

TRABAJO DE FIN DE MASTER
MASTER EN “DERECHOS HUMANOS, ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA EN IBEROAMÉRICA”
PROGRAMA REGIONAL DE APOYO A LAS DEFENSORIAS DEL PUEBLO DE IBEROAMERICA
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

Vulneración del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad en Argentina por la omisión reglamentaria de las prestaciones de apoyo reconocidas por la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

Diciembre de 2021

Alumno: Facundo Vidal Valls
Tutor: Prof. Dr. Guillermo Escobar Roca

INDICE:	Pág. 2
CAPITULO I.- INTRODUCCIÓN:	Pág. 3
1. Los derechos sociales fundamentales de prestación.....	Pág. 3
2. Las Personas con Discapacidad como titulares de estos derechos.....	Pág. 6
3. Discapacidad. Definición y evolución.....	Pág. 7
4. La autonomía como principio exigible como derechos sociales de prestación.	Pág. 9
CAPITULO II.- LA ASISTENCIA PERSONAL COMO APOYO.....	Pág. 12
1.- Que entendemos por apoyo.....	Pág. 12
2.- Asistencia personal. Definición y objetivos.....	Pág. 14
3.- Esbozo de clasificación.....	Pág. 15
CAPITULO III.- DERECHO A LA AUTONOMIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ARGENTINO... ..	Pág. 17
1.- Análisis de la normativa Internacional.....	Pág. 17
1. 1.- Sistema Internacional de los Derechos Humanos.....	Pág. 17
1.1.1.- Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.....	Pág. 18
1.2.- Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	Pág. 20
2.- Análisis de la normativa Argentina.....	Pág. 22
2.1.- Bloque Constitucional.....	Pág. 22
2.2.- Particularidades del Sistema de Salud Argentino como prestador.....	Pág. 24
2. 3.- Normativa Argentina en materia de discapacidad.....	Pág. 28
2.3.1.- Normas anteriores a la incorporación de la CIDPCD.....	Pág. 28
2.3.2.- Normas posteriores a la Incorporación de la CIDPD.....	Pág. 30
CAPITULO IV.- OMISIÓN REGLAMENTARIA DE LA ASISTENCIA PERSONAL COMO APOYO Y SUS CONSECUENCIAS... ..	Pág. 31
1.- La omisión reglamentaria como vulneración de derechos fundamentales.....	Pág. 31
2.- Verificación de la vulneración.....	Pág. 33
2. 1.- La asistencia humana como elemento esencial del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad.....	Pág. 34
2. 2.- El impostergable mandato para el legislador de regular acerca de la asistencia personal, como apoyo... ..	Pág. 34
CAPÍTULO V.- CONCLUSION.....	Pág. 41
ANEXOS.....	Pág.43
1.- Abreviaturas.....	Pág.43
2.-Bibliografía.....	Pág. 43
3.- Anexo normativo.....	Pág. 46

I.- INTRODUCCION

La concepción de la Discapacidad ha dado un giro copernicano en las últimas décadas. A pesar de que, luego de siglos de marginación, durante el siglo XX se alcanzó el tan esperado reconocimiento de derechos, fue recién en sus últimos años cuando cobro fuerza la idea del cambio de paradigma que tajo como consecuencia la redacción de un Instrumento del Sistema Internacional de los Derechos Humanos específico en la materia: la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/ RES/ 61/ 106, el día 13 de diciembre de 2006.

En el presente trabajo, proponemos que el Estado Argentino, que ha adherido a la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y a su protocolo facultativo por ley 26.378 y la ha dotado incluso de jerarquía constitucional por imperio de la ley 27.044, se encuentra vulnerando derechos fundamentales por omisión reglamentaria de algunos de los derechos sociales de prestación reconocidos por ese instrumento.

En este capítulo introductorio, haré referencia al marco teórico utilizado, la posición filosófica y la determinación de ciertos términos multívocos que de ser interpretados de manera diferente pueden llevar a conclusiones distintas la que se pretende en el presente trabajo

Es decir, comenzaré sincerándome con el lector, y a tal efecto expondré que pretendo decir cuando me refiero a ciertos conceptos indispensables a la hora de interpretar mi tesis.

1. Los derechos sociales fundamentales de prestación

Siguiendo a Escobar Roca, afirmamos que *“Existe una corriente doctrinal, que en líneas esenciales suscribimos, que viene a sostener que los derechos sociales no son sustancialmente diferentes a los demás derechos (a los que llamaremos, para abreviar y destacar mejor el contraste, derechos liberales), tesis que podría convertir en desafortunado un estudio separado de aquellos. Además, en la mayoría de las Constituciones los derechos sociales no conforman, al menos expresa y formalmente, un bloque determinado dentro del conjunto de los derechos”*¹.

Así, también siguiendo a este autor, en la búsqueda de un denominador común a los países iberoamericanos, acudimos al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (en adelante, PIDESC), ratificado por Argentina, *“el cual, por cierto, no amplía el catálogo ya*

¹ ESCOBAR ROCA, Guillermo: Lección 1: “Fuentes, concepto y fundamento” de la Materia “Derechos Sociales” del Master en “Derechos Humanos, Estado de Derecho u Democracia en Iberoamérica” Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica” años 2020 y 2021. Pág. 1.

presente en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (en adelante, DUDH) y que responden a la estructura de los derechos de prestación, que son formulados en el propio Pacto como derechos y que suelen ser reconocidos constitucionalmente, esto es, por el orden del propio PIDESC”² al cual, sugiere el autor, debe añadirse otros tres derechos: el derecho a los servicios sociales y el derecho al mínimo vital o a la protección frente a la pobreza y el derecho a la autonomía de las personas con discapacidad³, este último será el eje central del presente trabajo.

Es importante agregar, los derechos sobre los que nos ocuparemos en el desarrollo de esta obra, son derechos fundamentales sociales de prestación, que como su nombre lo indican gozan de 4 elementos característicos⁴, es decir, se trata de:

1) Derechos: en la acepción subjetiva del término, entendido como potestad.

2) Fundamentales: deben provenir de una Constitución Nacional formal, es decir, un texto escrito aprobado con ese nombre. No hay DFSP que no deriven expresa o tácitamente del texto constitucional. Para lo cual debe destacarse el carácter normativo y supremo de las Constituciones, lo que implica que todo derecho reconocido en ellas cuentan con las dos garantías típicas de la Constitución normativa (vinculación del legislador y tutela judicial directa), es ya un derecho fundamental, con independencia del lugar de la Constitución donde se encuentre. En resumen, derechos fundamentales es un sinónimo de derechos constitucionales, por lo que sería imposible reconocerlos sólo por ley, si aun así el legislador lo hiciera, la dogmática debería incardinar, mediante la interpretación, ese pretendido derecho fundamental en una de las figuras del catálogo de la Constitución y, en caso de no resultar posible, corregir el exceso semántico del legislador. Por ello se habla de 3 formas de reconocimiento de los DFSP: 1) Derechos explícitos: Si la Constitución habla expresamente de derechos, entonces hay derechos (subjetivos), 2) Derechos deducidos: La ubicación de una norma en uno de los cuatro tipos básicos de normas constitucionales (principios, mandatos, normas orgánicas y normas de derechos), es una cuestión en ocasiones interpretativa y por tanto discutible. 3) Derechos transversales: Si el catálogo de los derechos es cerrado, con las matizaciones señaladas, y si solo cabe hablar de derechos cuando estos aparecen, expresamente o por deducción, en la Constitución, no parece fácil hablar de nuevos derechos, y ello pese a la casi

² ESCOBAR ROCA, Guillermo: Lección 1: “Fuentes, concepto y fundamento” de la Materia “Derechos Sociales” del Master en “Derechos Humanos, Estado de Derecho u Democracia en Iberoamérica” Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica” años 2020 y 2021. Pág. 2.

³ ESCOBAR ROCA, Guillermo: Lección 1: “Fuentes, concepto y fundamento” de la Materia “Derechos Sociales” del Master en “Derechos Humanos, Estado de Derecho u Democracia en Iberoamérica” Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica” años 2020 y 2021. Pág. 2.

⁴ Ver ESCOBAR ROCA, Guillermo: Lección 1: “Fuentes, concepto y fundamento” de la Materia “Derechos Sociales” del Master en “Derechos Humanos, Estado de Derecho u Democracia en Iberoamérica” Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica” años 2020 y 2021. Pág. 3 y ss.

natural tendencia expansiva de los DFSP. Sin embargo, excepcionalmente, lo cierto es que estos aparecen, y así lo demuestra la lectura detenida de los tribunales que cuentan con un parámetro de control jurídicamente limitado, los tribunales superiores suelen reconocer derechos con una cierta novedad y autonomía y derivados del único texto que pueden aplicar, incluso identificando derechos ya reconocidos como tales en las normas que no pueden aplicar. Este modo de razonar no es correcto dogmáticamente, pero deben hacerlo por razones competenciales.⁵

2) Sociales: Ya hemos adelantado que se trata de derechos subjetivos (por lo tanto individuales), que, en su mayoría se encuentra en el PIDESC, con la característica fundamental que tienen por objetivo la satisfacción de las necesidades básicas, por lo que nos apropiamos de la definición de CONTRERAS PELÁEZ: derechos sociales son “aquellos derechos en que se concreta, mediante diversos tipos de prestaciones, la colaboración de los poderes públicos en la satisfacción de las necesidades básicas del individuo.” Precisamente por ello, encuentran su fundamento en los valores: Igualdad, la Solidaridad y la Dignidad.⁶ Valores sobre los que nos expediremos en reiteradas ocasiones a lo largo de este trabajo.

3) De Prestación: Es decir, que su elemento determinante es la realización de acciones a fines de satisfacer las necesidades básicas de los individuos, sin embargo admiten, solo parcial y complementariamente, una faceta defensiva (tal como sucede con los derechos reaccionales que admiten una faceta prestacional). Esta faceta defensiva juega como una especie de prohibición de regresividad, como límite de los límites al poder legislativo y reglamentario. El componente reaccional de los DFSP protege la estabilidad de lo conseguido. Asimismo, los contenidos de libertad de los DFSP destacan dos cosas: la ya aludida conexión entre libertad y derechos sociales y que las prestaciones no pueden imponerse: el valor libertad impide al estado satisfacer prestaciones no deseadas⁷.

Entonces, atendiendo a la dualidad estructural presente en los DFSP, con el carácter esencial de lo prestacional y complementario lo defensivo, la traducción del objeto en un contenido concreto para cada figura debe realizarse de dos maneras: estableciendo un ámbito que no puede ser vulnerado (faceta defensiva) y enumerando un conjunto de prestaciones que deben ser otorgadas.

⁵ Ver ESCOBAR ROCA, Guillermo: Lección 1: “Fuentes, concepto y fundamento” de la Materia “Derechos Sociales” del Master en “Derechos Humanos, Estado de Derecho u Democracia en Iberoamérica” Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica” años 2020 y 2021. Pág. 3 y ss.

⁶ Ver ESCOBAR ROCA, Guillermo: Lección 2: “Estructura y contenido” de la Materia “Derechos Sociales” del Master en “Derechos Humanos, Estado de Derecho u Democracia en Iberoamérica” Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica” años 2020 y 2021. Pág. 1 y ss.

⁷ Ver ESCOBAR ROCA, Guillermo: Lección 2: “Estructura y contenido” de la Materia “Derechos Sociales” del Master en “Derechos Humanos, Estado de Derecho u Democracia en Iberoamérica” Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica” años 2020 y 2021. Pág. 3 y ss.

Las prestaciones, son instrumentos para el logro de los fines superiores en los planos lógico y valorativo, es decir son medios, sin embargo, esto no significa que las obligaciones correspondientes se cumplen si fracasan en la consecución de su objeto. Los derechos de defensa, en sentido diríamos puro, solo prohíben una cosa; los derechos de prestación, por el contrario, obligan también a una única cosa (la satisfacción de la necesidad básica), pero a ese resultado normalmente puede llegarse de diversas maneras. Si hay un único medio para obtener el resultado, dicho medio es constitucionalmente obligatorio. Si existen diversos medios para la consecución del resultado, en principio el obligado por el DFSP puede escoger cualquiera de ellos⁸.

Sin intención de adelantarnos, a temas que abordaremos más adelante, podemos anticipar que el objetivo de este trabajo es demostrar si existe una omisión legislativa y si esa falta vulnera el derecho a la autonomía de las personas con discapacidad (Faceta defensiva) por impedir que se realicen ciertas prestaciones que deben ser otorgadas (o garantizadas) por el Estado.

2. Las Personas con Discapacidad como titulares de estos derechos

Para poder abordar el derecho a la autonomía de las personas con discapacidad, y a estos como titulares de derechos sociales, debemos abordar previamente la tutela antidiscriminatoria *“Un tema próximo al de los derechos sociales pero relativamente independiente de él.”*⁹ Suele hablarse de *“derechos de los grupos”* o *“protección de colectivos desaventajados”* aunque esas denominaciones no siempre son correctas puesto que los derechos son, sobre todo, de las personas individuales, por ello adhiero a la denominación *“sujetos de tutela preferente”* ya que *“en todos los casos, el ordenamiento incluye mandatos de actuación que, de un modo u otro, tienen por finalidad (no única pero sí principal) contribuir a paliar la desigualdad real de un grupo de personas, más o menos amplio y determinado, y si esto es así es porque existe una cierta discriminación (normalmente estructural, fáctica y no jurídica) contra dicho grupo ... Las Constituciones establecen expresas obligaciones de protección solo en algunos casos pero estamos convencidos que si hoy la Constitución volviera a escribirse se referiría también a los grupos entonces olvidados. En todo caso, para todos estos grupos suelen establecerse obligaciones positivas de actuación legalmente establecidas, y cuando el legislador las establece, suele señalar que cumple obligaciones constitucionales implícitas, conclusión ésta a la que puede llegarse mediante la interpretación*

⁸ Ver ESCOBAR ROCA, Guillermo: Lección 2: *“Estructura y contenido”* de la Materia *“Derechos Sociales”* del Master en *“Derechos Humanos, Estado de Derecho u Democracia en Iberoamérica”* Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica” años 2020 y 2021

⁹ ESCOBAR ROCA, Guillermo: Lección: *“Fuentes, Concepto y fundamento”* de la Materia *“Derechos Sociales”* del Master en *“Derechos Humanos, Estado de Derecho u Democracia en Iberoamérica”* Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica” años 2020 y 2021. Pág. 2.

jurídica.”¹⁰ Como se detallará más adelante, en Argentina (por haber dotado de jerarquía constitucional a la CDPD) las obligaciones constitucionales en favor de las personas con discapacidad son explícitas.

En esos términos, abordaremos a la persona con discapacidad como sujeto de tutela preferente a la luz de distintos derechos que lo tornan beneficiarios de derechos sociales.

3.- Discapacidad. Definición y evolución.

Hemos referido a los derechos sociales de prestación y las personas con discapacidad como titulares de esos derechos, pero no podemos continuar avanzando sino dejamos en claro a que nos referimos cuando hablamos de discapacidad, qué entendemos por Persona con discapacidad, o mejor dicho, persona en situación de discapacidad.

Justamente, la definición del concepto de discapacidad no ha sido un tema pacífico, por lo que suele invocarse la noción de discapacidad proporcionada por la Organización Mundial de la Salud en su Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud de 2021, que contempla la discapacidad *“entendida globalmente, como una interacción multidireccional entre la persona y el contexto-socio ambiental en que se desenvuelve”*,¹¹ Podemos advertir que esa definición refleja la adopción del cambio de paradigma acerca de la discapacidad, dejando de lado el modelo “rehabilitador” en beneficio del modelo social” que ha tenido como obra culmine la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

En esa línea de pensamiento, Rafael de Asís ha explicado que *“la filosofía que está detrás de buena parte de los cambios normativos acaecidos en los últimos años en materia de discapacidad es representada por el llamado modelo social de la discapacidad.”*¹²

Por su parte, Agustina Palacios, a fines de comprender la importancia de ese cambio de paradigma filosófico que se ha visto reflejado en lo normativo, ha profundizado en el análisis histórico de la concepción de la discapacidad, refiriendo a tres grandes modelos presentes a lo largo de la historia: el de la prescindencia, el rehabilitador y el social.¹³

¹⁰ ESCOBAR ROCA, Guillermo: Lección: “Fuentes, Concepto y fundamento” de la Materia “Derechos Sociales” del Master en “Derechos Humanos, Estado de Derecho u Democracia en Iberoamérica” Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica” años 2020 y 2021. Pág. 2.

¹¹ ABRAMOVICH, Víctor y Otros – Director: ESCOBAR ROCA, Guillermo “Derechos Sociales y tutela antidiscriminatoria - Capítulo XII El derecho a la autonomía de las Personas con Discapacidad” Thompson Reuters – Editorial Aranzadi, SA 2012 Pág. 1413

¹² DE ASIS ROIG, R. “sobre el modelo social de la discapacidad, críticas y éxito”. En Papeles. EL tiempo de los derechos, n1 (2011) ISSN: 1989-8797 pp.1 y 2.

¹³ Ver PALACIOS, A. “el modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad”. Madrid: Cinca, 2008

Así explica la autora que el primer modelo –de la prescindencia- ha considerado que las causas de que daban origen a la discapacidad eran de índole religioso (generalmente atribuyéndolo a enojo de los dioses), por lo que sus vidas eran innecesarias o no merecían ser vividas. El mismo consta de dos submodelos: el eugenésico: situado a modo ilustrativo en la antigüedad clásica, en el que se recurría a prácticas eugenésicas como el infanticidio de niños con diversidad funcional. Y el de la marginación: para explicar este submodelo resulta ilustrativo situarse en la edad media, donde las explicaciones de las causas también eran religiosas, aunque distintas a la del modelo eugenésico, en esta ocasión se hablaba de obra del diablo o de Dios, pero se refería a una situación que debía ser aceptada con resignación y las personas con discapacidad, como los pobres se encontraban totalmente marginados, condenados al menosprecio o miedo, encerrados, excluidos, sin embargo y aunque la gran mayoría de los niños moría como consecuencia de la omisión, los pocos que llegaban a mayores debían apelar a la caridad, la mendicidad o ser objeto de diversión como única fuente de sustento.¹⁴

Por su parte, el modelo rehabilitador, justifica las causas de la discapacidad de déficits de la persona, lo que implica que es un problema exclusivamente de la persona y producto de una enfermedad y aunque a diferencia del anterior deja de considerar a la persona como inútil o innecesaria, este indica que no lo será en la medida que pueda ser “rehabilitada” por lo que su fin primordial es “normalizar” a las personas con discapacidad, aunque ello implique ocultar la diferencia que la discapacidad representa. Este modelo comenzó a advertirse con el paso a la modernidad, su auge fue luego de la segunda guerra mundial, cuando los soldados con secuelas físicas, psíquicas y/o sensoriales, retornaron a sus hogares, y se les tornó sumamente sumamente dificultoso “reinsertarse” en a la vida en sociedad. La discapacidad es abordada exclusivamente desde la asistencia y la seguridad social, o como parte del derecho civil en relación a cuestiones como la incapacitación y la designación de tutores o curadores.¹⁵

Si bien este modelo ha significado un gran avance en el reconocimiento de derechos para personas con discapacidad ha sido criticado por múltiples razones. Fundamentalmente lo que ha sido denominado como el “ideal de la goma de borrar” que implica que la persona con discapacidad es una persona desviada del supuesto estándar de normalidad cuya diferencia debe ser borrada con el afán de su normalización. Lo preocupante de estos supuestos estándares es que generalmente

¹⁴ Ver PALACIOS, A. “el modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad”. Madrid: Cinca, 2008

¹⁵ Ver PALACIOS, A. “el modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad”. Madrid: Cinca, 2008

responden a experiencia y perspectiva de grupos privilegiados que pretenden imponer como normal, a través de expertos y burócratas que pertenecen a ese grupo dominante.¹⁶

Finalmente el modelo social de la discapacidad deja de explicar el “fenómeno de la discapacidad” partiendo de la “deficiencia” de la persona, para hacerlo desde la “deficiencia” de la sociedad. Así considera que las causas que dan origen a la discapacidad son predominantemente sociales y que las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad en igual medida que las personas sin discapacidad pero siempre con respeto de su condición de personas que, en ciertos aspectos y determinadas condiciones, son diferentes a la media.¹⁷

*“Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos y aspira a potenciar el derecho por la dignidad humana y la libertad personal, propiciando la inclusión social y asentándose sobre la base de determinados principios: vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, participación entre otros. El modelo parte de la premisa que la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social, y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad. Asimismo apunta a la autonomía de la persona con discapacidad para decidir respecto de su propia vida, y para ello se centra en la eliminación de cualquier tipo de barrera a los fines de brindar una adecuada equiparación de oportunidades”.*¹⁸

Precisamente, como ahondaremos a lo largo del presente trabajo, la adopción del modelo social, y su plasmación en la convención internacional sobre Derechos de las Personas con discapacidad (CDPD), la cual fue suscripta por 163 Estados, 94 signatarios del Protocolo Facultativo, 182 ratificaciones de la Convención y 96 ratificaciones del Protocolo¹⁹, entre los que se encuentra Argentina, que además la dotó de jerarquía constitucional, lo que ha disipado cualquier duda acerca del carácter de la persona con discapacidad como especiales titulares de derechos sociales.

4.- La autonomía como principio exigible como derechos sociales de prestación.

Para referirnos a las personas con discapacidad como beneficiarios de derechos sociales es indispensable hacer mención al derecho a la autonomía de las personas con discapacidad; en ese sentido, aunque no todas las personas con discapacidad son personas en situación de dependencia,

¹⁶ Ver PALACIOS, A. “el modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad”. Madrid: Cinca, 2008

¹⁷ Ver PALACIOS, A. “el modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad”. Madrid: Cinca, 2008

¹⁸ PALACIOS, Agustina “el modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad”. Madrid: Cinca, 2008- pp. 27 y ss.

¹⁹ Organización de las Naciones Unidas: <http://www.un.org/spanish/disabilities/countries.asp?navid=18&pid=578>

las personas en situación de dependencia o con necesidades intensas de apoyo para la autonomía personal son personas con discapacidad²⁰

En ese sentido, la concreción de la CDPD, por su alto nivel de legitimidad y aceptación, además de por ser pionera en la participación activa de la sociedad civil (ya que bajo el lema de “nada sobre nosotros sin nosotros” colectivos de personas con discapacidad entre los que se destaca el “movimiento de vida independiente” han participado activamente en el impulso redacción y promoción de la CDPD), ha significado la rupturas de varios paradigmas en relación no solo a la comprensión de la discapacidad sino también de la sociedad, de la capacidad jurídica o sobre el sentido y concepto de la autonomía.²¹

La CDPD se construyó sobre la base de dos principios de derechos humanos: la igualdad y la autonomía, *“aunque en ambos casos estos dos principios fueron redefinidos en función a la situación propia y particular de desventaja, opresión y exclusión que afecta a las personas con discapacidad”*²² según afirma Luis Miguel de Águila, en la tesis que adherimos.

Ya nos hemos referido, al ocuparnos de los derechos sociales en general, de qué manera, en búsqueda de la igualdad “real” de personas en situación de desventaja, los conceptos de derechos estipulados en el Catálogo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) que recogía la idea de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de la Revolución Francesa (1789), habían sido matizado por ideas socialistas, dando origen al reconocimiento de Derechos Sociales, esto por cuanto se había redefinido la idea de igualdad (en la década de 1960), sin embargo, la discapacidad aún seguía sin ser notado como un problema de igualdad bajo los parámetros internacionales de los derechos humanos, precisamente porque esa desigualdad no se origina por razones de raza o de género y está construida sobre la base de diferencias naturales o biológicas en donde las diferencias se aplican solo en algún aspecto o dimensión manteniéndose la igualdad en todo lo demás, sino que las diferencias se aplican sobre la base de estructurales factores sociales, y esta desventaja multidimensional y además estructural recién se advirtió en la década de 1990. Este enfoque contextual, que es aplicado por la CDPD, se centra en estructuras asimétricas de poder, privilegio y desventajas que operan en la sociedad, afectando a las personas

²⁰ ABRAMOVICH, Víctor y Otros – Director: ESCOBAR ROCA, Guillermo “Derechos Sociales y tutela antidiscriminatoria - Capítulo XII El derecho a la autonomía de las Personas con Discapacidad” Thompson Reuters – Editorial Aranzadi, SA 2012. Pág. 1394

²¹ Ver DE AGUILA, Luis Miguel “La autonomía de las Personas con Discapacidad como principio rector” dentro de la publicación “Nueve conceptos claves para entender la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad” Pontificia Universidad Católica de Perú, 2017. Pág. 51 a 56.

²² DE AGUILA, Luis Miguel “La autonomía de las Personas con Discapacidad como principio rector” dentro de la publicación “Nueve conceptos claves para entender la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad” Pontificia Universidad Católica de Perú, 2017. Pág. 57.

con discapacidad y apunta a lograr la igualdad de resultados y la erradicación de prácticas y políticas que mantienen o incrementan estas desventajas, por ello la CDPD ha indicado explícitamente que no crea de nuevos derechos sino que busca la protección de Derechos Humanos existentes a la situación única de la persona con discapacidad.²³

Como sucede con la igualdad, la autonomía (libertad) también ha sido reformulado por la CDPD sobre la base del modelo social de la discapacidad que pone énfasis en cuestiones contextuales, dándole un alcance inédito. La autonomía entendida como la libertad de tomar decisiones es el bien máspreciado que una persona puede tener, es la base de ser persona y ciudadano, no hay democracia ni estado sin esta, es el fundamento de las demás libertades. En el ámbito de la discapacidad, garantizar el derecho a tomar decisiones a personas con discapacidad intelectual o psicosocial es fundamental para el resto del colectivo. Cuestionarlo, independientemente del grado o tipo de discapacidad, comienza a poner en crisis los demás derechos de todas las personas con discapacidad, ya que los cuatro principios de la CDPD (igualdad, autonomía, participación e inclusión) guardan relación entre sí y se complementan. No puede haber plena inclusión sin el respeto a la autonomía de las personas con discapacidad (sin su consentimiento, cualquier ayuda es caridad o asistencialismo) sin embargo debe evitarse caer en el extremo opuesto: pretender que el cambio social puede realizarse sólo a las personas con discapacidad, esto es excluyendo a familiares ni aliados, ya que se caería en la misma exclusión de la que pueden ser víctimas las personas con discapacidad pero de manera opuesta.²⁴

Por lo expuesto es importante destacar que “independencia” no significa “autosuficiencia”, ya que en el ámbito de la discapacidad la independencia se refiere a la autonomía de la voluntad y la capacidad de tomar las propias decisiones, inclusive aunque cuente para ello con algún apoyo externo. Por eso, el sistema de apoyo referido por el art. 12 de la CDPD, sobre la capacidad legal, al igual que cualquier tipo de asistencia no son, ni tienen que ser, amenaza alguna contra la autonomía de la persona con discapacidad.²⁵

Por ello, afirma De Águila, que la Convención ha redefinido el término de “autonomía” como “interdependencia” y citando a Adolf Ratzka afirma que *“ser independientes no significa hacer todo*

²³ Ver DE AGUILA, Luis Miguel “La autonomía de las Personas con Discapacidad como principio rector” dentro de la publicación “Nueve conceptos claves para entender la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad” Pontificia Universidad Católica de Perú, 2017. Pág. 58 y ss.

²⁴ Ver DE AGUILA, Luis Miguel “La autonomía de las Personas con Discapacidad como principio rector” dentro de la publicación “Nueve conceptos claves para entender la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad” Pontificia Universidad Católica de Perú, 2017. Pág. 61 y ss.

²⁵ Ver DE AGUILA, Luis Miguel “La autonomía de las Personas con Discapacidad como principio rector” dentro de la publicación “Nueve conceptos claves para entender la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad” Pontificia Universidad Católica de Perú, 2017. Pág. 64 y ss.

*por nosotros mismos y no necesitar a nadie para ello, tampoco significa que queramos vivir aislados. Significa que aspiramos a tener las mismas oportunidades de elegir y tener control de los diferentes aspectos de nuestra vida cotidiana que las que tienen nuestros hermanos y hermanas, vecinas y vecinos sin discapacidad”.*²⁶

De acuerdo a lo expuesto, la autonomía es un principio que actúa como base interpretativa y para entender la lógica de una correcta aplicación de otros derechos consagrados en la CDPD, erigiéndose entonces como un principio central de los derechos humanos de las personas con discapacidad, por lo que debe necesariamente estar presente en las políticas públicas. Entonces, este principio que significa una exigencia de autodeterminación, libertad e independencia para la toma de decisiones, reclama principalmente accesibilidad, eliminación de barreras y ajustes razonables, así como ayudas biomecánicas, sistemas de apoyo, asistentes personales, etc. Para hacer posibles su inclusión (derechos sociales de prestación); pero también, derechos como ser escuchado, participar y tomar decisiones no sólo en el ámbito individual de la vida de cada uno sino también en el ámbito social, económico y político de la sociedad y del estado (Derechos de Defensa).²⁷

II.- LA ASISTENCIA PERSONAL COMO APOYO.

1.- Que entendemos por apoyo.

En el capítulo precedente vimos que la CDPCD se basa en principios como la vida independiente, la no discriminación, la accesibilidad universal, centrándose en la reivindicación de la autonomía de la persona con discapacidad para poder decidir respecto de su propia vida.

Para lograrlo es necesario -diría indispensable- la eliminación de cualquier tipo de barrera (arquitectónica, actitudinal, comunicacional, etc.) que impida una verdadera equiparación de oportunidades.

A lo largo de la Convención se refiere a apoyos en los más variados términos, por ejemplo: tecnológico²⁸, para acceder a la información²⁹, para el ejercicio de la capacidad jurídica³⁰, para

²⁶ DE AGUILA, Luis Miguel “La autonomía de las Personas con Discapacidad como principio rector” dentro de la publicación “Nueve conceptos claves para entender la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad” Pontificia Universidad Católica de Perú, 2017. Pág. 65.

²⁷ Ver DE AGUILA, Luis Miguel “La autonomía de las Personas con Discapacidad como principio rector” dentro de la publicación “Nueve conceptos claves para entender la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad” Pontificia Universidad Católica de Perú, 2017. Pág. 70.

²⁸ Art. 4 Inc. g y h de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

²⁹ Art. 9.2. Inc. f de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

³⁰ Art. 12. 3 de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

impedir la violencia y discriminación³¹, para facilitar su existencia e inclusión en la comunidad³², para la movilidad³³, para la educación³⁴, para la habilitación y rehabilitación³⁵, etc.

No obstante lo mencionado, vale afirmar que más allá de las reiteradas referencias que al respecto de los apoyos se efectúan en la Convención, lo cierto es que ésta no precisa con exactitud cuáles son los apoyos, a pesar de las obligaciones positivas que imponen para cada una de las situaciones que pudieren presentarse.

La falta de precisión deja abierta a un sinnúmero de posibilidades acerca de cuáles son los apoyos a los que alude el tratado, puesto que cada persona tiene su particularidad y por ello se instrumentarán los apoyos que le fueran más favorables.

Así pues, en la medida que el Estado establezca, intensifique y consolide los diversos apoyos necesarios para las personas con discapacidad, se estaría simplificando mucho el tránsito del antiguo modelo de sustitución en la toma de decisiones hacia el nuevo modelo de asistencia en la toma de decisiones, adoptado por la CPCD.³⁶

A pesar del silencio de la Convención, ciertas clasificaciones de apoyos, más o menos aceptadas en forma universal como la que lo hace en función de la intensidad, que sostiene que teniendo en cuenta las necesidades específicas de cada individuo para poder desenvolverse en su entorno, y que puede variar con cada persona, situación o etapas de la vida es necesario distinguir las clases de apoyo de acuerdo a su duración e intensidad, y así separa en:

1. Intermitentes: son aquellos que se proporcionan cuando son necesitados por la persona. Esto significa que no siempre son necesarios o en su caso, cuando sólo sean necesarios durante periodos cortos que coinciden con las transiciones de la vida, dichos apoyos pueden ser a su vez, de intensidad alta o baja.

2. Limitados: esta intensidad de apoyo se caracteriza por su consistencia en el tiempo, por un periodo limitado, pero no intermitente. Tal apoyo puede insumir un costo inferior y menos personal que otros niveles más intensos de apoyos. Ejemplo de ello sería el entrenamiento del individuo en un puesto de trabajo por tiempo limitado.

³¹ Art. 16.2 de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

³² Art. 19 inc. b de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

³³ Art. 20 inc. b de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

³⁴ Art. 24. 2 inc. d y e de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

³⁵ Art. 26.1 y 3 de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

³⁶ Ver CONTIGIOLA, Silvina ¿Qué Son Los Apoyos? ¿Qué Implicaciones Tienen Para Las Personas Con Discapacidad Intelectual? 22 de septiembre de 2017 - <https://blog.zonadesentidos.com/que-son-los-apoyos-que-implicaciones-tienen-para-las-personas-con-discapacidad-intelectual/>

3. Extensos: se definen por la implicación continua y regular (por ejemplo, cada día), en relación con algunos entornos y sin límites de tiempo. Ejemplo de ello, el apoyo a largo plazo en el trabajo.

4. Generalizados: la constancia y alta intensidad son las que caracterizan este tipo de apoyos. Se proporcionan en distintos entornos y son potencialmente para toda la vida. Normalmente son más intrusivos y requieren de mayor cantidad de personal que las otras intensidades de apoyos.³⁷

Otra clasificación muy aceptada es la que divide en:

1.- Apoyo humano: Cuando la facilitación de la vida independiente se realiza a través de la ayuda de una persona física, cuya sub-clasificación puede variar conforme las tareas desempeñadas, la capacitación o habilitación de la persona que lo realiza o necesidad especial de la persona que lo recibe.

2.- Apoyo no humano (o productos de apoyo): También son casi incontables las múltiples categorías de estos tipos de apoyo ya que pueden ser desde animales (el ejemplo clásico es el del perro guía) o equipos, dispositivos electrónicos o mecánicos, e incluso instrumentos, software, etc.

2.- Asistencia Personal. Definición y objetivos.

Como indicamos, puede haber tantos tipos de apoyo como personas con discapacidad, por lo que inicialmente debemos dejar en claro que por asistencia personal como figura de apoyo nos referimos a la asistencia humana, lo que nos lleva a excluir de nuestro objeto de estudio a los productos de apoyo, que aunque también tienen por objeto facilitar el desarrollo de la vida diaria, mejorar la autonomía personal y la calidad de vida de la persona con discapacidad, se trata de dispositivos, equipos, instrumentos o software.³⁸

Entonces, al referirnos a asistencia personal, hacemos mención a todo apoyo humano que necesita una persona con discapacidad para garantizar su vida independiente en comunidad, en igualdad de condiciones con los demás.³⁹

Como indicamos precedentemente, independencia no es sinónimo de autosuficiencia, sino tener la oportunidad de decidir, y es precisamente por ello, que ciertas personas con discapacidad, entre las que se incluyen aquellas con discapacidades complejas, múltiples, con severos

³⁷ Ídem 27; en concordancia con otras fuentes como ASPANAEX Plena inclusión Galicia http://aspanaex.org/index.php?V_dir=MSC&V_mod=showart&id=164 ; LA RAIZ, plena inclusión Andalucía <https://laraiz.org/discapacidad-intelectual-apoyos-y-dimensiones/> ;

y Plena Inclusión Cantabria <https://www.plenainclusioncantabria.org/discapacidad-intelectual-y-desarrollo/>

³⁸ Agencia Nacional de Discapacidad <https://www.argentina.gob.ar/andis/sigue-abierta-la-inscripcion-al-programa-de-apoyos-para-personas-con-discapacidad>

³⁹ #Por una Vida independiente. www.vidaindependiente.ar

impedimentos del habla y problemas de salud, requieren de asistencia humana para poder hacerlo, precisamente los art.19 inc. b de la CDPCD contempla la “asistencia humana” como una de las medidas que los Estados Parte deberán adoptar para asegurar el acceso de las Personas con Discapacidad puedan vivir en forma independiente, en igualdad de condiciones con los demás.

De allí podemos advertir que el objetivo de la asistencia humana no es otro que facilitar a la persona con discapacidad la posibilidad de vivir de acuerdo a su voluntad y participar de forma activa y significativa en la comunidad, haciendo elecciones como las demás personas, y al mismo tiempo, conservar su dignidad, autonomía e independencia; permitir a la persona con discapacidad hacer valer toda la gama de derechos humanos, alcanzar su pleno potencial y contribuir así al bienestar general y la diversidad de la comunidad en la que viven; facilitar la comunicación de la persona con discapacidad, en caso de ser necesario, limitándose a transmitir el mensaje del asistido, sin influir en el mismo ni agregar palabras o expresiones propias, evitando así que queden expuestas a un trato negligente, abusos y malos tratos; evitar cualquier forma de segregación y/o aislamiento, fomentando la participación plena y efectiva en la comunidad.⁴⁰

3.- Esbozo de clasificación

Ensayar una clasificación de la asistencia personal, tal como sucede con los apoyos en general, es muy difícil ya que como sucede con estos, puede existir un tipo distinto por cada persona, sin embargo, entiendo necesaria cierta clasificación para poder garantizar el goce de la prestación a los posibles beneficiarios de la manera más adecuada posible.

Estimo por ello que la distinción debe realizarse no por la persona con discapacidad sino por el tipo de tareas que realizará el asistente, lo que le implicará distinta capacitación y distintas características.

A propósito, coincido en la clasificación realizada por la Comunidad de Madrid en su “guía Práctica de la asistencia personal” cuando divide en áreas las tareas que podrá desarrollar un asistente personal, siempre previo pacto entre las partes y asumiendo que quien decide es la persona con discapacidad.

Precisamente la guía refiere a 5 áreas:

Tareas personales: serán todas aquellas que están relacionadas directamente con la persona, tales como el aseo (lavar, duchar, maquillar, afeitarse, depilarse, aplicar cosméticos, etc.), vestirse, levantarse de la cama, ayuda en las necesidades fisiológicas, ayuda para comer, beber, desvestirse y

⁴⁰ Objetivos descriptos en el proyecto de ley de regulación de la asistencia personal para personas con discapacidad de la Provincia de Buenos Aires- Expte. 889/20-21 Art. 4. Honorable Cámara de Diputados de la Pcia. de Buenos Aires.

acostarse, preparación y toma de medicamentos. Atender el teléfono, tomar notas, pasar páginas, etc.

Tareas del hogar: las que se realizan dentro de la vivienda, desde la limpieza de la propia vivienda, pasando por hacer las camas, ordenar la ropa, utilizar los electrodomésticos, hasta hacer la comida.

Tareas de acompañamiento: se trata de acompañar a la persona con discapacidad (independientemente de su edad) en su casa, en el trabajo, en la calle (bien sea para realizar gestiones, ir al banco o a la compra), y en las actividades de ocio.

Tareas de conducción: cuando además de acompañar, el asistente tiene que conducir un coche, ya sea para llevar o recoger a la persona con discapacidad, acompañarla a recoger a terceros, etc.

Tareas excepcionales y otras tareas: Son tareas no habituales que siempre se acordaran explícitamente entre las personas asistidas y el asistente personal. Así, en las tareas excepcionales derivadas de situaciones imprevistas se actuará siempre ateniéndose a un protocolo previamente establecido para tales casos por la propia persona asistida⁴¹.

Me permito agregar un área más, distinta a las hasta aquí detalladas porque requiere una preparación particular, que son las tareas terapéuticas, es decir, asistencia terapéutica a todas aquellas personas que cursan trastornos o padecimientos en su salud, tanto en los casos de crisis mental, enfermedad mental o restricciones de carácter físico.

Este tipo de tareas son relacionados por una figura determinada de asistentes personales, que es el acompañante terapéutico. Si bien tampoco existe una definición de esta figura, adhiero a la que indica que el acompañamiento terapéutico es la actividad que realiza un profesional apto para integrarse en el día a día del paciente, al efecto de ayudarlo a superar barreras de índole emocional con el objetivo de que, finalizado el tratamiento, la persona cuente con más recursos para desarrollar su vida de la manera más plena posible.

Este profesional intenta escuchar, ayudar y empujar al paciente hacia la futura autonomía del mismo sin olvidar la capacidad de sufrimiento ni la dificultad de cada episodio⁴². Se trata de un verdadero tratamiento llevado a cabo habitualmente por profesionales de la psicología, de enorme difusión en pacientes con discapacidades intelectuales, psiquiátricas y trastornos del espectro autista entre otros.

⁴¹ Ver "Guía Práctica de la Asistencia Personal" Conserjería de Familia y Asuntos Sociales – Comunidad de Madrid https://www.asistenciapersonal.org/sites/default/files/publicaciones/17-guia_practica_ap.pdf

⁴² Ver Topdoctors España <https://www.topdoctors.es/diccionario-medico/acompanamiento-terapeutico#>

III.- DERECHO A LA AUTONOMIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO

Definido el marco teórico y desarrollado el objeto de nuestro estudio, previo a poder determinar si existe una omisión legislativa, y si esta significa una vulneración de derechos fundamentales, es preciso detallar de qué manera son reconocidos los derechos afectados por instrumentos internacionales así como su reconocimiento por la constitución argentina; y la regulación de los mismos en el ordenamiento jurídico argentino.

Asimismo, tratándose de derechos fundamentales sociales de prestación, también es importante describir, de qué manera el estado argentino pretende garantizar el cumplimiento de los mismos, en que supuestos lo hace en forma directa y cuando lo hace delegando la función y reservándose el poder de contralor.

1.- Análisis de la normativa Internacional.

1. 1.- Sistema Internacional de los Derechos Humanos

La ONU ha canalizado principalmente a través de la Asamblea General y de la Comisión de Desarrollo Social que pertenece al Consejo Económico y Social, sus intentos para mejorar la calidad de vida de las Personas con Discapacidad.

Justamente, como primer intento la Asamblea General proclamó la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental en 1971 y los Derechos del Impedido en 1975, ambos documentos mantenían el enfoque del modelo rehabilitador, y no era claro en cuanto a la necesidad de asegurar el ejercicio de estos derechos sobre la base del principio de la autonomía.

Recién en 1981 “año internacional del impedido de las Naciones Unidas” se generaron una serie de actividades y estudios con la participación activa de las organizaciones de personas con discapacidad, destinados a reconocer efectivamente sus derechos y mejorar su calidad de vida, que como corolario trajo la aprobación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos, un ambicioso proyecto de diez años (1983 – 1992), que hizo énfasis en el derecho de las personas con discapacidad a tener las mismas oportunidades que los demás ciudadanos. Precisamente en ese programa se definió por primera vez a la discapacidad en función de la relación de la persona con discapacidad y su entorno.

En 1987 se celebró la Reunión Mundial de expertos para examinar la marcha de la ejecución del programa (en Estocolmo) que evidenció escasas mejoras en cuanto al cumplimiento de los derechos humanos de las Personas con Discapacidad, por lo que se sugirió la necesidad de elaborar una doctrina rectora que señalase las prioridades de acción en el futuro, recomendándose a la ONU que convocara a una conferencia especial a fin de redactar una Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

Si bien se hicieron varios esbozos (los más destacados fueron los de Italia y Suecia) en ninguna oportunidad la ONU pudo llegar a un consenso sobre la conveniencia de tal convención, ya que a juicio de muchos representantes, los documentos sobre derechos humanos ya existentes parecían garantizar a las personas con discapacidad los mismos derechos.

Recién con la publicación del informe del relator especial sobre la Discapacidad, Leandro Despouy titulado “los derechos humanos y las personas con discapacidad” de 1992 y la publicación de la Observación General N° 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1994, fue cuando la ONU dio indicios de entender que los instrumentos de derechos humanos existentes eran insuficientes y comenzaron los esfuerzos para lograr un tratado internacional de derechos humanos, lo que sumado a un fuerte activismo de grupos de personas con discapacidad en distintos países del mundo -que incrementaron su influencia a través de universidades, generando una serie de cambios legales y políticos que fueron madurando hasta adquirir la expresión académica de una nueva rama de estudios conocida como “los estudios de la discapacidad”- hicieron que los principios del modelo social de la discapacidad puedan ser plasmados en un Tratado internacional sobre derechos humanos específico: La Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.⁴³

1.1.1. Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad

Como anticipamos en el capítulo introductorio la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad es el punto culmine del reconocimiento a la autonomía de las Personas con Discapacidad como un derecho humano, adoptando claramente el modelo social de la discapacidad⁴⁴.

⁴³ Ver DE AGUILA, Luis Miguel “La autonomía de las Personas con Discapacidad como principio rector” dentro de la publicación “Nueve conceptos claves para entender la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad” Pontificia Universidad Católica de Perú, 2017. Pág. 54 y ss.

⁴⁴ Considerando tal a la cualidad de la persona con discapacidad: siguiendo el modelo biopsico social indiscutido actualmente, es quien no tiene una accesibilidad plena a sus actividades cotidianas debido a barreras de índole física o psíquica que limitan sus funciones. Sin embargo, si se quiere seguir el modelo imperante hasta la década de 1980, es que tiene impedida o entorpecida alguna de las actividades cotidianas consideradas normales, debido a la alteración de sus funciones intelectuales o física. (Dra. Agustina PALACIOS “Igualdad, no discriminación y discapacidad”. Ignacio

Actualmente cuenta con 179 Estados Partes más la Unión Europea. Entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Para la República Argentina tiene validez supra legal desde la sanción de la ley 26.378⁴⁵ del 6 de junio de 2008 y jerarquía constitucional otorgada por la ley 27.044⁴⁶ del 19 de noviembre 2014.

La CDPD tiene como propósito fundamental "...promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente." (Art. 1)

Por ello -en lo que hace al objeto del presente trabajo- protege especialmente a la salud y autonomía de las personas con discapacidad y en particular propone lineamientos para la cobertura de prestaciones médicas y de apoyo. En ese sentido en su artículo 25 refiere al derecho a la Salud de las personas con Discapacidad y hace especial mención a al "derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad" ⁴⁷ ordenando que se "proporcionaran los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores" ⁴⁸, obligando directamente a las entidades de salud e indirectamente al Estado, cuando instruye que éstos últimos "prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable" ⁴⁹ e "Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad".⁵⁰ Por último el Instrumento de Derecho Internacional también contempla otros derechos, que también son trascendentales como "la integración en la vida cultural, actividades recreativas, esparcimiento y el deporte" ⁵¹, derechos que en muchos casos se ven considerablemente restringidos sin las prestaciones de apoyo cuya omisión legislativa se analiza en el presente trabajo.

Además, contempla Derechos Humanos que también se encuentran estrechamente vinculados con las prestaciones de apoyo: El respeto de la dignidad inherente, la autonomía

Campoy Cervera , Universidad Carlos III de Madrid. Agustina Palacios. Dykinson, 2008 – Pág. 255 asimismo Vid. C. BARNES, M. OLIVER y L. BARTON (Eds) Disability Studies Today... Cit., capítulo 1)

⁴⁵ Ley 26.378 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141317/norma.htm>

⁴⁶ Ley 27.044 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/239860/norma.htm>

⁴⁷ Art. 25 inc. 1 de la Convención Internacional sobre derecho de las Personas con Discapacidad.-

⁴⁸ Art. 25 inc. 2 ap. b) de la Convención Internacional sobre derecho de las Personas con Discapacidad.-

⁴⁹ Art. 25 inc. 2 ap. e) de la Convención Internacional sobre derecho de las Personas con Discapacidad.-

⁵⁰ Art. 25 inc. f) de la Convención Internacional sobre derecho de las Personas con Discapacidad.-

⁵¹ Art. 30 de la Convención Internacional sobre derecho de las Personas con Discapacidad.-

individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas⁵²; La no discriminación⁵³; La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad⁵⁴; El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas⁵⁵; La igualdad de oportunidades⁵⁶; La accesibilidad plena, diseño universal y ajustes razonables⁵⁷; La igualdad entre el hombre y la mujer⁵⁸. Tildando de Discriminatorio todo acto que vulnere o intente vulnerar a esos principios.⁵⁹

Asimismo, impone a los Estados firmantes la obligación de garantizar la vida independiente, el derecho a vivir y ser incluido en la comunidad, a no ser segregado ni recluso en instituciones⁶⁰ así como el reconocimiento a la capacidad jurídica para tomar decisiones incluyendo la provisión de sistemas de apoyos y salvaguardas.⁶¹

Puede advertirse de lo expuesto que la reformulación de los principios de igualdad y autonomía para su efectiva aplicación en favor de las personas con discapacidad, es decir, tal como se desarrollara en el capítulo introductorio de este trabajo, autonomía debe entenderse como interdependencia siempre respetando la autodeterminación de la persona con discapacidad, aunque no implique autosuficiencia, así como la igualdad debe ser en respeto de la desventaja transdimensional propia de la discapacidad.

Finalmente, siendo consciente de que esta reformulación no será posible sin la adaptación de normativas locales, la CDPD exige a los estados firmantes “adoptar todas medidas legislativas, administrativas y de otra índole”⁶² al efecto de hacer posible esa reformulación puntualizando en “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”⁶³

1.2.- Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el sistema interamericano de derechos humanos, las personas con discapacidad se encuentran protegidas de manera específica por el artículo 18 referido a la protección de los

⁵² Art. 3 Inc. a) de la Convención Internacional sobre derechos de las Personas con Discapacidad

⁵³ Art. 3 Inc. b) de la Convención Internacional sobre derechos de las Personas con Discapacidad

⁵⁴ Art. 3 Inc. c) de la Convención Internacional sobre derechos de las Personas con Discapacidad

⁵⁵ Art. 3 Inc. d) de la Convención Internacional sobre derechos de las Personas con Discapacidad

⁵⁶ Art. 3 Inc. e) de la Convención Internacional sobre derechos de las Personas con Discapacidad

⁵⁷ Art. 3 Inc. f) de la Convención Internacional sobre derechos de las Personas con Discapacidad

⁵⁸ Art. 3 Inc. g) de la Convención Internacional sobre derechos de las Personas con Discapacidad

⁵⁹ Ver Art. 2 de la Convención Internacional sobre derechos de las Personas con Discapacidad

⁶⁰ Ver Art. 19 de la Convención Internacional sobre derechos de las Personas con Discapacidad

⁶¹ Ver Art. 12 de la Convención Internacional sobre derechos de las Personas con Discapacidad

⁶² Art. 4 inc. 1 de la Convención Internacional sobre derechos de las Personas con Discapacidad

⁶³ Art. 4 Inc. 1 a) de la Convención Internacional sobre derechos de las Personas con Discapacidad

minusválidos del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) de 1982, ello con una terminología propia de la época de su adopción y enrolado en el modelo biológico.

Años más tarde, en 1999 en nuestro continente se adoptó la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIPCD) (Guatemala, 6/7/1999, en vigor desde el 14/9/2001), que cuenta con 19 Estados Parte. La República Argentina la aprobó el día 6 de julio del año 2000 por Ley nº 25.280 y ratificó el 10 de enero de 2001.

Esta convención reafirma la dignidad e igualdad de derechos de las personas comprometiéndose a la eliminación de toda forma de discriminación. Por ello, en los artículos 3 y 4, los Estados Partes se comprometen a adoptar distintas medidas a los fines del logro del objetivo propuesto. También se comprometen a colaborar con la investigación científica y tecnológica, además del desarrollo de medios y recursos para facilitar el acceso y participación a personas con discapacidad a la sociedad.

La CIDPC crea un órgano de supervisión de su cumplimiento, el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad (CEDDIS).

Si bien es cierto el Sistema de Naciones Unidas ha tenido mayores avances en el tema de discapacidad, durante los últimos años, los órganos del Sistema Interamericano, y en particular la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), han promovido y protegido, a través de sus distintos mecanismos, los derechos de las personas con discapacidad. Es de destacar que los recientes esfuerzos de la CIDH por visibilizar esta temática se desarrollan bajo el nuevo paradigma social de las personas con discapacidad, en el que éstas son consideradas “sujetos de derecho” y son partícipes en sus propios procesos.⁶⁴

La CIDH, como órgano de protección de los derechos humanos en las Américas, viene desarrollando una fecunda labor en materia de protección y garantía de los derechos de las PCD, ello puesto de manifiesto a través de distintas vías, tales como informes de admisibilidad, medidas cautelares, audiencias, informes estatales entre otros. La CIDH asumió un compromiso fecundo en torno a la visibilización y el abordaje de los derechos de las PCD, lo que se va fortaleciendo año tras año.

⁶⁴Ver STICCA, María Alejandra “LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. UN TEMA PRIORITARIO EN LA LABOR DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS” Revista de la Facultad, Vol. XI • Nº 1 • NUEVA SERIE II (2020) 133-144 – Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Fecha 14 de abril de 2020. Pág. 134 y ss.

La entrada en vigor de la Convención Universal en 2006 implicó un cambio radicalmente en el abordaje regional de la temática. Un caso paradigmático admitido por la CIDH, lo constituye Furlán y Familiares vs. Argentina⁶⁵ resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) en agosto 2012 en el que la Corte no sólo aplicó la Convención Interamericana referida a PCD sino también la Convención Universal de 2006 y sostuvo que la CIPCD recoge el modelo social para el abordaje de la discapacidad al igual que la CDPCD.

Es importante resaltar que en 2012, por primera vez en un Informe del a CIDH sobre la situación de los derechos humanos en un país (concretamente en el Informe sobre Jamaica⁶⁶) se incluyó un apartado dedicado a los derechos de las Personas con Discapacidad.

Por último, deseamos destacar que la CIDH en su Plan Estratégico 2017-2021⁶⁷, identificó la situación de los derechos humanos de las personas con discapacidad como uno de sus temas prioritarios para dicho período. Esta decisión se vio acompañada de la creación de la Unidad sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (UDPCD).

Con ello, la CIDH busca visibilizar los desafíos y violaciones que en materia de derechos humanos enfrentan las personas con discapacidad en las Américas, asegurar la efectiva promoción y protección de sus derechos humanos a través de los diversos mecanismos propios del Sistema Interamericano.⁶⁸

2.- Análisis de la normativa Argentina

2.1.- Bloque Constitucional

La reforma constitucional de 1994 introdujo una reforma sustancial en el sistema jerárquico normativo argentino. El art. 75 inc. 22 reza: “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.⁶⁹

Asimismo, no sólo reconoce la superioridad jerárquica de los Tratados frente a las leyes, sino que además equipara a ciertos tratados internacionales de derechos humanos con la Constitución,

⁶⁵ Corte IDH “Furlan y familiares. Vs. Argentina (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)” Sentencia del 31 de agosto de 2012 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf

⁶⁶ CIDH “Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Jamaica” OEA/Ser.L/V/II.144 Doc. 12. Fecha: 10 agosto 2012. <https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Jamaica2012esp.pdf>

⁶⁷ CIDH Plan Estratégico 2017 -2021 OEA/Ser.L/V/II.161. Doc. 27/17. Fecha: 20 de Marzo 2017 <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/PlanEstrategico2017/docs/PlanEstrategico-2017-2021.pdf>

⁶⁸ Ver STICCA, María Alejandra “LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. UN TEMA PRIORITARIO EN LA LABOR DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS” Revista de la Facultad, Vol. XI • Nº 1 • NUEVA SERIE II (2020) 133-144 – Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Fecha 14 de abril de 2020. Pág. 137 y ss.

⁶⁹ En realidad ratificó la postura defendida desde 1992 por la Corte Suprema. El artículo 31 debía entonces interpretarse no como ordenador jerárquico entre tratados y leyes sino como regulador de la supremacía del derecho nacional sobre el derecho provincial en el ámbito interno

conformando con ello lo que en la doctrina y jurisprudencia se ha denominado un “Bloque de Constitucionalidad”. Entonces el referido artículo equipara a la Constitución Nacional, a una serie de Tratados que menciona taxativamente, pero abre la posibilidad de incorporar a ese bloque a “los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”⁷⁰

Un ejemplo de ello es la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, que luego de ser aprobada por ley 26.378, fue dotada de jerarquía constitucional por ley 27.044.

Por su parte Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad de la OEA, fue aprobada por ley 25.280, pero no fue dotada de jerarquía constitucional, por lo que su carácter es supralegal pero se encuentra por debajo del bloque constitucional en la “pirámide normativa” argentina.

Resta mencionar que Argentina cuenta con un control de constitucionalidad y convencionalidad⁷¹ difuso por lo que debe ser llevado a cabo por cualquier juez; asimismo, el control de convencionalidad se debe realizar teniendo en cuenta las cláusulas de la Convención Americana de Derechos Humanos, más las interpretaciones que de ello ha hecho la Corte IDH en sus sentencias y opiniones consultivas, esto por cuanto, “los tratados internacionales enuncian los derechos humanos muchas veces de forma ambigua, por lo que resulta muy importante verificar cómo han sido interpretados por los órganos internacionales”⁷².

“Por ello, que cualquier juez debe abstenerse de aplicar las normas internas (incluso las constitucionales) opuestas al referido Pacto (o Convención Americana sobre los Derechos del Hombre), y a la interpretación que sobre dicho Pacto ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por el segundo, también los obliga a interpretar al derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación por la Corte Interamericana. Es la interpretación “armonizante” o “adaptativa” del derecho local con el Pacto y la exégesis dada al Pacto por la Corte

⁷⁰ Art. 75 inc. 22 último párrafo- Constitución Nacional.

⁷¹ Doctrina de la CSJN desde el caso “MAZZEO” Id SAIJ: FA07000045 – Fecha 13/7/2007; emanada del caso de la Corte IDH, en el fallo “Almonacid Arellano c/Chile (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)” 26 de septiembre de 2006 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

⁷² ESCOBAR ROCA, Guillermo: Tema 6: “A quien exigir los derechos” de la Materia “Teoría y práctica de los Derechos Humanos” del Master en “Derechos Humanos, Estado de Derecho u Democracia en Iberoamérica” Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica” años 2020 y 2021. Pág. 6.

Interamericana. Ello conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas al referido Pacto y/o a la manera en que fue entendido por la Corte Interamericana”⁷³.

2.2.- Particularidades del Sistema de Salud Argentino como prestador.

Formuladas las consideraciones acerca de la primacía del bloque de constitucionalidad, y el carácter suprallegal de los tratados internacionales, antes de referirnos acerca de la legislación en materia de discapacidad, estimo pertinente, a modo de paréntesis, describir de qué manera el Estado Argentino garantiza el derecho a la autonomía (y consecuentemente la igualdad) en su fase prestacional, es decir, cómo garantiza a las Personas con Discapacidad esos derechos sociales de prestación para cumplir con la CDPD, o si se quiere, como organiza el otorgamiento prestaciones que aseguran su autonomía (entendida como interdependencia, como vimos) de las personas con discapacidad.

A priori, debemos decir que cuando se incorporaron las prestaciones de discapacidad, se encontraba plenamente vigente el modelo rehabilitador, por lo que las mismas fueron incorporadas a un intrincado sistema de salud que intentaremos describir a continuación. Consecuentemente las prestaciones reconocidas con el objeto de resguardar la autonomía se incorporaron a las leyes que buscan garantizar la salud, por lo que siguen su derrotero.

En pocos países existe un sistema de salud tan complejo como el argentino, *“De acuerdo a la OMS solamente 17 países en el mundo gastan más en salud como porcentaje del producto bruto interno que Argentina. Sin embargo estos niveles de gasto no se encuentran reflejados en los logros o estado de la salud de la población. La OMS ubica en el puesto 49 en su ranking de logros en el sector salud, en el puesto 71 en el de nivel de salud de la población y en el puesto 75 en el ranking del funcionamiento del sistema de salud. Una de las principales causas de la mala performance del sistema de salud argentino se deriva de la fragmentación entre los subsistemas de salud existentes y dentro de los mismos. El sistema de salud argentino se encuentra fragmentado en tres: subsistema público, privado y el de las obras sociales. El primer problema se liga a la heterogeneidad reinante en su interior, puesto que la fragmentación de las instituciones que la componen se constituye en su rasgo distintivo. A su vez, su falta de coordinación y articulación impide la conformación de un “sistema formal” de salud y atenta contra el uso eficiente de recursos y el logro de niveles aceptables de equidad en su cobertura (Bisang y Centrángolo, 1997:23)”*.⁷⁴

⁷³ Sagüés, Néstor P. “Dificultades operativas del ‘Control de Convencionalidad’ en el sistema interamericano” interamericano”; en La Ley; Año LXXIV, Nro. 152, miércoles 11 de Agosto de 2010; Pág. 2.

⁷⁴ ABUELAFIA, Emanuel y otros “El funcionamiento del sistema argentino de salud en un contexto federal” Centro de Estudios para el Desarrollo Institucional a pedido del Banco Mundial. Documento 77. Septiembre 2002. Pág. 5

Debemos comenzar indicando que como regla general se delega en los distintos actores (o subsistemas) el cumplimiento de las prestaciones, reservándose *“al Estado el rol de regulación, articulación y defensa de la equidad en el sector salud debido a distintas fallas de mercado que se presentan en este sector además de la presencia de distintos actores (v.g.: Obras Sociales, Prepagas, Gobiernos) con diferentes objetivos y obviamente la heterogeneidad en el poder adquisitivo de las personas que condicionan la cobertura de salud que la misma puede obtener”*.⁷⁵

Así podemos hablar los siguientes subsistemas:

a.-Seguridad Social:

Que actúa principalmente como un tercero pagador que obtiene sus contribuciones tanto de los empleadores, empleados y pensionados, como del Estado Nacional y de los estados provinciales. Y forman parte de este sistema:

1. Obras Sociales Nacionales: administradas por los sindicatos, se encuentran organizadas por ocupación o rama de industria (v.g., trabajadores de la construcción, trabajadores del comercio, trabajadores metalúrgicos, etc.) y deben proveer servicios de salud a sus afiliados y a su familia directa.

Se consolidaron en 1970 por una ley que hizo obligatoria la afiliación (y las contribuciones) para todos los empleados del sector privado y del gobierno nacional cubiertos por un convenio colectivo de trabajo. Posteriormente se han incorporado autónomos de menores ingresos denominados “monotributistas” y sus grupos familiares. Y se ha dispuesto la desregulación, permitiendo el cambio de obra social para trabajadores de distintas actividades, con ciertas limitaciones. Su marco regulatorio tiene como pilar las leyes 23.660 y 23.661, sus decretos reglamentarios y un sinnúmero de resoluciones administrativas entre las que se destaca la Resolución 201/02 del Ministerio de Salud de la Nación que estableció una canasta básica de prestaciones denominada Plan Médico Obligatorio⁷⁶, en materia de discapacidad, este piso prestacional se eleva a la cobertura total por imperio de la ley 24.901 (que repasaremos a continuación). Hay más de 300 obras sociales y sus afiliados alcanzan un 45% del total de la población del país.⁷⁷

2. Obras Sociales Provinciales: Agrupan a los empleados estatales de las provincias y municipios adheridos y sus grupos familiares. Estas entidades presentan un panorama sumamente heterogéneo en cuanto al estado económico financiero de cada una de ellas, las prestaciones que

⁷⁵ ABUELAFIA, Emanuel y otros “El funcionamiento del sistema argentino de salud en un contexto federal” Centro de Estudios para el Desarrollo Institucional a pedido del Banco Mundial. Documento 77. Septiembre 2002. Pág. 7

⁷⁶ Resolución 201/02 Ministerio de Salud de la Nación (texto actualizado)

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/73649/texact.htm>

⁷⁷ ABUELAFIA, Emanuel y otros “El funcionamiento del sistema argentino de salud en un contexto federal” Centro de Estudios para el Desarrollo Institucional a pedido del Banco Mundial. Documento 77. Septiembre 2002. Pág. 8 y ss.

brindan, la población que cubren y el marco jurídico en el cual están encuadradas, ya que cada una de ellas actúa independientemente y son reflejo del distinto desarrollo de las jurisdicciones en las que actúan. No existen organismos de control prestacional; en cambio, cada Obra Social Provincial está bajo la jurisdicción del Ministerio de Salud de cada provincia pero actuando en forma autónoma. Adicionalmente, y dadas sus características jurídicas y las del marco normativo provincial estas entidades no consolidan en el presupuesto provincial. Entre todas las obras sociales provinciales agrupan aproximadamente un 15% de la población argentina.⁷⁸

Como precisaremos al finalizar este capítulo, excluirémos del presente trabajo a las Obras Sociales Provinciales, en virtud de que cada Provincia demandaría un trabajo particular al respecto, que en la mayoría de los casos, en el tema que nos respecta las coberturas no pueden ser distintas a las dispuestas por el sistema Federal, ya que como veremos en su oportunidad, han adherido a las normas federales marco en materia de discapacidad.

3.- El Instituto Nacional de la Seguridad Social Para Jubilados y Pensionados – Programa de Asistencia Médica Integral (INSSJP-PAMI): Es un sistema creado también en la década de 1970 por la ley 19.032 que brinda cobertura a los jubilados y pensionados de la actividad privada o del estado nacional. En un principio la afiliación al INSSJP-PAMI era obligatoria para todos los jubilados y pensionados, hoy se permite continuar con las obras sociales que ostentaban antes de jubilarse, en caso de que así lo manifieste cada trabajador. Las obligaciones emanadas de la ley 19.032 son las mismas que surgen de las leyes 23.660 y 23.661 para obras sociales nacionales. Los afiliados de INSSJP-PAMI representan aproximadamente un 8,5% de la población total.⁷⁹

b.- Sector Privado

El sector privado se encontraba atomizado en distintos tipos de entidades, principalmente las Empresas de Medicina Prepaga que comenzaron funcionando casi sin regulación y en 1996 con la sanción de la ley 24.754 se equipararon sus obligaciones a la de las obras sociales sindicales. Por su principalmente con posterioridad a esa regulación surgieron entidades que bajo figuras de “asociaciones mutuales” o “cooperativas” funcionaban en el mercado brindando servicios de salud pero escapando de la regulación vigente y evadiéndose de sus obligaciones, por lo que en 2011 por imperio de la ley 26.682, se unificó el régimen alcanzado a toda entidad “cuyo objeto total o parcial consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud

⁷⁸ ABUELAFAIA, Emanuel y otros “El funcionamiento del sistema argentino de salud en un contexto federal” Centro de Estudios para el Desarrollo Institucional a pedido del Banco Mundial. Documento 77. Septiembre 2002. Pág. 9

⁷⁹ Ver ABUELAFAIA, Emanuel y otros “El funcionamiento del sistema argentino de salud en un contexto federal” Centro de Estudios para el Desarrollo Institucional a pedido del Banco Mundial. Documento 77. Septiembre 2002. Pág. 11 y ss.

humana a los usuarios, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión, ya sea en efectores propios o a través de terceros vinculados o contratados al efecto, sea por contratación individual o corporativa”⁸⁰. Se estima que un 8% de la población cuenta con servicios de salud del sector privado.⁸¹

c.- El sector Público: contribuye a moldear los resultados observados en el área de la salud a través de cuatro tipos de intervenciones: prestación de servicios y realización de programas; financiación; regulación y; hacedor / articulador de políticas públicas.

Siendo la Argentina un país Federal es menester mirar estos aspectos dentro de los tres ámbitos

Posibles de acción política: el Nacional, el Provincial y el Municipal.

Existe una proporción importante (40 por ciento) de la población que no se encuentra cubierta por los servicios que brindan ni el sistema de seguridad social, ni el sistema prepago de salud. Los mismos recurren en su mayoría a los servicios que presta el sector público.⁸²

La Nación es claramente un actor menor en lo que hace a la prestación directa de estos servicios de salud. La mayor parte de la capacidad instalada se encuentra bajo la órbita Provincial, La participación del nivel Municipal es de particular importancia en ciertas jurisdicciones como la Provincia de Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe. Por su parte, La nación se ocupa en mayor medida de la cobertura de prestaciones de Salud y de programas, esto último es determinante en materia de discapacidad ya que el Estado Nacional otorga a las Personas con Discapacidad⁸³ que no pueden acceder a las coberturas de salud antes expuestas una “pensión no contributiva” que implica una asignación económica con más la incorporación al “Programa Incluir Salud”, que hace las veces de “obra social” brindando la cobertura integral de prestaciones incluso a través de efectores privados cuando no puedan ser cubiertas por el sector público.^{84 85}

Es importante reiterar que excluirémos las particularidades de sus regímenes en el presente trabajo principalmente por la extensión que implicaría referirnos a cada régimen provincial en

⁸⁰ Art. 1 ley 26.682 incorporado por Decreto 1991/2011

⁸¹ Federación bioquímica de la Provincia de Buenos Aires. <http://www.faba.org.ar/fabainforma/432/General.html>

⁸² Ídem 33.

⁸³ Debo aclarar que esta Pensión, no es una asignación por la situación de discapacidad al efecto de garantizar la autonomía, sino que es otro ejemplo del modelo rehabilitador y se le otorga a la persona por su “incapacidad laboral”, se encuentra regulada por la ley 13.478 del año 1949 y su reglamentación por Decreto 432/1997.

⁸⁴ Ver ABUELAFIA, Emanuel y otros “El funcionamiento del sistema argentino de salud en un contexto federal” Centro de Estudios para el Desarrollo Institucional a pedido del Banco Mundial. Documento 77. Septiembre 2002. Pág. 11 y ss.

⁸⁵ Se aclara que la suma de los porcentajes de beneficiarios de cada subsistema arrojará un número superior al 100% ya que en algunos casos, pueden coexistir, por ejemplo una persona puede tener la cantidad de empresas de medicina prepaga que desee abonar además de una obra social nacional y otra provincial, siempre que sea titular, pero nunca dos obras sociales nacionales o dos provinciales.

particular, pero también porque las regulaciones superadoras que existan en cada provincia sólo se aplicaran para los beneficiarios de cada sistema que por separado representan un número mayor, mientras que todas los reconocimientos de derechos que se realicen en la norma nacional, implicarán un beneficio para ciudadanos de todas las provincias y una casi instantánea aplicación para el sistema provincial ya que todas las provincias han adherido a la ley 22.431 y todas, con la excepción de Santiago del Estero han adherido a la ley 24.901 que como veremos a continuación, regula las prestaciones objeto de este trabajo.

2. 3.- Normativa Argentina en materia de discapacidad

Debemos decir que las normas más significativas en materia de discapacidad son un fiel reflejo del modelo rehabilitador, producto de su fecha de sanción anterior a la entrada en vigor de la CIDPD y aunque con su incorporación ha habido ciertas morigeraciones aún hoy conviven los dos modelos.

Esta coexistencia de modelos antagónicos, ya nos permite evidencia un incumplimiento de los lineamientos de la CDPD, algo que se acrecienta cuando los sujetos obligados a cumplir con las prestaciones se aprovechan de esta confusa regulación para evadirse de sus responsabilidades y el estado hace muy poco para evitar que esto suceda.

2.3.1.- Normas anteriores a la incorporación de la CIDPCD

Así la primera norma de relevancia, la **Ley 22.431⁸⁶ – Sistema de protección integral para personas con discapacidad** (1983) incorpora la “protección” por parte del estado a las personas con discapacidad en materia de: salud y asistencia social, trabajo y educación, accesibilidad. Esta norma crea el Certificado Único de Discapacidad, que da acceso a los beneficios de esta ley.

La segunda norma en importancia es la **Ley 24.901⁸⁷ – Sistema de Prestaciones básicas para personas con discapacidad** (1997) – Incorpora las cobertura de prestaciones medico asistenciales con cobertura integral, obras sociales, o en su defecto del Estado. Las más importantes: Rehabilitación (kinesiología – fonoaudiología – terapia ocupacional etc.) Estimulación temprana, Apoyo a la integración escolar, Centro educativo terapéutico, Centro de día hogar, Centro de Rehabilitación; Transporte Especial.

Esta norma, nos merece especial atención ya que es la primera en hacer un intento de recoger figuras de asistencia, que permitan garantizar la autonomía (en sentido de interdependencia) de las

⁸⁶ Ley 22.431 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=20620>

⁸⁷ Ley 24.901 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=47677>

personas con discapacidad, pero lo hace , fiel a su estilo, desde la óptica del paradigma rehabilitador.

Es importante destacar que la ley 24.901 estipula cuales son las prestaciones que debe brindar con cobertura integral el sujeto obligado (obras sociales empresas de medicina prepaga o el estado). Por su parte, el decreto reglamentario de esa ley, N° 1193/1998⁸⁸, delega la regulación y desarrollo de cada una de las prestaciones al Ministerio de Salud de la Nación, que lo hizo a través de la Resolución N° 428/1999⁸⁹ que establece el “nomenclador de prestaciones básicas para Personas con Discapacidad”, que en líneas generales indica qué significa cada prestación, quienes se encuentran habilitados para realizarlas, como deberán desarrollarse y cuánto debe abonarse por cada sesión, hora o jornada.

Han sido innumerables polémicas (y litigios) generado en torno a prácticas o prestaciones no incorporadas en la norma, a pesar de esto, el texto de la ley sólo se vio modificado en 2009⁹⁰, cuando se incorporó la figura del “ASISTENTE DOMICILIARIO”, en su artículo 39, agregando el inc. D⁹¹, con la intención incorporar principios de la CDPD a esta norma de corte netamente rehabilitador; sin embargo, trajo más confusión que soluciones, primero porque el término “domiciliario” es al menos insuficiente, ya que como vimos anteriormente, el asistente personal puede realizar tareas en diferentes áreas dentro y fuera ámbito domiciliario de la persona con discapacidad. Además (a diferencia de lo que sucede con las demás prestaciones) no explica qué se entiende por asistente domiciliario, quién puede llevar a cabo esa tarea, cómo debe desempeñarse ni la valoración económica de la misma. En definitiva, este agregado, no generó un cambio sustancial, siendo en la práctica todavía muy baja la cantidad de personas con discapacidad que acceden a servicios de asistencia de calidad que les permitan facilitar su autonomía, advirtiendo que quienes lo hacen, lo afrontan en forma particular o a través de procesos judiciales.

⁸⁸ Decreto 1193/1998 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/50000-54999/53566/norma.htm>

⁸⁹ Resolución 428/99 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/62835/texact.htm>

⁹⁰ Reforma introducida por ley 26.480 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/151986/norma.htm>

⁹¹ Art. 39 inc. D. Ley 24.901 “Asistencia domiciliaria: Por indicación exclusiva del equipo interdisciplinario perteneciente o contratado por las entidades obligadas, las personas con discapacidad recibirán los apoyos brindados por un asistente domiciliario a fin de favorecer su vida autónoma, evitar su institucionalización o acortar los tiempos de internación. El mencionado equipo interdisciplinario evaluará los apoyos necesarios, incluyendo intensidad y duración de los mismos así como su supervisión, evaluación periódica, su reformulación, continuidad o finalización de la asistencia. El asistente domiciliario deberá contar con la capacitación específica avalada por la certificación correspondiente expedida por la autoridad competente”

2.3.2.- Normas posteriores a la Incorporación de la CIDPD

Con la incorporación de la CIDPD el Estado Argentino se obligó a tomar las medidas de cualquier índole (inclusive legislativas) al efecto de garantizar los derechos de las personas con discapacidad, sin embargo, desde esa fecha, aunque ha hecho algunas modificaciones legislativas, tienen plena vigencia ciertas normas paradigmáticas del modelo rehabilitatorio (como las recientemente vistas), por lo que podemos decir que el esfuerzo legislativo es aún insuficiente.

El más importante ejemplo de modificación en pos del modelo de la Convención fue la del régimen de restricción de la Capacidad. A propósito de la reforma introducida en 2015, cuando se sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación⁹²; y aunque no se debe confundir capacidad jurídica con discapacidad, sin dudas el cambio se hizo en beneficioso para personas con discapacidad, y recepta por completo los principios de autonomía, igualdad y participación establecidos por la CIDPD y la CIPCD, así como las directrices para el acceso a la justicia de grupos vulnerables establecidas por las Reglas de Brasilia⁹³.

Así se estableció un nuevo proceso judicial en donde se presume la capacidad, y se estipularon normas claras en pos de la defensa de derechos de la persona que cuya capacidad se pretende restringir, entre los que se destacan: la inmediatez (el juez debe tener una audiencia con la persona), la utilización de apoyos al efecto de garantizar la comprensión y la expresión de la voluntad, la intervención de equipos interdisciplinarios, el carácter no definitivo de la sentencia; que debe ser revisada cada 3 años y fundamentalmente su carácter “a medida”; es decir, en cada caso en particular la sentencia debe indicar, para que actos se encuentra inhabilitada la persona con capacidad restringida, para cuales debe valerse de representantes o apoyos (para la toma de decisiones) indicando cuáles son estos apoyos, siendo que para el resto es plenamente capaz⁹⁴.

Opuestamente, en la regulación tradicional existía el binomio “Capacidad – Incapacidad”. La declaración de interdicción aparejaba como consecuencia la designación de un curador para la celebración de todos los actos de la vida civil: revestía un carácter total⁹⁵.

Como antesala, en 2010, se había dictado la primer norma que reflejaba el compromiso del estado Argentino con el Respeto de la CIDPD: la **ley 26.657**⁹⁶ “Ley de Salud Mental” que establece un régimen de protección de usuarios de servicios de salud mental, promoviendo la desinstitucionalización, imponiendo restricciones a las internaciones, la necesaria intervención de

⁹² Ley 26.924 “Código Civil y Comercial Argentino”

⁹³ Reglas de Brasilia de acceso a la Justicia de Personas en situación de vulnerabilidad <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

⁹⁴ Ver Art. 31 y ss. – (Título I Sección 3º) Código Civil u Comercial de la Nación Ley 26.994 -

⁹⁵ Ver Art 140 y ss. Ley N°340 Código Civil Argentino aunque tuvo una leve modificación en 1968 por ley 17.711.

⁹⁶ Ley 26.657 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/175977/norma.htm>

equipos interdisciplinarios y la creación de un observatorio al efecto de garantizar el cumplimiento de la norma. Se sustenta en la presunción de la capacidad jurídica⁹⁷ y la implementación de apoyos para el ejercicio de la misma, por ello en lo que nos compete, mención al “acompañamiento terapéutico”⁹⁸ como apoyo o medida alternativa a la internación o al tratamiento farmacológico, pero tampoco se encuentra regulado, ni en la norma ni en su decreto reglamentario.

Resta aclarar por un lado que no obstante responder a un modelo en desuso, las leyes 22.431 y 24.901 han significado, incluso hasta la actualidad, la posibilidad de acceso a derechos sociales de prestación para un sinnúmero de personas con discapacidad que antes de esas normas, no podían llegar a satisfacer sus necesidades básicas, sin embargo, es menester garantizar el cumplimiento de la totalidad de la normativa vigente, lo que implica una modificación del sistema normativo argentino en pos de los principios de la convención para lograr una autonomía e igualdad real de las personas con discapacidad.

IV.- OMISION REGLAMENTARIA DE LA ASISTENCIA PERSONAL COMO APOYO Y SUS CONSECUENCIAS.

1.- La omisión reglamentaria como vulneración de derechos fundamentales.

Como consecuencia del principio democrático, el Poder Legislativo es el órgano del Estado a quien de forma natural corresponde intervenir sobre los derechos. Precisamente la configuración clásica de la reserva de ley responde a esta idea. Como prolongación de la idea de reserva de ley, en conexión con el principio de seguridad jurídica, suele hablarse también de una exigencia específica de las leyes que afecten a derechos: la claridad o certeza en la intervención⁹⁹.

Por supuesto, para que la intervención no configure una vulneración debe encontrarse justificada en otra norma constitucional (a través de límites directos o indirectos), asimismo la intervención debe respetar el contenido esencial del derecho, finalmente debe ser sometida al principio de proporcionalidad, con su triple vara: 1) adecuación. 2) Necesidad (utilización del medio menos dañoso). 3) ponderación (debe procurarse en la mayor medida disponible el equilibrio entre los derechos en colisión)¹⁰⁰.

⁹⁷ Art. 3 ley 26.657

⁹⁸ Art. 12 ley 26.657

⁹⁹ Ver. ESCOBAR ROCA, Guillermo: Tema 7: “Cómo verificar la violación de los Derechos” de la Materia “Teoría y práctica de los Derechos Humanos” del Master en “Derechos Humanos, Estado de Derecho u Democracia en Iberoamérica” Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica” años 2020 y 2021. Pág. 3 y ss.

¹⁰⁰ Ver. ESCOBAR ROCA, Guillermo: Tema 7: “Cómo verificar la violación de los Derechos” de la Materia “Teoría y práctica de los Derechos Humanos” del Master en “Derechos Humanos, Estado de Derecho u Democracia en Iberoamérica” Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica” años 2020 y 2021. Pág. 5 y ss.

Sin embargo, la vulneración de un derecho fundamental no sólo puede darse por su intervención desproporcionada, sino también por la falta de ley o la deficiencia en la regulación. Lo cual es verdaderamente preocupante, porque muchos países carecen de procedimiento de control para omisiones legislativas, y podríamos decir que tanto las omisiones como la falta de control, se encuentra estrechamente vinculado con vulneraciones estructurales de derechos sociales, e incluso reaccionales, que suelen incluir un deber estatal positivo de protección.¹⁰¹

Entonces una violación constitucional puede darse por acción o por omisión, ya sea cuando se dicta una norma contraria a la ley fundamental, en el primer caso, o bien, cuando se “omite inconstitucionalmente”, es decir, cuando no se actúa o no se sanciona una norma, a pesar de que la constitución impone hacerlo, este supuesto también se da cuando se formula una norma deficiente o discriminatoria.

“El fundamento para habilitar las omisiones inconstitucionales legislativas radica en si la función por excelencia del órgano de justicia constitucional es controlar la regularidad constitucional del actuar de los poderes públicos, y de modo específico, del legislador tan inconstitucional es una actuación positiva del legislador vulneradora del orden constitucional, como la no actuación cuando constitucionalmente esta prevista, o dicho de otros términos, tan alterada queda la plenitud del texto constitucional y tan negada la voluntad del constituyente con un actuar contrario a la constitución como con un no actuar”¹⁰²

Es importante hacer una breve mención a las corrientes doctrinales existentes. Por un lado, la tesis amplia, a la que suscriben la mayoría de los autores argentinos, siguiendo a Bidart Campos¹⁰³ y Sagües¹⁰⁴ que sostiene que el Estado puede pecar de inconstitucionalidad no dictando normas que la constitución manda a promulgar, o al no reglamentar el poder ejecutivo una ley del congreso, cuando así debe hacerlo. Por otro lado, la posición restringida, que con sus dos corrientes: los normativistas que: sostienen que la omisión para cobrar un significado autónomo y relevante, debe conectarse con una exigencia constitucional de acción, no siendo suficiente el simple deber general

¹⁰¹ Ver. ESCOBAR ROCA, Guillermo: Tema 7: “Cómo verificar la violación de los Derechos” de la Materia “Teoría y práctica de los Derechos Humanos” del Master en “Derechos Humanos, Estado de Derecho u Democracia en Iberoamérica” Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica” años 2020 y 2021. Pág. 10 y ss.

¹⁰² BAZAN, Víctor “Control de las omisiones inconstitucionales y inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos” Konrad Adenauer Stiftung. Talleres de Ediciones Gráficas Editores Ltda. 2014. Pág. 97 siguiendo a Aguiar de Luque

¹⁰³ BIDART CAMPOS, German J. “Manual de la Constitución reformada”, T 1, Ediar, Buenos Aires, 1996 pp. 354 -355

¹⁰⁴ SAGÜES, Néstor P. “Compendio de derecho procesal constitucional” Astrea, Buenos Aires, 2009, pág. 37.

de legislar para dar fundamento a una omisión inconstitucional, sosteniendo que en el silencio legislativo existe una norma jurídica implícita que puede ser objeto de control jurídico. Y Los obligacionistas: que se centran en el incumplimiento por parte del legislador cuando la Constitución lo obliga a hacerlo, lo que realza la importancia de analizar el lapso en que se ha mantenido la indolencia legislativa¹⁰⁵. BAZAN, propone unir los elementos significativos de ambas corrientes entendiendo por omisión *“la falta o insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional por el legislador y de manera excepcional por el poder ejecutivo, cuando existe un mandato constitucional expreso al respecto y que de aquellas inactuación total o actividad deficientes, mantenidas durante un lapso irrazonablemente extenso, se derive una situación jurídica contraria a la Constitución.”*¹⁰⁶

2.- Verificación de la vulneración

Ya advertimos que en la cúspide de la pirámide normativa argentina, junto a la Constitución Nacional se encuentran los tratados expresamente mencionados su art. 75 inc. 22 así como los posteriormente incorporados y dotados de jerarquía constitucional.

También vimos que la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, que luego de ser aprobada por ley 26.378, fue revestida de jerarquía constitucional por ley 27.044.

Detallamos que ese instrumento internacional significó el cambio de paradigma hacia el modelo social de la discapacidad a través de principios como los de autonomía e igualdad y no discriminación; postulando la eliminación de barreras y ajustes razonables al efecto de buscar la vida plena y participación en la comunidad, en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad; incorporando a tal fin el concepto de apoyos, sin explicar clara y detalladamente a que se refiere por tal.

Finalmente, expusimos, que la asistencia personal (en todas sus áreas de actuación) es un tipo de apoyo, en los alcances estipulados por la Convención.

¹⁰⁵ Ver GARCETE Juan Marcelino y otros. “La inconstitucionalidad por omisión legislativa: a escena la omisión legislativa convencional” IUSTITA revista de la división ciencias jurídicas y políticas de la Universidad de Santo Tomás ISSN: 1692-9403 • ISSN DIGITAL: 2539-4657 (número 13 (Año 2015) publicado el 26/10/20167. Pág. 206 y ss. En cuanto refiere al mandato de legislar dentro de un plazo razonable como elemento supuesto elemental del supuesto de omisión inconstitucional, refutando la teoría de Ignacio Villaverde (La inconstitucionalidad por omisión. Madrid: Mc Graw Hill 1977, pág. 44).

¹⁰⁶ BAZAN, Víctor “Control de las omisiones inconstitucionales y inconventionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos” Konrad Adenauer Stiftung. Talleres de Ediciones Gráficas Editores Ltda. 2014. Pág. 103

Consecuentemente, teniendo en cuenta que los derechos fundamentales “...*tienen un contenido claro (regla) y un contenido abierto, más discutible, y donde debemos esforzarnos más en argumentar que se trata de una regla y no de algo que el poder nos otorga si quiere*”¹⁰⁷; al efecto de poder dilucidar si existe una vulneración de derechos constitucionales por la omisión reglamentaria de la asistencia personal debemos formularnos dos interrogantes ¿los apoyos forman parte de este contenido esencial del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad? ¿Surge de la convención un mandato impostergable para el legislador para regular acerca de los apoyos?

2. 1.- La asistencia humana como elemento esencial del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad

Si consideramos asistencia personal como todo apoyo humano que necesita una persona con discapacidad para garantizar su vida independiente en comunidad, en igualdad de condiciones con los demás, y que la propia CDPCD lo contempla como una de las medidas que los Estados Parte deben garantizar efectivamente para facilitar el pleno goce de los derechos reconocidos en esa Convención, no hay lugar a dudas respecto de que, efectivamente los apoyos, y en particular la asistencia humana forma parte del elemento esencial del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad, ya que, como ya se ha mencionado, es un pilar fundamental para lograr esa autonomía entendida como “interdependencia” propuesta en los términos del modelo social de la discapacidad.

2. 2.- El impostergable mandato para el legislador de regular acerca de la asistencia personal, como apoyo.

Entonces, afirmando a la asistencia personal como un apoyo, y como tal, elemento esencial del derecho a la autonomía, resta saber si existe la obligación de legislar al respecto. Ya que como advierte Fernández Rodríguez¹⁰⁸, “*el fondo epistemológico detrás de la omisión inconstitucional está constituido por la dialéctica entre la obligación de desarrollo de la Constitución y la libertad de configuración del legislador (Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers)*”, por lo que debe resolverse tal situación, sometida a un difícil equilibrio, sin perder de vista el principio de la necesidad de

¹⁰⁷ ESCOBAR ROCA, Guillermo: Tema 4: “Que podemos exigir como derecho” de la Materia “Teoría y práctica de los Derechos Humanos” del Master en “Derechos Humanos, Estado de Derecho u Democracia en Iberoamérica” Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica” años 2020 y 2021. Pág. 2.

¹⁰⁸ FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio “Omisión legislativa como omisión inconstitucional. Pervivencia de incertezas” Justicia Electoral, núm. 16, ISSN 0188-7998, Cuarta Época, vol. 1, julio-diciembre 2015. Pág. 276.

desarrollar la Carta Magna (y en este caso los tratados de jerarquía constitucional), configurándose el retraso en tal desarrollo como una excepción que necesita especial justificación

Entonces, si siguiendo a Bazán, suscribamos a la tesis restrictiva unificada, que sostiene que para que exista una omisión legislativa, y que esta sea inconstitucional, deben presentarse 3 elementos¹⁰⁹:

- 1) Falta o insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional
- 2) Que tal inacción o actividad deficiente se hayan mantenido en un lapso irrazonablemente extenso.
- 3) Que de ellas se derive una situación jurídica contraria a la constitución.

1.- Falta o insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional.

De acuerdo a lo expuesto, la falta de desarrollo de la asistencia personal en particular, y de los apoyos en general puede configurar una vulneración constitucional, por lo que primigeniamente debemos repasar si existe desarrollo legislativo de la cuestión y si el mismo es suficiente.

Ya hemos visto que las leyes marco en materia de derechos para personas con discapacidad (N° 22.431 y 24.901) son anteriores a la Convención, y que no han sido sustancialmente modificadas para incorporar los principios del tratado internacional, con la única salvedad de la figura del “asistente domiciliario”, sobre el que también, como una figura “insertada” en la ley 24.901 que interpretada con el espíritu de la norma no es más que otra prestación más de “rehabilitación” y no una herramienta para facilitar la autonomía de las personas con Discapacidad.

Como si eso no fuese suficiente resta indicar que también existe una omisión administrativa ya que, que a diferencia de lo que sucede con las demás prestaciones de la citada norma, ésta no ha sido incorporada al denominado “nomenclador de prestaciones básicas para personas con discapacidad”, dispuesto por la Resolución 428/1999 del Ministerio de Salud de la Nación, por lo que, contrariamente a lo que ocurre con los demás servicios, no se aclara que debe entenderse por asistencia domiciliaria, que actividades abarca, quien puede ejercerla ni cuál es el precio de la prestación. Es oportuno destacar que, ya en 2010, el Estado argentino informó al Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU al momento de su informe inicial del art. 35

¹⁰⁹ BAZAN, Víctor “Control de las omisiones inconstitucionales y inconventionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos” Konrad Adenauer Stiftung. Talleres de Ediciones Gráficas Editores Ltda. 2014. Pág. 103

de la Convención¹¹⁰ que se encontraba en proceso de reglamentación, lo que once años después no sucedió.

Por último debemos reiterar que el nombre utilizado por la ley: “asistente domiciliario” también es insuficiente, ya que, como hemos visto las figuras de asistencia personal son mucho más amplias y no se avocan exclusivamente a tareas domiciliarias.

Por su parte el Código Civil y Comercial de la Nación que cuando refiere a la restricción de la capacidad, como ya mencionamos, hace referencia a al apoyo para la toma de decisiones, tampoco regula los tipos de apoyo y en su art. 43 se limita a decir “se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general”.

Ni siquiera la ley 26.657 “de salud mental” creada con el objetivo de garantizar los derechos de los usuarios de salud mental, promoviendo la institucionalización, reguló la asistencia personal como una alternativa necesaria a tal efecto, simplemente menciona a la pasada al “acompañamiento terapéutico” sin más desarrollo de la figura.

De lo antedicho, surge claramente una insuficiencia legislativa, una falta de reglamentación, a lo que debemos agregar una inobservancia expresa de la norma convencional que exige “*adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención*”¹¹¹ por lo que existe sin dudas una falta de desarrollo de la disposición convencional.

2.- Extensión en el tiempo de la inacción o actividad deficiente.

La ley 26.378 que aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, se sancionó el 31 de mayo de 2008 y se promulgó el 6 de junio de ese año. Por su parte, la ley 27.044, que la dota de jerarquía constitucional se sancionó el 19 de noviembre de 2014 y se promulgó el 11 de diciembre de ese año.

Como vimos desde esa fecha no se hicieron modificaciones en norma alguna relativa a la discapacidad que permita al menos suponer la regulación de las prestaciones de apoyo en general o de la asistencia personal en particular, con la salvedad de la modificación realizada al art. 39 de la

¹¹⁰ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Aplicación de la Convención sobre los derechos las personas con discapacidad - Informes iniciales presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 35 de la Convención Argentina – fecha 6/10/2010 https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCRPD%2fADR%2fARG%2f32692&Lang=es

¹¹¹ Art. 4 Inc. a de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

ley 24.901, en la que se incorporó el “asistente domiciliario” por medio de la ley sancionada el 4 de marzo de 2009 y promulgada el 30 de marzo de ese año, modificación que como vimos es incompleta y si siquiera ha sido reglamentada.

Las leyes 22.431 (de 1981) y 24.901 (de 1997) -que han sido un verdadero avance en el reconocimiento de derechos de las personas con discapacidad al momento de su dictado, otorgando una tutela preferente a las personas con discapacidad que antes no tenían, y consecuentemente habilitando el acceso a una enorme gama de derechos entre los que se destaca la cobertura integral de las prestaciones médico asistenciales y de rehabilitación- deberían haber sido modificada en forma sustancial desde la incorporación de la Convención, en virtud de que, como ya se mencionó en varias ocasiones a lo largo del presente trabajo, así lo exige el cambio de paradigma plasmado por ese documento internacional. Es suficiente con revisar esas normas para advertir que a pesar del avance que significaron, su objetivo es la “normalización” de la persona con discapacidad y no la eliminación de barreras de toda índole que aún existen en la sociedad. Asimismo, valiéndose de un estilo claramente tutelar, en ninguna de las normas se hace foco en la autonomía de la persona con discapacidad. Por último utilizan términos que han quedado vetustos, y que deberían ser reemplazados, por ser considerados incluso hasta ofensivos.

Sin embargo habiendo transcurrido 13 años desde la incorporación de la Convención y 7 desde que fue dotada de raigambre constitucional, las normas no han sido modificadas, de hecho hasta 2021, solo hubo un proyecto de modificación de relevancia, presentado en el año 2014 por la Diputada Camaño que propone la modificación de la ley 24.901 para adecuarla a los términos de la Convención, y entre otras cuestiones, en el tema que nos ocupa, propone reemplazar el art. 39 inc. d reemplazando al asistente domiciliario por el asistente personal, a partir del siguiente texto: “Asistencia personal: las personas con discapacidad podrán recibir a su pedido, de su grupo familiar o continente, apoyos para tareas determinadas de su vida diaria que serán brindados por un asistente personal a fin de favorecer su vida autónoma, dentro del ámbito familiar, laboral y social que será cubierto en forma integral por los obligados del Artículo 2º”, lo que a mi criterio hubiese sido sumamente beneficioso, máxime cuando el proyecto expone en su expresión de motivos *“Este artículo 39 ya fue modificado agregándole un inciso d) la ley 26.480 y este proyecto contribuye a completarlo. El asistente personal y el asistente terapéutico, cuyas tareas se realizan no solo en el domicilio de la persona con discapacidad sino en ambulatorio, ampliando los beneficios de la ley en el marco de la Convención Internacional”*.¹¹²

¹¹² CAMAÑO, Graciela “Proyecto de sustitución de los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 11, 13, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 27, 32 bis, 34, 36, 37 Y 39; agregado de los artículos 1 bis, 2 bis Y 11 bis , E inc. F) al artículo 7; derogación del artículo 2 de

Lamentablemente, este ambicioso proyecto que fue una oportunidad cercana para que el Estado Argentino cumpla con la obligación asumida en la CDPCD, no se pudo convertir en ley.

Se le puede criticar al proyecto, el hecho de haber desaprovechado la oportunidad de legislar acerca de cuestiones reglamentaria de la actividad de asistencia personal, sin embargo, es una facultad que siempre se delega al poder ejecutivo, como ha sucedido con las demás prestaciones contempladas en la ley 24.901.

Por otro lado, al efecto de destacar la actividad legislativa, debemos mencionar que existieron algunos proyectos reglamentarios de ciertas actividades de asistencia personal, sin embargo, no se caracterizaron por ser holísticos, sino que en todos los casos se limitaron a un área de esa asistencia, si bien intentaron reglamentar en forma mucho más minuciosa, lo hicieron sólo respecto de la figura del acompañante terapéutico (el asistente que apoya a la persona con discapacidad al efecto de sortear barreras emocionales en sus actividades diarias)¹¹³, sin embargo no ahondaremos al respecto ya que tampoco prosperaron, y que no obstante buscar regular ciertas cuestiones sobre las que aún no se ha legislado, cometen el mismo error que la normativa vigente, al sesgar su enfoque a un solo área de la asistencia personal, por lo que a mi criterio no respetan el espíritu de la convención.

Sólo resta decir que luego de muchos años, recientemente, en agosto de 2021, se ha presentado un proyecto, a mi criterio, superador de todos los anteriores, ya que no sólo abarca múltiples figuras de la asistencia personal, de hecho regula también distintos apoyos, sino que se detiene en cada uno de ellos para reglamentarlos de manera más acabada.¹¹⁴

No obstante la luz de esperanza arrojada el reciente proyecto, lo cierto es que desde hace más de una década el Estado Argentino suscribió el compromiso de adaptar su ordenamiento normativo a fines de garantizar el respeto de los principios de la CDPD y aún no lo ha hecho.

3.- Situación Jurídica contraria a la Constitución.

No obstante que actualmente existen incumplimientos por parte de los sujetos obligados (principalmente Obras Sociales y empresas de medicina prepaga) para todo tipo de prestaciones de

la ley 22431 (sistema integral de protección a las personas con discapacidad) Reforma Ley 24.901 (prestaciones básicas para personas con Discapacidad) Cámara de Diputados. Expediente: 1040-D-2014” Fecha 19/3/2014 <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=1040-D-2014&tipo=LEY>

¹¹³ Los proyectos más destacados los presentados por un lado por los senadores PÉRSICO, GIMENEZ e ITURREZ DE CAPELLINI (Cámara de Senadores Expediente S-0479/17 que unifica los Proyectos S-444/14 (Pérsico), S-1233/14 (Giménez) y 2144/14 (Itúrrrez de Capellini). Expediente 2305-D-2016 Fecha: 03/05/2016), por un lado y por otro, por la diputada CARRILLO, María Soledad (“Ejercicio profesional y regulación de la actividad del acompañante terapéutico. Régimen” Cámara de Diputados. Expediente 2305-D-2016 Fecha: 03/05/2016)

¹¹⁴ MASIN, María Lucía y otros “Marco regulatorio de sistemas de apoyos en favor de personas con discapacidad y personas mayores (Cámara de Diputados Expediente. 3394-D-2021 – Fecha: 10/08/2021)

discapacidad y de salud en general, cuando se trata de asistencia personal la falta de cobertura se multiplica exponencialmente.

La actitud reticente de las Obras Sociales y Prepagas, sin justificación, sumada al control deficitario por parte del Estado, a través del organismo administrativo de aplicación: Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación¹¹⁵, ha generado una enorme judicialización de la discapacidad, algo que se ve sensiblemente acrecentado cuando se trata de coberturas de figuras de asistencia personal como acompañante terapéutico o asistente domiciliario, que no se encuentran correctamente reguladas por la norma.

Aunque las Defensorías del Pueblo, como organismos de defensa de derechos humanos intervienen aun no siendo la autoridad de contralor de los sujetos obligados y así colaboran en la facilitación de este tipo de cuestiones al efecto de evitar la judicialización, son tantos los incumplimientos, que las acciones judiciales crecen a diario.

Entonces, la deficiente regulación es aprovechada habitualmente por las obras sociales y empresas de medicina prepaga -en detrimento de derechos de las personas con discapacidad- que no sólo rechazan los pedidos de sus afiliados sin argumento alguno, sino que discuten su obligatoriedad en sede judicial; basándose precisamente en esta falta de normativa. Así han pretendido valerse de la falta de regulación para evadirse de sus responsabilidades, esgrimiendo argumentos tales como: *“En lo que concierne al cuidador domiciliario y la Ley 24.901, distinguió el encuadre normativo que corresponde al acompañante terapéutico (Ley 26.657 de Salud Mental); al asistente domiciliario (regulado por el art. 39 inc. d) de la Ley 24.901) prestación que a su entender debe estar indicada por un equipo interdisciplinario de la obra social a fin de favorecer la vida autónoma del paciente, evitar su institucionalización o acotar los tiempos de internación, y que debe ser prestado por un profesional que deberá contar con la capacitación específica avalada por la certificación correspondiente expedida por autoridad competente, lo cual adujo que aún no fue determinada...”*¹¹⁶

Afortunadamente, este argumento no tiene peso en la justicia, ya que tiene dicho la jurisprudencia que *“La alegada inexistencia de una carrera de formación en ‘asistencia domiciliaria’*

¹¹⁵ Organismo creado por la Resolución Nº 75/98 de la Superintendencia de Servicios de Salud. Si bien los plazos consignados en la norma son breves, en la práctica las resoluciones de ese organismo demoran varios meses, por lo que carecen de la celeridad que requieren los casos de este tipo. Asimismo, y aun para los supuestos en que se ordene al agente brindar la cobertura requerida, lo cierto es que ello sería bajo apercibimiento de aplicar el régimen sancionatorio de las Leyes Nº 23.660 y Nº 23661 (imposición de multas), por lo que ante un incumplimiento de los obligados se debería recurrir al órgano jurisdiccional para obtener la efectiva tutela del derecho vulnerado. Es decir que, en principio, el trámite administrativo previsto estaría lejos de brindar la respuesta ágil y efectiva que se requiere.

¹¹⁶ Cámara Federal de Apelaciones de Rosario Sala “A” -integrada-, expediente n° FRO 54610/2018 caratulado “Boggero, Marcela Alejandra c/OSDE - Medicina Prepaga s/amparo Ley 16.986”. Fecha: 17 de septiembre de 2019

no puede ser válidamente opuesta al paciente discapacitado, y esto es así desde que no es posible suponer la imprevisión o la falta de consecuencia del legislador (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 303:1041; 304:794, entre muchos otros). Aun en el caso de que no existiera una carrera de formación específica, persiste la obligación legal de la obra social demandada de gestionar la cobertura de la prestación establecida legalmente por intermedio de personal con calificaciones, aptitudes y preparación que permita satisfacer esas necesidades del paciente discapacitado”¹¹⁷

Sin embargo, y aunque la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha dicho en reiteradas oportunidades que las normas deben interpretarse de manera armónica e integral, de forma tal que ninguna pueda ser aplicada en forma aislada, desconectándola del todo que compone; sino que, por el contrario, la interpretación debe hacerse integrándolas en una unidad sistemática, comparándolas, coordinándolas y armonizándolas, de forma tal que haya congruencia y relación entre ellas¹¹⁸. Por otra parte, las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto, no suponiéndose, en principio, la inconsecuencia o falta de previsión del legislador. (CSJN Fallos 304:794; 303:1965; 303:1041; 297:142; 300:1080, entre otros)¹¹⁹

Sin embargo, por una elemental aplicación del principio de división de poderes, el control judicial sobre la actividad legislativa se centra en el caso concreto¹²⁰ esto por cuanto *“Si para determinar la jurisdicción de la Corte y de los demás tribunales de la Nación no existiese la limitación derivada de la necesidad de un juicio, de una contienda entre partes, entendida ésta como un pleito o demanda en derecho instituida con arreglo a un curso regular de procedimiento, el Tribunal dispondría de una autoridad sin contralor sobre el gobierno de la República, y podría llegar el caso de que los demás poderes del Estado le quedarán supeditados con mengua de la letra y del espíritu de la Carta Fundamental.”¹²¹*, y es por ello que ese criterio prácticamente unánime de los tribunales, no alcanza a todas las personas con discapacidad, sino sólo a las que pueden acceder a la justicia, existiendo por lo tanto, claras vulneraciones persistentes y preocupantes ya son verdaderamente sistemáticas, o dicho de otra manera tienen un cierto carácter estructural, puesto que no son casos aislados sino reiterados y frecuentes. Por lo que citando a Escobar Roca: *“Nos encontramos ante el*

¹¹⁷ . Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Sala 1 - Expediente N° 5.670/17. Caratulado “Morgulis Armando c/ OSDE s/ amparo de salud” Fecha 15 de mayo de 2018.

¹¹⁸ CSJN Fallos 312:2192, entre otros

¹¹⁹ Cámara de Apel. Contravencional de CABA Sala I “LUPINI, Ada Hilda s/ s/ inf. art. 83, Ley 1472 -Apelación- SENTENCIA - Nro. Interno: 076-00-CC/ 2006 Fecha: 13 de Julio de 2006 (Id SAIJ: FA06370488)

¹²⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación "Pereyra" 320: 1556 y "Baliarda S.A. y otros" 326: 2931 entre otros

¹²¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación - Voto del Dr. Carlos S. Fayt en "La Rioja, Provincia de" 328: 2429

problema más importante para la garantía de los derechos, de especial interés para el Ombudsman, pues de poco sirve solucionar casos aislados si persisten muchos otros iguales y todo parece indicar que continuarán en el futuro” ¹²² algo más preocupante aún en un país como Argentina donde no existe un procedimiento de control para de las omisiones legislativas, fundamental para solucionar vulneraciones estructurales de derechos sociales, que incluyen un deber estatal positivo de protección.

El otro gran problema de la judicialización de la discapacidad es el muy bajo el porcentaje de la población con discapacidad que puede acceder a la justicia, y dentro de ese número, es muy bajo el que lo puede hacer en igualdad de condiciones, por razones de índole económica o por una falta de adaptación real del sistema de justicia, ya que, aunque existen las defensorías generales para patrocinar a quienes no cuentan con medios económicos para acceder al patrocinio letrado, y también se ha instrumentado el “Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia” (ADAJUS)¹²³ para facilitar el acceso a personas con discapacidad a la justicia, siguen siendo organismos a los que la mayoría de las personas con discapacidad no acceden, o si lo hacen, son insuficientes. En muchos casos el acceso a la justicia sigue implicando una revictimización, puesto que se somete a las personas con discapacidad a largos y engorrosos procesos que afectan aún más su calidad de vida por significarles revivir situaciones que a diario atentan contra su igualdad y autonomía, por ello no son pocos los que desisten de estos reclamos con resignación, razón por la cual, la mayoría de las personas con discapacidad que requieren asistencia personal, no la obtienen o la obtienen en forma deficiente.

V.- CONCLUSIÓN.

A lo largo de este trabajo hemos visto como gracias a la recepción del modelo social de la discapacidad, a nivel global se defienden derechos como la autonomía y la igualdad de las personas con discapacidad, derechos que ya se encontraban reconocidos en otros tratados internacionales de derechos humanos, pero que debido a la particular situación de las personas con discapacidad, donde sus afectaciones son multidimensionales, no eran suficientes para garantizarlos en forma

¹²² Ver. ESCOBAR ROCA, Guillermo: Tema 7: “Cómo verificar la violación de los Derechos” de la Materia “Teoría y práctica de los Derechos Humanos” del Master en “Derechos Humanos, Estado de Derecho u Democracia en Iberoamérica” Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica” años 2020 y 2021. Pág. 11 y ss.

¹²³ Creado por decreto 1375/2011 con el objetivo de fortalecer el cumplimiento de los derechos de las Personas con Discapacidad (PcD) para su efectivo acceso a la Justicia en igualdad de condiciones, a través de procedimientos adecuados, la comunicación e información. El Programa depende de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, y se encuentra en los términos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26378). <https://www.argentina.gob.ar/justicia/afianzar/discapacidad>

real, por lo que es menester, no solo la adopción de las normas de la CDPD, sino velar por su efectivo cumplimiento.

En ese sentido, hemos podido notar que a pesar de que el Estado Argentino adhirió a la Convención y la dotó de jerarquía constitucional, no ha cumplido en su totalidad con los mandatos de ella, principalmente al no adecuar su normativa interna en pos de garantizar el cumplimiento de los principios por consagrados en el propio instrumento; y aunque ha comenzado con esa tarea, la coexistencia de normas que responden a principios contradictorios, la falta de legislación respecto de figuras indispensables para garantizar la autonomía de las personas con discapacidad, y la deficiente regulación de otras de similar entidad se traduce en una evidente vulneración estructural de derechos fundamentales a la autonomía y a la igualdad de las personas con discapacidad, ya que esa omisión legislativa de más de una década de duración, es aprovechada por los obligados a garantizarlas, que apañados por un control negligente del propio estado, niegan sistemáticamente su cobertura, siendo la autonomía verdadero privilegio para quienes pueden reclamarlo judicialmente y no un derecho universal.

ANEXOS

1.- Abreviaturas

1. CADH: Convención Americana de Derechos Humanos de 1969
2. CDPC: Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006
3. CEDDIS: Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad
4. CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos
5. CIPCD: Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999
6. CortelDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
7. CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.
8. DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948
9. OEA: Organización de los Estados Americanos.
10. ONU: Organización de las Naciones Unidas.
11. PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966

2 Bibliografía

1. ABRAMOVICH, Víctor y Otros – Director: ESCOBAR ROCA, Guillermo “Derechos Sociales y tutela antidiscriminatoria - Capítulo XII El derecho a la autonomía de las Personas con Discapacidad” Thompson Reuters – Editorial Aranzadi, SA 2012
2. ABUELAFIA, Emanuel y otros “El funcionamiento del sistema argentino de salud en un contexto federal” Centro de Estudios para el Desarrollo Institucional a pedido del Banco Mundial. Documento 77. Septiembre 2002
3. BAZAN, Víctor “Control de las omisiones inconstitucionales y inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos” Konrad Adenauer Stiftung. Talleres de Ediciones Gráficas Editores Ltda. 2014.
4. BIDART CAMPOS, German J. “Manual de la Constitución reformada”, T 1, Ediar, Buenos Aires, 1996.
5. CONSERJERIA DE FAMILIA Y ASUNTOS SOCIALES - COMUNIDAD DE MADRID “Guía Práctica de la Asistencia Personal” , disponible en Web: https://www.asistenciapersonal.org/sites/default/files/publicaciones/17-guia_practica_ap.pdf

6. CONTIGIOLA, Silvana ¿Qué Son Los Apoyos? ¿Qué Implicaciones Tienen Para Las Personas Con Discapacidad Intelectual? 22 de septiembre de 2017 - <https://blog.zonadesentidos.com/que-son-los-apoyos-que-implicaciones-tienen-para-las-personas-con-discapacidad-intelectual/>
7. DE AGUILA, Luis Miguel “La autonomía de las Personas con Discapacidad como principio rector” dentro de la publicación “Nueve conceptos claves para entender la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad” Pontificia Universidad Católica de Perú, 2017.
8. DE ASIS ROIG, R. “sobre el modelo social de la discapacidad, críticas y éxito”. En Papeles. EL tiempo de los derechos, n1 (2011) ISSN: 1989-8797
9. ESCOBAR ROCA, Guillermo: Lección 1: “Fuentes, concepto y fundamento” de la Materia “Derechos Sociales” del Master en “Derechos Humanos, Estado de Derecho u Democracia en Iberoamérica” Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica” años 2020 y 2021.
10. ESCOBAR ROCA, Guillermo: Lección 2: “Estructura y contenido” de la Materia “Derechos Sociales” del Master en “Derechos Humanos, Estado de Derecho u Democracia en Iberoamérica” Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica” años 2020 y 2021.
11. ESCOBAR ROCA, Guillermo: Tema 4: “Que podemos exigir como derecho” de la Materia “Teoría y práctica de los Derechos Humanos” del Master en “Derechos Humanos, Estado de Derecho u Democracia en Iberoamérica” Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica” años 2020 y 2021.
12. ESCOBAR ROCA, Guillermo: Tema 6: “A quien exigir los derechos” de la Materia “Teoría y práctica de los Derechos Humanos” del Master en “Derechos Humanos, Estado de Derecho u Democracia en Iberoamérica” Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica” años 2020 y 2021.
13. ESCOBAR ROCA, Guillermo: Tema 7: “Cómo verificar la violación de los Derechos” de la Materia “Teoría y práctica de los Derechos Humanos” del Master en “Derechos Humanos, Estado de Derecho u Democracia en Iberoamérica” Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica” años 2020 y 2021.
14. FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio “Omisión legislativa como omisión inconstitucional. Pervivencia de incertezas” Justicia Electoral, núm. 16, ISSN 0188-7998, Cuarta Época, vol. 1, julio-diciembre 2015.
15. GARCETE Juan Marcelino y otros. “La inconstitucionalidad por omisión legislativa: a escena la omisión legislativa convencional” IUSTITA revista de la división ciencias jurídicas y políticas de la

Universidad de Santo Tomás ISSN: 1692-9403 • ISSN DIGITAL: 2539-4657 (número 13 (Año 2015) publicado el 26/10/20167.

16. PALACIOS, Agustina “el modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad”. Madrid: Cinca, 2008

17. PALACIOS, Agustina “Igualdad, no discriminación y discapacidad”. Ignacio Campoy Cervera, Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson, 2008

18. SAGÜES, Néstor P. “Compendio de derecho procesal constitucional” Astrea, Buenos Aires, 2009.

19. SAGÜES, Néstor P. “Dificultades operativas del ‘Control de Convencionalidad’ en el sistema interamericano”; en La Ley; Año LXXIV, Nro. 152, miércoles 11 de Agosto de 2010.

20. STICCA, María Alejandra “Los derechos de las personas con discapacidad. Un tema prioritario en la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” Revista de la Facultad, Vol. XI • Nº 1 • NUEVA SERIE II (2020) 133-144 – Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Fecha 14 de abril de 2020.

Sitios Web:

1. Sitio web ADAJUS <https://www.argentina.gob.ar/justicia/afianzar/discapacidad>

2. Sitio web Agencia Nacional de Discapacidad: <https://www.argentina.gob.ar/andis/sigue-abierta-la-inscripci%C3%B3n-al-programa-de-apoyos-para-personas-con-discapacidad>

3. Sitio web Federación bioquímica de la Provincia de Buenos Aires. <http://www.faba.org.ar/fabainforma/432/General.html>

4. Sitio web Organización de las Naciones Unidas: <http://www.un.org/spanish/disabilities/countries.asp?navid=18&pid=578>

5. Sitio web Plena Inclusión Cantabria: <https://www.plenainclusioncantabria.org/discapacidad-intelectual-y-desarrollo/>

6. Sitio web Plena inclusión Galicia: http://aspanaex.org/index.php?V_dir=MSC&V_mod=showart&id=164 ; LA RAIZ, plena inclusión Andalucía <https://laraiz.org/discapacidad-intelectual-apoyos-y-dimensiones/>

7. Sitio web #Por una Vida independiente: www.vidaindependiente.ar

8. Sitio web Ver TOPDOCTORS España <https://www.topdoctors.es/diccionario-medico/acompanamiento-terapeutico#>

3.- Anexo normativo

Instrumentos y documentos Internacionales:

1. CIDH “Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Jamaica” OEA/Ser.L/V/II.144 Doc. 12. Fecha: 10 agosto 2012. Disponible en web: <https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Jamaica2012esp.pdf>
2. CIDH “Plan Estratégico 2017 -2021” OEA/Ser.L/V/II.161. Doc. 27/17. Fecha: 20 de Marzo 2017. Disponible en web: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/PlanEstrategico2017/docs/PlanEstrategico-2017-2021.pdf>
3. Comité sobre los derechos de las Personas con Discapacidad. Aplicación de la Convención sobre los derechos las personas con discapacidad - Informes iniciales presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 35 de la Convención Argentina – fecha 6/10/2010. Disponible en web: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCRPD%2fADR%2fARG%2f32692&Lang=es
4. Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. Disponible en web: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
5. Convención Americana de Derechos Humanos. Disponible en web: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>
6. Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>
7. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Disponible en web: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
8. Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en web: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
9. Reglas de Brasilia de acceso a la Justicia de Personas en situación de vulnerabilidad. Disponible en web: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

Legislación Argentina:

1. Constitución Nacional Argentina. Disponible en web: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
2. Ley 23.660 disponible en web: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/62/texact.htm>

3. Ley 23.661 disponible en web: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/63/texact.htm>
4. Ley 22.431 disponible en web: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=20620>
5. Ley 24.901 disponible en web: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=47677>
6. Ley 26.378. Disponible en web: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141317/norma.htm>
7. Ley 26.378 disponible en web: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=141317>
8. Ley 26.480 disponible en web: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/151986/norma.htm>
9. Ley 26.657 disponible en web: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/175977/norma.htm>
10. Ley 26.682 disponible en web: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/180000-184999/182180/texact.htm>
11. Ley 26.924 “Código Civil y Comercial Argentino” disponible en web: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>
12. Ley 27.044. Disponible en web: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/239860/norma.htm>
13. Decreto 1991/2011 disponible en web: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/190000-194999/190605/norma.htm>
14. Decreto 1993/2011 disponible en web: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/190000-194999/190606/texact.htm>
15. Resolución 201/02 Ministerio de Salud de la Nación (texto actualizado) <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/73649/texact.htm>
16. Resolución 428/99 disponible en web: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/62835/texact.htm>

Proyectos de ley:

1. CAMAÑO, Graciela “Proyecto de sustitución de los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 11, 13, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 27, 32 bis, 34, 36, 37 Y 39; agregado de los artículos 1 bis, 2 bis Y 11 bis , E inc. F) al artículo 7; derogación del artículo 2 de la ley 22431 (sistema integral de protección a las personas

con discapacidad) Reforma Ley 24.901 (prestaciones básicas para personas con Discapacidad) Cámara de Diputados. Expediente: 1040-D-2014” Fecha 19/3/2014 Disponible en web: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=1040-D-2014&tipo=LEY>

2. PÉRSICO, GIMENEZ e ITURREZ DE CAPELLINI Proyecto de ley “regulación de la actividad del Acompañante terapéutico: (Cámara de Senadores Expediente S-0479/17 que unifica los Proyectos S-444/14 (Pérsico), S-1233/14 (Giménez) y 2144/14 (Itúrrrez de Capellini). Expediente 2305-D-2016 Fecha: 03/05/2016),

3. CARRILLO, María Soledad Proyecto de ley: “Ejercicio profesional y regulación de la actividad del acompañante terapéutico. Régimen” Cámara de Diputados. Expediente 2305-D-2016 Fecha: 03/05/2016)

4. MASIN, María Lucia y otros Proyecto de ley: “Marco regulatorio de sistemas de apoyos en favor de personas con discapacidad y personas mayores (Cámara de Diputados Expediente. 3394-D-2021 – Fecha: 10/08/2021)

5. Proyecto de ley de regulación de la asistencia personal para personas con discapacidad de la Provincia de Buenos Aires- Expte. 889/20-21 Art. 4. Honorable Cámara de Diputados de la Pcia. de Buenos Aires.

Fallos:

1. Corte IDH caso “Furlan y familiares. Vs. Argentina (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)” Sentencia del 31 de agosto de 2012 disponible en web:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf

2. Corte IDH, caso “Almonacid Arellano c/Chile” de 2006. Disponible en web:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

3. CSJN caso “MAZZEO” Id SAIJ: FA07000045 – Fecha 13/7/2007;

4. CSJN Fallos 312:2192

5. CSJN "Pereyra" 320: 1556 y "Baliarda S.A. y otros" 326: 2931 entre otros

6. CSJN - Voto del Dr. Carlos S. Fayt en "La Rioja, Provincia de" 328: 2429

7. Cámara de Apel. Contravencional de CABA Sala I “LUPINI, Ada Hilda s/ s/ inf. art. 83, Ley 1472 - Apelación- sentencia- Nro. Interno: 076-00-CC/ 2006 Fecha: 13 de Julio de 2006 (Id SAIJ: FA06370488)

8. Cámara Federal de Apelaciones de Rosario Sala “A” -integrada-, expediente n° FRO 54610/2018 caratulado “Boggero, Marcela Alejandra c/OSDE - Medicina Prepaga s/amparo Ley 16.986”. Fecha: 17 de septiembre de 2019

9. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Sala 1 - Expediente N° 5.670/17.
Caratulado "Morgulis Armando c/ OSDE s/ amparo de salud" Fecha 15 de mayo de 2018.