Abeledo Perrot, Bs. As., 2011.
- FINOCCHIO, Carolina L.; Millán, Fernando, Régimen de interdicción e inhabilitación a la luz de la nueva ley de salud mental, DFyP 2011 (septiembre).
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto “Dignidad, Derechos Humanos y Democracia”, en Revista de Derecho Penal, Consecuencias jurídicas del delito. Ed. Rubinzal – Culzoni Bs. As. 2009.
- GIAVARINO, Magdalena Beatríz , El rol de la Justicia en las “internaciones” previstas en la Ley de Salud Mental. Avances de su reglamentación, eldial.express, 30.08.2013, Año XVI - Nº 3827, [http://www.eldial.com/nuevo/archivo-doctrina-detalle.asp?base=50&fecha=30/08/2013&id\\_publicar=39654&numero\\_edicion=3827&titulo\\_rojo=Comentario%20a%20norma&id=6993&vengode=&fecha\\_publicar=30/08/2013](http://www.eldial.com/nuevo/archivo-doctrina-detalle.asp?base=50&fecha=30/08/2013&id_publicar=39654&numero_edicion=3827&titulo_rojo=Comentario%20a%20norma&id=6993&vengode=&fecha_publicar=30/08/2013).
- HUERTA OCHOA, Carla “La estructura jurídica del derecho a la no discriminación” en “Derecho a la no discriminación”, Carlos de la Torre Martínez, coord. Consejo Nacional para prevenir la discriminación, Comisión de Derechos Humanos DF, Mexico, UNAM, III, 2006.
- IGLESIAS, María G., Capacidad Jurídica: restricciones a la capacidad en el Anteproyecto de Código Civil. Entre la incapacidad y los apoyos. En: J.A., Numero Especial, El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil, Coordinadoras: Aída Kemelmajer de Carlucci; Marisa Herrera, Abeledo Perrot, 2012-II, 20/06/2012, Bs.As.

KIELMANOVICH, Jorge L., El nuevo juicio de interdicción y de inhabilitación (ley 26.657), LL 17/02/2011.

KRAUT, Alfredo J.; Diana, Nicolás; Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria, LL 08/06/2011.

KRAUT, Alfredo J.; Diana, Nicolás, Un breve panorama de la legislación, la jurisprudencia y el proyecto de Código Civil y Comercial. Una imprescindible relectura del status jurídico de las personas con discapacidad mental. En: Revista de Derecho Privado y Comunitario, Proyecto de Código Civil y Comercial – I, 2012 -2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013.

LEONARDI, Alicia B; Martínez Alcorta, Julio A., La importancia del Trabajador Social en los procesos judiciales sobre la restricción de la capacidad jurídica a propósito del nuevo artículo 152 ter del Código Civil, DFyP 2011 (octubre).

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, "Tratado de las obligaciones", Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988.

MARTÍNEZ ALCORTA, Julio A., Primera aproximación al impacto de la nueva Ley Nacional de Salud Mental en materia de capacidad civil, Sup. Act, 07/12/2010.

MOISSET de Espanés, Luis "Reflexiones sobre el 'daño actual' y el 'daño futuro', con relación al 'daño emergente' y al 'lucro cesante' ", publicado en El Derecho Tomo 59, Buenos Aires, 1973.

REGLERO CAMPOS, Fernando "Tratado de Responsabilidad Civil", Ed. Thomson – Aranzadi, Navarra 2008, Tomo I, consultado el 15 de febrero de 2014 en <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/jaime-santos-briz-sustantivo-tomos-326567>

RIVERA, Julio Cesar, Instituciones de Derecho Civil. Parte general, Abeledo Perrot, Bs. As., N° 378, 2010.

ROSALES, Pablo Oscar: "La persona con discapacidad como consumidor: el derecho a la asunción de los propios riesgos y la discriminación en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad" (comentario a fallo) Numero Especial: "Discriminación", Editorial Abeledo Perrot, ISBN 978-950-20-2113-3, 28/7/2010, 96 paginas. El fallo comentado es caratulado: S. H. M. c/ Dabra S.A. s/ daños y perjuicios Cámara nacional en lo Civil Sala H, del 29/3/2010.

ROSSETTI, Andrés "La universalidad de los derechos humanos en el derecho internacional" Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Consultado el diez de febrero de 2014 a la hora 10:00 en <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/3748/DyL-2004-IX-13-ossetti.pdf?sequence=1>

SAGÜES, Néstor Pedro, Elementos de Derecho Constitucional, T 2, 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Bs. As., 2003.

SANTOS BRIZ, Jaime "La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal", Sexta Edición, Ed. Montecorvo, Madrid 1991, consultado el 15 de febrero de 2014 en <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/jaime-santos-briz-sustantivo-tomos-326567>

SHERMAN, Ida A., La Autonomía progresiva, las 100 Reglas de Brasilia y el asesor de incapaces. Desde la mirada de la libertad a la igualdad. En: Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Directoras: Cecilia P. Grosman; Nora Lloveras; Aída Kemelmajer de Carlucci; Noviembre 2011, N° 52, Aportes para el Proyecto de reforma al Código Civil en el campo del derecho de familia y sucesiones, Abeledo Perrot, Bs. As., 2011.

SIRKIN, Eduardo, Acerca de la nueva ley de Salud Mental; su reforma a los Códigos Civil y Procesal de la Nación sobre inhabilidades. e incapacidades y las dificultades de su implementación, eDial.com - DC1533

SIRKIN, Eduardo, Algo más sobre la nueva ley de Salud Mental; su incidencia en los Códigos Civil y Procesal, Estado temporal, Curador y variantes, Eldial.Express, 2.06.2011, Año XIV - N° 3280. Consultado en [http://www.eldial.com/nuevo/tcd-detalle.asp?base=50&id=5649&fecha\\_publicar=02/06/2011&t=s&numingr=6&usr=20988328](http://www.eldial.com/nuevo/tcd-detalle.asp?base=50&id=5649&fecha_publicar=02/06/2011&t=s&numingr=6&usr=20988328)

TOBIAS, José W., La persona humana y el proyecto, ps. 68 y ss. En: Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Director: Julio Cesar Rivera; Coordinadora, Graciela Medina, Abeledo Perrot, Bs. As. 2012.

TOBIAS, José W., Comentario a los arts. 140 a 158 del Código Civil. T. 1A. En: Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, T 1A, Artículos 1/158, Parte General, Dirección: Alberto J. Bueres; Coordinación: Elena I. Highton, Hammurabi, Bs. As. 2003.

VILLAVERDE, María Silvia, La nueva Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU). En clave de derechos civiles y políticos, Abeledo Perrot, Jurisprudencia Argentina, 2008-III-1041.