

El Estándar de discapacidad en la Argentina

Salir de la vulnerabilidad y pasar a un cambio cultural

Por Ricardo Germán Rincón [1]
Lautaro Ezequiel Pittier [2]

a) Introducción

Argentina resulta ser uno de los países que más nutrida legislación acerca de las personas con discapacidad ha producido. En este sentido, ha ratificado dos instrumentos internacionales en materia de personas con discapacidad. En primer lugar, Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[3]; y en segundo lugar, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad.[4]

Ambos instrumentos manifiestan un criterio hermenéutico de interpretación, al señalar que las personas con discapacidad "...son aquellas que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden ver impedida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás...".

b) Las personas con discapacidad como grupo vulnerable

Siguiendo el andarivel antes descripto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que goza de jerarquía constitucional, reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que es el resultado de la interacción entre la deficiencia de una persona y circunstancias que impiden, retrasan o limitan su acceso a los bienes públicos y/o privados de los que disfruta la sociedad. Estas circunstancias se denominan obstáculos.

Estos obstáculos pueden clasificarse, de acuerdo con su materialidad, en obstáculos físicos y obstáculos morales. Entre tales, encontramos físicamente, a las barreras físicas y moralmente, a las actitudes o juicios de valor (más bien de disvalor) imperantes en el ideario social, que impiden la plena participación de la persona con discapacidad en la sociedad en la medida de sus posibilidades.

En este orden de ideas, una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales no "tiene" una discapacidad, sino que esta aparece en su interacción social cuando la sociedad levanta una barrera que lo coloca en una situación de desigualdad frente a otra persona, que no presenta dichas deficiencias, por limitaciones que podrían resolverse realizando pequeños ajustes, cuya implementación garantizarían una real igualdad de oportunidades.

Esta consideración marca un cambio paradigmático en el concepto de discapacidad, pasando de una mera preocupación en materia de bienestar social a una cuestión propia del terreno de los derechos humanos, que reconoce que las barreras y los prejuicios de la sociedad constituyen, en sí mismos, una discapacidad respecto del colectivo social.

Cuanto más obstáculos hay, más discapacitada se vuelve una persona. Las discapacidades, hemos dicho, incluyen deficiencias físicas, mentales[5], intelectuales y sensoriales, tales como ceguera, sordera, deterioro de la movilidad y deficiencias en el desarrollo. Algunas personas tienen más de una forma de incapacidad y muchas otras, sino todas, podrían llegar a tener alguna discapacidad en algún momento de su vida debido a lesiones físicas, enfermedades o envejecimiento. Corresponde tener presente que de acuerdo a datos de la OMS, el 15 % de la población mundial debe considerarse en el colectivo de la discapacidad.

Destacamos que el modelo social[6] de la discapacidad propone que tanto las barreras, actitudes negativas, como la exclusión por parte de la sociedad (voluntaria o involuntariamente), son los factores últimos que definen quién tiene una discapacidad y quién no en cada sociedad concreta. [7]

Teóricamente, todas las personas poseemos los mismos derechos, pero hay algunos individuos y/o grupos sociales que por tener necesidades específicas o por haber sido discriminados durante mucho tiempo, gozan de derechos que fueron especialmente proclamados para ellos. Algunos de estos grupos son: niños y niñas, mujeres, indígenas, personas con discapacidad, entre otros.

Así las cosas, en el año 2008, la Argentina ratificó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo sobre Comunicaciones Individuales al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sin embargo, permanece una sustancial brecha entre el marco regulatorio vigente y su efectiva aplicación, lo que en muchos casos, hace de aplicación ilusoria lo pactado.

Luego, una parte importante de la población con discapacidad tiene un acceso muy restringido a los beneficios garantizados normativamente, cuestión que se profundiza en familias socialmente vulnerables, de escasos recursos, que residen en barrios en situación de pobreza extrema.[8] Esta situación es provocada por múltiples causas, como la desinformación, los prejuicios, la discriminación, la escasa presencia del Estado en algunas circunstancias; también, pobres campañas de comunicación masiva y comunitaria y trámites engorrosos.

Cabe resaltar aquí, que tener un derecho implica afirmar que alguien posee un deber, y la garantía jurídica del cumplimiento le corresponde al Estado, ya que toda ley que no cumple con su espíritu se convierte en mera retórica.

En tal sentido, nos resulta necesario pensar, diseñar y llevar adelante campañas, programas que procuren concienciar, sensibilizar y promover prácticas que generen cambios culturales en materia de discapacidad.

La discapacidad se ha ido transformando en una cuestión principalmente de derechos civiles y políticos, pues "la máxima aspiración de las personas con discapacidad es tener acceso a los mismos derechos y responsabilidades cívicas que las demás personas", desplazando las representaciones culturales que la circunscribían a una tema de bienestar social o a un problema médico, ajeno al respeto de la dignidad inherente y a los derechos humanos que en ella se sustentan.

En este marco interpretativo, consagrado en el art. 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, queda en evidencia la indivisibilidad y la interdependencia entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales.

Pues, el vínculo entre los derechos económicos, sociales y culturales y el logro de los objetivos de independencia, autonomía y participación -propios de los derechos civiles y políticos- es innegable. Aquellos derechos constituyen el medio indispensable, para que las personas con discapacidad tomen el control de sus propias vidas y prestan un apoyo permanente, para que puedan participar activamente en la sociedad.

Históricamente, se ha considerado a las personas con discapacidad solo como beneficiarias de ayudas sociales, pero ahora el Derecho internacional las reconoce como titulares de derechos y pueden reclamar su derecho a la educación sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades.

Así, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), la Declaración Mundial sobre Educación para Todos (1990), las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (1993) y la Declaración de Salamanca y Plan de Acción (1994) incluyen medidas que demuestran una conciencia y una comprensión cada vez mayores del derecho de las personas con discapacidad a la educación.

Es menester resaltar que la norma emplea la locución “sin discriminación”; esto implica que toda persona (con o sin discapacidad) que ingresa a la escuela y cumple allí su trayectoria, cuando se gradúa obtiene (debería obtener) su título en igualdad de condiciones con los demás estudiantes. Dicho título permite cumplir con la formalidad requerida para poder seguir estudiando (finalidad propedéutica de la educación) u obtener un empleo (finalidad de inserción laboral y productiva de la educación).

Para cumplir tal misión, los estudiantes deberían encontrarse en un sistema inclusivo, un sistema que les asegure (y no solo que les permita) ingresar, permanecer y egresar en igualdad de oportunidades reales, respecto de todos sus compañeros de clases.

La Ley N° 26.206 es la norma que regula la educación en nuestro país, desde el año 2006 a la fecha.[9] Actualmente, nuestro sistema educativo[10] se encuentra organizado por niveles, tipos de gestión, ámbitos y modalidades.

El art. 11 de la norma citada expone los fines y objetivos de la política educativa nacional, estableciendo en su inc. n): “Brindar a las personas con discapacidades, temporales o permanentes, una propuesta pedagógica que les permita el máximo desarrollo de sus posibilidades, la integración y el pleno ejercicio de sus derechos”.

De acuerdo con el art. 17 de la Ley de Educación Nacional, las modalidades son aquellas opciones organizativas y/o curriculares de la educación común dentro de uno o más niveles educativos que procuran dar respuesta a requerimientos específicos de formación y atención a particularidades permanentes o temporales, personales y/o contextuales, para garantizar la igualdad en el derecho a la educación y cumplir con las exigencias legales, técnicas y pedagógicas de los diferentes niveles educativos. Dentro de las modalidades de la educación común, se reconoce a la educación especial, entre otras.[11]

La noción de educación o escuela común tiene una larga tradición entre nosotros, debiendo recordarse que la Ley N° 1420 de 1884 se denominó “Ley de Educación Común”. Originariamente, a las escuelas comunes asistían todos los niños y niñas, con excepción de los que poseían alguna deficiencia, ya que estos eran considerados como no aptos para aprender. Las personas con discapacidad eran “escondidas” al interior de las familias o se las institucionalizaba en hospicios o manicomios.

Analizando la historia de la educación especial, apreciamos que en un principio, se la concibió como un lugar distinto, paralelo, separado y ajeno a la dinámica del resto del sistema educativo. Este lugar aparecía diferenciado en cuanto a los modos y principios fundamentales de trabajo, respecto de la llamada escuela primaria común. Esta escuela común, normal, diseñada y organizada según un marco cronológico, curricular y didáctico para una normalidad, sienta, por oposición, las bases de la anormalidad. La escuela especial se hizo entonces cargo de esa anormalidad, construyendo “identidades especiales” para sus asistidos. De este modo, los niños y niñas con discapacidad eran inscriptos en centros educativos, diseñados específicamente para atender a una deficiencia concreta (ceguera, sordera, etc.), en un sistema de enseñanza especial que se cerraba sobre sí mismo.

Esta forma de educación era una educación organizada en base a la “segregación”, basada en el modelo médico/rehabilitador, que consideraba que la persona con discapacidad era un objeto de la medicina, con un problema de salud[12], que debía poder rehabilitarse para ser considerada parte útil[13] de la sociedad.

Es así que el diagnóstico médico de la persona será el que decida a qué escuela debe ir y qué educación debe recibir. Este es un sistema que segrega y discrimina, ya que las personas van a escuelas distintas y reciben distintos tipos de educación. Por otro lado, los alumnos de las escuelas “cerradas” no pueden realizar las trayectorias educativas que se encuentran abiertas a los alumnos y alumnas “normales”.

Ahora bien, con el avance del modelo social producido en el mundo a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, se operó un cambio en la consideración, respecto de sectores de la sociedad postergados hasta entonces. Niños y niñas, mujeres, trabajadores migrantes, personas privadas de su libertad y personas con discapacidad se beneficiaron de esta apertura de conciencia.

En relación con la discapacidad, se comenzó a adoptar otro sistema de educación, manteniendo a las dos instituciones paralelas y generando espacios para que el alumno especial comparta con los “normales”. Este es el modelo que llamamos de la “integración”, basada en tratar de normalizar a la persona, intentando que la misma pueda ser igual a un patrón estándar.

En este caso, se permite que ciertos alumnos con discapacidad ingresen a una escuela común, siempre y cuando respondan al sistema educativo, tal como el mismo está propuesto. Van a poder permanecer en la escuela común, siempre y cuando respondan a lo que se les exige; en caso contrario, tendrán que concurrir a los establecimientos de la denominada educación especial.[14]

Ahora bien, la señalada evolución de los paradigmas sociales no se ha detenido.[15] En este sentido, el modelo social de la discapacidad es adoptado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y desarrollado, al sostener que la discapacidad no es un problema de la persona, sino el resultado del encuentro entre las características de esa persona y la forma en que fue diseñada la sociedad. Es decir, la discapacidad se objetiva y deja de ser una mera caracterización subjetiva a partir de una carencia verificable en un sujeto determinado.

La discapacidad aparece ahora evidenciada en las barreras que la sociedad les interpone a las personas con discapacidad y que impiden, por lo tanto, su plena inclusión y participación en todos los ámbitos de la vida.

I.- El Derecho al trabajo para las personas con discapacidad:

Una de las claves para que el cambio de paradigma sobre de la discapacidad en la Argentina se vuelva realidad involucra intentar reducir las barreras que también se levantan en materia de acceso y conservación del empleo.

La Ley N° 22.431 de 1981 consagra el sistema de protección integral de las personas con discapacidad. Esta norma tiene como objetivo asegurar la atención médica, la educación y la seguridad social de las personas con discapacidad. También, promueve la concesión de franquicias y ofrece estímulos dentro del mundo del trabajo. La Ley N° 25.689 modifica la Ley N° 22.431 y agrega que el Estado nacional, con todos sus organismos, está obligado a ocupar personas con discapacidad en una proporción no menor del 4 % de la totalidad de su personal; y a establecer reservas de puestos de trabajo exclusivamente otorgados por ellas, estableciendo así un sistema de discriminación laboral positiva.

Así las cosas, ese objetivo legal no se cumple. Para lograr que se cubra el cupo, tiene que haber una mayor conciencia social en la población. Esto permitirá aceptar a las personas con discapacidad en todo tipo de empleo, teniendo en cuenta solo su capacidad y su experiencia. Observando a la persona y no a su discapacidad, visibilizándola más allá de su discapacidad.

Según un reciente estudio[16], que incluye seis países de América Latina: Argentina, Brasil, Chile, México, Perú y Uruguay, existen cerca de 40 millones de personas con discapacidad en los 6 países estudiados, de acuerdo a los censos oficiales. Cerca del 70 % de las personas con discapacidad en edad económicamente activa está desempleada.

En nuestro país, se aprobó en 2012[17] la Ley N° 26.816, que estableció el Régimen Federal de Empleo Protegido para Personas con Discapacidad, cuyos objetivos son: “promover el desarrollo laboral de las personas con discapacidad mejorando el acceso al empleo y posibilitar la obtención, conservación y progreso en un empleo protegido y/o regular en el ámbito público y/o privado, así como impulsar el fortalecimiento técnico y económico de los Organismos Responsables para la generación de condiciones protegidas de empleo y producción que incluyan a las personas con discapacidad”.

De lo expuesto, podemos inferir que existe una modalidad laboral especialmente creada para las personas con discapacidad: el empleo protegido. El empleo protegido comprende a su vez tres posibilidades:

- el Taller Protegido Especial para el Empleo (TPPE),
- el Taller Protegido de Producción (TPP), y
- los Grupos Laborales Protegidos (GLP).

Los organismos responsables de los dos primeros grupos deben ser entidades públicas o privadas sin fines de lucro, inscriptas en el Registro de Organismos Responsables para el Empleo Protegido. Por su parte, los Grupos Laborales Protegidos son secciones o células integradas en una organización pública o privada, que se encuentran integradas en su totalidad por personas con discapacidad.

Este régimen tuitivo ha sido criticado por quienes sostienen que la dimensión laboral de la discapacidad implica una transgresión a la humanidad del discapacitado y una claudicación en favor de los postulados capitalistas, en los cuales una persona vale en cuanto produce.[18] Estamos en contra de estas visiones y sostenemos que la promoción de las posibilidades laborales de las personas con discapacidad contribuye a su integración social y amplía sus posibilidades de desarrollo autónomo.

II.- El Derecho a la Educación para personas con discapacidad:

La Inclusión muchas veces es tomada como un sinónimo de integración.[19] Pero no lo es. La integración educativa contempla que una persona con discapacidad pueda ingresar a una escuela “común” y que la dejen permanecer en ella. En cambio, la inclusión va mucho más allá. No es solo el ingreso, sino que el sistema educativo le asegure el apoyo y adaptaciones necesarias para el acompañamiento de sus trayectorias escolares en igualdad de condiciones y sin discriminación.

Cuando hablamos de inclusión en educación, hablamos de una “Educación para todos”, no solo para las personas con discapacidad como usualmente se supone, sino una educación sin segregación o discriminación por etnia, género, nacionalidad, procedencia social, capacidades o características personales.

Una educación de calidad sin ningún tipo de discriminación, ya sea dentro o fuera del sistema escolar; lo cual exige una transformación profunda de los sistemas educativos.

Un Sistema Educativo Inclusivo propicia una sociedad inclusiva, pacífica y justa, una sociedad en donde todos pueden participar, tener voz, decisión, y donde la diversidad es valorada y apreciada.

La verdadera inclusión va más allá del acceso, implica el máximo aprendizaje y desarrollo de las potencialidades de cada persona. La inclusión así entendida supone un paso hacia delante respecto del movimiento de la integración. Este último se contenta con asegurar el derecho de las personas con discapacidad a educarse en las escuelas comunes, mientras que la inclusión aspira a hacer efectivo para toda la población el derecho a una educación de calidad, preocupándose especialmente de aquellos que, por diferentes causas, están excluidos en riesgo de ser marginados.

Ajustes y resistencias al cambio de paradigma en materia educativa

El cambio de paradigma que trae aparejado la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad debería devenir un cambio profundo en materia de legislación de nuestro país. Aun luego de 9 años de la ratificación y aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo por Argentina, restan muchos desafíos y obligaciones en materia legislativa, como también de políticas públicas.

Recordemos que la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (C.D.P.C.D.), en su art. 4, establece las obligaciones generales por parte de los Estados, el cual dispone en sentido general adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención.

También, dispone que los Estados se comprometen a tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad, como a su vez abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la Convención y velar para que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella.

En la actualidad, la “Educación Inclusiva en la Provincia de Buenos Aires, se rige por la Resolución N° 1664/17 de la Dirección General de Cultura y Educación (en adelante, DGCyE), que deroga la aciaga Resolución N° 4635/11 de la DGCyE. Esta última resolución establecía los lineamientos para la “integración” de los “sujetos con discapacidad”, y a su vez, resaltaba la palabra “limitaciones” y “capacidades”; textualmente, en el cuerpo de la resolución, esbozaba: “permitir que el alumno descubra sus propias capacidades reconociendo sus limitaciones”, palabras que en este contexto denotan terminología y pensamientos basados en el anterior modelo y no en el modelo o paradigma actual (paradigma social).

En cuanto a la certificación, establecía en su Anexo II que: “La calificación, acreditación y certificación la realizará la Dirección que corresponda de acuerdo con las situaciones particulares de cada alumno y a lo pautado en el Acuerdo Pedagógico y en el Proyecto Pedagógico Individual”.

Respecto al tema central del presente trabajo, la homologación del título de nivel secundario, dicha resolución expresaba que: “los alumnos que con su Proyecto Pedagógico Individual cumplieren los Contenidos del Diseño Curricular de Nivel Primario, recibirán el certificado de finalización, expedido conjuntamente por el Nivel y la Modalidad y firmado por el Director e Inspector de ambas escuelas”; es decir, que aunque el alumno sea “integrado” en una escuela “común”, no recibiría el mismo título que sus compañeros sin discapacidad.

Como adelantamos, dicha resolución no nos habla de “Inclusión”, sino de “integración” que como aludimos precedentemente, no son sinónimos, ni tampoco corresponde a lo establecido por la convención.

Además, dicha normativa siempre estaba centrada en el alumno, si el mismo no lograba los objetivos propuestos, solo sería consecuencia de su discapacidad o de sus características.

Con la nueva Resolución N° 1664/17 de la DGCyE, denominada “Educación Inclusiva de Niñas, Niños, Adolescentes, Jóvenes y Jóvenes-Adultos con Discapacidad en la Provincia De Buenos Aires”, comenzamos a tratar de adecuar nuestra legislación interna a la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad.

III.- El acceso a la justicia de las personas con discapacidad

Un tema de particular influencia en los derechos internos de los Estados ha sido la aplicación de las Reglas de Brasilia en el acceso a la justicia, en particular, en materia de discapacidad.

Las presentes Reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

A poco de andar la aplicación efectiva del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, los profesionales del derecho nos encontramos con una profundización en el impacto de la internacionalización del derecho privado.

Los cambios legislativos profundos que vivimos nos interpelan a reflexionar los procesos y los roles acuciados a la luz del Código velezano. Uno de los fuertes impactos podemos ya apreciarlo en la nueva jurisprudencia que se va asentando, que viene a generar un cambio de paradigma.

En efecto, frente a un sistema que establecía la protección de la persona y no la protección de sus derechos, la sustitución absoluta de su voluntad en la toma de decisiones respecto a su propia vida (personal, civil, patrimonial), mediante las figuras de la incapacidad y la curatela (en algunos casos específicos, la inhabilitación), el Código Civil y Comercial, en cambio, resulta un intento cierto, un paso importante, para instalar en el derecho interno el modelo social de la discapacidad.

En tal sentido, el modelo social de la discapacidad propone que las barreras, actitudes negativas y la exclusión por parte de la sociedad (voluntaria o involuntariamente), son los factores últimos que definen quién tiene una discapacidad y quién no en cada sociedad concreta.[20] Así las cosas, vale aclarar que, como sostiene Kemelmajer de Carlucci: “La reformulación que propone el Código Civil y Comercial no constituye un 'cambio de etiquetas', sino una modificación sustancial de la concepción de la persona -oculta o minimizada bajo su condición diagnóstico/jurídica en la lógica anterior- y de la regulación de sus derechos humanos mediante el reconocimiento de su capacidad jurídica”.[21]

Recientemente, un valiente y valioso aporte jurisprudencial de la justicia ordinaria plantea la aplicación concreta de algunos de los cambios enunciados, haciendo especial mención a las Reglas de Brasilia. En efecto, en el fallo “P., M. F. Demanda de limitación a la capacidad”, el juez a cargo del Juzgado en lo Civil, Comercial y de Familia de 4° Nominación de Villa María, provincia de Córdoba, Alberto Ramiro Domenech, dispuso la restricción del pleno ejercicio de la capacidad jurídica de una mujer de 45 años por afectación de su salud mental. Lo novedoso radica en que, en pos de lograr la mejor comunicación de lo decidido a esta persona con discapacidad, el magistrado introdujo en la sentencia párrafos en formato de “fácil lectura”, destinados directamente a la destinataria de la resolución.[22]

Las Reglas de Brasilia tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial. Estas Reglas consideran en condición de vulnerabilidad a 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. Asimismo, según estas Reglas, los Estados deben establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación.

Cabe señalar que el debido proceso implica la posibilidad efectiva de ser oído (acceso a la justicia), ante un juez competente (debidamente designado e imparcial), y dentro de un plazo razonable; todo, de acuerdo con el estándar internacional de debido proceso, fijado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Así las cosas, el derecho a ser oído implica, en términos generales, la posibilidad cierta de recurrir ante los órganos del Estado que resulten competentes para adoptar una decisión que pueda afectar derechos o intereses, a los fines de hacer valer una o más pretensiones, y explicar sus razones.

En este sentido, el derecho a ser oído es sinónimo de tutela judicial efectiva, y significa que toda persona tiene derecho a acceder a un tribunal para que este pueda pronunciarse.[23]

Asimismo, la tutela judicial efectiva comprende la posibilidad del interesado de tener contacto directo con el órgano decisor (principio de intermediación/inmediatividad); derecho que adquiere aún mayor fuerza frente a situaciones de especial vulnerabilidad o fragilidad del individuo, como por ejemplo, en los procesos de incapacidad, inhabilitación o internación.

En particular, en los procesos en los que se ventila la posibilidad (o no) de restringir el ejercicio de la capacidad jurídica de una persona con discapacidad, esta necesariamente debe ser parte en el proceso: ya no pueden otros intervenir o decidir por la persona -salvo los casos en los cuales esto no pueda efectivamente llevarse a cabo, pero que igualmente requieren de un abogado que realice su defensa técnica-, sino que es la persona misma quien puede designar a su propio abogado y solicitar específicamente para qué actos requerirá apoyos, la revisión de la sentencia que restringió su capacidad, cambiar los apoyos designados, etc.

Este derecho debe ser garantizado por el juez en la primera oportunidad procesal; por ello, si la persona comparece sin abogado, debe nombrarse uno de inmediato, a fin de que le represente y preste asistencia durante todo el proceso. La figura difiere claramente de la función reconocida tradicionalmente al curador ad litem -quien actúa en función de obtener la sentencia que, en su entender y conforme el mejor interés de la persona, satisfaga en mejor medida sus intereses, pudiendo pronunciarse en favor de la restricción de la capacidad de la persona, aunque esta se oponga-. El abogado de la persona, cuyo ejercicio de la capacidad se pretende restringir, en cambio, debe seguir como cualquier letrado patrocinante los intereses y deseos de la persona, en el marco del ejercicio profesional y según las reglas del art. 31, CCyC.[24] En tal sentido y dada la exigencia de la protección de los derechos de las personas con discapacidad, y el debido reconocimiento a su dignidad humana, es que se tiene como consecuencia el reconocimiento de su calidad de parte (art. 35, Código Civil y Comercial), en los procesos de restricción al ejercicio de la capacidad jurídica.

El abogado asistente debe cumplimentar una difícil labor asignada por la nueva normativa vigente. Así, debe asumir la defensa, respetando la voluntad de su asistido, desplazándose de la sustitución o representación como mandato. La función del abogado es fundamentalmente, hacer y garantizar se escuche la voz de la persona con discapacidad en el proceso en el que se decide la limitación, o no, al ejercicio de su capacidad jurídica. Pero además, también debe necesariamente intervenir en cuestiones en las que exista una diferencia de criterios o, directamente, una colisión de intereses entre la persona y su apoyo o curador. Ejemplos de ello son las decisiones a tomar sobre el propio cuerpo de la persona con discapacidad, como así también las decisiones respecto a la institución (o no). Todo esto significa que los jueces deben tratar de eliminar las barreras que impiden la plena comunicación con la persona con discapacidad, intentando posibilitando durante el proceso garantice su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación y el abogado debe colaborar respetando la voluntad de su asistido. Es decir, su labor es procurar el acceso a la justicia de una persona en situación de vulnerabilidad, exigiendo la materialización de su tutela judicial efectiva.

Para la correcta aplicación de la normativa precedentemente citada, tanto los operadores judiciales, como los letrados intervinientes, deberán tomar contacto personal con la persona con discapacidad, informarlo acabadamente sobre el proceso, indagar sobre sus preferencias, sus posibilidades, considerar su entorno, acercar toda prueba que pueda resultar pertinente a la determinación de la capacidad o sus limitaciones, si así correspondiere, proponer de apoyos para el pleno ejercicio de los derechos de su asistido, y lograr el reconocimiento de sus capacidades conservadas, según el caso.[25]

Conforme a lo reseñado, en el marco del estándar de debido proceso legal, afortunadamente, tanto el nuevo Código Civil y Comercial, como la jurisprudencia aplicable, se está ampliando y reconociendo el acceso a la justicia efectiva (derecho a ser oído) a las personas con discapacidad, teniendo en cuenta la normativa internacional interamericana como las Reglas de Brasilia.

c) Consideraciones finales

Podemos afirmar que se han realizado muchos cambios y avances en el tratamiento legislativo de las personas con discapacidad. La ratificación de los dos instrumentos internacionales reseñados han impactado satisfactoriamente; y si bien se observa que se ha producido un cambio de paradigma al respecto, la efectividad de estos derechos resulta aún insuficiente, debido a que los verdaderos cambios al respecto deben producirse a través de procesos culturales, en donde la educación resulta el principal motor que posibilita su eficacia. La igualdad de oportunidades seguirá siendo ilusoria, si esos cambios no se producen.

Resulta fundamental y decisivo para la puesta en marcha de estos cambios culturales el aporte significativo que pueda realizar la Educación. Lo cierto además que en la Argentina, la educación ha significado no solo un extraordinario motor de progreso, sino el elemento que ha posibilitado el acceso a muchos derechos fundamentales. Más educación se ha traducido en particular en Argentina en el acceso a más derechos, circunstancia que atraviesa también a las personas con discapacidad.

Finalmente, coincidimos con Gvirtz, cuando señala que: “Nuestros sistemas educativos cuentan con un potencial insuficientemente valorado: una sociedad preocupada y una mayoría de docentes y estudiantes que trabajan a pesar de todo”. [26] Tal vez, así podamos cumplir con el preámbulo nuestra Constitución Nacional respecto de: “...asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”.

Bibliografía

Alonso Sáinz, G.C.; Otero, D.J.; Orlandelli, M.O.; Salinas, G. Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657: Comentarios interdisciplinarios. San Isidro, Centro Norte, 2011.

Dubrovsky, Silvia Educación común, educación especial: un encuentro posible y necesario en: http://porlainclusionmercosur.educ.ar/mat_educativos/dubrovsky.pdf.

González García, Erika. Evolución de la Educación Especial: del modelo del déficit al modelo de la Escuela Inclusiva; en: El largo camino hacia una educación inclusiva: la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días. XV Coloquio de Historia de la Educación, Pamplona-Iruñea, 29-30 de junio y 1 de julio de 2009. Universidad Pública de Navarra, 2009, págs. 420-440.

Grinberg, Julieta. “Transformaciones en el tratamiento de la niñez en riesgo. Reflexiones sobre un dispositivo de protección a la infancia en la Ciudad de Buenos Aires”. En: Cuadernos de Antropología Social N° 27, Buenos Aires, 2008.

Marchesi, A.; Palacios, J. y Coll, J. (comp.) Desarrollo psicológico y educación Madrid, Alianza, 2005.

Perez de Lara, Nuria La capacidad de ser sujeto. Laertes, Barcelona, 1998.

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

Seda, Juan A. Discapacidad y derechos: impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Bs. As., Jusbaire, 2017.

Terigi, F. (comp). Diez miradas sobre la escuela primaria. Siglo XXI, Buenos Aires, 2006.

Notas

[1] Abogado y Profesor de Historia, Docente Adjunto Ordinario de Derecho Político y Docente Adjunto de Teoría Constitucional en la Facultad de Derecho de la UNLZ, Subsecretario Académico Pedagógico de la Facultad de Derecho UNLZ.

- [2] Abogado, Director de Asuntos Jurídicos Facultad de Derecho UNLZ, Docente Adjunto de Derechos Humanos y de Derecho Constitucional Argentino Facultad de Derecho UNLZ, Director del Instituto de Derechos Humanos del CALZ, Director del Proyecto Discapacidad y Derechos Humanos (Lomas XT UNLZ).
- [3] Aprobada por Ley N° 26.378. Obtuvo jerarquía constitucional mediante Ley N° 27.044
- [4] Aprobada por Ley N° 25.280. No tiene jerarquía constitucional.
- [5] El art. 1 de la Ley N° 26.657 de Salud Mental refiere que dicha 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 con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- [6] Los tres modelos consecutivos de tratamiento de la discapacidad que señala la doctrina especializada son el de los modelos tradicional, médico y social.
- [7] Palacios, Agustina. El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Grupo editorial CINCA, Madrid, 2008 ISBN: 978-84-96889-33-0.
- [8] Julieta Grinberg desarrolla la idea de que las nociones de riesgo y peligrosidad son construcciones culturales que se fundan en ideas de moral y justicia que caracterizan ciertos elementos como peligrosos, mientras al mismo tiempo “niegan, olvidan u ocultan otros”.
- [9] La norma citada reemplaza a la controvertida Ley Federal de Educación, aprobada en 1993, que diera lugar al llamado “proceso de reforma educativa”.
- [10] Téngase presente que desde 1994 la totalidad de los servicios educativos, con excepción de las universidades nacionales y los institutos de formación militares y de las fuerzas de seguridad federales (que se organizaron como institutos universitarios), se encuentran bajo la dependencia de las provincias. El Ministerio de Educación de la Nación ha sido, con acierto, llamado el “ministerio sin escuelas”.
- [11] El art. 17 indica que: “Son modalidades: la Educación Técnico Profesional, la Educación Artística, la Educación Especial, la Educación Permanente de Jóvenes y Adultos, la Educación Rural, la Educación Intercultural Bilingüe, la Educación en Contextos de Privación de Libertad y la Educación Domiciliaria y Hospitalaria”. También, añade que: “Las jurisdicciones podrán definir, con carácter excepcional, otras modalidades de la educación común, cuando requerimientos específicos de carácter permanente y contextual así lo justifiquen”.
- [12] Respecto de las personas con discapacidad, se utilizaban combinadas las categorías de innatismo y estabilidad. La discapacidad era tomada como una barrera insalvable cuyo origen se encontraba en causas orgánicas inmutables. La excepción a esta visión la constituía la noción de “incapacidad sobreviniente”.
- [13] El concepto de utilidad está muy presente en las concepciones sociales construidas en las sociedades capitalistas y se relaciona con la capacidad (valga la redundancia) de realizar tareas productivas.
- [14] Silvia Dubrovsky afirmaba: “Estar, permanecer toda la jornada en la escuela común, no es garantizar su derecho a ser diferente y compartir el espacio “normal”.
- [15] Resulta un antes y un después, en esta evolución, la publicación en Gran Bretaña del llamado Informe Warnock en 1978, que afirma que: “ningún niño podrá ser considerado ineducable; la educación es un bien al que todos tienen derecho. Los fines de la educación son iguales para todos, independientemente de las ventajas que el niño tiene del mundo en que vive...”.
- [16] <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/INTOR/informe-mundial-discapacidad-oms.pdf>.
- [17] La norma se aprobó el 28 de noviembre de 2012 y fue promulgada de hecho el 7 de enero de 2013.
- [18] En esta línea, Foucault, al referirse a las instituciones de encierro en Vigilar y Castigar.
- [19] Véase <https://www.ucc.edu.ar/noticiasucc/integracion-no-es-igual-a-inclusion/>.
- [20] Palacios, Agustina. El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Grupo editorial CINCA, Madrid, 2008. ISBN: 978-84-96889-33-0.
- [21] “Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código”, autores: Kemelmajer de Carlucci, Aída Fernández, Silvia E. Herrera, Marisa, publicado en: L.L. 18/08/2015, 18/08/2015, cita online: AR/DOC/2518/2015.
- [22] SENTENCIA 12 de Mayo de 2017 JUZGADO DE 1RA. INST EN LO CIVIL Y COMERCIAL Y DE FAMILIA 4TA NOM. VILLA MARIA, CÓRDOBA. Magistrados: Domenech Id SAIJ: FA17160005.
- [23] Pittier, Lautaro Ezequiel - “El estándar del debido proceso en el Derecho Argentino” - RC D 1310/2015.
- [24] Código Civil y Comercial Comentado”, Infojus-Sistema Argentino de Información Jurídica, T. I, págs. 97 y 98, Silvia Fernández.
- [25] Véanse, en tal sentido, las “Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad así lo destaca” (Reglas 28 a 31).
- [26] Gvirtz Silvina. “Libro la educación ayer hoy”. Disponible en [http://www.elmayorportaldegerencia.com/Libros/Coaching/\[PD\]%20Libros%20-%20La%20educacion%20ayer%20hoy%20y%20manana.pdf](http://www.elmayorportaldegerencia.com/Libros/Coaching/[PD]%20Libros%20-%20La%20educacion%20ayer%20hoy%20y%20manana.pdf).