

CORTE SUPREMA Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD. VULNERABILIDAD, JUSTICIA E IGUALDAD EN 2018¹

THE SUPREME COURT AND PEOPLE WITH DISABILITIES. VULNERABILITY, JUSTICE AND EQUALITY ON 2018

María Isabel Urquiza²

Resumen: En un contexto de desigualdad social creciente, las sentencias de la Corte sobre personas con discapacidad se han incrementado. Esta actitud por parte de quienes recurren al Alto Tribunal no es para expandir sus derechos, sino para exigir que efectivamente se los reconozca, haciéndolos realidad. A su vez, la Corte en 2018, asume en algunos casos, sólo una actitud remedial frente al reclamo constante de justicia de un colectivo con alto grado de vulnerabilidad e invisibilidad.

Abstract: In a context of growing social inequality, the sentences of The Supreme Court on people with disabilities have risen. This attitude on the part of those who turn to the High Court is not to expand their rights, but to demand that they be effectively recognized, making them a reality. In turn, the Court on 2018, in some cases, only assumes a remedial attitude to the constant demand for justice from a group with a high degree of vulnerability and invisibility.

Palabras clave: Corte Suprema – personas con discapacidad – vulnerabilidad – justicia – igualdad.

Key words: Supreme Court – people with disabilities – vulnerability – justice – equality.

1. Introducción

La presente comunicación forma parte de una investigación mayor y en curso iniciada en 2016 acerca de diversos colectivos minoritarios y sus reclamos ante la Corte Suprema desde 1984 hasta el presente, subsidiada por SeCyT; UNC. No pretendo agotar la problemática en estas páginas, sino que presentaré algunas respuestas clave provenientes de fallos de 2018 sobre las respuestas de la Corte Suprema a las personas con discapacidad reclamantes. Las breves conclusiones tampoco pretenden cerrar el estudio, sino tan sólo abrir un espacio de reflexión que continuará más allá de este escrito.

En los últimos años se fueron incrementando los litigios en los que estos colectivos fueron parte y que arribaron a la Corte Suprema en busca de una respuesta justa a sus derechos muchas veces ignorados, vapuleados, tergiversados. ¿Cuál fue el papel del Alto Tribunal: reconfiguró derechos ampliándolos, reconociéndolos o recortándolos? ¿Dio respuestas

¹Artículo recibido el 13/8/2021 – aprobado para su publicación el 20/10/2021.

Agradezco profunda y especialmente la colaboración del Ab. Guillermo Gerbaudo, Ab. Fabián Toledo, Ab. Verónica Neyman y Ab. Daniel Carrión, la Srta. alumna Evelyn Sánchez Druetta y la Srta. alumna Linda Theumer; todos ellos integrantes del equipo de investigación que dirijo.

²Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, FD, UNC. Tesis Doctoral Sobresaliente y con mención de publicación. Directora del equipo de investigación “Minorías a través del Principio de Igualdad” (2020-2022), SeCyT, UNC. Profesora Adjunta Ordinaria en Introducción al Derecho “A” con extensión a Sociología Jurídica “A”, a Seminario sobre usos del Lenguaje Jurídico Claro, a Seminario Interdisciplinario sobre Modelos Jurídicos y Minorías en la Corte Suprema, FD, UNC. Mail de contacto: marisaurquiza@gmail.com

simbólicas? Y en su caso, ¿cuáles predominaron? Por lo que procuraré, mediante análisis de discurso sociolingüístico³ desde una perspectiva multidimensional⁴, mostrar la circulación del poder en el interior de la Corte al responder a las personas con discapacidad, a través de fallos clave de los últimos años.

2. Discapacidad, derechos humanos y desigualdad.

La discapacidad es una de las numerosas manifestaciones de la diversidad y de la fragilidad humanas. En este sentido, en países en los que la esperanza de vida supera los

³ Los estudios interdisciplinarios de Teun Van Dijk (n. 1947) se centran, entre otros aspectos, en la vinculación entre las formas discursivas y el sentido, las funciones del estilo y la retórica en el contexto de la comunicación. Este autor remarca la relación entre discurso (oral y escrito), cognición social y sociedad.

Recurriré asimismo, a fuentes de este autor, como John B. Thompson (n. 1950) y a Irene Vasilachis de Gialdino, quien proyecta esta línea metodológica en sus investigaciones.

* Cfr. THOMPSON, John 2002. *Ideología y cultura moderna. Teoría Crítica social en la era de la comunicación de masas*. Universidad Autónoma Metropolitana, México.

* Cfr. VAN DIJK, Teun:

- 2003. *Ideología y discurso. Una introducción multidisciplinaria*. Ariel, Barcelona.

- 2006. A. *El discurso como estructura y proceso*. Gedisa, Barcelona.

- 2006. B. *Ideología. Una aproximación multidisciplinaria*. Gedisa, Barcelona.

* Cfr. VASILACHIS DE GIALDINO, Irene:

- 1992. *Enfermedades y accidentes laborales. Un análisis sociológico y jurídico*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

- 1997. *La construcción de representaciones sociales. Discurso político y prensa escrita. Un análisis sociológico, jurídico y lingüístico*, Gedisa, Barcelona.

- 1999. "Las acciones de privación de identidad en la representación social de los pobres. Un análisis sociológico y lingüístico", en *Discurso & Sociedad, Vol. 1 (1), 1999:55-104*, Gedisa, Barcelona.

- 2007. "Condiciones de trabajo y representaciones sociales. El discurso político, el discurso judicial y la prensa escrita a la luz del análisis sociológico-lingüístico del discurso", en *Discurso & Sociedad, Vol. 1 (1), 2007: 148-187*. Disponible en: www.dissoc.org (10/1/2012).

⁴ El modelo jurídico multidimensional fue elaborado por Fernando Martínez Paz (1927-2008), quien fuera mi maestro; entre sus obras más salientes pueden citarse:

- 1995. *La enseñanza del Derecho (modelos jurídico-didácticos)*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Educación.

- 2003. *La construcción del mundo jurídico multidimensional*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Este modelo se encuadra en el paradigma de la complejidad que formulara Edgar Morin: "Un paradigma es un tipo de relación lógica (inclusión, conjunción, disyunción, exclusión) entre un cierto número de nociones o categorías maestras. Un paradigma privilegia ciertas relaciones lógicas en detrimento de otras, y es por ello que un paradigma controla la lógica del discurso. El paradigma es una manera de controlar la lógica y, a la vez, la semántica." MORIN, EDGAR. 2005. *Introducción al pensamiento complejo*. Gedisa, Barcelona, pp. 154-155.

Respecto de la complejidad, se trata de "la unión de los procesos de simplificación que implican selección, jerarquización, separación y reducción, con otros contra-procesos que implican la comunicación, la articulación de aquello que está disociado y diferenciado." GRINBERG, MIGUEL. 2002. *Edgar Morin y el pensamiento complejo*. Campo de ideas, Madrid, p. 74.

setenta años, en promedio, una persona pasa ocho años de su vida con discapacidad, ya sea por deficiencia física, sensorial o vinculada a un trastorno mental, cognitivo o psíquico, ya sea congénito o adquirido. En otros términos, todos podemos padecer discapacidad, al menos en un segmento de nuestras vidas.

Las personas con discapacidad forman parte de una minoría, en dos sentidos: por un lado, en sentido cuantitativo, como colectivo menos numeroso en relación con el conjunto. Es así como las personas con discapacidad son una minoría numérica universal. Por otro lado, son una minoría por ser una categoría social naturalizada por la discriminación, globalmente desapercibida, desamparada y marginada. Todo ello, coloca a quienes padecen discapacidad en un estado de urgencia.⁵

Aun cuando existen variados instrumentos protectorios nacionales e internacionales, quienes padecen discapacidad están expuestos a discriminaciones, a violencia directa o indirecta de agresiones contra su integridad física y a abusos; a maltratos y a explotación; a tratos degradantes, en ocasiones inhumanos; a abandono y a falta de asistencia médica; también, a intromisiones arbitrarias e ilegales en su privacidad.

Aunque resulta difícil obtener información de la mayor parte de los países; en 2004, un estudio inglés mostraba que las personas con discapacidad tienen más dificultades que el resto de las personas para beneficiarse de una intervención policial, de recibir protección jurídica o de cuidados médicos preventivos.⁶

Asimismo, con frecuencia se les priva de la libertad para elegir su lugar donde vivir; se les priva además, del derecho, desde la edad núbil, a formar una familia y a conservar su fertilidad, sin poder beneficiarse, en caso de necesitar una ayuda apropiada para ejercer sus responsabilidades parentales; así como también se los priva de los derechos políticos, sobre la base de la igualdad respecto del resto de las personas. En este sentido, las mujeres resultan ser las más afectadas. Según un estudio del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, solamente el 1% de las mujeres con discapacidad estaría alfabetizada.

De acuerdo al Primer Informe Mundial sobre la Discapacidad, elaborado por la Organización Mundial de la Salud y el Banco Mundial y hecho público el 9 de junio de 2011, acorde a la población mundial que había superado los siete mil millones de personas, más de mil millones se encontraban en situación de discapacidad. Y teniendo en cuenta a las personas implicadas, alrededor de un tercio de la población mundial se encontraba afectada, ya sea directa o indirectamente. Esa cifra se encontraría en crecimiento, de acuerdo a los avances médicos, a la mejora de la atención médica neonatal y a la prolongación de la esperanza de vida.

En relación con estas ideas, debido a los conflictos armados y a las minas terrestres, cada vez que un niño muere, tres quedan heridos y discapacitados. Así también, a causa de la pobreza (siendo que la discapacidad es a la vez factor y producto), del HIV/sida, del trabajo infantil, de la mal nutrición, de la toxicomanía y de los problemas vinculados a la contaminación y al medio ambiente, la discapacidad estaría en aumento. Por lo que todo

⁵ “Así lo afirmaba, en 2006, Louise Arbour, entonces alta comisionada de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas: ‘Se supone que el actual sistema de derechos humanos debería proteger y promover los derechos de las personas discapacitadas, pero las normas y los mecanismos vigentes no han logrado proporcionar una protección adecuada en este caso particular’.” GARDOU, Charles. 2013. “La discapacidad, un caso particular universal”, en SELLIER, Jean (et al.) 2013. *El Atlas de las minorías étnicas, nacionales, sociales, lingüísticas, religiosas, sexuales...*, Capital Intelectual, Buenos Aires, p. 174.

⁶ Cfr.: GARDOU, Charles, 2013, ya citado, p. 174.

ello, ha logrado que se tome conciencia a favor del desamparo de quienes son más vulnerables, siempre en relación con dicho Informe.

Asimismo, el referido Informe advierte que la mayoría de las personas con discapacidad se topan con obstáculos a lo largo de toda su vida y aproximadamente una quinta parte de ellas, padecen dificultades muy graves en su vida cotidiana. Son escasos los países que han tomado medidas ajustadas a las necesidades específicas de quienes sufren discapacidad; por lo que, dichas personas, tienen peor salud. En relación con lo anterior, la posibilidad de que tengan cuidadores sin la capacitación adecuada para sus necesidades es más de dos veces superior a la de cualquier otra persona; y que a la persona con discapacidad se le deniegue la asistencia médica es casi tres veces más elevada, todo según el Informe mencionado. Además, los niños tienen posibilidades limitadas de acceso a la escuela y los adultos tienen posibilidades laborales de tipo profesional más limitadas en países de la OCDE⁷; ya que la tasa de empleo de este colectivo no supera el 44%, teniendo en cuenta que en el caso del resto de las personas alcanza el 75%. De hecho, la mayoría de las personas con discapacidad viven por debajo del umbral de la pobreza.

El primer instrumento internacional, jurídicamente vinculante, es la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD, por sus siglas en inglés), fue aprobada por la ONU el 13 de diciembre de 2006 y entró en vigencia el 3 de mayo de 2008. Fue pensada para poner remedio a todas estas urgencias a las que me referí precedentemente. El 9 de junio de 2011, alrededor de 150 países (de 192 estados miembros de la ONU), ya la habían firmado y 100 la habían ratificado, comprometiéndose a la eliminación de los obstáculos a la inclusión social.

En su art. 1º afirma un concepto amplio de discapacidad, considerando a personas con discapacidad a todas *“aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*.

3. Discapacidad y ordenamiento jurídico argentino: algunas referencias clave.

En 1981, se dicta la Ley sobre Sistema de Protección Integral de las Personas con Discapacidad, ley 22.431, la que ha sufrido numerosas reformas hasta nuestros días. Años más tarde, en 1997, se promulga la ley 24.901 sobre Sistema de prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad. Ambas expresiones normativas, rigen hasta el presente.

En 2008, se dicta la ley 26.378, que aprueba la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. Y el 19 de noviembre de 2014, el Congreso de la Nación sancionó la ley 27.044, que incorpora a la Convención al grupo de Tratados de Derechos Humanos con rango constitucional, según lo establecido por el art. 75, inciso 22, CN. Dicha norma fue promulgada por el Poder Ejecutivo el 11 de diciembre de 2014.⁸ De este modo, se logra fortalecer el ordenamiento jurídico argentino.

⁷ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Es una organización internacional de carácter intergubernamental. Fue fundada en 1960 y tiene su sede en París. Se origina en la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE) de 1948, creada para administrar la ayuda del Plan Marshall. Argentina no es un país miembro, pero ha firmado la Implementación de las Directrices de la OCDE.

⁸La Convención cumplimenta el mandato constitucional establecido en el art. 75, inc. 23, CN: *“Corresponde al Congreso (...) 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la*

En 2012, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, en su documento Observaciones Finales sobre el Informe inicial de Argentina, revisa tanto la situación efectiva de nuestro país como la aplicación de los principios de la Convención.⁹ Este Informe constituye una fuente material del Código Civil y Comercial, ya que en materia de discapacidad se receptaron gran parte de las recomendaciones contenidas en dicho Informe.

Entre dichas recomendaciones pueden citarse una serie de preocupaciones, que nuestro país debía resolver, tanto en materia legislativa como de políticas públicas. Entre ellas, cabe destacar las siguientes: el fortalecimiento de una estrategia amplia de implementación del modelo de derechos humanos, dando participación en el diseño de las políticas públicas a las personas con discapacidad; la implementación a nivel nacional del Certificado Único de Discapacidad; generación de políticas públicas destinadas a prevenir la discriminación, incorporando el concepto de ajustes razonables y a establecer mecanismos aptos para la denuncia de tales situaciones; adaptación de programas tendientes a garantizar las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad, articulando las políticas sobre discapacidad con las directrices relativas a la igualdad de género; adaptación del sistema integral de protección a los niños y niñas, incorporando la perspectiva de discapacidad.

El 1º de agosto de 2015, entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación, por ley 26.994. Se introduce definitivamente la temática de la discapacidad al derecho civil y comercial argentino desde una perspectiva integradora y consistente con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos con rango constitucional. Al receptar la constitucionalización del derecho privado, establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente esperada por la doctrina jurídica.

Entre las nuevas medidas, pueden mencionarse las siguientes: en este sentido, es incapaz para obrar “*la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión*” (art. 24, CCyC); se genera el llamado sistema de apoyos¹⁰, se incorpora el concepto de ajustes razonables¹¹, tal como lo había observado el Comité

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. Dictar un régimen de seguridad social e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.”

⁹ El Informe completo se encuentra en: www.ohchr.org/Documents/HRBodies/.../CRPD-C-ARG-CO-1_sp.doc

¹⁰ Parágrafo 2º. Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad. ARTÍCULO 43. Concepto. Función. Designación. “*Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídico en general.*”

“*Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.*”

“*El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.”*

¹¹ARTÍCULO 32.- 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*

sobre las Personas con Discapacidad en su Informe de 2012. Todo ello implica que quien fuera designado como apoyo, lo será exclusivamente a los efectos de ejercitar una función de acompañamiento en la toma de decisiones para las cuales la persona con discapacidad restringida necesite por las características del caso, procurándose que dicha persona desarrolle su vida civil con la mayor autonomía y autodeterminación posibles. Con éstas y otras medidas, puede apreciarse que el Código, incorpora una visión amplia y comprensiva de la realidad integral de la discapacidad.

Asimismo, se define quiénes son consideradas personas con discapacidad. Según los arts. 48¹² y 2448¹³, CCyC, se considera persona con discapacidad a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. Se advierte la clara similitud con el concepto de persona con discapacidad del art. 1° de la Convención, transcripto *ut supra*.

4. Respuestas de la Corte Suprema

A lo largo de estos últimos años, la Corte respondió los reclamos de personas con discapacidad. Se destaca que la conformación del Alto Tribunal fue la misma, pero no sus respuestas. En este sentido, se presentará el número total de sentencias de 2018 y se distinguirá, dentro de ese número, las sentencias en las que la Corte trata explícitamente el reclamo y las sentencias en las que sólo se menciona el problema de las personas con discapacidad, resolviéndose en la mayoría de los casos por cuestiones procesales. En el presente artículo, por razones de brevedad y de limitaciones de reglas editoriales, me referiré sólo al primer grupo para poder realizar el análisis de discurso correspondiente. Dentro de las sentencias en las que el problema se trata como cuestión de fondo, se distinguirán tres tipos de respuestas por parte del Máximo Tribunal: respuestas favorables,

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 responden 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.”

¹²ARTÍCULO 48.- Pródigos.

*“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. A estos fines, se **considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.** La acción solo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes.”* (El destacado en negrita no parece en el original, corresponde a la autora de este artículo).

¹³Art. 2448.- Mejora a favor de heredero con discapacidad.

*“El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se **considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.**”* (El destacado en negrita no parece en el original, corresponde a la autora de este artículo).

respuestas simbólicas y respuestas desfavorables a los reclamos de las personas con discapacidad.

Aclaro que entiendo por respuestas simbólicas, a aquellas sentencias en las que la Corte no declara la inconstitucionalidad de la norma que atenta contra los derechos de las personas con discapacidad o simplemente se les deniega el reclamo, concomitantemente, mediante votos individuales o disidencias, se les “reconoce el reclamo”, lo cual alienta los sucesivos casos que pudieran presentarse en el futuro, pero a la vez opacan el contenido del derecho reclamado, recortándolo o aun tornándolo ilusorio. Todo ello teniendo en cuenta que la Corte Suprema es el máximo tribunal y es el intérprete auténtico y final de la Constitución.

4.1. Respuestas de la Corte a personas con discapacidad.

A lo largo de 2018, hubo once sentencias sobre discapacidad, siete de ellas se ocupan de la problemática de los reclamos de personas con discapacidad y cuatro de ellas, apenas mencionan dicha discapacidad. Como adelanté, me centraré en las siete sentencias del primer grupo en las que realizaré análisis de discurso afin al modelo jurídico multidimensional. Y dentro de ellas distinguiré, como expresé más arriba, las sentencias favorables, las sentencias simbólicas y las sentencias claramente desfavorables a las personas con discapacidad.

4.1.1. Sentencias favorables a personas con discapacidad.

Sólo en dos casos, la Corte dio respuestas favorables a este colectivo: en “Tejera” y “F.,H.O”. Seguidamente me ocuparé de ellos.

El 22 de marzo de 2018, la Corte dicta sentencia en “Tejera, Valeria Fernanda c/ ANSES y Otros/ varios” (*Fallos*, 341:274). En siete considerandos, la Corte decidió unánimemente, firmada por Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti.

Mediante acción de amparo iniciada por V.F.T. madre de J.N.T. contra la ANSES y el Estado Nacional a fin de obtener la prestación de la Asignación Universal por Hijo para Protección Social (AUH) en los términos del decreto 1602/09. El niño padece una seria discapacidad, encontrándose la madre en situación de precariedad laboral y el sustento estable del que dispone el núcleo familiar proviene de la percepción de una pensión por discapacidad otorgada a dicho niño por ley provincial 10.205 modificada por leyes 11.427, 11.698 y 13.248. En este duro contexto, la Sra. T. petitionó a la ANSES la prestación de la AUH, que fue concedido sólo por un mes y discontinuado a fines del año 2009. ANSES entendía que existía incompatibilidad entre la AUH y la pensión por discapacidad otorgada en términos de la ley provincial.

En el segundo párrafo del tercer considerando la Corte afirma:

*“3º (...) En las circunstancias que singularizan este asunto, la **alegada urgencia en la satisfacción de la prestación solicitada en beneficio de un niño discapacitado** y el hecho no cuestionado de que la demandada, tras conceder el beneficio, ha dejado de afrontar las prestaciones periódicas y sucesivas, originando el reclamo de la peticionaria desde el mes de noviembre del año 2009, **ponen de manifiesto que el fallo apelado irroga agravios de imposible reparación ulterior**, condición que*

fundadamente autoriza a equiparar el pronunciamiento recurrido a la sentencia definitiva exigida por el art. 14 de la ley 48."¹⁴

Más adelante, en el considerando sexto, la Corte manifiesta:

"6°) (...) la cuestión versa sobre la protección de derechos que trascienden el plano patrimonial y comprometen la salud y la supervivencia misma de los reclamantes, esta Corte ha enfatizado que el plazo establecido en la citada disposición no puede entenderse como un obstáculo procesal infranqueable, no es aceptable una interpretación restrictiva de una vía consagrada en la Constitución Nacional (art. 43; Fallos: 335:44)."¹⁵

Es importante destacar que el Alto Tribunal identifica la cuestión a resolver con toda la urgencia y gravedad que ésta tiene y adopta una interpretación "no restrictiva", haciendo lugar al reclamo de la AUH conjuntamente con la pensión por discapacidad provincial para el niño con discapacidad.

El 10 de julio de 2018, la Corte dicta sentencia en la causa "F., H.O. s/ artículo 152 ter Código Civil" (Fallos: 341:745). Mediante diez considerandos, se reconoce el reclamo por los ministros Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda (*según su voto*), Horacio Rosatti (*según su voto*) y Carlos Fernando Rosenkrantz.¹⁶

La Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia de primera instancia que rechazó el pedido de rehabilitación del Sr. H.O.F. y mantuvo la interdicción civil en los términos de los arts. 54, inc. 3° y 141, CC, inclusive para ejercer el derecho al voto. Fundó la inhabilidad para votar en el art. 3, inc. a), Código Nacional Electoral (ley 19.945, texto según la ley 26.571) que excluye expresamente del padrón electoral a "los dementes declarados tales en juicio". Consideró que esta norma no fue derogada, sino complementada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ley 23.054), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378) y por la ley que reconoce el Derecho a la Protección de la Salud Mental (ley 26.657). Precisó que si bien el art. 29 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que los Estados Partes deben asegurar la protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto, dicha cláusula es aplicable a los diversos supuestos de discapacidad física y mental previstos en el art. 1°, párrafo 2°, de la Convención, excluidos los supuestos de los dementes declarados tales en juicio. Concluyó que la capacidad del causante se restringe para todos los actos de la vida civil, sean de carácter personal o patrimonial, no pudiendo dirigir su persona, ni administrar y/o disponer de bienes. Contra dicho pronunciamiento, la Curadora Pública interpuso recurso extraordinario que fue concedido por existir cuestión federal.

En el considerando 7°, la Corte afirma:

¹⁴El resaltado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a la autora de este trabajo para enfatizar aún más, ya que la Corte recurre a recursos enfatizadores lingüísticos, la urgente situación de un niño con discapacidad frente a la inacción de la ANSES.

¹⁵Fallos: 341:274.

El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a la autora de este artículo.

¹⁶Los votos individuales remiten al dictamen del Procurador Fiscal, con excepción del apartado VI de dicho dictamen.

*“7º) A partir de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por la ley 26.378 y ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 18 de julio de 2008 y dotada de jerarquía constitucional a través de la ley 27.044), se produjo un **cambio sustancial** en el régimen relativo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental. Se abandonó el sistema de sustitución y subrogación de la voluntad, y se lo reemplazó por un modelo social de la discapacidad con el objetivo de promover a la persona y garantizar el goce de sus derechos. En efecto, el artículo 12 de la referida Convención reconoce que **las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida y que se debe disponer un sistema de toma de decisiones con apoyos y salvaguardias proporcionales y revisables periódicamente** (confr. CSJ 698/2011 (47-P/CSI, “P., A.C. s/ insania”, sentencia del 11 de diciembre de 2014).”¹⁷*

A pesar de que la sentencia fue favorable, en éste y en otros reclamos, se destaca el gran tiempo transcurrido desde la primera instancia y la sentencia de la Corte. Dentro de la Corte estuvo siete años hasta la sentencia en 2018. Todo ello opera como un fuerte obstáculo en la concreción de los derechos de las personas con discapacidad, concreción que los acercaría a la igualdad o les permitiría gozar de ella.

4.1.2. Sentencias con valor simbólico a personas con discapacidad en 2018.

Dos son las sentencias con valor simbólico durante 2018. Me referiré a ellas a continuación.

El 6 de noviembre de 2018, la Corte dicta sentencia en la causa “Asociación Francesa y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros”. (Fallos: 341:1511). El fallo fue dividido. En 18 considerandos votan por la mayoría Carlos Fernando Rosenkrantz, Elena I. Highton de Nolasco y Ricardo Luis Lorenzetti. Juan Carlos Maqueda vota en disidencia mediante 15 considerandos. También vota en disidencia Horacio Rosatti en 16 considerandos.

En segunda instancia, se destacó que el crédito de M.B.L. tenía su causa en una indemnización derivada de los daños que sufriera con motivo de la mala praxis médica durante su nacimiento y que no se encontraba alcanzado por ninguno de los privilegios previstos en la ley 24.522. Consideró que el régimen de privilegios concursales era compatible con los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y en las restantes normas internacionales invocadas, las que no contemplaban de modo específico la situación de un niño titular de un crédito en el marco de un proceso universal, ni establecían preferencia de cobro alguna respecto de los restantes acreedores concurrentes pro su condición de tal. Por ello concluyó que no se encontraban en pugna el interés superior del niño y el derecho de los acreedores hipotecarios a hacer efectiva la preferencia que les concedía el sistema concursal.

Asimismo, la cámara sostuvo que los privilegios sólo podían resultar de la ley y obedecían a características propias del crédito y no del acreedor; advirtió que el reclamo de M.B.L. no se encontraba conformado por prestaciones cuya ausencia pudiera poner en juego su derecho a la vida, a la dignidad y a la salud como menor discapacitada, sino que se trataba

¹⁷Fallos: 341:745.

El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a la autora de este trabajo. El “cambio sustancial” al que alude la Corte y traído por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es continuado por el Código Civil y Comercial, vigente desde agosto de 2015.

de un derecho de carácter exclusivamente patrimonial, transmisible y renunciable que nació con motivo de un incumplimiento de una relación contractual, con absoluta independencia de su condición de niña y a la que el legislador no le había reconocido preferencia de cobro con respecto a otras obligaciones del deudor. Precisó que era el Estado el sujeto pasivo de las obligaciones consagradas en las convenciones internacionales en las que el magistrado de grado había fundado su decisión y, por ende, quien debía asegurar el pleno goce de los derechos en cuestión, sin que correspondiera trasladar esa obligación a los demás acreedores concurrentes que contaban con un privilegio legalmente reconocido, como sucedería en el caso con los acreedores hipotecarios que verían postergado el pago de sus créditos.

Contra dicho pronunciamiento tanto los incidentistas, como la Fiscal General ante la cámara y la Defensora Pública de Menores e Incapaces ante ese mismo tribunal (esta última al adherir a la presentación de la fiscal), presentaron sendos recursos extraordinarios que fueron concedidos.¹⁸

La mayoría de la Corte, por una interpretación legalista, estrecha y unidimensional negó los beneficios que le correspondían a la niña, aun cuando implicaba grave perjuicio para su salud y su vida. Dejó de lado instrumentos constitucionales de rango constitucional y aplicó la ley concursal a rajatabla. En el considerando 9º) del voto mayoritario, afirma:

“9º) Que ni las convenciones internacionales invocadas, ni la ley 26.061 contienen referencias específicas a la situación de los niños o personas con discapacidad como titulares de un crédito en el marco de un proceso concursal. Por consiguiente, no se prevé expresamente ni puede derivarse de sus términos una preferencia de cobro, por la sola condición invocada respecto de los restantes acreedores concurrentes, ni la exclusión de sus créditos del régimen patrimonial especialmente previsto por la ley concursal.

“No hay duda que las normas invocadas reconocen que los niños y las personas con discapacidad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que requiere una mayor protección por parte del Estado, a fin de garantizarles el goce de los derechos humanos fundamentales allí contemplados (artículos 3º, 6º, 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 4º, 7º aps. 1 y 2, 25 y 28.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; ley 26.061). De todos modos, son normas que están dirigidas al Estado para que implemente políticas públicas tendientes a que los niños y las personas con discapacidad puedan alcanzar el nivel de vida más alto posible, en particular en lo que concierne a la salud, la rehabilitación, el desarrollo individual y la integración social.”¹⁹

¹⁸El relato de este párrafo y de los dos anteriores corresponde a la narrativización que hiciera la mayoría en los considerandos 2º y 3º del fallo de la Corte.

¹⁹El destacado en negrita no aparece en el texto original. Corresponde a la autora de este artículo.

La primera parte del considerando resaltado muestra un vacío legal, una laguna de la ley trascendente. No se puede completar por analogía, pero sí por principios del ordenamiento jurídico a ponderar. La Corte en su mayoría, ignoró esta solución que hubiera permitido una interpretación integral, multidimensional y humanista.

En consonancia con estas ideas, el segundo párrafo es aún más legalista y unidimensional. Al final, la expresión “de todos modos” indica la necesidad de la mayoría de justificarse por no operativizar los derechos humanos aplicables al caso y lo hace ante los ministros con votos disidentes, ante las partes y ante futuros casos. Se muestra la expansión del poder que se fortalece con la actitud cerrada y legalista, característica de otras Cortes del pasado en las que el positivismo reinaba como pensamiento único en las aulas y en los tribunales.

Las disidencias muestran los personalismos en el interior de la Corte, sobre todo si con argumentos similares, los votos son por separado: tal es el caso de las disidencias de Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti a las que me referiré brevemente.

El voto del Ministro Maqueda consta de 15 considerandos. En la narrativización de cómo llega el caso a la Corte, a diferencia de la mayoría, se centra en la personas del afectado y en el derecho a la vida. En relación con ello, en el primer párrafo del considerando 5° se centra en M.B.L., la persona con discapacidad:

“5°) Que a los fines de una mayor comprensión de las cuestiones que se plantean en la presente causa, resulta pertinente destacar que el crédito de M.B.L. deriva de una indemnización concedida por la mala praxis ocurrida durante su nacimiento (20 de diciembre de 1994), que le provocó una parálisis cerebral con 100% de incapacidad irreversible. Como consecuencia de ello, presenta desde su alumbramiento una disfunción cerebral crónica e irreversible (síndrome de parálisis cerebral espástica) que compromete el lenguaje, la visión y la actividad motora tanto en miembros superiores como inferiores, con una atrofia muscular cuya progresión y empeoramiento sólo puede evitarse con los tratamientos de rehabilitación. Por tal motivo no camina, sólo emite sonidos y gritos, no puede comer por sí mismo ni controla esfínteres (conf. fs. 7 vta., 10 vta./11 y 15 vta./16).²⁰

El punto máximo en el que su voto se contrapone al de la mayoría es el considerando 12):

“12) Que son los derechos humanos reconocidos tanto por nuestra Constitución Nacional como por las convenciones internacionales mencionadas; la extrema situación de vulnerabilidad de M.B.L. y el reclamo efectuado, que tiene por objeto satisfacer sus derechos esenciales, los que llevan a concluir que el crédito en cuestión debe estar resguardado por un privilegio que lo coloque en un plano superior al de los demás de los créditos privilegiados. Ello así, con el fin de garantizar a M.B.L. - en alguna medida – el goce de su derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad”²¹.

El citado Ministro declara la inconstitucionalidad de los arts. 239, primer párrafo; 241; 242, parte general y 243, parte general e inc. 2°, de la ley 24,522 y verifica a favor de M.B.L. un crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro de cualquier otro privilegio. Verdaderamente este voto es un triunfo auténticamente simbólico.

El Ministro Horacio Rosatti vota individualmente con un contenido similar al voto de Maqueda. En la última parte del considerando 9) afirma:

“9) (...) En ese marco de ponderación, no puede desconocerse aquí que la pretensión debe ser analizada bajo el prisma de los derechos de los niños y de las personas con discapacidad consagrados en los instrumentos de esa naturaleza,

En este sentido, en el segundo párrafo del considerando 17) del voto mayoritario, se refuerza el criterio interpretativo al que me vengo refiriendo:

“18) (...) En síntesis, la preferencia que se otorgue a un acreedor respecto de los restantes en el marco de un proceso concursal es una decisión que incumbe al legislador y no a los jueces de acuerdo con las circunstancias subjetivas que en cada caso se puedan plantear.”

²⁰El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a la autora de este trabajo.

En orden a estas ideas, el considerando 5°), párrafo 6°, primera parte Maqueda afirma:

“5°) (...) Así pues, M.B.L., lleva 23 años transitando con una incapacidad total y sin cobrar la totalidad de su crédito reconocido por sentencia judicial firme en el año 2006.(...)”

²¹El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a la autora de este artículo.

*desde que – como se verá – no puede negarse que **la indemnización que fue verificada tiene por único objeto satisfacer aquellos específicos derechos.***²²

Más adelante, en los considerandos 12) y 13) primer párrafo, argumenta:

*“12) **Que en esa inteligencia, la decisión de mantener la calificación legal del crédito de marras, esto es como quirografario, y negar la posibilidad - por vía de excepción en razón de las especialísimas circunstancias del caso - de darle un trato preferencial en su pago, importa efectuar un examen de la controversia sin ponderar en debida forma - a la luz del patrimonio falencial y de los numerosos acreedores que han verificado su crédito - la incidencia que esa calificación trae aparejada en la efectiva tutela de derechos que cuentan con amparo constitucional cuya protección no admite mayores demoras.***

*“Más allá de su indudable carácter patrimonial - en razón de tratarse de una mensura económica del daño inmaterial causado -, **resulta evidente que el crédito tiene por objeto una prestación directamente vinculada con el derecho al disfrute del más alto nivel posible de la salud que, a su vez - está íntimamente relacionado con su derecho a la vida (Fallos:321:1684; 323:1339 y 3229; 329:1638; 3312:2135; 336:244, entre otros, y causa “P.L., J.M.” - Fallos:337:222-).***

*“13) **Que en este escenario particular, el cuidado especial que demanda la situación de vulnerabilidad de M.B.L. exige que la normativa constitucional y supra legal se traduzca, ineludiblemente, en el reconocimiento de una preferencia en el cobro de sus acreencias – cuyo origen, en autos, en rigor, no reconoce una causa patrimonial preexistente en sentido estricto sino la mensura de daños a bienes humanos inmateriales – vinculadas con la satisfacción de sus derechos fundamentales.(...).***²³

Indudablemente la interpretación de los Ministros Maqueda y Rosatti es la correcta desde una visión armónica de los derechos humanos y de la discapacidad y constituye un claro ejemplo de interpretación integral afin al modelo jurídico multidimensional.

Otro caso con efecto simbólico es el siguiente: “González Victorica, Matías y Otros c/ EN – AFIP DGI – Dto. 1313/93s/ Proceso de Conocimiento”²⁴, de fecha 21 de noviembre de 2018. Los Ministros Elena I. Highton de Nolasco y Horacio Rosatti remitieron sus fundamentos al dictamen del procurador, rechazando el recurso extraordinario y confirmando la sentencia apelada. Los Ministros Juan Carlos Maqueda y Ricardo Luis Lorenzetti votaron conjuntamente bajo la modalidad “según su voto”; voto con alto valor simbólico.

La cuestión sometida a consideración del Tribunal consiste en dilucidar la validez constitucional del art. 3° de la ley 19.279 en su actual redacción y del art. 8° del decreto reglamentario 1313/93, normas que conceden ciertos beneficios –una contribución estatal en dinero o el otorgamiento de exenciones tributarias-, a las personas con discapacidad que cuenten con suficientes recursos para afrontar una parte sustancial del costo de adquisición de un automotor y su posterior mantenimiento, en tanto aquéllas no posean la capacidad económica para adquirir el vehículo sin el goce de los beneficios mencionados. Asimismo, la disposición legal mencionada faculta a la administración a

²²El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a la autora de este trabajo.

²³El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a la autora de este trabajo.

²⁴Fallos, 341:1625.

ponderar dicha capacidad no sólo sobre la base de la situación personal del peticionante, sino también sobre la base del núcleo familiar que aquél integre.²⁵

La Corte, al rechazar el recurso extraordinario, no declara la constitucionalidad ni del art. 3° de la ley 19.279 ni del art. 8° del decreto reglamentario 1313/93, manteniendo la ponderación de la capacidad económica de la persona con discapacidad sobre la base del ingreso familiar. Esto está basado en una concepción discriminatoria de la persona con discapacidad y que no tiene en cuenta su autonomía, incluso económica.

En este sentido, más adelante, en el considerando 7°), quinto a séptimo párrafo, los Ministros Maqueda y Lorenzetti afirman:

*“7°) (...) A ello se suma que la evaluación de la situación económica en forma conjunta con la del ‘núcleo familiar’ como sustento para excluir al peticionante de la franquicia, constituye un parámetro que debe ser considerado con sumo cuidado en tanto tiende a **reducir** el marco de protección especial de las personas con discapacidad. En efecto, la laxitud con que ha sido concebida la norma reglamentaria, puede conducir a consagrar soluciones injustas y contrarias al respeto de la autonomía individual, la máxima independencia de las personas, y la plena integración en la sociedad, que la propia ley 19.279 (art. 1°) y las normas de jerarquía constitucional consagran (cf., en especial, Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, inciso n y sus arts. 3°; 9°; 19; 20 y 26; ver también, **en lo pertinente**, sentencia de esta Corte en al causa “I., J.M.”, Fallos: 339:795).*

“En este sentido, cabe señalar que el decreto 1313/93 ni siquiera ha intentado justificar la necesidad de evaluar la situación económica del grupo familiar en ciertos supuestos o en razón de alguna circunstancia concreta que eventualmente debiera ser considerada, por lo que sus disposiciones alcanzan incluso a aquellas personas con discapacidad mayores de edad, que se desenvuelven laboralmente y cuentan con medios propios de vida que les permiten por sí solas cumplir con las condiciones de aquella norma, excluyéndolas de los beneficios tributarios para la adquisición de un vehículo, si la capacidad económica considerada conjuntamente con los bienes o los ingresos del ‘núcleo familiar’ excediera los topes fijados en el art. 8° del decreto 1313/93.

*“En el supuesto referido y en un sinfín de situaciones disímiles, la norma reglamentaria niega la ayuda estatal para acceder a una movilidad de calidad. De manera tal que pareciera reposar – irrazonablemente y sin atender las directrices de las normas convencionales citadas- sobre un hecho que no siempre es incontrastable, esto es, que el ‘núcleo familiar’ de la persona con discapacidad que se encuentra – al menos – en una de las situaciones descriptas en el art. 8° del decreto 1313/93, **efectivamente** asumirá el costo que supone adquirir un vehículo sin los beneficios que concede la ley.”²⁶*

Se destaca, no sólo el énfasis puesto al argumentar, sino la utilización de negrita en determinados términos y en el caso de uno de ellos “**reducir**”, que se refiere a limitar los derechos de las personas con capacidad, pese a la protección constitucional y convencional. Los Ministros ponen en evidencia el efecto de aplicación del decreto 1313/93, que reduce los derechos. Lo enfatiza aún más en el segundo párrafo del considerando 8°):

²⁵Cfr. considerando 2°) del voto de los Ministros Maqueda y Lorenzetti.

²⁶El destacado en negrita corresponde al texto original. El subrayado, a la autora de este artículo.

“8° (...) A partir de tales principios, cabe concluir que los requisitos establecidos en el art. 8° del decreto 1313/93 en su concreta aplicación al caso son irrazonables y no se ajustan al espíritu de la ley 19.279 que viene a reglamentar, razón por la cual corresponde declarar su inconstitucionalidad (arts. 28 y 99, inciso 2°, de la Constitución Nacional).”²⁷

La declaración de inconstitucionalidad por parte de los Ministros Maqueda y Lorenzetti es sólo un triunfo simbólico para la persona con discapacidad, pero en realidad, la Corte no hace lugar al recurso extraordinario y confirma la sentencia apelada.

4.1.3. Sentencias claramente desfavorables a las personas con discapacidad.

Tres son las sentencias claramente desfavorables a las personas con discapacidad. En estos casos la Corte argumenta sobre la cuestión de fondo, negando el reclamo.

El 29 de mayo de 2018, la Corte dicta sentencia, mediante seis considerandos, en “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa A., M.L. por su hija menor c/ OSDE s/ ley de medicina prepaga”.²⁸ El fallo es dividido. Por la mayoría votan los Ministros Ricardo Luis Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda y Carlos Fernando Rosencrantz. Disienten los Ministros Elena I. Highton de Nolasco y Horacio Rosatti.

La Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza revocó la sentencia de la instancia anterior, haciendo lugar a la acción de amparo entablada por M.L.A. en representación de su hija menor J.G.A. -portadora de síndrome de Down – y, en consecuencia, condenó a OSDE a brindar a la niña cobertura correspondiente a la escolaridad en el Colegio San Jorge de Chacras de Coria, Luján, provincia de Mendoza, conforme con los aranceles actualizados de las pertinentes resoluciones dictadas por el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación.

Para decidir así, la Cámara entendió que la demandada no había demostrado la existencia de un establecimiento educacional público adecuado para recibir a la niña. Estimó que en ese caso debía hacerse prevalecer la contención socio-afectiva de J.G.A. para no desnaturalizar el régimen protectorio de las personas con discapacidad y, en este sentido, ponderó que J. (de nueve años de edad al momento de dictarse la sentencia de la Corte) concurría al citado colegio desde la sala de dos años; que su médica pediatra había solicitado que su escolarización continuara en el mismo instituto y que la psicopedagoga que la asistía había afirmado que un cambio de institución no resultaba prudente.²⁹

Contra esa decisión, la demandada dedujo recurso extraordinario, cuya denegación originó la queja.

La Corte da la razón a la demandada, OSDE, afirmando en los considerandos 5°) y 6°) primera parte:

“5°) Que bajo dichas premisas asiste razón a la apelante pues el a quo expresamente advirtió que la elección de los progenitores resultaba infundada al destacar que el instituto escogido es uno de los más costosos del ámbito educativo provincial y que, después de haber hecho concurrir allí a la niña por más de cinco años, intempestivamente solicitó a OSDE el pago de los aranceles escolares (fs.273 vta.).”

²⁷El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a la autora de este trabajo.

²⁸Fallos, 341:585.

²⁹Este párrafo y el anterior son conformes a la narrativización que la Corte realiza en el considerando 1°) de la sentencia.

“6°) Que, además, el tribunal de alzada omitió toda consideración de los testimonios obrantes a fs. 171/173 brindados por expertas en psicopedagogía que dan cuenta de la posibilidad de que la menor asistiera a las escuelas públicas provinciales. Tampoco efectuó referencias al informe que en igual sentido emitió la Dirección General de Educación Especial de la citada provincia (fs. 184/186) ni evaluó que la demandada se había hecho cargo de las prestaciones de apoyo escolar e integración a través de tratamientos psicopedagógicos, neurolingüística, terapia ocupacional, etc. (fs. 54/139). (...)”³⁰

La Corte deja sin efecto la sentencia impugnada, falló a favor de OSDE y no de la niña con discapacidad, criterio éste adelantado a comienzos del considerando 5°). La minoría disidente, encarnada por los Ministros Highton de Nolasco y Rosatti, decide por razones procesales, declarando inadmisibile el recurso extraordinario. Lamentablemente, la disidencia tampoco emitió un voto con valor simbólico, lo que hubiera alentado futuros reclamos.

Con fecha 14 de agosto de 2018, la Corte dicta sentencia, mediante once considerandos, en “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa T.,I.H., en rep. U.E.G.T.T. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ leyes especiales (diabetes, cáncer, fertilidad)”.³¹ Votan los Ministros Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda y Carlos Fernando Rosenkrantz, en forma unánime.

La Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín revocó la sentencia de instancia anterior y, en consecuencia, hizo lugar a la acción de amparo entablada por I.H.T. para que la Obra Social del Poder Judicial de la Nación cubra en su totalidad el costo de la participación de su hijo menor en el proyecto deportivo especial “Despertar” que se desarrolla en el Club Social y Deportivo El Progreso (Club Estudiantil Porteño) de Ramos Mejía, Partido de La Matanza, Provincia de Buenos Aires.

Para decidir de ese modo, la Cámara invocó, además de las previsiones contempladas en la Constitución Nacional y las garantías establecidas en tratados internacionales en materia de derechos humanos (especialmente los que se enfocan en la protección del niño y de las personas con discapacidad), las disposiciones de la ley 26.061 (de Protección Integral de los Derechos de los Niñas, Niños y Adolescentes) y las contenidas en las leyes 22.431 y 24.901 (Sistema de Protección Integral de los Discapacitados).

Sobre la base de que la persona que sufre discapacidad tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y de servicios para el tratamiento de su enfermedad y su rehabilitación, la Cámara valoró los informes socio-ambientales incorporados a la causa que daban cuenta, por un lado, del contexto de pobreza del hogar de la actora y, por otro, de la mejora experimentada por el niño en su integración e inclusión social a raíz de su asistencia al programa deportivo ya referido, como así también sus especiales condiciones de salud, ya que padece, entre otras patologías, de síndrome de Down, cardiopatía e hipotiroidismo.³²

Contra la decisión de la Cámara, la demandada dedujo recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la queja.

La Corte, en los considerandos 8°) y 9°) afirma:

³⁰El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a la autora de este trabajo.

³¹Fallos, 341:919.

³²Los párrafos precedentes son conformes a la narrativización de la Corte en los considerandos 1°) y 2°) de la sentencia.

“8º) Que la sola circunstancia de que la prestación requerida resulte beneficiosa para el menor, con miras a su integración e inclusión, no justifica la imposición a la entidad prestadora de salud de la obligación de solventarla pues, con el mismo criterio, debería hacerse pesar sobre ésta cualquier otra actividad de carácter social que tuviera esa misma finalidad (asistencia a espectáculos públicos o lugares de interés cultural, etc.) lo cual carece de toda razonabilidad y no encuentra basamento normativo alguno. Máxime en este caso en el que, como se señaló anteriormente, la actividad en cuestión no constituye una terapia específica de carácter médico o educativo y los encargados de su implementación no son profesionales de la salud o especialistas en el tratamiento y rehabilitación de personas con discapacidad.

“9º) Que tampoco da sustento a la procedencia de la prestación perseguida la constatación de una especial situación de vulnerabilidad en el hogar donde vive el menor, en tanto esa condición solo autorizaría a requerir la cobertura necesaria para asegurar la atención especializada domiciliaria que requiera el discapacitado, conforme con la evaluación y orientación efectuada por un equipo interdisciplinario capacitado a tales efectos (arts. 11 y 34 de la ley 24.901).

“Es correcto que la integración educacional, laboral, familiar y social de la persona que sufre discapacidad constituye un principio fundamental y orientador del sistema instituido legalmente. Pero también lo es que ni las leyes 22.431 y 24.901 que lo consagran, ni el decreto reglamentario de esta última - 1193/98- como tampoco la resolución 428/99 del Ministerio de Salud (nomenclador) exigen la provisión de prestaciones de índole deportivo o recreacionales como las reclamadas en la causa por lo que la resolución 1126/2004 de la obra social demandada que adopta idéntico criterio no merece reproche alguno”.³³

La Corte hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario, revocó el fallo recurrido y rechazó la demanda.

Quisiera agregar que es la misma Corte quien administra la Obra Social del Poder Judicial de la Nación. Repito: la Corte es administradora y a la vez juzga estos casos.

El 23 de agosto de 2018, la Corte dicta sentencia en 5 considerandos en “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa C.T., N. c/ OSDE s/ amparo de salud”. El fallo es dividido. Por la mayoría votan los Ministros Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda y Carlos Fernando Rosenkrantz. Disiente el Ministro Horacio Rosatti.

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó el pronunciamiento de la instancia anterior la acción de amparo y, en consecuencia, condenó a OSDE a hacerse cargo de la cobertura integral de la escolaridad común en el Instituto Milenio III del niño N.C.T., quien padece trastorno generalizado del desarrollo.

Para tomar esa decisión, la Cámara consideró que la circunstancia de que el niño ya no tuviera la necesidad de contar con apoyo a la integración escolar (prestación que también se reclamara en la demanda y que OSDE afrontara bajo la modalidad de reintegro) carecía de relevancia, ya que el niño tenía otras necesidades derivadas de su condición: asistir a una escuela que contase con gabinete psicopedagógico y en la que la cantidad de alumnos por aula fuera reducida. Entonces, citó la sentencia de la Corte Suprema “R.D. y otros c/ Obra Social del Personal de la Sanidad s/ amparo”, del 27 de noviembre de 2012, en la

³³El resaltado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a la autora de este artículo.

que habían sido fijadas diversas pautas respecto a la carga probatoria que pesa sobre las partes en juicio de esta naturaleza, estableciéndose que el agente del servicio de salud es quien debe ocuparse concretamente de probar una alternativa entre sus prestadores que proporcione un servicio educativo análogo al que se persigue en la causa. En función de ello, la Cámara destacó que en el caso no se encontraba acreditada la oferta de escuelas públicas que cumplieran con los requisitos expuestos y confirmó el acogimiento de la pretensión a favor del niño con discapacidad.³⁴

En este contexto, la demandada dedujo recurso extraordinario, cuya denegación originó la queja.

La Corte falla a favor de OSDE. En los dos primeros párrafos del considerando 5°) afirma:

“5°) Que, por lo demás, la alzada omitió toda consideración acerca de los informes emitidos por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en el sentido de que sus establecimientos escolares se encuentran orientados a la integración de los niños con discapacidad, que el promedio por curso en los barrios cercanos al hogar de N. (Palermo y Belgrano) es de 16 y 18 alumnos y que de ellos se desprendía aunque no en cada establecimiento, la existencia, bajo el ámbito de la Dirección de Escuelas de la ciudad, de gabinetes psicopedagógicos especiales para evaluar la condición del menor (fs. 61, 93/94 y 202).

“En tales condiciones, dada la carencia de fundamentación que exhibe el fallo apelado, corresponde disponer su descalificación con arreglo a la conocida doctrina en materia de arbitrariedad de sentencias.(...)”.³⁵

El Alto Tribunal, por mayoría, hace lugar a la queja, declara procedente el recurso extraordinario y deja sin efecto la sentencia impugnada.

La disidencia del Ministro Rosatti es muy breve. Declara inadmisibile el recurso extraordinario y por tanto, desestima la queja.

En este último grupo de fallos, en los que el Alto Tribunal dicta sentencias claramente desfavorables a personas con discapacidad, se advierte la utilización de expresiones como “irrazonable”, “falta de fundamentación”, “arbitrariedad”. La intención es de descalificar aquellos fallos de tribunales inferiores que reconocieron ampliamente derechos a las personas con discapacidad. La estrategia de legitimación elegida pretende racionalizar un posicionamiento de marcado poder y saber que adopta la Corte.

5. Algunas conclusiones

Los derechos humanos continúan gestándose y desarrollándose para proteger la sacralidad de la persona. En esta etapa, especialmente para proteger a los más vulnerables, como es el caso de las personas con discapacidad. Indudablemente, la incorporación de tratados de derechos humanos con rango constitucional, permiten ponderar y armonizar normas y principios en un ordenamiento jurídico abierto. Les brindan a los jueces herramientas complejas y más adecuadas para dar soluciones más justas, que permitan lograr la igualdad a quienes padecen de múltiples desigualdades y estigmas.

Como vimos anteriormente, no siempre la Corte dicta fallos fruto de una interpretación integral y multidimensional que dignifique e iguale a quienes padecen de discapacidad. En 2018, en la mayoría de los casos realizó una interpretación legalista y unidimensional,

³⁴Los párrafos anteriores son conforme a la narrativización realizada por la Corte en el considerando 1°).

³⁵El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponden a la autora de este trabajo.

que profundizó la vulnerabilidad, fragilidad y desigualdad que padecen las personas con discapacidad y que los estigmatizó aún más.

Los votos minoritarios de los Ministros del Alto Tribunal, en algunas ocasiones abrieron la puerta a la esperanza, al votar con características simbólicas, alentarían los reclamos de futuros casos.

Se destaca también que la Corte administra la Obra Social del Poder Judicial de la Nación y a la vez dicta sentencias en las que dicha obra social es parte, como vimos anteriormente. Ojalá en el futuro esto no siga siendo así, le quitaría opacidad a las sentencias y permitiría el dictado de fallos acordes al modelo jurídico multidimensional, que lograrían igualdad y brindarían esperanza a otras personas con discapacidad.

Como persona con discapacidad sufro el estigma de la desigualdad y fragilidad, por lo que me niego a renunciar a la esperanza en el desarrollo de los derechos humanos y en el papel del modelo jurídico multidimensional en una interpretación integral volcada a sentencias en las que se respete la sacralidad de las personas y en las que se vuelque la riqueza de los tratados de derechos humanos con rango constitucional y éstos se conviertan en vida viviente y actuante en quienes sufren de desigualdad, vulnerabilidad y fragilidad, en especial en las personas con discapacidad