

Título: Personas con discapacidad y pensiones sociales: Cuando el avance queda a mitad de camino

Autores: Fernández, Silvia E. - Herrera, Marisa

Publicado en: LA LEY 06/05/2020, 06/05/2020, 1

Cita Online: AR/DOC/1377/2020

Sumario: I. La norma en comentario.— II. El modelo convencional de capacidad jurídica y toma de decisiones con apoyo.— III. Los primeros aires de inconstitucionalidad de disposiciones administrativas.— IV. Analizando la res. 93/2020 desde la obligada perspectiva convencional-constitucional.— V. Palabras de cierre.

La res. 93/2020 recepta disposiciones que encierran una discriminación por motivos de discapacidad condenada por la Convención de Naciones Unidas. Como suele ocurrir, la presencia del otro, del "diferente", del que no encaja en los estándares y modelos de del hombre medio, sin discapacidad, sigue generando temor, precauciones y finalmente discriminación, a la hora de reconocer el ejercicio de sus derechos. La resolución en análisis es otra muestra más de lo difícil, complejo y como cuesta salir de esta lógica que silencia y oprime.

(*)

(**)

I. La norma en comentario

¿Por qué costará tanto comprender el sistema jurídico en materia de discapacidad siempre en clave de derechos humanos? Este es el primer interrogante que nos genera la lectura y análisis de la res. 93/2020 del 22/04/2020, publicada en el Boletín Oficial dos días después, o sea, el 24/04/2020, que establece el nuevo régimen para la tramitación y el cobro de las pensiones no contributivas por invalidez establecidas en favor de las personas con discapacidad.

Sin lugar a duda, y como punto de partida, es dable destacar que esta norma viene a dar respuesta a una problemática que arrastra una gran cantidad de años, que afectó durante mucho tiempo a las personas con discapacidad, dado que hasta ahora se debía iniciar un proceso de limitación a la capacidad —históricamente, procesos de "incapacidad" o "insania", hoy "restricciones a la capacidad"—, a los fines de acceder a la tramitación y el cobro de estas pensiones.

En efecto, cabe destacar que la ley 13.478, en su art. 9º, y sus normas modificatorias, facultó al Poder Ejecutivo Nacional a otorgar, en las condiciones que fije la reglamentación, una pensión inembargable a toda persona sin suficientes recursos propios, no amparada por un régimen de previsión e imposibilitada para trabajar. Por su parte, el dec. 432/1997, reglamentario del art. 9º de la mencionada ley, estableció los requisitos para la tramitación, otorgamiento, liquidación, suspensión y caducidad de las prestaciones no contributivas por invalidez. De acuerdo con lo dispuesto en el punto 7º del anexo del citado decreto reglamentario, se acordó que la liquidación y el pago de las pensiones se realiza a través de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) por medio de las entidades pagadoras correspondientes.

Conforme a la normativa reseñada, el sistema hasta la resolución en análisis era el siguiente:

— Los progenitores u otros representantes legales, en ejercicio de la responsabilidad parental o las figuras de cuidado correspondientes, perciben las pensiones de las personas menores de edad con discapacidad.

— Al llegar a la mayoría de edad, la Dirección de Asignación de Apoyos Económicos y Liquidación de la Agencia Nacional de Discapacidad comunica a dichos progenitores o representantes legales que cesará la autorización para que perciban la prestación en nombre de su representado por haber alcanzado la mayoría de edad, que desde el 2009, por ley 26.579, sucede a los 18 años. Ello daba lugar a la derivación para iniciar un proceso de interdicción de la capacidad civil, dirigido a la designación de "representantes" que continuarán la percepción del beneficio en análisis.

— Tratándose de una persona mayor de edad, el inicio, gestión y percepción de la pensión también requería —conforme a la normativa reseñada— la derivación de la persona para la promoción de un proceso de interdicción en que se designara un "curador" que lo representara a los efectos de estos trámites de gestión y percepción.

La res. 93/2020, dictada por la Agencia Nacional de Discapacidad, pretende superar esta situación y establece en forma expresa que "Conforme lo establecido por el Código Civil y Comercial de la Nación, aquellas personas con discapacidad menores de edad que sean titulares de derecho de una pensión no contributiva por invalidez gozan por sí mismos del pleno ejercicio del derecho a la percepción de la prestación otorgada, a partir del día que cumplen los dieciocho [18] años de edad o desde la fecha en que fueran emancipados" (art. 1º). Ante ello, "La Dirección de Asignación de Apoyos Económicos y Liquidación de la Agencia Nacional de Discapacidad notificará a los representantes legales del o la adolescente menor de edad

que, alcanzada la mayoría de edad, el titular gozará del pleno ejercicio de su derecho al cobro por sí mismo, cesando la autorización de quien haya sido designado a percibirla" (art. 2º). A su turno, y a los fines operativos, el art. 4º establece que "La Dirección de Asignación de Apoyos Económicos y Liquidación de la Agencia Nacional de Discapacidad notificará, con la misma antelación prevista en el art. 2º de la presente, a la Administración Nacional de la Seguridad Social, a fin de que esta ponga en conocimiento de las entidades pagadoras, que la pensión no contributiva por invalidez será percibida directamente por el titular de derecho, cuando alcance los dieciocho [18] años de edad o fuera emancipado/a con anterioridad a dicha edad".

En sus considerandos, la resolución anuncia que su diseño se enmarca en las previsiones de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y en las disposiciones del Código Civil y Comercial. ¿Habría sido beneficioso completar el entramado normativo citando la ley 26.657 de Salud Mental, que tanta relevancia ha tenido en la obligada revisión crítica de la temática a la luz de los derechos humanos en el ámbito nacional?; interrogante que dejamos abierto —además— a modo de homenaje y para no perder de vista aquellas normativas que han colaborado tanto a cambiar la historia legislativa de la temática en estudio y que también, seguramente, algo han contribuido para que aquí nos estemos ocupando de otra normativa que pretende ir en esa misma línea. ¿Lo logra? Para responder esta otra inquietud, pasamos a analizar su texto.

II. El modelo convencional de capacidad jurídica y toma de decisiones con apoyo

A partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD) y su incorporación a nuestro país por medio de la ley 26.378, con posterior rango constitucional (ley 27.044), el principio de capacidad jurídica que insufla la normativa (art. 12, CDPD) reconoce la condición de "persona ante la ley" de las personas con discapacidad, y exige que se garantice el ejercicio de su capacidad jurídica como derecho humano. El modelo de la Convención —modelo social de la discapacidad [\(1\)](#), conf. art. 1º, CDPD— abandona el paradigma de "sustitución" y lo reemplaza por el de "toma de decisiones con apoyos", que asegura la realización de las voluntades y preferencias de las personas.

Conforme a este modelo, las personas no necesitan ser "incapacitadas" o "sustituidas" para el ejercicio de derechos, sino que se reconoce su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas, debiendo los Estados asegurar la erradicación de todas aquellas prácticas y normativas que impliquen incurrir en una discriminación por motivos de discapacidad. La Convención establece que "por 'discriminación por motivos de discapacidad' se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables" (art. 2º, CDPD).

Entonces, bajo el modelo social, la discapacidad deja de ser una "condición" de la persona para pasar a constituirse como el resultado de la interacción de la persona con las barreras que presenta el medio social en que se desarrolla, siendo estas barreras las que impiden a la persona con discapacidad el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones con las demás [\(2\)](#).

El paradigma convencional de la capacidad fue iniciado a nivel nacional por la ley 26.657 de Salud Mental y estructurado, ampliado y profundizado por el Código Civil y Comercial de la Nación, que estableció en su normativa el principio de capacidad jurídica (art. 23) y diseñó un proceso de restricciones al ejercicio de la capacidad ceñido a actos particulares y en los límites de la sentencia (arts. 31, 38 y ss.). Para todos estos supuestos, el Código prevé como consecuencia la designación de figuras de apoyo (cfr. arts. 38 y 43, Cód. Civ. y Com.), que participan junto con la persona en el proceso de toma de decisiones.

Esta es la línea o columna vertebral, centrada en la capacidad como principio y su consecuencia, el ejercicio de dicha capacidad con apoyos, siendo la única excepción la dispuesta en el art. 32 en su parte final y que involucra a las personas que se encuentren absolutamente imposibilitadas de interactuar con su entorno por cualquier medio, forma o formato adecuado y el sistema de apoyo resulte ineficaz. Solo en este supuesto excepcional se procede a declarar la incapacidad, con la consecuente designación de un curador.

En este entramado legal con base constitucional-convencional, una normativa y práctica que impusiera a la persona con discapacidad iniciar un proceso de restricción a la capacidad para acceder a un beneficio social era, a todas luces, inconstitucional. En otras palabras, sacrificar el ejercicio de la capacidad jurídica en cuanto derecho humano, con el fin de acceder a un derecho social, importaba una clara discriminación por motivos de discapacidad, violentándose el modelo de toma de decisiones con apoyo y la dignidad de las personas con discapacidad.

La jurisprudencia tuvo oportunidad de expedirse al respecto, tal como damos cuenta en el próximo apartado.

III. Los primeros aires de inconstitucionalidad de disposiciones administrativas

En el año 2009 se dictó el primer fallo que descartó la exigencia administrativa a los fines de la cobertura y satisfacción de este derecho económico y social. Se trató de un planteo incoado por la Asesoría de Incapaces N° 1 de Mar del Plata en rechazo de la demanda que pretendía lograr la restricción de la capacidad con el fin exclusivo de cumplir con una exigencia administrativa. En esta oportunidad, la jueza hizo lugar a esta crítica al considerar "que para la tramitación y percepción en definitiva del beneficio de pensión no resulta necesario la iniciación del presente proceso y su continuidad teniendo como norma aplicable la ley 26.378, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [...]. No es posible requerir un trámite de insania con el efecto propio de la misma para la obtención de un beneficio que el Estado ha garantizado en el art. 75, inc. 22, de la CN en la legislación dispuesta para la discapacidad dentro del sistema de salud, obras sociales y Estado Nacional, ley 24.901, demás complementarias [...] y en las normas superiores, así el principio de personalidad jurídica consagrado en el art. 3° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica, art. 16 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el art. 9° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social), y receptado especialmente en los arts. 12 y 36 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires" (3). De este modo, se rechazó la petición inicial a los efectos de obtener el beneficio previsional dispuesto por la ley 10.205 y se dispuso establecer un sistema de apoyo, tal como viene desarrollándose en la actualidad, entre el Sr. A. A. L. L. y su padre, para que a partir de la comprensión y la confianza generada celebraran los actos necesarios en forma alternada, indistinta y/o conjunta para la tramitación del beneficio previsional. Asimismo, se ordenó al órgano administrador provincial el otorgamiento y/o mantenimiento del beneficio de pensión sin exigencia de declaración de "insania", y la consecuente designación de un "curador" al efecto de su cobro, haciéndosele saber que el propio interesado tramitará personalmente y/o a través del mandato otorgado al Sr. A. L., de conformidad con las condiciones de práctica administrativa.

También en el marco de la interrelación entre los derechos económicos, sociales y culturales, a los que se adiciona de manera más contemporánea el término "ambientales" (DESCA), y los derechos de las personas con discapacidad, cabe traer a colación otro precedente que también proviene de la ciudad de Mar del Plata en el que se resolvió un planteo de carácter colectivo interpuesto, nuevamente, por la Asesoría de Incapaces N° 1, que cuestionó la exigencia por los organismos administrativos de una sentencia de incapacidad a los fines de la obtención del beneficio social de pensión no contributiva en favor de personas con discapacidad psicossocial; en igual carácter colectivo, se requirió al Ministerio de Desarrollo Social de la Nación la modificación de los Certificados de Discapacidad, que exijan la determinación médica de la "necesidad de curatela" para estos fines (4). Dicha sentencia no fue recurrida por los organismos administrativos, por lo cual se encuentra firme.

Luego de la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial, se pronunció el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Monte Caseros, en fecha 18/08/2015 (5). Aquí se sostuvo que "La pretensión del accionante de que se declare la insania de su hermana y ser designado curador definitivo a fin de obtener por vía administrativa el pago de una pensión por discapacidad debe rechazarse, pues no solamente el costo no se compadece con el beneficio, sino que, al no darse ninguno de los presupuestos exigidos por el art. 32 del Cód. Civ. y Com., no es jurídicamente posible". En la sentencia se interroga de manera crítica y acertada: "¿No es muy alto el precio que debe pagar una persona para obtener una pensión, el que se declare su incapacidad? ¿Es ello posible bajo la vigencia del Código Civil y Comercial y la CDPD? Rotundamente no. No se dan en el caso —desde el mismo instante de considerar el tenor de la demanda lo advierto— ninguno de los dos presupuestos de la declaración de incapacidad de una persona y la consecuente designación de un curador (art. 32, Cód. Civ. y Com.): a) imposibilidad de la persona de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado; b) demostración de adopción de un sistema de apoyos previo y adecuado a la situación existencial de la persona en cuestión, y su ineficacia comprobada. Desde este punto de vista —el único posible a mi criterio teniendo en cuenta la legislación vigente— la demanda es objetivamente imponible".

Sobre el particular, es interesante la previsión que contiene el art. 124 del Cód. Proc. Familia de Mendoza, que establece, en relación con el auto de apertura o rechazo de la acción, que, en caso de desestimación de la demanda: "El/la juez/a podrá desestimar la demanda sin más trámite. En los casos en que advierta la existencia de derechos económicos, sociales y culturales vulnerados, notificará a los organismos estatales que correspondan a los fines que dispongan las medidas pertinentes".

Por su parte, desde la órbita administrativa, es de interés mencionar que la propia ANSeS se había pronunciado en el mismo sentido crítico que se viene exponiendo, a través de su Gerencia Previsional, mediante la circular 35 del 10/07/2008, sobre tramitación de los beneficios de pensión para personas con discapacidad, cuyo punto d) expresa: "si el discapacitado se presenta en forma personal sin la ayuda de familiares, dándose a entender en forma verbal y/o por escrito, se recibirá la documentación proporcionada por este y con ajuste a las

normas detalladas en la página web de ANSeS (<http://www.anses.gov.ar>), ello según lo dispuesto por el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por la ley 26.378".

Por lo tanto, a la luz de este panorama jurisprudencial y administrativo, fácil se puede concluir que el objeto de la res. 93/2020 era una decisión lógica y esperada hace bastante tiempo; es decir, habría venido a cerrar una grieta a fuerza de consolidación jurisprudencial y, ahora, recepción normativa.

IV. Analizando la res. 93/2020 desde la obligada perspectiva convencional-constitucional

A la luz de los principios hasta aquí expuestos y las normativas convencionales y legales mencionadas, pasamos a examinar el contenido o el texto de la resolución dictada por la Agencia Nacional de Discapacidad.

Si bien, en principio, el documento postula acercarse al modelo constitucional-convencional de la toma de decisiones con apoyo —de hecho, dicho modelo es invocado en sus considerandos— y así lo reflejan sus primeros artículos, que celebramos, lo cierto es que a partir de los arts. 8º, 9º y 10, este modelo y los principios que lo sustentan se ven traicionados en atención a la solución implementada en tales disposiciones.

En efecto, hemos destacado que los arts. 1º y 2º aportan una solución acorde al principio de capacidad jurídica: reconocen que, cesada la representación de los progenitores sobre la persona por haber alcanzado la mayoría de edad, esta —y solo ella— es la titular del derecho y, por ende, quien debe gestionar y percibir el beneficio que aquí se regula.

Así, conforme a lo establecido por los arts. 1º, 2º y 4º ya reseñados, el siguiente —el art. 5º— dispone que "para el inicio del trámite de obtención de la pensión no contributiva por invalidez, las personas con discapacidad mayores de dieciocho [18] años o emancipados de acuerdo a la legislación vigente, podrán presentarse ante la Ventanilla Única de la Administración Nacional de la Seguridad Social por sí mismas, o sus apoyos extrajudiciales que respeten su voluntad y preferencias, en su caso".

En consecuencia, la resolución debe prever el modo en que se desarrolla el trámite a los fines de asegurar a la persona con discapacidad la accesibilidad en la información y efectivización de esta tramitación [arg. art. 9º, CDPD (6)].

Cabe recordar que la accesibilidad constituye un principio central en la Convención, que puede alcanzarse mediante dos estrategias: 1) el diseño universal; y 2) los ajustes razonables. El diseño universal es previo, y se refiere a un universo de personas y situaciones. Es decir, implica que, al proyectar un producto, servicio, política pública, sistema de salud, de educación, etc., se tenga en mente un universo real de personas y situaciones, y no solo de personas y/o situaciones estándar. Por el contrario, los ajustes razonables no son previos sino posteriores al diseño universal. Se dan cuando, aun a pesar de haber pensado en términos de todas las personas y situaciones posibles, surge una necesidad particular, la de una persona, que no ha sido posible prever.

Con mayor rigor técnico, desde la doctrina especializada (7) se ha señalado que la accesibilidad presenta una vertiente multidimensional y se constituye como parte del contenido esencial de todos los derechos —condición ineludible para su ejercicio—, como así también del contenido del derecho a la igualdad y no discriminación, dado que la ausencia de accesibilidad se traduce en una discriminación. En este sentido, el tratamiento desfavorable en razón de discapacidad constituye una vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades. Por lo tanto, la accesibilidad es un derecho universal autónomo cuyas dimensiones descritas no son excluyentes sino complementarias (8).

Con miras a asegurar esta accesibilidad, el art. 6º dispone: "El personal que deba explicar los trámites relativos a la solicitud de una pensión no contributiva por invalidez debe garantizar la accesibilidad de la comunicación mediante medios aumentativos y alternativos de comunicación, y/o lengua de señas para que la persona con discapacidad mayor de edad o emancipada pueda comprender el trámite a realizar, así como los plazos, la documentación a presentar y todo cuanto resulte necesario al efecto".

La norma se alinea con lo dispuesto por el art. 2º de la CDPD en relación con la comunicación de y con las personas con discapacidad, en el sentido de que "La 'comunicación' incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso...".

De este modo, y en consonancia con lo dispuesto por el art. 31 del Cód. Civ. y Com., que establece que la persona "tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión" [art. 31, inc. d)], se dispone que el personal administrativo deberá practicar los ajustes razonables necesarios a fin de asegurar la accesibilidad a la información por parte de la persona con discapacidad, no pudiendo imponerse las barreras de la comunicación como causa de negación del acceso a los trámites para la obtención

de la prestación social.

Sobre el particular, recordamos que, conforme a la Convención de Naciones Unidas, se entiende por ajustes razonables a "las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales" (art. 2º), y que la denegación de dichos ajustes razonables en un caso particular importa "discriminación por motivos de discapacidad" (art. 2º, cit.). Sobre el particular, el art. 5º establece: "A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables".

En este sentido, el art. 6º aparece como una norma tendiente a la realización de la comunicación sin barreras, en clara sintonía convencional. En consonancia con ello, el art. 7º dispone que "Si la persona con discapacidad concurre personalmente y comprende lo expresado por el personal en los términos del art. 6º de la presente, iniciará el trámite en forma personal con su sola firma y entregando la documentación requerida".

Hasta aquí, sin lugar a duda, el trámite respeta los postulados convencionales y aparece coherente con la fundamentación contenida en los considerandos de la resolución en análisis.

Ahora bien, la cuestión se complejiza en los últimos tres articulados, los arts. 8º, 9º y 10, que merecen un estudio crítico desde la perspectiva constitucional-convencional obligada. En otras palabras, y adelantando nuestra conclusión y aporte más elocuente sobre la res. 93/2020, las últimas previsiones desentonan con la lógica adoptada hasta aquí, al estar desajustadas al paradigma convencional-constitucional de derechos con base en la CDPD, la Ley de Salud Mental y el Código Civil y Comercial de la Nación en materia de restricciones a la capacidad.

Veamos, el art. 8º dice: "En el supuesto que la persona con discapacidad concorra con sus apoyos extrajudiciales, de requerirlo, y mientras se respeten su voluntad y preferencias, podrá iniciar el trámite, con su firma y la de dos [2] apoyos que la persona designe, mediante presentación espontánea".

Esta disposición no supera el test de constitucionalidad-convencionalidad. Pasamos a exponer las razones.

El supuesto de hecho abarcado es el de una persona respecto a la cual no existe un proceso de restricción a la capacidad, y menos aun se cuenta con una sentencia. En consecuencia, no existen apoyos judiciales designados para favorecer el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona. Por eso es que el artículo alude a los apoyos "extrajudiciales". Vale recordar que, conforme a lo dispuesto por el art. 43 del Cód. Civ. y Com.: "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. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos".

Es que, justamente, si reparamos en que la Convención de Naciones Unidas postula el principio de capacidad jurídica y alude a los apoyos como herramienta para posibilitar dicho ejercicio, surge consecuente que los apoyos no requieren un proceso de interdicción y que deben reconocerse más allá de una designación judicial. En este marco, se habla de apoyos "formales" e "informales" para dar cuenta de las múltiples formas y modos de apoyo con que una persona puede contar en su vida cotidiana, aun sin designación judicial. Todas las personas contamos con mecanismos, herramientas y figuras de apoyo en nuestra vida cotidiana; recurrimos a nuestras personas de confianza a la hora de tomar decisiones complejas —sean personales o patrimoniales—, es decir, contamos con apoyos para tomar decisiones informadas cuando así lo requerimos. En esta sintonía debe interpretarse y reconocerse el mecanismo de apoyos que establece la Convención de Naciones Unidas.

Precisamente, el art. 12 de la CDPD establece en el apart. 3º: "Los Estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica".

El apoyo al que se hace referencia alude a aquella persona, organismo o institución que, a través de la comprensión y la confianza de la persona, colabora en la toma de decisiones. Dos notas son características de los sistemas de apoyo: su complejidad y su diversidad. En efecto, se alude a la complejidad, pues no se trata de "reemplazar el nombre de tutela o curatela" en las legislaciones nacionales, sino de crear y/o promover la creación de figuras de apoyo y dotarlas de un estatus legal, adaptar o reemplazar otras instituciones legales, crear protocolos que favorezcan la prevención de ciertas situaciones, desarrollar una acción política que garantice la capacitación de las personas con discapacidad y de las personas de apoyo, entre otras; en tanto, desde la diversidad, se postula que el sistema de apoyo debe adaptarse a las diferentes situaciones personales y sociales [\(9\)](#).

Tal como aclara el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, el apoyo no se identifica con un modelo rígido, ni siquiera lo constituye siempre una persona y no debe implicar sustitución: el modelo es la toma de decisiones con apoyos. El respeto a las voluntades y preferencias de la persona implica que es ella la principal habilitada para designar el apoyo y, en el marco de esa libertad, decide quiénes son las personas que la asisten en la toma de decisiones.

Retomando la norma analizada, podemos afirmar que establecer que en el caso de que se presente la persona con discapacidad con apoyo extrajudicial deberá exigirse la presencia y firma de dos "apoyos" resulta una imposición arbitraria, infundada y desproporcionada. En primer lugar, la exigencia de la presencia de "dos apoyos", primeramente, incurre en un error técnico. Sucede, como hemos dicho, que el "apoyo" es único: se trata del sistema, la herramienta, el mecanismo que permite la toma de decisiones apoyadas, con respeto a la voluntad y las preferencias de la persona, el que, conforme a dicha voluntad, podrá estar conformado con la participación de una, dos o más personas; otras veces lo constituye una institución, una ONG; hemos dicho que el modelo no es único. En cualquier caso, el sistema en sí es único; el sistema de apoyo es el medio por el cual se canaliza la toma de decisiones. De tal modo, la resolución, en primer lugar, confunde el "apoyo" con las personas físicas individuales que lo puedan prestar.

En segundo lugar, establecer e imponer al beneficiario que "tenga que buscar" dos personas para que asistan a este acto de tramitación de su pensión es inadecuado, violatorio de derechos y borra completamente los fundamentos que se exponen en los considerandos de la resolución. Se asemeja a las normativas que requieren "dos testigos" para habilitar la realización de actos para los que se presume que no es suficiente la sola manifestación de la persona para dar fe por sí sobre la existencia o genuinidad del acto. Así, por ejemplo, cabe traer a colación la ley 26.529 y su reforma por la ley 26.742 en lo relativo al dictado de directivas anticipadas, para cuya forma se requiere: "La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá la presencia de dos [2] testigos...". También nos rememora el malogrado precedente sentado en el fallo resuelto por la sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en fecha 29/03/2010 [\(10\)](#), una muestra concreta de lo que significa incurrir en una discriminación al negar la implementación de ajustes razonables. Nos referimos al caso que compromete a una persona ciega que alegó haber sido discriminada por la empresa demandada, quien le negó un crédito por su condición de ciego. Aquí la condición puesta por la accionada era que el acto se realice en presencia de dos testigos hábiles, con fundamento en la necesidad de asegurar su efectivo conocimiento acerca de los términos de la documentación crediticia que debía firmar. En primera instancia, la demanda prosperó favorablemente, determinándose que se trató de un acto discriminatorio. La Cámara revocó la decisión. Es de interés señalar que el dictamen técnico del INADI requerido en la causa había concluido que el accionar de la demandada constituyó un acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592. La Cámara, con una mirada sesgada y ausente de los principios convencionales-constitucionales en juego, escudó su decisión en la naturaleza de consumo del acto de mutuo, sosteniendo que resultaba particularmente exigible la garantía de "información adecuada y veraz".

Volviendo al art. 8º cuestionado, corresponde preguntarnos: ¿Cuál es la razón por la que se requieren dos personas para operar como apoyo? ¿Qué función se espera que cumplan dichas personas? ¿Por qué dos? ¿Por qué no tres, cinco o una? ¿Se cree que "más de uno" garantiza en mejor medida la comprensión sobre la información brindada? ¿Se está asumiendo que la condición de discapacidad limita la capacidad para comprender un acto de administración como este, que claramente lo beneficia, al tratarse, precisamente, de un beneficio? ¿Son estas las condiciones de accesibilidad que deben brindarse para asegurar la toma de conocimiento de la información por parte de la persona con discapacidad? ¿Se trata, en realidad, de la incorporación de la presencia de un tercero para "avaluar" una comprensión por otro, es decir, se asienta en un perfil netamente sustitutivo? Como se puede observar, las inquietudes críticas que genera el art. 8º son varias y de peso.

Sostenemos que la solución es antojadiza y caprichosa y no se sustenta en ningún fundamento legal ni convencional; es más, los contradice. Si la persona con discapacidad solo cuenta con una persona de confianza a quien recurre y es su soporte para la toma de decisiones, e incluso en tal carácter le solicita que la acompañe a realizar este trámite, ¿será rechazada porque se le exigirá que traiga a otra persona más? ¿Qué ocurre si no existe otra persona de confianza para la persona con discapacidad?

Entendemos que una adecuada redacción para la norma habría sido la siguiente: art. 8º: "En el supuesto de que la persona con discapacidad concurra con quien señale como su apoyo extrajudicial, deberá garantizarse la participación de dicho apoyo respetando las voluntades y preferencias de la persona".

No se necesitan más firmas que la de la propia persona beneficiaria. La firma de los apoyos no se requiere, por cuanto estos apoyos no son judiciales, y debemos recordar que, aun cuando se trate de apoyos judiciales, el

establecimiento de estos no implica, siempre, hacerlos parte del acto. Siempre se debe tener presente que la función del apoyo dependerá de lo que establezca la sentencia. A su turno, de establecerse la firma de los apoyos, no se advierte cuál es la diferencia entre el art. 8° y el 9°, pues en ambos casos, con o sin sentencia, se requiere la presencia de apoyos que firmen. En otras palabras, y solo a los fines de subrayar lo ilógico del planteo que establece la resolución en cuestión en los arts. 8° y 9°: si en el art. 8° —referido a los apoyos extrajudiciales— la norma exige la firma de los dos apoyos, y en el art. 9° —para apoyos judiciales—, la firma de los apoyos, no se advierte la diferencia entre una y otra disposición, es decir, entre los apoyos extrajudiciales y los judiciales, ya que ambos supuestos se resuelven del mismo modo.

Por su parte, el art. 9° dice: "Para el supuesto que establece el art. 32 del Cód. Civ. y Com., por el que se haya restringido la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, solo se requerirá la firma de las personas a las que el juez o jueza haya designado".

Este artículo también incurre en varios errores técnico-jurídicos.

En primer lugar, su redacción no es clara en torno a cuál es el sujeto al que se refiere cuando expresa: "por el que se haya restringido la capacidad jurídica"; cabe suponer que estamos ante un caso en el que existe un proceso judicial. En este marco, se está partiendo de considerar que en todos los casos en que existió restricción a la capacidad dicha restricción involucró el ejercicio de actos de administración, como lo es la tramitación y el cobro de la pensión por discapacidad. Ello no es siempre así. La sentencia puede haber restringido actos de disposición, no así de administración, o actos procesales, o actos relativos al consentimiento informado, etc., y no siempre implicar limitaciones a la administración.

En segundo lugar, la norma está atribuyendo al apoyo una función sustitutiva de la persona, lo cual es sabido que es otro grave error, por todo lo que se vino explicando hasta aquí en lo que respecta al sistema de apoyos.

Consideramos que una redacción adecuada del art. 9° podría ser la siguiente: "Para el supuesto que establece el art. 32 del Cód. Civ. y Com., en los casos en que conforme a los términos de la sentencia de restricción a la capacidad se haya restringido la realización de los actos comprendidos en el presente, se requerirá la firma de las personas a las que el juez o jueza haya designado".

De tal modo, y solo en el caso de que la sentencia haya restringido los actos relativos a la tramitación y percepción del beneficio social o, genéricamente, los actos de administración, se debe requerir la firma de la persona designada como apoyo. De lo contrario, la solución en estos supuestos es aún más gravosa que la que propone el artículo siguiente, el art. 10, y por eso debemos entrar a analizar esta disposición.

El art. 10 dispone: "Por excepción, conforme lo establece el art. 32 in fine del Cód. Civ. y Com. de la Nación, si la persona con discapacidad se encontrare absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, y el sistema de apoyo resultare ineficaz, la Dirección Nacional de Apoyos y Asignaciones Económicas de la Agencia Nacional de Discapacidad notificará a la Defensoría Federal de Menores e Incapaces correspondiente a la jurisdicción del domicilio de la persona que solicita la prestación, para que determine el curso a seguir".

Advertimos varios desaciertos en esta norma.

En primer término, se brinda una solución distinta a la dada por el Código Civil y Comercial. La norma parece decir que, en ese supuesto, no se procederá conforme a lo establecido por el art. 32, in fine, del Cód. Civ. y Com., sino que se dará intervención a otro organismo —por lo demás, federal—, que no tiene competencia, versación ni especialidad en materia de capacidad jurídica, conculcándose de este modo principios procesales básicos, tal como lo dispone la legislación civil en los arts. 706 y 707. ¿Está habilitada una resolución de un organismo estatal como lo es la Agencia Nacional de Discapacidad a modificar lo que regula una norma sobre la que, además, pesa una interpretación restrictiva?

Cabe recordar que para el caso especificado en el art. 32 final, el Código Civil y Comercial propone la declaración de incapacidad y la designación de un curador. Si la persona ya posee sentencia en dicho proceso, existe un curador designado. Él es quien deberá percibir la pensión, dada la absoluta imposibilidad de la persona de manifestarse y expresar su voluntad.

Si aún no se hubiere dictado sentencia, la intervención que corresponde dar es al asesor de incapaces (o defensor de menores e incapaces, según la denominación que se recepte en cada jurisdicción) y al juez o jueza interviniente en dicho proceso, a fin de determinar lo que corresponda para asegurar el cobro de la prestación; eventualmente, podría dictar una autorización para percibir o una designación de un curador provisorio. Si no existe un proceso en trámite, también corresponde conferir intervención al asesor de incapaces o defensor de menores e incapaces de la jurisdicción —perteneciente a la justicia provincial u ordinaria, es decir, con competencia en lo civil, comercial y de familia—, que es quien podrá determinar "el curso a seguir", pero no

sería a un organismo "federal".

Al margen de ello, cabe señalar que no existe la "Defensoría Federal de Menores e Incapaces", sino que, en el ámbito local, son los defensores federales (de adultos) quienes ejercen tal función en el marco de un proceso determinado, es decir, quienes ejercen la intervención prevista en el art. 103 del Cód. Civ. y Com. Entonces, las preguntas que se derivan son: a quién se debería dar intervención si tal figura no existe y en el marco de qué proceso, si, justamente, no hay proceso abierto, tal como reza la norma. Como se puede observar, las inquietudes prácticas que genera esta previsión son elocuentes.

En consonancia con la crítica esbozada, proponemos la siguiente redacción del art. 10: "Por excepción, conforme lo establece el art. 32, in fine, del Cód. Civ. y Com. de la Nación, si la persona con discapacidad se encontrare absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, y el sistema de apoyo resultare ineficaz, la Dirección Nacional de Apoyos y Asignaciones Económicas de la Agencia Nacional de Discapacidad notificará al asesor o defensor de incapaces y al juez del proceso de restricción a la capacidad; en caso de no existir proceso, dará intervención a la Defensoría o Asesoría de Menores e Incapaces correspondiente a la jurisdicción del domicilio de la persona que solicita la prestación, para que determine el curso a seguir".

V. Palabras de cierre

La resolución comentada fue esperada durante muchos años por el colectivo de las personas con discapacidad. Atento a su dictado en el año 2020, era de esperar que ella se encontrara alineada, coherente y auspiciada por los postulados constitucionales-convencionales, así como los plasmados y consolidados en la Ley de Salud Mental y el Código Civil y Comercial. Para hacer un parangón con ciertas figuras clásicas del derecho, se podría decir que, a esta altura del desarrollo jurídico, se presumía —*iuris tantum*— que las disposiciones relativas al régimen de la discapacidad estarían adecuadas a este entramado normativo; sin embargo, este artículo demuestra que es eso, una presunción que admite prueba en contrario, y las presentes observaciones críticas vendrían a demostrar, justamente, que no siempre las normas se derivan o se construyen del tronco o núcleo básico, como lo es la doctrina internacional de los derechos humanos.

Si bien en principio celebramos el reconocimiento de los derechos económicos y sociales en favor de las personas con discapacidad, aspiramos a que dicho reconocimiento sea sin restricciones ni discriminaciones por motivo de discapacidad. Por el contrario, observamos que, aunque los fundamentos de la norma anuncian esa lógica, tal logro queda a mitad de camino, porque, lamentablemente, la res. 93/2020 recepta disposiciones que encierran una discriminación por motivos de discapacidad condenada por la Convención de Naciones Unidas. Como suele ocurrir, la presencia del otro, del "diferente", del que no encaja en los estándares y modelos del hombre medio, sin discapacidad, sigue generando temor, precauciones y finalmente discriminación a la hora de reconocer el ejercicio de sus derechos. La resolución en análisis es otra muestra más de lo difícil y complejo y de cómo cuesta salir de esta lógica que silencia y oprime.

Por formación o deformación profesional, académica y personal, no nos satisface quedarnos en el plano de la crítica, sino que nos parece central —y más en este contexto tan excepcional en el que nos encontramos, transitando una pandemia de impacto inusitado e incierto— colaborar y brindar aportes con claro tinte constructivo. Es por ello que aquí hemos esgrimido algunas propuestas concretas de reforma a la resolución en análisis. No sería el primer caso en que la Agencia de Discapacidad deroga o modifica normativas propias, admitiendo —sin decirlo de manera expresa— ciertos errores o desaciertos desde la obligada perspectiva de los derechos humanos [\(11\)](#).

Esta propuesta de modificación tiene, en definitiva, el objeto de seguir bregando por una normativa respetuosa de los derechos humanos, en especial, de un colectivo como las personas con discapacidad, a quienes les cabe por mandato constitucional ser destinatarias de acciones positivas que las empoderen, revaloricen y dignifiquen (conf. art. 75, inc. 23). Que se reconozca que las personas con discapacidad deben acceder a sus derechos en igualdad de condiciones con las demás, sin distinción, sin discriminación por motivos de discapacidad, forma parte de esta manda constitucional.

En definitiva, siguiendo a Nussbaum: "En otras palabras, queremos universales que se caractericen más por facilitar que por tiranizar, que creen espacios para la elección más que forzar a la gente a entrar en el modelo total de funcionamiento deseado. Una sociedad política de este tipo solo podría fundarse sobre el respeto de todas y cada una de las personas como portadoras de valores y como fines en sí, y en la protección y promoción de cada una de las capacidades para cada una de las personas, valorando cada vida por sí misma y garantizando a cada una la posibilidad de vivir una vida verdaderamente humana" [\(12\)](#).

(*) Asesora de Incapaces Depto. Judicial Mar del Plata. Especialista en Derecho de Familia (UNR). Especialista en Magistratura Judicial (UNMDP). Diplomada en protección jurisdiccional de derechos de

infancia (UNICEF). Profesora adjunta por concurso de la Facultad de Derecho, UNMDP, Derecho Civil V. Investigadora de la UNMDP.

(**) Investigadora del CONICET.

(1) Se recomienda ver, sobre el modelo social: PALACIOS, Agustina, "El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ed. Cermi, Madrid, 2008.

(2) Se ha señalado que "una limitación o imposibilidad para caminar es una deficiencia, mientras que una limitación o imposibilidad para entrar a un edificio debido a que la entrada posee una serie de escalones es una discapacidad. Una limitación o imposibilidad de hablar es una deficiencia, pero la limitación o imposibilidad para comunicarse porque las ayudas técnicas no se encuentran disponibles es una discapacidad. Una limitación o imposibilidad para moverse es una deficiencia, pero la limitación o imposibilidad para salir de la cama debido a la falta de disponibilidad de ayuda apropiada es una discapacidad". MORRIS, Jenny, "Pride against prejudice. A personal politics of disability", Ed. Women's Press, Londres, 1991, p. 17.

(3) TFam. N° 1 Mar del Plata, diciembre/2009, "L. L., A. s/ incapacidad", inédito.

(4) JFam. N° 2 Mar del Plata, 05/08/2013, "A., G. s/ incapacidad", firme, inédita.

(5) JCiv., Com. y Lab. Monte Caseros, 18/08/2015, "S. O. s/ insania", RDF del 12/11/2015, Ed. AbeledoPerrot, AR/JUR/27913/2015.

(6) Art. 9º: "A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a: a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo; b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia. 2. Los Estados partes también adoptarán las medidas pertinentes para: a) Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público; b) Asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad; c) Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad a que se enfrentan las personas con discapacidad; d) Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en braille y en formatos de fácil lectura y comprensión; —11— e) Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público; f) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información; g) Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida internet; h) Promover el diseño, el desarrollo, la producción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo".

(7) DE ASÍS ROIG, Rafael - PALACIOS, Agustina, "Derechos humanos y situaciones de dependencia", Ed. Dykinson, Madrid, 2007, ps. 60-71.

(8) PALACIOS, Agustina - FERNÁNDEZ, Silvia E. - IGLESIAS, María Graciela, "Situaciones de discapacidad y derechos humanos", Ed. AbeledoPerrot, 2020, en prensa.

(9) PALACIOS, Agustina - FERNÁNDEZ, Silvia E. - IGLESIAS, María Graciela, "Situaciones de discapacidad...", ob. cit.

(10) CNCiv., sala H, 29/03/2010, "S., H. M. c. D. S. A.", cita online: 70060580.

(11) Un ejemplo reciente es la circular de ANDIS IF-2020-18448600-APN-DE#AND, de fecha 21/03/2020, que dejó sin efecto la circular IF-2020-18382159 del 20/03/2020, referida a las "Recomendaciones de habilitación limitada a circular para personas con discapacidad mental, cognitiva y psicosocial con motivo del coronavirus". Más allá de que se pretendió defender el aislamiento social de este colectivo para que no se exponga a contagios, lo cierto es que en dicha recomendación se establecía que, a los fines de poder salir al espacio público, las personas con discapacidad debían ser identificadas con ropa azul o una cinta azul en el brazo, como así también sus acompañantes, con dudosa constitucionalidad-convencionalidad de una previsión

como esta en clave de igualdad y no discriminación.

(12) NUSSBAUM, Marta, "Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión", Ed. Paidós, Buenos Aires, 2007.