

LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CON DISCAPACIDAD: DEUDAS PENDIENTES

THE PROTECTION OF CHILDRENS AND ADOLESCENT WITH DISABILITIES: PENDING DEBTS

SOFIA PUCCIO¹

Fecha de recepción: 25/09/2017

Fecha de aceptación: 30/10/2017

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la protección de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad y cuáles son las deudas pendientes al respecto. El Estado se ha instituido como el primer garante en materia de salud y de protección de la discapacidad, pero muchas veces los ciudadanos deben someterse a un constante peregrinaje frente a los rechazos de las debidas prestaciones.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the protection of children and adolescents with disabilities and what are the outstanding debts in this regard. The State has established itself as the first guarantor in matters of health and disability protection, but many times citizens must submit to a constant pilgrimage in the face of rejections of due benefits.

Palabras claves: Protección de la discapacidad, niños, niñas y adolescentes, prestaciones, judicialización

Key words: Protection of the disability, children and adolescents, benefits, judicialization

¹ Especialista en Derecho Sanitario (Universidade FIOCRUZ- Fundación Oswaldo Cruz), cursando la especialización en Derecho Procesal Civil (Universidad Blas Pascal), Se desempeña profesionalmente en el Juzgado Provincial Civil y Comercial de 1 Inst. y 36 Nom. de la Ciudad de Córdoba. Miembro de la Red Iberoamericana de Derecho Sanitario. Autora de artículos sobre temas de su especialidad en revistas nacionales e internacionales. Contacto: milsofipuccio@gmail.com.

I. Introducción

En nuestro país, la asistencia universal de la discapacidad se instituye como una política pública del Estado; no sólo en base a políticas públicas nacionales, sino que por el principio de convencionalidad y el respeto a los tratados internacionales que tienen rango constitucional hemos prometido respetar y adoptar en forma programática y efectiva todas las medidas necesarias a dicho fin; con mayor razón cuando la discapacidad afecta a la niñez.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “la niñez, además de la especial atención por parte de quienes están directamente encargados de su cuidado, requiere también la de los jueces y de la sociedad toda; con lo cual la consideración primordial de aquel interés viene tanto a orientar como a condicionar la decisión jurisdiccional; con singular énfasis en aquellos menores aquejados por impedimentos físicos o mentales, cuyo interés debe ser custodiado, con acciones positivas y por sobre otras consideraciones, por todos los departamentos gubernamentales”².

El Estado se ha instituido como el primer garante en materia de salud y de protección de la discapacidad, pero muchas veces los ciudadanos deben someterse a un constante peregrinaje frente a los rechazos de las debidas prestaciones.

A ello debemos sumarle que uno de los temas fundamentales en materia de discapacidad es garantizar la cobertura integral de dichas personas, ya que no sólo se encuentra en juego su salud sino también su capacidad, y siendo niños la vulnerabilidad de los mismos se agrava y debe ser especialmente protegida.

II. La cobertura integral a la discapacidad. Alcances

Para entender que significa “Cobertura integral del discapacitado”, es necesario distinguir qué prestaciones incluye tal concepto y cuáles exceden su marco específico bajo estándares de razonabilidad y proporcionalidad inherentes al quehacer jurídico.

La temática está íntimamente relacionada con los derechos humanos de las personas con discapacidad de lo cual se ha ocupado también el derecho internacional y hoy se encuentra ampliamente protegido en nuestro Código civil y Comercial de la Nación a través de la llamada “*constitucionalización del derecho privado*” donde se erige como un paradigma esencial la protección de los derechos humanos y en cuyo texto se acentuado la de la discapacidad (basta ver la innumerables artículos donde se brinda protección a este grupo etario).

Señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos que desde los inicios del Sistema Interamericano, en la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, se han reivindicado los derechos de las personas con discapacidad³.

Por tanto, a decir de Sagüés, es aplicable al caso “*Un derecho internacional de los derechos humanos mucho más actualizado, y prácticamente aceptado hoy día, propone la primacía del “mejor derecho”, en el sentido de hacer prevalecer la regla más favorable al individuo (principio pro persona), sea esa norma doméstica o internacional. Este postulado es una directriz tanto de preferencia de normas como de preferencia de interpretaciones*”⁴.

² Corte Suprema de Justicia de la Nación, 09.06.09 “R., G.E. s/ amparo –apelación– reseñado en Diario Jurídico on line Año 8 – N° 1676 del 20.07.09 pág. 5; Corte Suprema de Justicia de la Nación; “G., M. E. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo”, del 27/12/2011, Fallos 334:1869).

³ CIDH, “Furlán y Familiares vs. Argentina”, Sentencia del 31/08/2012, párrafo 128 con cita del artículo XVI de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre.

⁴Sagüés, Néstor Pedro; “De la Constitución Nacional a la Constitución ‘convencionalizada’; JA 2013- IV; SJA 2013/10/09-53.

Como punto de partida del análisis propuesto cabe indicar qué se entiende por discapacidad. La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada en mil novecientos noventa y nueve y ratificada por la Argentina en el año 2001⁵ y aprobada mediante Ley 25280, entiende que el término discapacidad significa “(...)una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.

La Asamblea General de Naciones Unidas explica que con la palabra discapacidad “... se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones de todos los países del mundo. La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio”⁶.

A su turno, la legislación nacional entiende por persona con discapacidad aquella que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral (artículo 9, Ley 24901).

Sentado lo anterior, es sumamente ilustrativo sobre el tópico lo establecido por la Constitución de la Provincia de Córdoba cuando en su artículo 27 señala que “Los discapacitados tienen derecho a obtener una protección integral del Estado que abarque la prevención, asistencia, rehabilitación, educación, capacitación, inserción en la vida social, y a la promoción de políticas tendientes a la toma de conciencia de la sociedad respecto de los deberes de solidaridad”.

Como podemos apreciar, dicha norma nos proporciona una guía hermenéutica clara y certera a los efectos de dar contenido al concepto de cobertura integral que requiere una persona discapacitada; ya que se trata de prestaciones debidas imperativamente a la persona con discapacidad.

Así, es posible calificar las prestaciones de prevención, de asistencia, de rehabilitación, de educación, de capacitación y aquellas referidas a la inserción en la vida social, catalogándolas como un piso mínimo.

En similares términos se pronuncia la Ley 24901, denominada “Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad”, cuando establece que con el objeto de prestar una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos deben contemplarse prestaciones preventivas (artículo 14), prestaciones de rehabilitación (artículo 15), prestaciones terapéuticas educativas (artículo 16), prestaciones educativas (artículo 17), prestaciones asistenciales (artículo 18), además de los servicios específicos que enuncia la ley a partir del artículo 19 y siguientes. Dicha ley es citada por la demandada en apoyo y justificación de sus acciones (cfr. fs. 3597, 16° Cuerpo de los autos principales).

La Provincia de Córdoba aprobó el Convenio de Adhesión al Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad y con ello el Programa Marco para la implementación en colaboración con las jurisdicciones provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del Sistema referenciado mediante Decreto N° 1297/99 y Ley 8811 del tres de diciembre de 1999.

⁵ Información disponible en la página web del Departamento de Derecho internacional de la OEA <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-65.html> (consultado el 20/09/2017).

⁶ Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, A/RES/48/96 del 04/03/1194, <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=498> (consultado el 20/09/2017).

Ello en tanto el artículo 8 del Decreto Nacional n° 1193/98 reglamentario de la Ley n° 24.901 establece expresamente que tanto las provincias como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires podrán optar por su incorporación al “Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad” mediante los correspondientes convenios de adhesión.

En la cláusula quinta del convenio de adhesión, la Provincia de Córdoba se obliga a adoptar el Nomenclador de Prestaciones Básicas para las Personas con Discapacidad aprobado por el Directorio del Sistema Único de Prestaciones Básicas y a procurar la atención de las prestaciones a través de efectores públicos y privados debidamente registrados.

En función de dicho acuerdo es que en el ámbito del Ministerio de Salud de la Provincia funciona la Junta Evaluadora de Discapacidad (Gerencia de Programas y Prevención Área de Asistencia Integral para Personas con Capacidades Diferentes) que emite el certificado de discapacidad de la Ley n° 22.431 y del artículo 3 de la Ley n° 24.901(fs. 4, 1° Cuerpo y 3629, 16° Cuerpo, ambos de los autos principales).

Así la Ley 25504 señala que el Certificado Único de Discapacidad acreditará plenamente tal condición en todo el territorio nacional cuando fueran emitidos por las provincias adheridas a la Ley 24901.

Con fecha 3 de junio de 1999 y por Resolución n° 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social (M.S. y A.S.) de la Nación, se aprobó el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, en el que se especifica contenido y alcances de las prestaciones de rehabilitación, terapéutico-educativas, educativas y asistenciales del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral en favor de las Personas con Discapacidad, estableciendo las modalidades de cobertura. Sus aranceles han sido actualizados regularmente hasta el dictado de la Resolución n° 1512/2013 del Ministerio de Salud⁷.

Luego, el Directorio del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral en favor de las Personas con Discapacidad aprobó un Marco Básico de Organización y Funcionamiento de Establecimientos de Atención del Sistema Único de Prestaciones, y posteriormente formalizó su presentación ante el Coordinador General del Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica. Éste, aprobado mediante Resolución n° 1328 del primero de septiembre de dos mil seis del Ministerio de Salud de la Nación, describe las características y alcances de las prestaciones de rehabilitación, terapéutico-educativas, educativas y asistenciales para personas con discapacidad y define los fundamentos básicos de calidad que han de reunir los servicios que se incorporen al Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a Favor de las Personas con Discapacidad, desde la perspectiva de la organización y el funcionamiento de los servicios, los recursos humanos afectados, la planta física requerida y el equipamiento necesario.

Todo este plexo tuitivo de las personas que padecen discapacidad se encuentra reforzado, en los casos en que se trate de niños, en función de la Convención de los Derechos del Niño incorporada con jerarquía constitucional en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. En efecto, sus artículos 23, 24 y 26 obligan a la adopción de medidas especiales de protección en materia de salud y seguridad social.

Se reconoce que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten su activa participación en la comunidad.

En dicho andarivel el Comité de los Derechos del Niño dictó la Observación General n°9 relativa a los Derechos de los Niños con Discapacidad.

En esta senda ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la protección y la asistencia universal de la infancia discapacitada constituye una política pública, en tan-

⁷ Publicada en el B.O. del 27/09/2013.

to consagra ese mejor interés, cuya tutela encarece -elevándolo al rango de principio- la Convención sobre los Derechos del Niño arts. 3 y 24 de dicho pacto, y 75 incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional, siendo esta doctrina esclarecedora en cuanto a que la niñez, además de la especial atención por parte de quienes están directamente encargados de su cuidado, requiere también la de los jueces y de la sociedad toda, con lo cual, la consideración primordial de aquel interés orienta y condiciona la decisión jurisdiccional, con singular énfasis en aquellos menores aquejados por impedimentos físicos o mentales, debiendo ser custodiado con acciones positivas por todos los departamentos gubernamentales⁸.

Posteriormente por la Ley 26378 se aprueba la *Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad* y su protocolo facultativo, cuyo propósito es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. En dicha Convención los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin se comprometen a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en dicha convención; para derogar o modificar leyes, reglamentos o costumbres que impliquen discriminación y sobre todo a tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Puntualmente y con relación a los niños y niñas con discapacidad en su art. 7 la convención establece que los Estados partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen de plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas y que en todas las actividades relacionados con ello se tenga como consideración primordial *la protección del interés superior del niño*.

Sin embargo, la creciente deficiencia de dichas políticas públicas en materia de salud -con especial consideración en materia de discapacidad-, han generado en los últimos tiempos un crecimiento considerable en la judicialización de la salud, que se ha canalizado mayormente a través de las acciones de amparo; y que visualizan notoriamente las debilidades del sistema de atención: rechazo a la administración de medicamentos o elementos ortopédicos por los costos o por no estar incluidos en el programa médico obligatorio; rechazo de determinados tratamientos por no estar incluido el nosocomio como prestador de la obra social o el equipo tratante; reducción de la cantidad de sesiones como sicomotricidad, terapia, fonoaudiología, maestra integradora, cursado en colegios especiales, etc.

Ha dicho puntualmente sobre este tema Nuestro Máximo Tribunal Judicial Nacional que “(...) *ante la claridad del plexo normativo conformado por las leyes 24.431 y 24.901 y el decreto 762/97, en orden a que ponen a cargo del Estado el sistema de prestaciones básicas para los discapacitados en la medida en que éstos, las personas de quienes dependen o las obras sociales no puedan afrontarlos, y atento, además, a la jerarquía de los intereses en juego y la gravedad de la situación (...) considero que debe tenerse en especial miramiento, de un lado, que la atención y asistencia integral de la discapacidad, como se ha explicitado en las leyes antes referidas y en jurisprudencia de V.E. que pone énfasis en los compromisos asumidos por el Estado Nacional en esta materia (v. doctrina de Fallos: 323:3229; 324:3569, entre otros), constituye una política pública de nuestro país; y de otro, que lo decidido compromete el interés superior de un discapacitado, que*

⁸ C.S.J.N., Fallos 332:1394.

al inicio de estas actuaciones era, además, menor de edad, y que la Convención sobre los Derechos del Niño -citada por el juzgador en la sentencia impugnada-, encarece su tutela elevando aquel 'interés superior' al rango de principio. Conviene recordar asimismo que los menores, con quienes en este aspecto corresponde equiparar a los discapacitados, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces"⁹.

Es por ello que el Estado nacional debe adoptar las medidas pertinentes, especialmente económicas y técnicas, para lograr en forma progresiva, la plena efectividad del derecho mencionado y de ninguna manera puede gravitar en estas políticas activas las cuestiones relacionadas con el presupuesto del ente estatal tanto nacional como provincial. En definitiva, es impostergable obligación de la autoridad pública de emprender, en este campo, acciones positivas, especialmente en todo lo que atañe a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que requieran los infantes, con particular énfasis en aquellos que presenten impedimentos físicos o mentales, cuyo interés superior debe ser tutelado, por sobre otras consideraciones, por todos los departamentos gubernamentales (...)”¹⁰.

Por otra parte, si bien consideramos que no debe ser un obstáculo para garantizar la salud -sobre todo cuando media gravedad o discapacidad- el tema presupuestario; ello no debe significar que el Estado no soslaye el abuso que pueden mediar por parte del ciudadano en el pedido de los tratamientos, o prestaciones; para lo cual debe primar de ambas partes la razonabilidad a los fines de no afectar el principio de solidaridad. De lo que se trata es de equilibrar economía y medicina, ponderando los delicados intereses en juego del derecho a la salud y a la vida de las personas, máxime cuando los operadores tienen a su cargo una función social trascendental.

Podemos preguntarnos ¿cuáles son esas prestaciones básicas? Entre ellas podemos enumerar las prestaciones preventivas de la madre y el niño desde la concepción, con apoyo psicológico del grupo familiar; prestaciones de rehabilitación por el tiempo y etapas que cada caso requiera; prestaciones terapéuticas y educativas; prestaciones asistenciales, requerimientos básicos esenciales: alimentación, hábitat, etc.; prestación de servicios específicos con concordancia con cada patología. En estos casos la enumeración en la ley es ejemplificativa y menciona: estimulación temprana, educación inicial, educación general básica, formación laboral, atención en centros de día o educativos terapéuticos, rehabilitación motora con provisión de órtesis, prótesis, etc y la atención odontológica integral; sistemas alternativos al grupo familiar; residencia, pequeños hogares, y hogares; prestaciones complementarias como cobertura económica, atención siquiátrica, cobertura de medicamentos, atención de especialistas que no sean prestadores de la obra social, reconocimientos de estudios especiales, diagnóstico, orientación y asesoramiento preventivo para los miembros del grupo familiar de pacientes con patologías genético-hereditario, etc .

El objetivo de la ley se dirige fundamentalmente a tratar de conceder a quienes se encontraran en esas condiciones, franquicias y estímulos que le permitan -en lo posible- neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca. Sus funciones son múltiples: entre las principales se encuentra la elaboración del presupuesto anual diferenciado del sistema único, el análisis y aprobación del nomenclador de prestaciones básicas y la coordinación de los programas de los organismos que integran el sistema.

Nos detendremos en algunas de ellas.

⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Lifschitz, Gabriela B. y otros c/ Estado Nacional”, 15/06/2004, Fallos 327:2413.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Arg. - Direcc. Gral. de Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/ amparo”, 08/06/2004, Fallos: 327:2127.

III. Prestaciones básicas

1. Rehabilitación

Rehabilitar se relaciona con aquellas prácticas que posibiliten que la persona que tiene una discapacidad por cualquier causa logre y despliegue aptitudes que requieren de un acompañamiento especializado para alcanzarlas.

Es definida como *“(...) la recuperación de lo que se había perdido e identificación del problema del individuo que presenta una deficiencia. La solución planteada consiste en el abordaje del problema por parte de un equipo de profesionales especialistas, quienes deben planificar los servicios de rehabilitación funcional que el paciente requiera”*¹¹.

Se explica que requiere dos niveles de intervención, la primera constituida por la rehabilitación propiamente dicha que surge de la labor interdisciplinaria de técnicas idóneas para mejorar el pronóstico funcional de las afecciones invalidantes; y la segunda se dirige hacia el logro de la autonomía personal, tiende a reducir la necesidad de cuidados continuos de la persona con discapacidad¹².

Señala la Organización Mundial de la Salud que es un proceso encaminado a lograr que las personas con discapacidad estén en condiciones de alcanzar y mantener un estado funcional óptimo desde el punto de vista físico, sensorial, intelectual, psíquico o social, de manera que cuenten con medios para modificar su propia vida y ser más independientes. La rehabilitación puede abarcar medidas para proporcionar o restablecer funciones o para compensar la pérdida o la falta de una función o una limitación funcional (A/RES/48/627 del 04/03/1994)¹³.

La rehabilitación y la habilitación son procesos destinados a posibilitar que las personas con discapacidad alcancen y mantengan un nivel óptimo de desempeño tanto físico como sensorial, intelectual, psicológico y/o social¹⁴. Ello pone en evidencia que, para alcanzar tal objetivo, su abordaje debe ser integral.

Así, se ha dicho que rehabilitar *“(...) significa abordar los déficits para llegar a intervenciones más integrales en las personas con discapacidad, y buscar primordialmente el desarrollo personal y social del sujeto”*¹⁵.

En este sentido el artículo 15 de la Ley 24901 dispone *“Se entiende por prestaciones de rehabilitación aquellas que mediante el desarrollo de un proceso continuo y coordinado de metodologías y técnicas específicas, instrumentado por un equipo multidisciplinario, tienen por objeto la adquisición y/o restauración de aptitudes e intereses para que una persona con discapacidad, alcance el nivel psicofísico y social más adecuado para lograr su integración social; a través de la recuperación de todas o la mayor parte posible de las capacidades motoras, sensoriales, mentales y/o viscerales, alteradas total o parcialmente por una o más afecciones, sean éstas de origen congénito o adquirido (traumáticas, neurológicas, reumáticas, infecciosas, mixtas o de otra índole), utilizando para ello todos los recursos humanos y técnicos necesarios. En todos los casos se deberá brindar cobertura integral en rehabilitación, cualquiera fuere el tipo y grado de discapacidad, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuere menester, y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera”*.

Como postula la Organización Mundial de la Salud la rehabilitación abarca un amplio

¹¹ INAP, Instituto Nacional de la Administración Pública, Introducción a la temática de la Discapacidad, Módulo I, INAP, Buenos Aires, 1998, p. 25.

¹² ROSALES, Pablo Oscar (2005): La discapacidad en el Sistema de Salud Argentino: Obras Sociales, Prepagas y Estado Nacional, Ley 24.901 y Normas complementarias, Lexisnexis, Buenos Aires, p. 109.

¹³ Naciones Unidas, “Los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad”, <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=498> (consultado el 20/09/2017).

¹⁴ Organización Mundial de la Salud, “Discapacidades y Rehabilitación”, <http://www.who.int/disabilities/care/es/> (consultado el 20/09/2017).

¹⁵ ROSALES, Pablo Oscar (2005): Op. Cit., p. 109.

abánico de actividades, como atención médica de rehabilitación, fisioterapia, psicoterapia, terapia del lenguaje, terapia ocupacional y servicios de apoyo¹⁶.

En consecuencia, en general el equipo de trabajo debe estar constituido por: médico especialista en rehabilitación; kinesiólogo, terapeuta física; terapeuta ocupacional; psicólogo; fonoaudiólogo; trabajador social; técnico protesistaortésista, enfermera especializada¹⁷.

Se procura instrumentar la contribución de varias disciplinas que, desde su especificidad, concurren con sus aparatos conceptuales para lograr una evaluación más ajustada de la persona y proponer el plan de atención a seguir según las deficiencias que presenta. De esta manera mancomunada, se cumplen los objetivos que no se lograrían satisfactoriamente si los profesionales trabajaran en forma individual¹⁸.

El rasgo distintivo de este tipo de rehabilitación es la interdisciplinariedad, el trabajo conjunto y en equipo en pos de la mejor recuperación de las aptitudes de las personas con discapacidad. Asimismo, el abordaje realizado debe ensamblarse conjuntamente con el área de educación, cada uno en su ámbito, apoyando el desarrollo del niño.

A. Dispositivos y las tecnologías de apoyo:

De tales conceptos se deriva que rehabilitar se encamina a llegar a una vida independiente. Ello significa abordar los déficits como parte de intervenciones más globales, que buscan primordialmente el desarrollo personal y de las competencias sociales del sujeto con discapacidades, al igual que el protagonismo en su propia vida¹⁹.

En estos aspectos se pone de relieve la importancia de lo que atañe específicamente al desarrollo de la autonomía de la persona con discapacidad, asunto que en la actualidad cuenta con el aporte de diferentes dispositivos y tecnologías de apoyo. Se entiende por ayuda técnica a "(...) *toda ayuda mecánica que se utiliza para proteger, asistir o suplir una función*"²⁰. Tales instrumentos así como los dispositivos de ayuda visual y equipos y programas informáticos especializados aumentan la movilidad, la audición, la visión y las capacidades de comunicación, como lo expone la Organización Mundial de la Salud²¹. Éstos, a su vez, requerirán una indicación específica del médico especialista en rehabilitación (acorde con la ley de ejercicio profesional), conforme la deficiencia y la necesidad del paciente (edad, actividad, etc.).

Con la ayuda de estas tecnologías, las personas con discapacidad pueden mejorar sus habilidades, alcanzando niveles de capacitación idóneos para vivir de forma autónoma y participar en sus sociedades²².

El Informe Mundial sobre Discapacidad elaborado por la Organización Mundial de la Salud y el Banco Mundial expone que "*Aumentar el acceso a los medios tecnológicos auxiliares mejora la autonomía, fomenta la participación y puede reducir los costos de asistencia y apoyo. Para que resulten apropiados, los dispositivos auxiliares deben estar adaptados tanto al entorno como al usuario e ir acompañados de un seguimiento adecuado*"²³.

Desde esta perspectiva, en cuanto a importancia de las sillas de ruedas señala la Orga-

¹⁶ <http://www.who.int/disabilities/care/es/>, (consultado el 25/09/2017).

¹⁷ INAP (1998): Introducción a la temática de la Discapacidad, Módulo I, INAP, Buenos Aires, p. 62.

¹⁸ INAP (1998): Op. Cit., p. 62.

¹⁹ INAP (1998): Op. Cit., p. 52.

²⁰ INAP (1998): Op. Cit., p.65.

²¹ Organización Mundial de la Salud, Discapacidades y Rehabilitación, Dispositivos y tecnologías de apoyo a las personas con discapacidad, <http://www.who.int/disabilities/technology/es/> (Consultado el 20/09/2017).

²² Organización Mundial de la Salud, Discapacidades y Rehabilitación, Dispositivos y tecnologías de apoyo a las personas con discapacidad, <http://www.who.int/disabilities/technology/es/>, (Consultado el 20/09/2017).

²³ Organización Mundial de la Salud, http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/summary_es.pdf?ua=1, (Consultado el 20/09/2017).

nización Mundial de la Salud que *“El suministro de sillas de ruedas aptas para este fin no sólo mejora la movilidad, sino que da inicio a un proceso de apertura de un mundo de educación, trabajo y vida social. La elaboración de políticas nacionales y mayores oportunidades de capacitación en el diseño, producción y suministro de sillas de rueda son los pasos siguientes indispensables”*²⁴.

Sobre el tópico, la Ley 24901 en su artículo 27 expone que *“Rehabilitación motora es el servicio que tiene por finalidad la prevención, diagnóstico y tratamiento de las enfermedades discapacitantes de orden predominantemente motor. a) Tratamiento rehabilitatorio: Las personas con discapacidad ocasionada por afecciones neurológicas, osteo-articulomusculares, traumáticas, congénitas, tumorales, inflamatorias, infecciosas, metabólicas, vasculares o de otra causa, tendrán derecho a recibir atención especializada, con la duración y alcances que establezca la reglamentación; b) Provisión de órtesis, prótesis, ayudas técnicas u otros aparatos ortopédicos: Se deberán proveer los necesarios de acuerdo con las características del paciente, el período evolutivo de la discapacidad, la integración social del mismo y según prescripción del médico especialista en medicina física y rehabilitación y/o equipo tratante o su eventual evaluación ante la prescripción de otro especialista”*.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General n° 9 dispone que el acceso a la información y a los medios de comunicación, en particular las tecnologías y los sistemas de información y de las comunicaciones, permite a los niños con discapacidad vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida (párrafo 37).

Sobre la provisión de este tipo de ayudas técnicas, sobre todo respecto a aquellas que facilitan la movilidad y el desplazamiento utilizadas por períodos de tiempo, es menester apuntar, deviene razonable la implementación de sistemas similares a comodatos lo que posibilita que una vez terminada su utilidad respecto de una persona sean restituidas a la obra social o institución aportante a los fines de ser destinadas a otro afiliado.

2. Transporte

En el mismo rumbo se engasta la cobertura del transporte para personas con discapacidad a fin de que puedan desenvolverse autónomamente conforme sus realidades.

Al respecto refiere el artículo 20 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad *“Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas para asegurar que las personas con discapacidad gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible, entre ellas: a) Facilitar la movilidad personal de las personas con discapacidad en la forma y en el momento que deseen a un costo asequible; b) Facilitar el acceso de las personas con discapacidad a formas de asistencia humana o animal e intermedios, tecnologías de apoyo, dispositivos técnicos y ayudas para la movilidad de calidad, incluso poniéndolos a su disposición a un costo asequible; c) Ofrecer a las personas con discapacidad y al personal especializado que trabaje con estas personas capacitación en habilidades relacionadas con la movilidad; d) Alentar a las entidades que fabrican ayudas para la movilidad, dispositivos y tecnologías de apoyo a que tengan en cuenta todos los aspectos de la movilidad de las personas con discapacidad”*.

En consonancia con ello, el artículo 26 del citado instrumento normativo refiere que *“1. Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de*

²⁴ http://www.who.int/disabilities/publications/technology/wheelchairguidelines_sp_finalforweb.pdf, (Consultado el 20/09/2017).

la vida. A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, de forma que esos servicios y programas: a) Comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona; b) Apoyen la participación e inclusión en la comunidad y en todos los aspectos de la sociedad, sean voluntarios y estén a disposición de las personas con discapacidad lo más cerca posible de su propia comunidad, incluso en las zonas rurales. 2. Los Estados Partes promoverán el desarrollo de formación inicial y continua para los profesionales y el personal que trabajen en los servicios de habilitación y rehabilitación. 3. Los Estados Partes promoverán la disponibilidad, el conocimiento y el uso de tecnologías de apoyo y dispositivos destinados a las personas con discapacidad, a efectos de habilitación y rehabilitación”²⁵.

3. Prestaciones de Educación

Las prestaciones educativas son aquellas tendientes al desarrollo de acciones de enseñanza-aprendizaje programadas y que deben implementarse adecuadamente según el tipo y grado de incapacidad. Se incluye la escolaridad en todos sus niveles, la capacitación y formación laboral a efectos de integrar a la sociedad a la persona con discapacidad²⁶. Ello se desprende del principio de normalización que surge desde la llamada Ley Nirje en Dinamarca, el que constituye el principio filosófico que da origen a un cambio conceptual, tanto en el campo de la salud, en el educativo como en el socio político respecto a las necesidades especiales²⁷.

Las Normas Uniformes sobre la igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad²⁸ se ocupan de la cuestión en el artículo 6, señalando que “...los Estados deben reconocer el principio de la igualdad de oportunidades de educación en los niveles primario, secundario y superior para los niños, los jóvenes y los adultos con discapacidad en entornos integrados, y deben velar por que la educación de las personas con discapacidad participen del sistema de enseñanza. (...) La educación en las escuelas regulares requiere la prestación de servicios de interpretación y otros servicios de apoyo apropiados a fin de facilitarse condiciones adecuadas de acceso y servicios de apoyo concebidos en función de las necesidades de personas con diversas discapacidades”. Y apunta que debe prestarse especial atención a “Niños muy pequeños con discapacidad; Niños de edad preescolar con discapacidad; Adultos con discapacidad, sobre todo las mujeres”. En situaciones en que el sistema de instrucción general no esté aún en condiciones de atender las necesidades de todas las personas con discapacidad, entiende que “...cabría analizar la posibilidad de establecer la enseñanza especial, cuyo objetivo sería preparar a los estudiantes para que se educaran en el sistema de enseñanza general. La calidad de esa educación debe guiarse por las mismas normas y aspiraciones que las aplicables a la enseñanza general y vincularse estrechamente con ésta. Como mínimo, se debe asignar a los estudiantes con discapacidad el mismo porcentaje de recursos para la instrucción que el que se asigna a los estudiantes sin discapacidad. Los Estados deben tratar de lograr la integración gradual de los servicios de enseñanza especial en la enseñanza general. Se reconoce que, en algunos casos, la enseñanza especial puede normalmente considerarse la forma más apropiada de impartir instrucción a algunos estudiantes con discapacidad”²⁹.

²⁵ Disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> (Consultado el 20/09/2017).

²⁶ ROSALES, Pablo Oscar (2005): Op. Cit., p. 112. Cfr. art. 17 de la Ley n° 24.901.

²⁷ INAP (1998): Introducción a la temática de la Discapacidad, MóduloII, INAP, Buenos Aires, p. 13.

²⁸ Aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución n° 48/96 del cuatro de marzo de mil novecientos noventa y seis.

²⁹ A/RES/48/627del04/03/1194, artículo 6, <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=498>, (Consultado el 20/09/2017).

En esta sintonía, la Ley 24901 expone que se entiende por prestaciones terapéuticas educativas “(...) *aquellas que implementan acciones de atención tendientes a promover la restauración de conductas desajustadas, adquisición de adecuados niveles de autovoluminamiento e independencia, e incorporación de nuevos modelos de interacción, mediante el desarrollo coordinado de metodologías y técnicas de ámbito terapéutico-pedagógico y recreativo*” (art. 16).

A su turno, el artículo 17 expone que prestaciones educativas son “(...) *aquellas que desarrollan acciones de enseñanza-aprendizaje mediante una programación sistemática específicamente diseñada, para realizarlas en un período predeterminado e implementarlas según requerimientos de cada tipo de discapacidad*”.

Respecto a la estimulación temprana, el artículo 20 de la mencionada norma refiere que “...*es el proceso terapéutico-educativo que pretende promover y favorecer el desarrollo armónico de las diferentes etapas evolutivas del niño con discapacidad*”. Y el artículo siguiente aborda la educación inicial afirmando que “...*es el proceso educativo correspondiente a la primera etapa de la escolaridad, que se desarrolla entre los 3 y 6 años, de acuerdo con una programación especialmente elaborada y aprobada para ello. Puede implementarse dentro de un servicio de educación común, en aquellos casos que la integración escolar sea posible e indicada*”. Finalmente, el artículo 22 define que la educación general básica “...*es el proceso educativo programado y sistematizado que se desarrolla entre los 6 y 14 años de edad aproximadamente, o hasta la finalización del ciclo, dentro de un servicio escolar especial o común*”.

El límite de edad no implica negar el acceso a la escolaridad a aquellas personas que, por cualquier causa o motivo, no hubieren recibido educación; y el programa escolar que se implemente deberá responder a lineamientos curriculares aprobados por los organismos oficiales competentes en materia de educación y podrán contemplar los aspectos de integración en escuela común, en todos aquellos casos que el tipo y grado de discapacidad así lo permita.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General n° 9 dispone que los niños con discapacidad tienen el mismo derecho a la educación que todos los demás niños y disfrutarán de ese derecho sin discriminación alguna y sobre la base de la igualdad de oportunidades.

4. Prestaciones Asistenciales

Cuando se hace alusión a prestaciones asistenciales cabe incluir las atinentes al cuidado de la salud en general (prestaciones odontológicas y todas las otras cuestiones médicas), vivienda (acá se incluye a residencias, pequeños hogares y hogares) y alimentación³⁰.

Sobre el tópico, el artículo 18 de la Ley 24901 establece que “*Se entiende por prestaciones asistenciales a aquellas que tienen por finalidad la cobertura de los requerimientos básicos esenciales de la persona con discapacidad (hábitat-alimentación-atención especializada) a los que se accede de acuerdo con el tipo de discapacidad y situación socio-familiar que posea el demandante. Comprenden sistemas alternativos al grupo familiar a favor de las personas con discapacidad sin grupo familiar o con grupo familiar no continente*”.

Consecuentemente, cuando exista un grupo familiar continente, siempre que fuera posible, estará a su cargo la cobertura y otorgamiento de tales prestaciones para la vida de las personas con discapacidad, en función de los principios de solidaridad que presiden las relaciones familiares³¹.

³⁰ ROSALES, Pablo Oscar (2005): Op. Cit., p. 109.

³¹ Ídem.

Repárese incluso que el artículo 33 de la Ley 24901 prevé en forma extraordinaria la posibilidad de otorgar ayudas económicas al grupo familiar atravesado por esta problemática cuando se encuentran en una situación económica deficitaria a los efectos de facilitar la permanencia de la persona con discapacidad en el ámbito donde reside.

IV. El principio de razonabilidad

Clave es apuntar que en este marco y bajo la guía de estos conceptos deben ser ponderadas las decisiones emanadas por los prestadores públicos y privados en las cuestiones de discapacidad y, en lo que aquí interesa, respecto a la cobertura integral de la discapacidad de los niños.

Esto hace necesario realizar un escrutinio de razonabilidad, proporcionalidad o congruencia de tales medidas en torno a las diferentes prestaciones que sean solicitadas en cada caso a los fines de brindar la cobertura integral de las dolencias que aquejen a los niños y que se traducen en distintas discapacidades que requieren especial atención. Por lo tanto, es la razonabilidad el tamiz mediante el cual se valorarán las decisiones de los prestadores en función de la ponderación de la efectividad que ellas revisten para el derecho a la salud en riesgo. Ésta, sin lugar a dudas, se erige además como un patrón de valoración decisivo de la constitucionalidad de todo acto de reglamentación o restricción de derechos dictados en nuestro Estado de Derecho por imperio del artículo 28 de la Constitución Nacional.

En este orden el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha dicho que la razonabilidad implica congruencia, proporción, adecuada relación de medio a fin; mientras que el exceso identifica lo irrazonable pleno³².

En su proyección actual, la razonabilidad, proporcionalidad o congruencia es una técnica que indaga la relación entre los medios utilizados y los resultados conseguidos, en base a un criterio mitad racional y mitad justo, pudiendo relacionarse con las más diversas modalidades del ejercicio de la función pública.

La proporcionalidad se desenvuelve siempre en la relación mediosfines; significando la adecuación de la actividad administrativa al fin que determina el ordenamiento jurídico. Necesariamente se refiere a la justificación teleológica de la medida administrativa adoptada, autorizando la distinción de tratamiento en razón de los objetivos que con ella se persiguen³³.

Al respecto ha dicho nuestra Corte Suprema que *"...el Juez debe juzgar con equidad en los casos particulares sometidos a su decisión y ello sólo se logra ejerciendo la virtud de prudencia animada con vivo espíritu de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se presenten"*³⁴.

V. Conclusiones

De lo expuesto ha quedado claro que lo esencial es que la cobertura integral de las deficiencias que puede tener el niño debe alcanzar todas las prestaciones médicas y de rehabilitación que fuera menester para su tratamiento así como de los dispositivos de apoyo necesarios para su desarrollo autónomo e integración social y que los mismos

³² T.S.J., Sala Laboral, "Moyano", Sentencia n° 149 del 07/10/2004.

³³ Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Ángel; y Cenicacelaya, María de las Nieves; ob. cit., p. 768.

³⁴ C.S.J.N., Fallos 305:1163 de fecha 01/01/1983 in re "Perez Carletti", disidencia de los Dres. Adolfo R. Gabrielli y Abelardo F. Rossi.

deben responder a estándares de proporcionalidad y adecuación en pos del objetivo esencial que no es otro que la cobertura integral de la discapacidad que aqueja al niño o niña, conforme las disposiciones legales vigentes, siempre que dichas modalidades permitan dar una diligente respuesta, en tiempo y modo, a las necesidades requeridas. Lo extremo de las situaciones vitales que atraviesan las personas con discapacidad y sus grupos familiares impone generar mecanismos de cobertura que se adecuen a tales condiciones. Ha insistido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en que “(...) *toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial*”³⁵. En igual sentido el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”) en su artículo 18 refiere que “(...) *toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad*”.

Así las cosas, debe procurarse disminuir los costos de los actos de abnegación que ya asumen los afiliados signados por estas realidades y llegar a modos y formas diligentes caracterizados por la simpleza y agilidad para el acceso real a las prestaciones. Por otro lado, los tratamientos prescritos requieren de inmediatez para lograr su efectividad.

A la luz de tales estándares no es posible dispensar a las personas con discapacidad el mismo trato que al resto de los afiliados de los prestadores por cuanto éstos requieren de una mayor accesibilidad y disponibilidad de los mecanismos existentes a los fines de garantizarles una vía efectiva y conducente a una protección especial debido a su hiper vulnerabilidad .

En la hora actual, existiendo múltiples y rápidas tecnologías que colaboran como herramientas de comunicación, no es razonable que se generen dilaciones e inconveniencias motivadas por la falta de aviso oportuno. Es recomendable dotar de tal fluidez a la implementación de los dispositivos de cobertura. Ello máxime la dificultad de transporte y movilidad inherente a estas realidades que muchas veces tornan inadecuada la sucesión de trámites que pueden abreviarse.

Frente a estas situaciones, como ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las demoras injustificadas en dar respuesta para lograr ayudas ocasionan sufrimientos no sólo respecto de la persona que requiere cuidados sino de todo su entorno familiar³⁶.

Por todo ello, se entiende pertinente generar canales de cobertura que respondan a criterios de adecuación, proporcionalidad y simpleza que insuman plazos razonables para la atención de la discapacidad que sufre la menor de autos de modo de contar con una respuesta en tiempo conveniente.

³⁵ CIDH, “Furlan c/ Argentina”, Sentencia del 31/08/2012; párrafo 134; “XimenesLopes c/ Brasil”, Sentencia del 04/07/2006, párrafo 104.

³⁶ CIDH, “Furlan c/ Argentina”, Sentencia del 31/08/2012; párrafos 260/264, 269.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- INAP (1998): Introducción a la temática de la Discapacidad, Módulo I, INAP, Buenos Aires.
- INAP (1998): Introducción a la temática de la Discapacidad, Módulo II, INAP, Buenos Aires.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2014): Los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, disponible en: <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=498> (consultado el 20/09/2017).
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2014): Discapacidades y Rehabilitación, disponible en: <http://www.who.int/disabilities/care/es/> (consultado el 20/09/2017).
- QUIROGA LAVIE, Humberto; BENEDETTI, Miguel Ángel; y CENICACELAYA, María de las Nieves (2009): Derecho Constitucional Argentino, 2 ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.
- ROSALES, Pablo Oscar (2005): La discapacidad en el Sistema de Salud Argentino: Obras Sociales, Prepagas y Estado Nacional, Ley 24.901 y Normas complementarias, Lexisnexis, Bs. As.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2013); “De la Constitución Nacional a la Constitución “convencionalizada”; JA 2013- IV; SJA 2013/10/09-53.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba:

- Sala Laboral, “Moyano”, Sentencia n° 149 del 07/10/2004.

Corte Suprema de Justicia de la Nación:

- “R., G.E. s/ amparo -apelación- reseñado en Diario Jurídico on line Año 8 - N° 1676 del 20.07.09 pág. 5; Corte Suprema de Justicia de la Nación; “ G, M. E. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo”, del 27/12/2011, Fallos 334:1869.
- “Lifschitz, Gabriela B. y otros c/ Estado Nacional”, 15/06/2004, Fallos 327:2413.
- “Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Arg. - Direcc. Gral. de Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/ amparo”, 08/06/2004, Fallos: 327:2127.
- Fallos 305:1163 de fecha 01/01/1983 in re “Perez Carletti”, disidencia de los Dres. Adolfo R. Gabrielli y Abelardo F. Rossi.

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- “Furlán y Familiares vs. Argentina”, Sentencia del 31/08/2012.
- “Ximenes Lopes c/ Brasil”, Sentencia del 04/07/2006.