

Los derechos de las personas con discapacidad

Necesidad de una nueva mirada jurídico-política al Derecho argentino

Por **Luis G. Bulit Goñi**

INTRODUCCIÓN

Hace ya dos años que, por ley 26378, la República Argentina ha incorporado a su derecho interno, con fuerza supra legal e infra constitucional hasta el momento, el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

Su aplicación ha tenido fuerza en casos individuales, pero aún está pendiente la deuda de pasar por su tamiz doscientos años de historia y práctica jurídica, de conceptos enseñados en la cátedra, de tratados y manuales con los que se enseña y guía la abogacía, de precedentes jurisprudenciales.

De poco sirve el abordaje de la diversidad de cuestiones que nos propone la CDPD, si las mismas quedan en el corsé de lo que podríamos llamar “el derecho de la discapacidad”. Y si su visión de la problemática, sus principios a nivel de valores y normas, no permean con contundencia los a veces enmohecidos muros de nuestras instituciones jurídicas más clásicas: la capacidad jurídica, el matrimonio, los derechos políticos, las relaciones laborales, la cobertura de contingencias sociales, el derecho a la salud, a la educación, etc.

He aquí una responsabilidad de todos. Desde por qué descriptores se indexan las publicaciones sobre los temas vinculados a la discapacidad en las editoriales jurídicas, hasta el ámbito académico en el que se desarrollan los debates doctrinarios, pasando por las comisiones parlamentarias o reparticiones del Estado que intervienen en el dictado de normas legales o reglamentarias. Y, por qué no, por dónde ponen su esfuerzo las organizaciones de la sociedad civil en su tarea de promover el conocimiento y aplicación concreta de estas cuestiones.

EN RESUMEN | Los Estados han de incorporar a su derecho interno el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Además de las cuestiones estrictamente técnicas que habrán de impactar sobre cada una de las ramas del Derecho, al analizar los muchos temas que son abordados por la CDPD se advierte un problema común y conjunto cuya solución plantea un gran desafío que debe enfrentarse sin demora: La revisión de las normas jurídicas internas a la luz de este Tratado debe ser consciente de que se está enfrentando claramente a un problema de naturaleza cultural. Un “problema” cultural que nos obliga a revisar las dimensiones sociológicas y psicológicas de nuestras normas positivas para adecuar a ellas la dimensión del texto de las leyes y, lo que es aún más urgente, su valoración y aplicación a casos actuales. Un problema cultural que nos coloca a los operadores del derecho en el centro de la escena porque somos parte del problema por la forma en que estamos acostumbrados a razonar los temas jurídicos. Un problema cultural que más allá de las eruditas elaboraciones sobre la identidad y autonomía de las diferentes ramas del Derecho nos obliga a repensarlo como una arena de interrelaciones jurídico-políticas en la que está en juego la dignidad del ser humano.

L.G. BULIT

es gerente de asuntos jurídicos en ANSES, Argentina.
Correo-e: lbultgoni@anses.gov.ar

Han sido y son muy valiosos los abordajes específicos de las cuestiones de la discapacidad, sea en actividades curriculares de posgrado, de actualización académica o incluso de extensión universitaria, pero ellos, en cierto modo, tienen el límite impuesto por el “interés” con el que sus concurrentes o asistentes se acercan a dichas actividades para mejorar o profundizar sus conocimientos. Pero preguntémosnos también cuántas cátedras universitarias han incorporado a sus programas de estudio la incidencia de la CDPD en las instituciones jurídicas que en ellas se enseñan. Ojalá que la respuesta a este interrogante nos sorprendiera, pero lo dudo.

En síntesis: Si la “cuestión de la discapacidad” no es asumida como propia por las distintas ramas del derecho, si seguimos enseñando y aprendiendo derecho sin conocer y comprender el profundísimo cambio que ha significado la firma y ratificación de este tratado internacional, no sólo seguirán pasando los años en los que la CDPD es sólo un tema abordado por quienes esto nos llega de cerca, sino que, y es lo más grave, seguiremos violando los Derechos Humanos de las personas con discapacidad de carne y hueso a quienes sólo les quedará –a los que puedan– recurrir a los estrados judiciales y, allí, explicar lo que ya se debía haber explicado.

Como advertencia final, lo propuesto no es sólo una pretensión personal basada en el convencimiento de que sólo así se podrá avanzar hacia la plena y efectiva vigencia de la CDPD, sino que es un mandato legal expreso de la misma en tanto en su artículo 4° señala textualmente que “los Estados parte se **comprometen** a... Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención” (punto inciso a.).... Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas para modificar o derogar leyes, reglamentos, **costumbres y prácticas** existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad (inciso b)... Promover la formación de profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención... (inc. i), y en el artículo 8 obliga a “Fomentar en todos los niveles del sistema educativo el respeto de tales derechos (los destacados me pertenecen).

Veamos a continuación, sin pretender agotar un tema que como se ha anticipado es multi e interdisciplinar, algunas de las cuestiones que consideramos centrales.

SELECCIÓN DE LOS TEMAS RELEVANTES

De la vastedad de cuestiones que se abordan en la CDPD, ¿con qué criterios y por qué razones hemos de seleccionar algunas para considerar específicamente en esta colaboración?

Para responder a esta pregunta es necesario tener en cuenta y explicar que la CDPD no es “sólo” un cuerpo normativo internacional de aplicación y respeto obligatorios en todo el territorio de la Nación, por todas sus autoridades, en todos los niveles (nacional, provincial y municipal), por todos sus poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) y por todos los individuos que en ella habitan, sino que es también y centralmente un verdadero código de valores y conductas, en el que la dimensión dialéctica del Derecho en la visión dialéctica del mundo jurídico según nos enseñó el profesor Goldschmidt cobra una relevancia superlativa a la hora de atribuirle eficiencia a la norma para guiar las conductas.

La CDPD reconoce y traduce en norma jurídica vinculante al “modelo social”³ de la discapacidad. Y es este modelo social el que nos impone la obligación de romper definitivamente con la visión sociológica de la persona con discapacidad sobre cuya base se han levantado los cimientos de muchas de las instituciones jurídicas que estamos acostumbrados a manejar.

Tal obligación implica un verdadero desafío para las ciencias sociales y jurídicas por varias razones. En primer lugar, porque pone en crisis conceptos, saberes y sentires que nos vienen culturalmente arraigados no sólo como profesionales o estudiosos del Derecho sino como individuos. En segundo lugar, porque reconoce la enorme diversidad y heterogeneidad de situaciones de hecho de quienes constituyen el “colectivo” de las personas con discapacidad lo que implica que no necesariamente una respuesta jurídica, individualmente ajustada a derecho, sería idénticamente respetuosa de la Convención para otra persona con discapacidad (en diferentes condiciones personales, en distinta situación socioeconómica o cultural, con otro tipo de disca-



pacidad) y ello, naturalmente, afecta la tendencia habitual de cualquier ciencia a “sistematizar” problemas y soluciones. En tercer lugar, porque nos propone una mirada “dinámica” de la discapacidad y de las personas con discapacidad por lo que lo que ayer era como era, hoy ha dejado de serlo y lo que hoy es de una determinada manera, mañana probablemente habrá de ser diferente.

EL CAMBIO DE PARADIGMA. DEL MODELO “MÉDICO” AL “SOCIAL”

Cuando en la temática vinculada a la discapacidad se habla de “cambio de paradigma”, ha de tenerse en cuenta que ello implica la necesidad de revisar profundamente las políticas públicas que inciden sobre las personas con discapacidad, pero también las conductas sociales de los ciudadanos y de las organizaciones sociales.

Los contextos institucionales en los que las políticas públicas y las acciones de la sociedad se desenvuelven se encuentran atravesados por “reglas de juego” tanto formales como informales. Claramente se puede identificar a las normas, en sus distintos niveles, como reglas de juego “formales”. Más difíciles de identificar y, consecuentemente, de adecuar a un nuevo paradigma son las reglas de juego “informales”. En lo que aquí interesa, podría afirmarse que integran esta categoría tanto la doctrina como la jurisprudencia –reconocidas ya por la ciencia jurídica como fuentes del derecho– en cuya construcción intelectual no puede dejar de considerarse a la enseñanza del Derecho.

Desde esta perspectiva es que debe advertirse que estas reglas de juego formales e informales afectan directamente el proceso de cambio de paradigma propuesto por la CDPD.

Doscientos años de tradición jurídico-política han abrevado, en el proceso de integrar las dimensiones sociológicas y psicológicas a la normativa, en el llamado modelo médico, medicocéntrico o rehabilitador de las personas con discapacidad. Según esta visión de la realidad, la

persona con discapacidad presenta una alteración psico-físico-funcional que, de alguna manera, afecta sus relaciones sociales, políticas y jurídicas con el resto de la sociedad. Como consecuencia de ello, el foco de atención se coloca en esa alteración y de allí se derivan una batería de respuestas jurídico-normativas para regular aquella diversidad de relaciones.

El llamado “modelo social” no desconoce la existencia de las alteraciones que dan origen a la discapacidad cualquiera sea su tipo, pero plantea un cambio radical al quitarlo del centro de la escena y pasarlo a constituir un dato. Un dato relevante si se quiere pero ya no para prescribir una determinada conducta hacia la persona con discapacidad sino para adecuar las respuestas jurídico-políticas a la realidad individual de un sujeto de derechos. El centro de la escena es ocupado, en cambio, por las “barreras” que la realidad social, política y jurídica le antepone a la persona con discapacidad para el pleno goce de sus derechos.

En definitiva el modelo anterior, medico-céntrico o rehabilitador se centra en la rehabilitación o “normalización” de las personas con discapacidad, mientras que el modelo social propone la rehabilitación o normalización de una sociedad, que debe ser pensada y diseñada para atender a las necesidades de todos ⁴

Como consecuencia de esto, ya no es “la persona” con discapacidad la que “tiene un problema”, sino que quien lo tiene es la sociedad en su conjunto, sus instituciones, sus esferas de relaciones y de negocios. Veamos algunos ejemplos que puede clarificar el concepto:

Una persona con movilidad reducida (el dato) no tiene acceso (el problema) porque el inmueble no tiene rampas (la barrera).

Una persona ciega (el dato) no puede leer el contrato (el problema) porque no está en Braille (la barrera).

Una persona con discapacidad intelectual (dato) no puede ejercer su capacidad jurídica (problema) porque no se le brindan los apoyos necesarios para tomar conciencia de las implicancias de su decisión y expresar su voluntad (barrera).

Sobre la base de lo expuesto, las ciencias jurídicas y sociales en su conjunto deben diseñar un abordaje metodológico de estas cuestiones en el que, teniendo presente los datos que se derivan de las condiciones personales del individuo, observando los problemas que la sociedad tiene para ser universalmente accesible, trabaje sobre las barreras que se antepone entre el sujeto y el pleno goce de sus derechos. El cambio de paradigma importa, en definitiva, una nueva “manera de pensar” sobre la discapacidad, sobre la sociedad, y sobre las relaciones jurídicas, políticas y sociales que se dan en la misma frente al dato de la discapacidad, teniendo como objetivo la redefinición de las reglas de juego formales e informales para construir escenarios culturales universalmente accesibles.

LA HETEROGENEIDAD DEL COLECTIVO DE LA DISCAPACIDAD

Queda claro entonces que el imperativo moral y jurídico de la CDPD en sus diversas dimensiones: como instrumento del Derecho Internacional, como pieza clave del entramado legal nacional y como guía de reglas de juego formales e informales, pone “en negro sobre blanco” las luces y las sombras de las políticas públicas referidas a la discapacidad y también de las acciones de los actores sociales y políticos que tienen participación en las mismas.

Todo el colectivo de la discapacidad, junto con otros también socialmente en desventaja, abraza conceptos tan relevantes como usualmente vagos, como son los de no discriminación e inclusión a todos los ámbitos de la sociedad. Sin embargo, un deficiente diseño de políticas y las normas jurídicas que la sostienen, que no se detenga en los objetivos específicos de cada sector y en un adecuado análisis de los actores sociales, políticos e institucionales que se ven directa o indirectamente incididos por la política, corre el riesgo cierto de generar acciones que queden como meras declamaciones o, lo que es peor, que reproduzcan el modelo de segregación que se pretende abandonar.

La legislación argentina vinculada a la discapacidad, más allá de sus claros avances, exhibe todavía un importante grado de fragmentación, falta de precisión conceptual, contradicciones,

falta de actualización, incentivos contradictorios y hasta injustificadas discriminaciones hacia el propio interior de este conjunto social.

En el proceso de revisar las fuentes en las que abrevan las reglas de juego formales e informales que han de regir las políticas debe señalarse que el propio colectivo de personas con discapacidad presenta, hacia su interior, un importante grado de heterogeneidad que atenta contra la ya advertida tendencia a la sistematización de categorías jurídicas y de las soluciones normativas que le asignan a su problemática.

Esta característica impone lógicas de acción, prioridades y particularidades que permean no sólo el accionar de la sociedad civil sino también el de los organismos del Estado que se vinculan con mayor nivel de inmediatez con esos sectores del colectivo general y que, en consecuencia, generan una sumatoria de respuestas de políticas también parciales y heterogéneas.

Los diversos tipos de discapacidad (cognitivas, físicas, sensoriales, psicosociales) y, por ende, de necesidades y reclamos, conllevan una heterogeneidad de “datos”, de “problemas” y de “barreras” que impone necesariamente una también diversa batería de propuestas jurídico-políticas para alcanzar los objetivos del modelo social en el plano de la realidad de las relaciones individuales y colectivas.

CONCEPTUALIZACIÓN “DINÁMICA” DE LA DISCAPACIDAD

Tanto la heterogeneidad del colectivo de personas con discapacidad como el proceso de evolución que ha derivado hoy en día en el ya descrito modelo social advierten sobre una suerte de “volatilidad” conceptual intrínseca en la materia en análisis. Estas características fundan posiblemente una tensión con la vocación de perdurabilidad de las reglas de juegos normativas en tanto, existentes para la regulación de relaciones jurídicas de diferente naturaleza y contenido, genera en los diferentes agentes de las relaciones socio-jurídicas el reclamo de esa perdurabilidad junto con estándares de certeza y previsibilidad que se traducen en el concepto de “seguridad jurídica”.

Si se lleva adelante una revisión sobre cómo se ha “problematizado” a la cuestión de la discapacidad a través del tiempo, puede verse que las respuestas jurídicas han abrevado en una realidad sociológica preexistente y que, habiendo variado esa realidad sociológica no necesariamente se ha evolucionado en paralelo con la realidad jurídica y normativa.

Piénsese en las innumerables cuestiones a las que hace treinta, cuarenta o más años se consideraba absolutamente inaccesibles para las personas con discapacidad y que hoy, sea por los avances de la tecnología o de las ciencias médicas están claramente a su disposición. Téngase en cuenta por ejemplo que hace cincuenta años atrás muchas personas con discapacidad intelectual ni siquiera tenían acceso a las escuelas especiales y hoy están dando la lucha por educarse en escuelas comunes inclusivas, que no se pensaba en la posibilidad de que tuvieran un trabajo y hoy acceden, con apoyos, a empleos en el mercado laboral competitivo, ni que hablar sobre cuestiones tales como el matrimonio con apoyos, la vida independiente o su autodeterminación y los impactos que todo ello tiene sobre el andamiaje jurídico con el que hoy nos manejamos.

¿Cómo administrar esa tensión? ¿Cómo encontrar equilibrios?

La respuesta a estos interrogantes ya no puede limitarse a buscar soluciones jurídicas a la realidad sociológica del presente. Más que pensar en nuevas soluciones el desafío del jurista, del operador del Derecho y del profesor universitario está en pensar nuevas formas de razonar el problema a solucionar

SÍNTESIS

Como corolario de lo expuesto hasta aquí, podemos señalar que además de las cuestiones estrictamente técnicas que habrán de impactar sobre cada una de las ramas del Derecho, al analizar los muchos temas que son abordados por la CDPD se advierte un problema común

LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
NECESIDAD DE UNA NUEVA MIRADA JURÍDICO-POLÍTICA AL DERECHO ARGENTINO

y conjunto cuya solución plantea un gran desafío que debe enfrentarse sin demora: La revisión de las normas jurídicas internas a la luz de este Tratado debe ser consciente de que se está enfrentando claramente a un problema de naturaleza **cultural**. Un “problema” cultural que nos obliga a revisar las dimensiones sociológicas y dikelógicas de nuestras normas positivas para adecuar a ellas la dimensión del texto de las leyes y, lo que es aún más urgente, su

TEMA CONVENCIÓN	AREA de ESTUDIO/EJERCICIO
Derechos Humanos	D. Constitucional / DDHH / D. Internacional
Accesibilidad Física (art. 9)	D. Reales / Propiedad Horizontal / Restricciones al Dominio / D. Administrativo / Contratos Públicos / Servicios Públicos / Transporte / Comunicaciones / Concesiones / Habilitaciones / Información Pública
Derecho a la vida (art. 10)	D. Civil / DDHH / Ética
Capacidad Jurídica (art. 12)	D. Civil / Familia / Sucesiones / Matrimonio / D. Reales / D. Comercial / D. Laboral / Seguridad Social / D. Penal / Tutelas – Curatelas – Internaciones –Inhabilitación
Acceso a la Justicia (art. 13)	D Constitucional / D. Procesal Civil Y Penal
Libertad y Seguridad personal (art. 14)	D. Constitucional / D. Penal /D. Procesal
Protección contra tortura, penas crueles y trato inhumano (art. 15)	D. Constitucional / DDHH / D. Penal / D. de la Salud / Ética
Explotación y Violencia (art. 16)	D. Familia / D. Laboral / D. de la Salud
Nacionalidad y desplazamiento (art. 18)	D. Internacional Público / DDHH
Hogar y familia (art. 23)	Familia / Matrimonio / Paternidad / Fertilidad / Ética
Educación (art. 24)	DD HH / Ética /
Salud (art. 25)	Seguridad Social / D. Salud
Trabajo, Empleo y Seguridad Social (arts. 26 á 28)	D. Laboral / Seguridad Social
Derechos Políticos (art. 29)	D. Constitucional / DD HH

valoración y aplicación a casos actuales. Un problema cultural que nos coloca a los operadores del derecho en el centro de la escena porque somos parte del problema por la forma en que estamos acostumbrados a razonar los temas jurídicos. Un problema cultural que más allá de las eruditas elaboraciones sobre la identidad y autonomía de las diferentes ramas del Derecho nos obliga a repensarlo como una arena de interrelaciones jurídico-políticas en la que está en juego la dignidad del ser humano.

LOS TEMAS JURÍDICOS CULTURALMENTE RELEVANTES

En el cuadro trataremos de brindar un panorama general en el que se vinculan algunas de las cuestiones más relevantes de la CDPD, y las áreas de estudio en nuestras escuelas de Derecho en las que necesariamente tienen impacto directo.

La persona con discapacidad está en nuestra sociedad. Vive en ella. Se relaciona en ella. Ningún estudiante de Derecho puede afirmar que, sea cual sea el área de especialización en la que habrá de desempeñarse en el futuro, no habrá de toparse con la necesidad de encarar o resolver un problema que afecte derechos de una persona con discapacidad y por esta razón es necesario que se le enseñe la forma de razonar para encararlo o resolverlo.

Es un enorme desafío para la Universidad. Tan enorme como apasionante. Y es quizás una herramienta para que la dimensión social de los Derechos Humanos, quizás la más olvidada y más difícil de abordar a la hora de las cosas concretas⁵, deje de estar encerrada en su ámbito de especialidad para convertirse en lo que siempre debiera ser, parte de nosotros mismos.

Notas de pie de página

Abogado. Magíster en Administración y Políticas Públicas. Candidato por la Argentina al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de ONU.

² Sabemos que el libre acceso a la justicia como derecho de todo ciudadano, es una realidad jurídica pero no una realidad social.

³ Ampliar el contenido de este concepto en ACUÑA Carlos H. y BULIT GOÑI Luis G (Dir.) Las políticas de inclusión de personas con discapacidad en la Argentina: el desafío de hacer realidad derechos, UdeSA/ASDRA/BID, Siglo XXI Editores, Bs.As., 2010 (en prensa); PALACIOS, Agustina, y BARIFFI, Francisco, La discapacidad como una cuestión de derechos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, Cinca, España, 2007

⁴ BARIFFI, Francisco, Ponencia en el II Congreso Iberoamericano sobre Síndrome de Down. Granada, España, abril-mayo de 2010.

PULVIRENTI, Marcelo "Reflexiones sobre el trato jurisprudencial de los derechos económicos, sociales y culturales en la Argentina", en Res Pública Argentina 2009 2 y 3, RAP, Buenos Aires, págs. 53 y sigs.

Nota: El presente texto ha sido publicado en: Especial para El Derecho Rev. ED del 13/08/2010.