



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de junio de 2018

VISTOS: Estos autos que se encuentran en estado de resolver la presente acción de amparo, de los cuales:

RESULTA:

I. A fs. 1/2 vta., se presentó L. M., por derecho propio, con el patrocinio letrado de la Dra. GRACIELA CLAUDIA HOMBRE, e interpuso acción de amparo contra el GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (en adelante, GCBA), por cuanto le habría denegado la renovación del certificado de discapacidad permanente que poseía desde el año 1984 y que había sido expedido por el MINISTERIO DE SALUD Y ACCIÓN SOCIAL de la Nación.

Relató que durante su niñez perdió el ojo izquierdo y que, como consecuencia de ello, se encuentra imposibilitado de ejercer determinadas tareas. A su vez, mencionó que en el certificado que porta, se consigna que su discapacidad “*es permanente*” (conf. fs. 1).

Señaló que, en ocasión de relizar un trámite, se le comunicó que a partir de la entrada en vigencia de la disposición 639/SNR/2015, se le exigiría la renovación del certificado de discapacidad. A raíz de ello, según refirió, a fin de dar cumplimiento con lo requerido, se presentó ante una junta médica que le denegó en dos ocasiones sucesivas la renovación del certificado de discapacidad. Ello, toda vez que, de acuerdo con su relato, consideraron que la discapacidad visual no se encontraba acreditada.

Luego, se explayó sobre las características de su discapacidad y concluyó que resultaba innecesario renovar su certificado periódicamente. Puntualizó que, la interpretación restrictiva realizada por la junta evaluadora importaba “*una clara reducción del nivel de protección que le fue asignado*” y enfatizó que se estarían

vulnerando “*derechos ya adquiridos con una conducta manifiestamente contraria a derecho*” (conf. fs. 2).

A fin de dar sustento a sus dichos, citó jurisprudencia aplicable a la cuestión debatida y arguyó que “*no cuestiona[ba] la constitucionalidad del decreto [sic] sino la mala interpretación demasiado restrictiva de la junta evaluadora*” (conf. fs. 2).

Finalmente, formuló reserva del caso federal y solicitó se ordenara al GCBA renovar o revalidar el certificado de discapacidad con validez permanente.

II. A fs. 13, se dispuso correr traslado de la demanda al GCBA, el que fue cumplido conforme surge de la pieza procesal obrante a fs. 14/14 vta.

III. A fs. 15/23, se presentó el GCBA, representado por el Dr. LIONEL ALEJANDRO CASTELLINI, patrocinado por el Dr. FERNANDO JOSÉ CONTI. Solicitó, sin consentir acto alguno, se decretara la caducidad de instancia de las actuaciones toda vez que, a su entender, se encontraba vencido el plazo establecido en el artículo 24 de la ley 2.145.

Dicho planteo fue rechazado por el Tribunal a fs. 28/30 vta.

IV. A fs. 31/50 vta., el GCBA, siempre representado por el Dr. LIONEL ALEJANDRO CASTELLINI, ahora patrocinado por la Dra. ISABEL TEREZA CÓRDOBA contestó la demanda, solicitando su rechazo con costas.

En cuanto a la decisión emanada de la junta evaluadora, rechazó que fuera contraria a derecho, arbitraria o que afectara derechos adquiridos del Sr. L. M.. Añadió que dicha junta no había efectuado una interpretación errónea de la normativa vigente, y enfatizó que el actor no estaba comprendido en las excepciones contempladas en la disposición 639/SNR/2015 del SERVICIO NACIONAL DE REHABILITACIÓN dependiente de la SUBSECRETARÍA DE GESTIÓN DE SERVICIOS ASISTENCIALES de la SECRETARÍA DE POLÍTICAS, REGULACIÓN E INSTITUTOS del MINISTERIO DE SALUD de la Nación.

Por otro lado, desconoció e impugnó la autenticidad y eficacia probatoria de la prueba documental ofrecida y acompañada con la demanda.

Asimismo, manifestó que el equipo de profesionales, luego de examinar al actor, concluyó que “*dada la agudeza visual del ojo derecho..., su situación no encuadra[ría] en la Disposición N° 639/2015*” (conf. fs. 46). En lo que refiere a dicha



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

norma, explicó que *“estableció los parámetros, escalas, y criterios con valores que determinaran el nivel de visión de cada ojo y si el mismo es insuficiente, la discapacidad, aclarando que la selección de categorías se realiza[ría] de acuerdo al estado de salud de la persona entrevistada...”* (conf. fs. 46).

Luego, señaló que en el informe elaborado por el CENTRO INTEGRAL DE EVALUACIÓN Y ORIENTACIÓN DE LA DISCAPACIDAD, se expresaron los motivos por los cuales se le denegaba al actor la renovación del certificado de discapacidad solicitado.

Expresó que, de conformidad con la disposición 639/SNR/2015, se extiende el certificado de discapacidad de origen visual a quienes *“tengan en el mejor ojo visión menor o igual a 3/10 o (20/60), con la mejor corrección óptica, y/o campo visual menor de 20° desde el punto de fijación. Correspondiendo este criterio a alteraciones graves y completas (calificadores 3-4 de la CIF) en funciones y estructuras corporales, aún con dificultades leves a completas en el desempeño (calificadores 1-4 de la CIF)”*. En este orden de ideas, refirió que *“[d]e acuerdo a la evaluación y documentación presentada por el Sr. L. M. los calificadores no se correspondieron con los necesarios para extender el Certificado Único de Discapacidad”* (conf. fs. 47).

Luego, enfatizó que el *“otorgamiento de un Certificado de Discapacidad es una potestad de una Junta interdisciplinaria”* (conf. fs. 47 vta.). Resaltó que el amparista no cuestionó la constitucionalidad de la disposición 639/SNR/2015, sino la incorrecta interpretación realizada por los especialistas que rechazaron su requisitoria. Añadió que no existió ilegalidad o arbitrariedad manifiesta en la resolución de la Junta Evaluadora, y puntualizó que la Administración había obrado legítimamente.

Finalmente, acompañó prueba documental, ofreció prueba informativa y planteó la cuestión constitucional y el caso federal.

V. A fs. 51, se ordenó correr traslado de la documental y de la prueba ofrecida por la demandada, el cual fue contestado a fs. 55/56. En dicha oportunidad, el

actor aseveró que la discapacidad es manifiesta por cuanto le falta un órgano, y cuestionó que la demandada no advierte que en su caso haya un único ojo, ya que se referiría al “*mejor ojo*”. Adujo que la conducta de la demandada vulneraba derechos de raigambre constitucional consagrados en tratados internacionales.

Refirió que la SALA III de la CÁMARA DE APELACIONES del fuero en autos “*Lavarra Pablo Alejandro c/ GCBA s/Amparo*”, resolvió una cuestión análoga a la planteada en estas actuaciones de modo favorable al pretensor.

VI. A fs. 62/64 vta., se expidió la representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, quien entre otras cuestiones, sostuvo que “*las medidas estatales de carácter deliberadamente ‘regresivo’ en materia de derechos humanos, requieren la consideración ‘más cuidadosa’, y deben ‘justificarse plenamente’, [por lo que] estim[ó] que la decisión de la junta evaluadora podría obstruir... el goce de los beneficios económicos, sociales y laborales que percibía con anterioridad [el Sr. L. M.]*” (conf. fs. 62).

VII. A fs. 66, como medida para mejor proveer, se dispuso la remisión de las actuaciones a la DIRECCIÓN DE MEDICINA FORENSE, a fin de que un médico profesional examinara al Sr. L. M. y determinara: “*1) si en función del estado de salud que presenta el actor, en particular en relación a su visión, podría considerarse que sufre una discapacidad, y en tal caso, realizara las consideraciones médicas que estime corresponder. 2) Si el Dictamen de la Junta Médica que derivó en el rechazo del certificado de discapacidad requerido por el actor, resultaba ajustado al estado de salud actual del actor, en particular en relación a su visión. 3) Si en función del estado de salud que presenta el actor, en particular en relación a su visión, podría considerarse que se había producido una variación que ameritaba un cambio en la calificación que hubiera recibido en función del certificado de discapacidad que le fuere otorgado, y las constancias de los últimos estudios realizados 4) Cualquier otra cuestión que considerara relevante en relación a la evaluación del actor a los fines de la obtención de la certificación de personas con discapacidad*”.

VIII. A fs. 74/76 vta., obra el informe pericial médico elaborado por el Dr. OMAR GABRIELLI.

A fs. 78, se ordenó correr traslado a las partes de la pericia médica.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

A fs. 81/105, el actor acompañó documental relacionada con la cuestión analizada por el profesional que realizó la pericia.

A fs. 108/111 vta., el GCBA contestó el traslado conferido a fs. 78 y acompañó un informe emanado de la DIRECCIÓN GENERAL LEGAL Y TÉCNICA.

A fs. 112, se ordenó correr traslado al actor, de lo informado en relación con la necesidad de realizar una nueva junta evaluadora y de la documentación acompañada por la demandada.

A fs. 113/114 vta., el actor contestó el traslado oportunamente conferido. En dicha oportunidad, adujo que el certificado de discapacidad que le fuera otorgado a la luz del artículo 3° del decreto-ley 22.341, no obstante el cambio sufrido en la redacción de tal precepto por la ley 25.504, importaba un derecho adquirido a que se mantuvieran los efectos del reconocimiento operado. Ello así, indicó que con anterioridad a la disposición 639/SNR/2015, ya había incorporado el derecho a su patrimonio, el cual habría sido vulnerado con la reglamentación introducida a nivel local para la obtención del certificado único de discapacidad. Enfatizó que el carácter permanente con que le fue otorgado el certificado obedeció a que nunca volvería a recuperar la visión. En este sentido, arguyó que el objeto de la presente acción es que se le reconozca un derecho ya adquirido. Finalmente, solicitó que se ordene a la junta evaluadora adecuar el certificado, basándose en la pericia judicial.

IX. A fs. 115, pasaron los autos a sentencia.

Y CONSIDERANDO:

I. Corresponde recordar que los magistrados no están obligados a seguir a las partes en todas las argumentaciones ni a ponderar, una por una y exhaustivamente, todas las pruebas incorporadas a la causa sino sólo aquéllas estimadas conducentes para fundar sus conclusiones (conf. art. 310, CCAyT y Fallos: 310:2278; 325:1992; entre otros).

II. De manera preliminar, resulta imperioso delimitar el objeto de la controversia.

En tal sentido, el Sr. L. M. requiere que se garantice el ejercicio de los derechos que le asisten por ser una persona con discapacidad, entre los que se destacan su derecho a la salud, a la seguridad social, a la inclusión social y a una vida digna.

En concreto, reputa como manifiestamente ilegítima la decisión del GCBA, adoptada a través de sus órganos competentes, por la que le denegó la renovación del Certificado Único de Discapacidad con fundamento en la supuesta falta de cumplimiento de los requerimientos exigidos por la disposición 639/SNR/2015. Aduce que ello afecta su derecho a gozar de los beneficios económicos, sociales y de atención médica, que venía ejerciendo a partir del reconocimiento que anteriormente había efectuado el MINISTERIO DE SALUD de la Nación. En particular, cuestiona la razonabilidad de la interpretación de los parámetros establecidos por la disposición citada, que practicara la junta médica, en ocasión de evaluar si correspondía renovar el certificado.

Por su parte, el GCBA considera que la conducta desplegada por los órganos competentes ha sido adecuada, motivada y ajustada a la norma aplicable, cuya constitucionalidad, destacó, no fue cuestionada por el actor.

III. Delimitado el objeto de la controversia, corresponde reseñar los hechos que han quedado acreditados en autos.

III.1. Origen de la discapacidad y emisión del primer certificado de discapacidad.

De las constancias de autos, es dable tener por acreditado que el actor “*a temprana edad y con motivo de un traumatismo contuso en su OI [ojo izquierdo], perdió la visión del mismo, habiéndose eviscerado y siendo portador de una prótesis ocular*” (conf. pericia médica, consideraciones médico legales, fs. 75).

Por dicho motivo, con fecha 31/V/1984, se expidió un certificado de discapacidad en los términos del decreto-ley 22.431, cuya copia luce a fs. 6. Allí, se consignó que ella era “[p]ermanente”.

III.2. Solicitud de renovación y rechazos.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

Asimismo, se encuentra acreditado que el actor *“se presentó en el Centro Integral de Evaluación y Orientación de la Discapacidad, el día 30 de mayo del año 2017, y el 17 de agosto del mismo año, con el fin de tramitar el certificado de discapacidad. En ambas instancias las Juntas interdisciplinarias encargadas de la evaluación denegaron el certificado de discapacidad, basándose en la normativa vigente visual, SNR 639/2015”* (conf. nota NO-2018-09049177-MSGC, de fecha 26/III/2018, emitida por la Sra. LILIANA LICIARDI, Jefa de División del MINISTERIO DE SALUD, fs. 108/108 vta.).

En efecto, del formulario de denegatoria del certificado de discapacidad acompañado a fs. 7, emitido con fecha 30/V/2017, surge que el motivo fue *“[j]unta visual: el solicitante presenta AV OD con su corrección 10/10 OI cero, CVC OD con leve disminución periférica. Por lo cual esta junta considera [que] no acredita discapacidad visual, según normativa vigente 639/2015 SNR”*.

Luego, del formulario de denegatoria del certificado de discapacidad acompañado a fs. 8, emitido con fecha 17/VIII/2017, surge que el motivo fue *“[e]n el día de la fecha se presenta el Sr. [L. M.] a segunda junta visual habiendo sido denegado en una primera junta visual el día 30/05/2017. Presenta OD AV cc 10/10 y OI AV amaurosis. Acompaña dicha solicitud con estudios complementarios. Es independiente para las actividades básicas de la vida diaria. Por lo expuesto al momento de este examen, esta junta considera que no encuadra dentro de la Normativa Nacional visual vigente Disposición 639/2015 SNR”*.

III.3. Situación actual.

Conforme los hallazgos vertidos en la pericia médica realizada, *“el OD [ojo derecho] remanente, resulta también ser portador de una disminución acentuada en la agudeza visual de 2/10 sin corrección y de 10/10 con corrección. Al momento del examen resultó una agudeza visual con corrección en una escala decimal de 0.6 y se demostró semiológicamente una merma en su campo visual, lo cual fue*

sensiblemente demostrado con una campimetría computarizada...” (conf. pericia médica, consideraciones médico legales, fs. 75 vta.).

A ello, el experto médico agregó: *“el amparista además de su presbicia (propia de la edad), se encuentra bajo tratamiento de otra patología en su OD, hipertensión ocular”* y que *“los signos patológicos encontrados durante el Test de Amsler, sugieren al momento de la fecha descartar una patología macular”* (conf. pericia médica, consideraciones médico legales, fs. 75 vta.).

En virtud de dichas circunstancias, el perito médico estimó que el ojo derecho *“no se encuentra en condiciones de ser considerado un ojo sano”* ni *“exento de patología o estado mórbido”*, razón por la cual, sostuvo, *“amerita seguimiento y tratamiento”* (conf. pericia médica, consideraciones médico legales, fs. 75 vta.). En tal sentido, expresó que *“[e]l estado de la visión en su OD (remanente), ha evolucionado en el transcurso de su vida hacia la merma de la agudeza visual, en el campo visual, y con una patología que requiere tratamiento permanente por hipertensión ocular, con el fin de evitar el daño ocular en el nervio óptico por potencial glaucoma”* (conf. pericia médica, respuesta al tercer punto de pericia, fs. 76 vta.).

Concluyó que *“estos antecedentes y estados mórbidos debieron ser considerados al momento de reconsiderar su discapacidad visual permanente”* y que las modificaciones efectuadas a la ley vigente *“no se corresponden con la situación individual del amparista”* (conf. pericia médica, consideraciones médico legales, fs. 75 vta.). En efecto, el experto indicó que *“si bien la pérdida de la visión en el OI dada su temporalidad, le permitió al amparista una adaptación sensorial; al momento actual en virtud del estado mórbido del OD remanente, caso puntual a individual del amparista, es una condición que debió ser considerada por la junta evaluadora”* (conf. pericia médica, respuesta al cuarto punto de pericia, fs. 76 vta.).

Asimismo, manifestó preocupación al señalar que *“considerando que este padece una importante merma en la agudeza visual del OD, 2/10 sin corrección y 10/10 con corrección, cualquier hecho fortuito que acaeciera en su ojo y/o lente, dejaría al amparista con un grave problema visual; por lo cual es de importancia médico legal, esta consideración; la cual justifica su discapacidad visual”* (conf. pericia médica, consideraciones médico legales, fs. 75 vta./76).



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

Por todo lo expuesto, concluyó el especialista que el actor “*continúa siendo portador de una discapacidad visual permanente al momento del presente examen médico pericial*” (conf. pericia médica, consideraciones médico legales, fs. 76) y que “*la incapacidad permanente otorgada en el año 1984, mantiene vigencia en la actualidad y de por vida en el amparista*” (conf. pericia médica, respuesta al cuarto punto de pericia, fs. 76 vta.).

IV. Establecidos los hechos que han quedado acreditados en autos, resulta ineludible determinar el alcance del derecho invocado como fundamento de la pretensión articulada por el actor.

IV.1. A efectos de lograr una cabal comprensión de dicho alcance, el intérprete debe abandonar la tentación de llevar adelante su tarea a partir de una lectura aislada del texto constitucional. El verdadero sentido de las normas que contemplan tal derecho únicamente podrá ser advertido tomando como eje el sistema en el que se encuentran incorporadas.

Dicho sistema resulta, en primer lugar, de la caracterización que el derecho adquiere a partir de la constitucionalización de una serie de tratados de derechos humanos (conf. art. 75 inc. 22, CN). En segundo lugar, luego de determinada la configuración que surge de aquellos cuerpos normativos, del ejercicio de las atribuciones que los poderes constituidos poseen a efectos de reglamentar y garantizar su goce (conf. arts. 14, 28, 31 y 75 inc. 23, CN).

IV.2. Siguiendo este orden de análisis, habrá que indagar, en primer lugar, la regulación que emana de los tratados que integran el denominado bloque de constitucionalidad federal.

Es necesario destacar que la aplicación de estos instrumentos internacionales de derechos humanos, conforme lo exige el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, debe ser en “*las condiciones de su vigencia*”. Esta expresión indica tanto el modo en que fueron aprobados y ratificados por nuestro Estado, como

el alcance interpretativo dado por la jurisprudencia internacional y las decisiones y recomendaciones de los Comités de Seguimiento.

En este punto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ha expresado: *"esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales"* (CSJN, 07/IV/1995, *"Girolodi, Horacio David y otro s/ recurso de casación - causa n° 32/93"*, Fallos: 318:514). También incluyó como guía para la interpretación y aplicación de la Convención a las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CSJN, 12/IX/1996, *"Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación - causa n° 44.891"*, Fallos: 319:1840).

Respecto de las decisiones y recomendaciones de los Comités de Seguimiento de los Tratados Internacionales, ha expresado que *"cuadra poner de relieve la actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por cuanto constituye el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional y actúa, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de éste, por recordar los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional"* (CSJN, 21/IX/2004, *"Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688"*, Fallos: 327:3753).

En idéntico sentido expresó: *"[e]l Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tomada en cuenta ya que comprende las "condiciones de vigencia" de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional"* (CSJN, 31/III/2009, *"Torrillo Atilio Amadeo y Otro c/Gulf Oil Argentina S.A. y otros s/daños y perjuicios"*, Fallos: 332:709).

IV.3. Una vez establecida la relevancia constitucional de las decisiones y recomendaciones de los Comités de Seguimiento de los Tratados Internacionales, habrá que detenerse en lo actuado por el COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, órgano que supervisa la aplicación del Pacto Internacional



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

de idéntico nombre por los Estados Partes. Dada la naturaleza de la controversia, también se deberá estar a lo dispuesto por el COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, que ejerce idéntica atribución respecto de la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

IV.4. A efectos de terminar de circunscribir cabalmente los márgenes del derecho mencionado en el vértice de nuestro ordenamiento resulta necesario detenerse en su regulación constitucional local.

IV.5. Posteriormente, resultará necesario definir el alcance de las atribuciones que los poderes constituidos tienen a fin de reglamentar y garantizar su goce (conf. arts. 14, 28, 31 y 75 inc. 23, CN).

En nuestro sistema constitucional, el único poder del Estado al que se confiere la atribución de reglamentar derechos es al Legislativo. Por esta razón, se dispone su goce “*conforme las Leyes que reglamenten su ejercicio*”, delicada misión que encuentra su límite en la imposibilidad de alterarlos (conf. arts. 14 y 28, CN).

Es el legislador, depositario de la voluntad general, “*a quien le corresponde reglamentar los derechos acordados por la Constitución y, sin alterar su espíritu, es él quien debe elegir la política así como los mecanismos para dar[les] satisfacción [...] El plan de gobierno surge de la labor parlamentaria en la que conviven, cada uno con competencias propias, tanto la rama legislativa como la ejecutiva. Además, a ésta última le corresponde, por regla, ejecutar, dentro del margen que la ley le acuerde, las políticas públicas decididas por el Legislador*” (TSJ, 12/N/2010, “*Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido*”, EXP. 6754/09).

Nos encontramos frente a una hipótesis en que la reserva de ley no admite excepciones a favor de la actuación de otros poderes. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que las leyes que impulsan restricciones al ejercicio de los derechos deben serlo en sentido formal y material, esto

es: “actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo” (Corte IDH, 09/V/1986, Opinión Consultiva 6/86, *La Expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, párr. 35).

A su vez, el PIDESC establece que “[l]os Estados Partes en el presente pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente pacto por el Estado, este podrá someter tales derechos únicamente por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática” (artículo 4°).

La libertad de configuración del derecho a través de la reglamentación legal se encuentra, en consecuencia, acotada. Es que el legislador, además de cumplir con las pautas ya señaladas, debe de acuerdo al texto constitucional, “[l]egislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad” (art. 75, inc. 23, CN).

También la Constitución local se ha ocupado de delimitar los límites del legislador en tan delicada tarea al señalarle que “[l]egisla y promueve medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato entre varones y mujeres; niñez, adolescencia y juventud, sobre personas mayores y con necesidades especiales” (art. 80, inc. 7, CCABA).

En función de ello, serán analizadas más adelante las leyes sancionadas por el Congreso de la Nación y la Legislatura Local porteña que reglamentan los derechos señalados.

IV.6. Realizado el recorrido señalado, finalmente será preciso determinar los deberes y atribuciones que corresponden al Poder Ejecutivo local, en el marco del derecho que en este proceso se reclama.

Se ha adelantado que no resulta posible que el Poder Ejecutivo pretenda reglamentar los derechos consagrados en la Constitución Nacional y Local y el sistema internacional de derechos humanos.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

Sin perjuicio de ello, su tarea dista de ser menor. Es el encargado de lograr una efectiva “*gestión del derecho con causa primaria en la Constitución*” (D’ARGENIO, INÉS A., “Trascendencia Institucional del Litigio de Derecho Público”, en ISABELLA, DIEGO P., (dir.), *Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires –La Justicia Administrativa*, t. I, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2010, pp. 27-28). Pues, si la operatividad y el contenido del derecho surgen directamente de la urdimbre constitucional, la administración debe ser la encargada de garantizar su efectividad. Ello, “[e]s un razonamiento que se integra en el marco general de la *juridicidad que define el ejercicio de la función administrativa, sin intersticios, superando toda posibilidad de existencia de situaciones jurídicas subjetivas provenientes de una decisión o manifestación de poder*” (D’ARGENIO, INÉS A., *La Administración Pública. Crisis del Sistema Autoritario*, La Plata, Librería Editora Platense, 2012, p. 198).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Constitución Nacional y el artículo 10 de la Constitución de la Ciudad, toda la actividad que desarrolla el Gobierno de la Ciudad se encuentra subordinada a la Constitución, los tratados y las leyes.

IV.7. Una vez definida la actuación que cabe a los poderes Legislativo y Ejecutivo, será preciso discernir el escenario de intervención del Poder Judicial.

Si a partir de la trama constitucional el derecho que se reclama irrumpe con un contenido identificable, en aquellos casos en que se alegue su frustración por deficiencias en la reglamentación del Legislativo o por la actuación disfuncional de la administración, corresponde al Poder Judicial resolver el conflicto.

Es que, tal como ha señalado la CSJN en “*Q.C., S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo*”, los jueces deben controlar la razonabilidad de las medidas llevadas adelante por los restantes poderes a efectos de garantizar la efectividad del derecho. Una sentencia que se aleje de dicho parámetro en lugar de

expresar el gobierno del derecho determinaría su fracaso. Se cumpliría, en ese caso, el presagio de BENJAMIN, y la decisión adoptada estaría incluida en su aserción “[n]o hay nunca un documento de la cultura que no sea, a la vez, uno de la barbarie” (BENJAMIN, WALTER, “Sobre el Concepto de Historia”, en *Estética y Política*, Las Cuarenta, Buenos Aires, 2009, p. 138).

En conclusión, es el Poder Judicial el encargado de controlar la razonabilidad de las medidas llevadas adelante por los restantes poderes, y, en su caso, ordenar el cumplimiento del contenido que caracteriza al derecho en el dispositivo constitucional.

IV.8. Teniendo en cuenta estos parámetros, corresponde examinar el marco de protección que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a las *personas con discapacidad*.

IV.8.1. La CONSTITUCIÓN NACIONAL ha enfatizado la particular protección de la que resulta merecedor todo aquel que enfrenta discapacidad. En ese sentido, no considera suficiente garantizar la mera igualdad formal (conf. art. 16, CN), sino que impone asegurar una igualdad a la que podríamos denominar inclusiva. Así debe interpretarse el deber del Congreso de la Nación de “[l]egislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad” (art. 75, inc. 23, CN).

IV.8.2. Tal como se ha adelantado, el derecho en análisis es caracterizado, en particular por un tratado internacional de derechos humanos con jerarquía constitucional.

En este sentido, es necesario detenerse en la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, ratificada por el Congreso de la Nación a través de ley 26.378, publicada en el BO 31422 del 09/VI/2008, y elevada a jerarquía constitucional, en los términos del artículo 75 inciso 22 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, en el año 2014, por la ley 27.044, publicada en el BO 33035 del 22/XII/2014.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

El mentado instrumento internacional, en su artículo 1º, dispone: “[e]l propósito de la presente Convención 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. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Entre sus principios, en lo que aquí interesa, se destacan el respeto de la dignidad inherente, la no discriminación, la igualdad de oportunidades y la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad (conf. art. 3º, CDPD).

Los Estados Partes asumen por ello el compromiso de “[a]doptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención”, en particular las que resulten necesarias para “para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad” (conf. art. 4º, inc. 1, aps. a y b, CDPD). Como corolario deberán también “[a]bstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella” (conf. art. 4º, inc. 1, ap. d, CDPD).

En esa trama, se reconoce entre los derechos “que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna” (conf. art. 5º, inc. 1, CDPD). Como consecuencia de ello, los Estados parte asumen la obligación de prohibir “toda discriminación por motivos de discapacidad” y se comprometen a garantizar “a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo” (conf. art. 5º, inc. 2, CDPD). Además,

a efectos de “*promover la igualdad y eliminar la discriminación*”, deben adoptar “*todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables*” (conf. art. 5º, inc. 3, CDPD).

Adquiere particular desarrollo aquí el reconocimiento por los Estados Partes del derecho a “*gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad*”. Ello incluye el compromiso de adoptar medidas pertinentes “*para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud*” (conf. art. 25, CDPD). En ese sentido, deben proporcionarles “*programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas*” (conf. art. 25, inc. a), CDPD). En particular, brindarles “*servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores*” (conf. art. 25, inc. b), CDPD). Ello supone, a idéntico tiempo, el deber de impedir “*que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad*” (conf. art. 25, inc. f), CDPD).

La Convención enfatiza en particular el derecho de las personas con discapacidad a su habilitación y rehabilitación. Para garantizarlos, los Estados Partes deben adoptar medidas “*efectivas y pertinentes*”, para que “*puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de 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*” (conf. art. 26, CDPD).

En definitiva, todo el marco protectorio establecido en el instrumento se dirige a garantizar la equiparación de oportunidades, la igual dignidad y valor de las personas con discapacidad. Ello se traduce en la obligación de asegurarles un nivel de vida adecuado. En concreto, los Estados Partes reconocen este derecho, que “*incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

de vida”, comprometiéndose a adoptar “las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad” (conf. art. 28, inc. 1, CDPD).

Por su parte, nivel de vida adecuado se correlaciona con el derecho a la protección social. En este punto, los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad *“a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho.”* Se comprometen, entre otros, a asegurarles el acceso *“a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza,”* así como, en el caso que vivan ya en situación de pobreza a *“sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados,”* a la vez que se les reconoce el acceso en igualdad de condiciones *“a programas y beneficios de jubilación”* (conf. art. 28, inc. 2, CDPD).

Se ha adelantado ya que el Convenio crea un COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (conf. art. 34, CDPD), al cual los Estados Partes se comprometieron a presentar *“un informe exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la presente Convención y sobre los progresos realizados al respecto en el plazo de dos años contado a partir de la entrada en vigor de la presente Convención en el Estado Parte de que se trate”* (conf. art. 35, inc. 1), CDPD). Una vez cumplido ello, *“presentarán informes ulteriores al menos cada cuatro años y en las demás ocasiones en que el Comité se lo solicite”* (conf. art. 35, inc. 2, CDPD).

El Comité se encuentra facultado, respecto de tales informes, a efectuar *“las sugerencias y las recomendaciones que estime oportunas respecto a ellos y se las remitirá al Estado Parte de que se trate”* (conf. art. 36, CDPD).

También se ocupa el Comité de aprobar Observaciones Generales en las cuales explicita el alcance de la Convención para su aplicación por los Estados miembros.

IV.8.3. Una vez que se ha concluido el análisis de la Convención y se ha destacado la importancia de las decisiones y recomendaciones del Comité de Seguimiento, a las que se reputa integrantes de las condiciones de vigencia del instrumento (en los términos del artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional), resulta imperioso detenerse en ellas.

IV.8.3.1. En este sentido, el COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD se ha pronunciado sobre la situación de las personas que enfrentan discapacidad en Argentina en sus *Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina*, aprobadas en su octavo período de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012).

En aquella oportunidad señaló que “*en la armonización de la Convención con el ordenamiento jurídico nacional persisten importantes inconsistencias con los principios y mandatos de este tratado; especialmente, en lo relativo al igual reconocimiento de la persona con discapacidad ante la ley*”. Mostró a la vez preocupación porque “*no toda la legislación provincial del Estado parte esté armonizada con la Convención,*” situación que “*genera disparidades en la forma en la que a nivel local se entienden los derechos de las personas con discapacidad y a su efectiva implementación*” (párr. 5).

Por ello, instó a Argentina a que “*tome las medidas necesarias para armonizar toda su legislación a nivel federal, provincial y local con los preceptos de la Convención, contando para ello con la participación efectiva de las organizaciones de personas con discapacidad, en concordancia con el párrafo 3 del artículo 4 de la Convención*” (párr. 6) y a que “*promueva una estrategia amplia e integral para el logro de todos los derechos consagrados en la Convención, teniendo debidamente en cuenta el modelo de derechos humanos de la discapacidad*” (párr. 8).

En lo que al caso refiere, el Comité reconoció “*el avance positivo que significa la adopción del Certificado Único de Discapacidad (CUD)*.” Ahora bien, destacó su preocupación con fundamento en que “*su implementación no sea todavía*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

de alcance nacional y que existan disparidades en los criterios aplicados para otorgarlo”. Asimismo, señaló otra fuente de preocupación originada en que “algunas provincias todavía no se hayan adherido a la Ley N. 24901 sobre Prestaciones Básicas a favor de las personas con discapacidad” (párr. 9).

En consecuencia, instó a Argentina a “adoptar medidas para garantizar la efectiva implementación del CUD en todo el país y a estandarizar los criterios aplicados por el Servicio Nacional de Rehabilitación (SNR) y las Juntas Evaluadoras de cada Provincia para otorgarlo”. A idéntico tiempo la instó a “asegurar la adhesión de todas las Provincias a la Ley N.º 24901” (párr. 10).

Resulta necesario adelantar que el actor pretende le sea reconocido su derecho a acceder a dicho Certificado, razón por la cual las notas destacadas por las recomendaciones de la Comisión resultan de inestimable valor para la resolución del caso.

Corresponde destacar aquí que Argentina debía presentar el próximo informe periódico en octubre de 2014, pero ello no se produjo, toda vez que aceptó el ofrecimiento del Comité de presentar el segundo y tercer informe periódico en octubre de 2018.

En el transcurso de dicho lapso, diversas organizaciones de la sociedad civil señalaron la falta de implementación del Certificado Único de Discapacidad en la totalidad de las jurisdicciones subnacionales, en particular en la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. Ahora bien, tal como se podrá advertir más adelante, el caso de la Ciudad sufrió un cambio favorable a la luz de diversos convenios celebrados con autoridades nacionales tendientes a la implementación del Certificado Único.

Resta destacar que en los casos en que se encontraba implementado en las jurisdicciones subnacionales, las organizaciones alertaron respecto a la existencia de interpretaciones abusivas de la normativa que regula las condiciones para acceder al Certificado Único, señalando que carecen de instancias de revisión adecuadas.

Así, por ejemplo, en el informe alternativo sobre la Situación de la Discapacidad en la Argentina 2008-2012, presentado de manera conjunta por la RED POR LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (REDI), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la FEDERACIÓN ARGENTINA DE INSTITUCIONES DE CIEGOS Y AMBLÍOPES (FAICA), la FEDERACIÓN ARGENTINA DE ENTIDADES PRO ATENCIÓN A LAS PCD INTELLECTUAL (FENDIM) y la ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) ante el COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, en su 8º periodo de sesiones para su informe sobre la situación de Argentina, se advirtió: “[r]econocemos el avance que significa el Certificado Único de Discapacidad (CUD) dado que en nuestro país existe mucha disparidad entre las jurisdicciones (en relación con criterios, recursos económicos, profesionales, etc.). Es asimismo destacable que se haya unificado el criterio de evaluación a favor de la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y la Salud (CIF - más cercano al modelo social-, abandonando finalmente la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías CIDDIM -más cercano al modelo médico). No obstante, tenemos información de que aún no ha sido implementado en las jurisdicciones de Misiones, Santa Cruz y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Este último distrito aún continúa aplicando la CIDDIM sin que exista voluntad fehaciente de adherir al Certificado Único y sus criterios. Por otro lado, existen profundas diferencias entre los criterios aplicados por unas y otras jurisdicciones, y dentro de ellas, por cada una de las instituciones y juntas evaluadoras otorgantes de los certificados. Por ejemplo, en ciertos distritos los criterios son muy exigentes y en otros son más laxos, repercutiendo en el primero de los casos en algo tan sensible como el acceso a prestaciones básicas” (disponible en: <http://www.redi.org.ar/Documentos/Informes/Informe-alternativo-al-comite-sobre-los-derechos-de-las-personas.pdf> [fecha de consulta: 04/VI/2018]).

Dicha preocupación fue renovada en el nuevo informe alternativo correspondiente al periodo 2013-2017, donde se manifestó: “[e]n relación al Certificado Único de Discapacidad (CUD), que garantiza el acceso a prestaciones de salud fundamentales, se observan disparidades en los criterios para su otorgamiento, existiendo particulares barreras en el acceso al CUD por las personas con



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

discapacidad psicosocial (PCDPS).” En esta nueva oportunidad participaron, además de las antes mencionadas, la ASAMBLEA PERMANENTE POR LOS DERECHOS HUMANOS (APDH), la ASAMBLEA DE USUARIOS/AS DE SALUD MENTAL POR NUESTROS DERECHOS DE ROSARIO, la ASOCIACIÓN AZUL, la ASOCIACIÓN CIVIL ANDAR, la ASOCIACIÓN CIVIL CRÍOS, la ASOCIACIÓN CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA (ACIJ), la ASOCIACIÓN COLIBRÍ, la ASOCIACIÓN JUJEÑA DE AYUDA A PERSONAS CON ESQUIZOFRENIA Y FAMILIA (AJUPEF), la ASOCIACIÓN DE PADRES DE PERSONAS CON SÍNDROME DE DOWN (APPSIDO), el CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA EN DERECHOS HUMANOS "ALICIA MOREAU" – UNIVERSIDAD NACIONAL DE MAR DEL PLATA, la COMISIÓN DE INCLUSIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CIPeD), la UNIVERSIDAD NACIONAL DE SALTA, la COMISIÓN UNIVERSITARIA SOBRE DISCAPACIDAD (CUD), la UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA (UNLP), la FEDERACIÓN ARGENTINA DE ENFERMEDADES POCO FRECUENTES (FADEPOF), la FEDERACIÓN DE TALLERES PROTEGIDOS (FETAP), la FUNDACIÓN DESPEJARTE.COM, la FUNDACIÓN INTEGRANDO, la FUNDACIÓN TIGRE PARA LA INCLUSIÓN, FUNDACIÓN TOMAR ACCIÓN, la FUNDACIÓN RUMBOS, el INSTITUTO ESPECIALIZADO EN DERECHO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE ROSARIO, la MESA INTERSECTORIAL DE DISCAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS DE CÓRDOBA, el MOVIMIENTO DE UNIDAD DE CIEGOS Y AMBLIOPES DE ROSARIO (MUCAR), el OBSERVATORIO DE SALUD MENTAL Y DERECHOS HUMANOS DE CÓRDOBA y el PROGRAMA DE DISCAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS - FACULTAD DE DERECHO – UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO (disponible en: <http://www.redi.org.ar/Documentos/Informes/Informe-alternativo-Argentina-2017/Informe-Alternativo-Argentina.pdf> [fecha de consulta: 04/VI/2018]).).

IV.8.3.2. Continuando con el análisis de lo actuado por el COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, es necesario detenerse en su OBSERVACIÓN GENERAL N° 6, DEL 26/IV/2018, tendiente a aclarar el alcance de las

obligaciones de los Estados partes en relación con la igualdad y la no discriminación, consagradas en el artículo 5 ° de la Convención.

El Comité comienza destacando su preocupación por *“el hecho de que las leyes y políticas de los Estados partes sigan considerando la discapacidad desde la perspectiva del modelo médico o de beneficencia, a pesar de que esos modelos son incompatibles con la Convención. El uso persistente de esos paradigmas impide reconocer a las personas con discapacidad como plenos sujetos de derecho y titulares de derechos”* (párr. 2, Observación General 6, CsDPD).

En ese sentido, luego de destacar que *“[l]a ampliación de las leyes contra la discriminación y los marcos de derechos humanos ha permitido mejorar la protección de los derechos de las personas con discapacidad en muchos Estados partes,”* advierte que *“las leyes y los marcos regulatorios siguen siendo a menudo imperfectos e incompletos o ineficaces, o bien reflejan un conocimiento insuficiente del modelo de discapacidad basado en los derechos humanos. Muchas leyes y políticas nacionales perpetúan la exclusión y el aislamiento de las personas con discapacidad, así como la discriminación y la violencia contra ellas. No suelen reconocer la discriminación múltiple e interseccional ni la discriminación por asociación; no reconocen que la denegación de ajustes razonables constituye discriminación; y carecen de mecanismos eficaces de reparación jurídica y resarcimiento. Para muchos, esas leyes y políticas no entrañan discriminación por motivos de discapacidad, ya que están justificadas porque su propósito es proteger o atender a las personas con discapacidad o velar por su interés superior”* (párr. 3, Observación General 6, CsDPD).

En dicho contexto, el Comité destaca que *“[l]a igualdad y la no discriminación son dos de los principios y derechos más fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos. Dado que están intrínsecamente conectados con la dignidad humana, son la piedra angular de todos los derechos humanos”* (párr. 4, Observación General 6, CsDPD). Por ello, hace notar que *“[e]l término “dignidad” aparece en la Convención con más frecuencia que en ninguna otra convención de derechos humanos de las Naciones Unidas”* y que *“[l]a igualdad y la no*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

discriminación constituyen el núcleo de la Convención” (párrs. 6 y 7, Observación General 6, CsDPD).

El Comité interpreta que la Convención debe ser analizada bajo la óptica del modelo de discapacidad basado en los derechos humanos. En ese sentido, señala que “[l]os modelos médico o individual de la discapacidad impiden que se aplique el principio de igualdad a las personas con discapacidad. En el modelo médico de la discapacidad no se reconoce a las personas con discapacidad como titulares de derechos, sino que estas quedan “reducidas” a sus deficiencias. En estos modelos se considera la norma dispensar un trato diferencial o discriminatorio a las personas con discapacidad y excluirlas, y esa actitud se legitima mediante un enfoque de la discapacidad basado en la perspectiva médica”. Destaca que las interpretaciones y aún instrumentos internacionales que se basan en el modelo médico de la discapacidad conducen a que las “deficiencias” sean consideradas “motivo legítimo para restringir o denegar derechos” (párr. 8, Observación General 6, CsDPD).

Como contrapartida, el Comité destaca que “[e]l modelo de discapacidad basado en los derechos humanos reconoce que la discapacidad es una construcción social y que las deficiencias no deben considerarse un motivo legítimo para denegar o restringir los derechos humanos. Según ese modelo, la discapacidad es uno de los diversos estratos de identidad. Por lo tanto, las leyes y políticas de discapacidad deben tener en cuenta la diversidad de personas con discapacidad. Ese modelo también reconoce que los derechos humanos son interdependientes, indivisibles y están relacionados entre sí” (párr. 9, Observación General 6, CsDPD).

En ese punto, se advierten las consecuencias más notorias del cambio de paradigma. El Comité afirma que “[l]a igualdad de oportunidades, como principio general de la Convención en virtud del artículo 3, constituye un paso importante en la transición de un modelo de igualdad formal a un modelo de igualdad sustantiva. La igualdad formal lucha contra la discriminación directa tratando de manera similar a

las personas que están en situación similar. Puede ayudar a combatir los estereotipos negativos y los prejuicios, pero no puede ofrecer soluciones al “dilema de la diferencia”, ya que no tiene en cuenta ni acepta las diferencias entre los seres humanos. La igualdad sustantiva, en cambio, aborda también la discriminación indirecta y estructural, y tiene en cuenta las relaciones de poder. Admite que el “dilema de la diferencia” entraña tanto ignorar las diferencias entre los seres humanos como reconocerlas, a fin de lograr la igualdad” (párr. 10, Observación General 6, CsDPD).

En consecuencia, la igualdad reconocida por la Convención y exigible a los Estados partes es una igualdad inclusiva. Para el Comité “[l]a igualdad inclusiva es un nuevo modelo de igualdad que se desarrolla a lo largo de toda la Convención. Abarca un modelo de igualdad sustantiva, al tiempo que amplía y detalla el contenido de la igualdad en las dimensiones siguientes: a) una dimensión redistributiva justa para afrontar las desventajas socioeconómicas; b) una dimensión de reconocimiento para combatir el estigma, los estereotipos, los prejuicios y la violencia, y para reconocer la dignidad de los seres humanos y su interseccionalidad; c) una dimensión participativa para reafirmar el carácter social de las personas como miembros de grupos sociales y el reconocimiento pleno de la humanidad mediante la inclusión en la sociedad; y d) una dimensión de ajustes para dar cabida a la diferencia como aspecto de la dignidad humana. La Convención se basa en la igualdad inclusiva” (párr. 11, Observación General 6, CsDPD).

En el párrafo titulado “[e]l carácter jurídico de la no discriminación y la igualdad,” el Comité sostiene que “[l]a igualdad y la no discriminación son tanto principios como derechos. En la Convención se hace referencia a ambas, en el artículo 3 como principios y en el artículo 5 como derechos. También son un instrumento interpretativo de todos los demás principios y derechos consagrados en la Convención. Los principios y derechos de igualdad y no discriminación son una piedra angular de la protección internacional garantizada por la Convención. Promover la igualdad y luchar contra la discriminación son obligaciones transversales de cumplimiento inmediato, no están sujetas a un cumplimiento progresivo” (párr. 12, Observación General 6, CsDPD). En ese sentido, sostiene que



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

“[e]l artículo 5 de la Convención... establece de por sí un derecho autónomo independiente de otras disposiciones. Prohíbe la discriminación de iure o de facto en cualquier ámbito regulado y protegido por las autoridades públicas” (párr. 13, Observación General 6, CsDPD).

Una vez establecidas las bases a través de las cuales el Comité aclarará las obligaciones de los Estados partes respecto de los derechos a la igualdad y a la no discriminación de las personas con discapacidad, se determina su contenido específico.

En primer lugar, el Comité analiza el alcance del artículo 5, párrafo 1 de la Convención sobre la igualdad ante la ley y en virtud de ella. Señala que la expresión “igualdad ante la ley” describe el derecho de las personas *“a la igualdad de trato por ley y también en la aplicación de la ley, como ámbito”*. Ahora bien, la “igualdad en virtud de la ley,” sostiene, *“es un concepto exclusivo de la Convención”*. Dicha expresión *“[h]ace referencia a la posibilidad de entablar relaciones jurídicas. Si bien la igualdad ante la ley se refiere al derecho a recibir protección de la ley, la igualdad en virtud de la ley se refiere al derecho a utilizar la ley en beneficio personal. Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir protección de manera efectiva y a intervenir de manera positiva. La propia ley garantizará la igualdad sustantiva de todas las personas de una jurisdicción determinada. Por lo tanto, el reconocimiento de que todas las personas con discapacidad son iguales en virtud de la ley significa que no deben existir leyes que permitan denegar, restringir o limitar específicamente los derechos de las personas con discapacidad, y que deben incorporarse las consideraciones relativas a la discapacidad en todas las leyes y políticas”* (párr. 14, Observación General 6, CsDPD).

El Comité advierte que tal hermenéutica de los términos “igualdad ante la ley” e “igualdad en virtud de la ley” está en consonancia con el artículo 4, inciso 1, apartados b) y c) de la Convención. Atento a ello, *“los Estados partes deben velar por*

que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en la Convención; se modifiquen o deroguen las leyes, los reglamentos, las costumbres y las prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; y se tengan en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad” (párr. 15, Observación General 6, CsDPD).

En segundo lugar, el Comité determina el alcance del artículo 5, párrafo 1, del Convenio, sobre el derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida. Aduce que la expresión “igual protección legal” es utilizada “*para exigir que los órganos legislativos nacionales se abstengan de mantener o generar discriminación contra las personas con discapacidad al promulgar leyes y formular políticas*”. A idéntico tiempo señala que al leer el artículo 5 en conjunción con los artículos 1, 3 y 4 de la Convención “*resulta evidente que los Estados partes deben adoptar medidas positivas para facilitar que las personas con discapacidad disfruten en igualdad de condiciones de los derechos garantizados en la legislación. Con frecuencia deben proporcionar accesibilidad, ajustes razonables y apoyos individuales. A fin de garantizar la igualdad de oportunidades para todas las personas con discapacidad, se emplea la expresión “beneficiarse de la ley en igual medida”, lo que significa que los Estados partes deben eliminar las barreras que obstaculizan el acceso a todos los tipos de protección de la ley y a los beneficios de la igualdad de acceso a la ley y la justicia para hacer valer sus derechos*” (párr. 16, Observación General 6, CsDPD).

En tercer lugar, el Comité analiza el alcance del artículo 5, párrafo 2, de la Convención sobre la prohibición de la discriminación y la protección legal igual y efectiva.

El Comité señala que “[e]l artículo 5, párrafo 2, contiene los requisitos jurídicos para el logro de la igualdad de derechos de las personas con discapacidad y las personas asociadas a ellas.” En efecto, para el Comité “[l]a obligación de garantizar a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo tiene un gran alcance e impone a los Estados partes obligaciones positivas de protección. La protección contra la



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

discriminación por motivos de discapacidad comprende todas *“las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”*. Para el Comité una de las innovaciones que en esta materia establece la Convención es justamente la de incluir *“la “denegación de ajustes razonables” como forma de discriminación por motivos de discapacidad;”* la restante, la de incorporar la expresión *“en igualdad de condiciones”*. Ello *“significa que no se otorgará a las personas con discapacidad ni más ni menos derechos o prestaciones que a la población en general. Por otra, exige que los Estados partes adopten medidas específicas concretas para lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad a fin de que puedan disfrutar realmente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”* (párr. 17, Observación General 6, CsDPD).

Entre las formas de discriminación que el Comité destaca y que resultan atinentes al conflicto que motiva los presentes actuados, cabe destacar:

a) La *“discriminación indirecta,”* en cuanto significa que *“las leyes, las políticas o las prácticas son neutras en apariencia, pero perjudican de manera desproporcionada a las personas con discapacidad. Se produce cuando una oportunidad, que en apariencia es accesible, en realidad excluye a ciertas personas debido a que su condición no les permite beneficiarse de ella;”*

b) La *“denegación de ajustes razonables”*, en cuanto constituye discriminación que se denieguen *“las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas (que no impongan una “carga desproporcionada o indebida”) cuando se requieran para garantizar el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de derechos humanos o libertades fundamentales”* (párr. 18, Observación General 6, CsDPD).

Esto último conduce a la interpretación que, en cuarto lugar, el Comité efectúa sobre el artículo 5, párrafo 3, de la Convención sobre el alcance de la obligación de adoptar ajustes razonables.

El Comité afirma que “[l]os ajustes razonables son una parte intrínseca de la obligación, de cumplimiento inmediato, de no discriminar en el contexto de la discapacidad” (párr. 23, Observación General 6, CsDPD).

Establece que “[a]l ser una obligación ex nunc, los ajustes razonables, deben realizarse desde el momento en que una persona con discapacidad requiera acceder a situaciones o entornos no accesibles, o quiera ejercer sus derechos. Los ajustes razonables son solicitados a menudo, aunque no necesariamente, por la persona que requiere el acceso o los representantes de una persona o un grupo de personas facultados para hacerlo. Los ajustes razonables deben negociarse con el solicitante o los solicitantes. En determinadas circunstancias, los ajustes razonables realizados pasan a ser un bien público o colectivo. En otros casos, solo beneficiarán a quienes los solicitan. La obligación de realizar ajustes razonables es una obligación reactiva individualizada, que debe atenderse desde el momento en que se recibe una solicitud de ajustes. Los ajustes razonables exigen que el garante de los derechos entable un diálogo con la persona con discapacidad. Es importante señalar que la obligación de proporcionar ajustes razonables no se limita a situaciones en que una persona con discapacidad haya pedido un ajuste o en que se pueda demostrar que el garante de los derechos en cuestión era consciente de que esa persona tenía una discapacidad. También se aplica cuando el posible garante de los derechos debería haberse dado cuenta de que la persona en cuestión tenía una discapacidad que tal vez obligara a realizar ajustes para que esta pudiera superar obstáculos al ejercicio de sus derechos” (párr. 24, Observación General 6, CsDPD).

Para el Comité la expresión “ajustes razonables” es un único término y la razonabilidad del ajuste “hace referencia a su pertinencia, idoneidad y eficacia para la persona con discapacidad. Por tanto, un ajuste es razonable si logra el objetivo (o los objetivos) para el que se realiza y si está diseñado para satisfacer los requerimientos de la persona con discapacidad” (párr. 25, Observación General 6, CsDPD).

IV.8.4. Una vez que se ha analizado lo actuado por el Comité resulta necesario destacar también que la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS sostuvo que “toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos” (Corte IDH, “Caso Furlán y familiares vs. Argentina”, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 31/VIII/2012, párr. 134). Concretamente, en cuanto a la obligación que pesa en cabeza de los Estados, el citado TRIBUNAL afirmó que “es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad [por lo que deben] propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad.”

IV.8.5. Finalmente, cabe destacar que la Constitución local se ha ocupado también de garantizar los derechos de las personas con discapacidad al establecer que “[l]a Ciudad garantiza a las personas con necesidades especiales el derecho a su plena integración, a la información y a la equiparación de oportunidades”. Para cumplir tan alto propósito “[e]jecuta políticas de promoción y protección integral, tendientes a la prevención, rehabilitación, capacitación, educación e inserción social y laboral.” El sistema de protección se complementa con la decisión de organizar “...el desarrollo del hábitat libre de barreras naturales, culturales, lingüísticas, comunicacionales, sociales, educacionales, arquitectónicas, urbanísticas, del transporte y de cualquier otro tipo, y la eliminación de las existentes” (conf. art. 42, CCABA).

A idéntico tiempo, a la hora de definir el régimen de empleo público, la Constitución asegura “un cupo del cinco por ciento del personal para las personas con necesidades especiales, con incorporación gradual en la forma que la ley determine” (conf. art. 43, CCABA).

Siguiendo la mejor tradición protectoria, también se ocupa por asegurar un nuevo paradigma de igualdad. Afirma que “[t]odas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo. La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad (art. 11, CCABA)”

En ese sentido, el constituyente dirigió a la Legislatura de la Ciudad (artículo 80, inciso 7, CCABA) mandato idéntico al establecido en el artículo 75 inciso 23 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, anteriormente citado.

Resulta relevante destacar también el generoso reconocimiento que la Constitución de la Ciudad confiere al derecho a la salud, que sufre una caracterización especial cuando se trata de personas con discapacidad. Así, en su artículo 20 “*garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente.*” En función de ello, “[s]e aseguran a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad”.

La Constitución impone a la Legislatura el deber de sancionar una ley Básica de Salud. Entre otros lineamientos, dicho instrumento debe, en lo que aquí importa, garantizar “*la prevención de la discapacidad y la atención integral de personas con necesidades especiales*” (conf. art. 21, inc. 7, CCABA).

En lo que al caso refiere, debe considerarse también el lineamiento a través del cual la ley debe desarrollar “*una política de medicamentos que garanti[ce] eficacia, seguridad y acceso a toda la población. Promueve el suministro gratuito de medicamentos básicos*” (conf. art. 21, inc. 10, CCABA).



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

En dicho contexto, la Ciudad ejerce su función indelegable de autoridad sanitaria (conf. art. 22, CCABA).

IV.8.6. Siguiendo el orden anteriormente establecido, resulta necesario detenerse ahora en la reglamentación que el Congreso de la Nación ha efectuado del *derecho de las personas con discapacidad*.

Corresponde alertar, en primer término, que los textos normativos vigentes que refieren a derechos de personas con discapacidad difieren en el modo en que conceptualizan a esta última, razón que justifica un mayor esfuerzo interpretativo (conf. SEDA, JUAN ANTONIO, *Discapacidad y Derechos. Impacto de la Convención sobre Derechos de las personas con discapacidad*, Jusbaire, Buenos Aires, 2017, p. 43).

Únicamente se hará referencia aquí a las que guardan vínculo directo con el conflicto que suscita los presentes actuados.

IV.8.6.1. En primer lugar, el decreto-ley 22.431, publicado en BO 24632 del 20/III/1981, instituye “*un sistema de protección integral de las personas discapacitadas, tendiente a asegurar a éstas su atención médica, (...) y su seguridad social, así como a concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca y les den oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas normales*” (art. 1°).

El autoproclamado sistema de protección integral posee, en los términos del decreto-ley, tres ejes centrales: garantizar derechos a la salud y a la seguridad social y adoptar medidas de acción positiva tendientes a eliminar toda discriminación que pudieran sufrir, a través de franquicias y estímulos. En este punto, resulta relevante destacar las obligaciones asumidas en materia de facilitar el acceso a educación, trabajo y transporte.

Cabe indicar que en el texto original, el artículo 3° del el decreto-ley 22.431 establecía que “[1]a Secretaría de Estado de Salud Pública certificará en cada caso la existencia de la discapacidad, su naturaleza y su grado, así como las posibilidades de rehabilitación del afectado. Dicha Secretaría de Estado indicará también, teniendo en cuenta la personalidad y los antecedentes del afectado, qué tipo de actividad laboral o profesional puede desempeñar.

El certificado que se expida acreditará plenamente la discapacidad en todos los supuestos en que sea necesario invocarla, salvo lo dispuesto en el artículo 19 de la presente ley”.

La última norma citada, en su artículo 19, señalaba que “[e]n materia de jubilaciones y pensiones, la discapacidad se acreditará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 33 y 35 de la ley 18.037 (t.o. 1976) y 23 de la ley 18.038 (t.o. 1980)”.

Más adelante se analizarán las reformas sufridas por dicho texto, intrínsecamente vinculado con la pretensión articulada en estos actuados.

IV.8.6.2. En segundo lugar, la ley 24.901, publicada en el BO 28789 del 05/XII/1997, instituye “*un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos*” (art. 1°).

El mentado sistema, con eje en prestaciones de salud y en el concepto de cobertura integral, comprende en su trama prestaciones estatales, a través de obras sociales y de empresas de medicina prepaga.

Nuevamente, para acceder a los beneficios resulta indispensable la certificación de discapacidad. La ley prevé que “[a] *los efectos de la presente ley, la discapacidad deberá acreditarse conforme a lo establecido por el artículo 3° de la ley 22.431 y por leyes provinciales análogas*” (art. 10).

IV.8.6.3. Resulta, en consecuencia, necesario seguir los cambios que se produjeron en las condiciones para acceder al certificado que abría a las personas discapacitadas el acceso al sistema de protección organizado para garantizarles igualdad inclusiva. A idéntico tiempo, se podrán advertir los sucesivos cambios de autoridades administrativas a las que se asignó tan difícil responsabilidad.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

Con posterioridad a la entrada en vigencia de ley 24.901, se produjo la sustitución del artículo 3° del decreto-ley 22.431. En ese sentido, en la redacción dada por la ley 25.504, dicho artículo quedó redactado de la siguiente forma “[e]l *Ministerio de Salud de la Nación certificará en cada caso la existencia de la discapacidad, su naturaleza y su grado, así como las posibilidades de rehabilitación del afectado. Dicho ministerio indicará también, teniendo en cuenta la personalidad y los antecedentes del afectado, qué tipo de actividad laboral o profesional puede desempeñar.*

El certificado que se expida se denominará Certificado Único de Discapacidad y acreditará plenamente la discapacidad en todo el territorio nacional en todos los supuestos en que sea necesario invocarla, salvo lo dispuesto en el artículo 19 de la presente ley.

Idéntica validez en cuanto a sus efectos tendrán los certificados emitidos por las provincias adheridas a la Ley 24.901, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que se establezcan por reglamentación”.

La ley 24.901 fue reglamentada mediante el anexo del decreto 1193/PEN/98, publicado en el BO 29000 del 14/X/1998, por el cual se estableció que “[e]l *Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con discapacidad tiene como objeto garantizar la universalidad de la atención de dichas personas mediante la integración de políticas, recursos institucionales y económicos afectados a dicha temática.*

La Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas será el organismo regulador del "Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad"; elaborará la normativa relativa al mismo la que incluirá la definición del Sistema de Control Interno juntamente con la Sindicatura General de la Nación; contará para su administración con un Directorio cuya composición, misión, funciones y normativa de

funcionamiento se acompaña como Anexo A del presente; y propondrá a la Comisión Coordinadora del Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica, el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad” (conf. art. 1º, anexo I).

Mediante el artículo 8º del Anexo I del decreto 1193/PEN/98, se estableció que “[l]as provincias y 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”.

A su vez, se determinó que “[e]l Ministerio de Salud y Acción Social será la autoridad encargada de establecer los criterios y elaborar la normativa de evaluación y certificación de discapacidad. El certificado de discapacidad se otorgará previa evaluación del beneficiario por un equipo Interdisciplinario que se constituirá a tal fin y comprenderá la siguiente información: a) Diagnóstico funcional, b) Orientación prestacional, la que se incorporará al Registro Nacional de Personas con Discapacidad” (conf. art. 10, Anexo I, decreto 1193/PEN/98).

Finalmente, mediante el artículo 2º del decreto 1193/PEN/98 se facultó al MINISTERIO DE SALUD Y ACCIÓN SOCIAL a dictar juntamente con la COMISIÓN NACIONAL ASESORA PARA LA INTEGRACIÓN DE PERSONAS DISCAPACITADAS (CONADIS), las normas aclaratorias y complementarias que resulten necesarias para la aplicación de la reglamentación que se aprobó por ese decreto.

En tales condiciones, fue el SERVICIO NACIONAL DE REHABILITACIÓN, creado mediante el decreto 703/PEN/95, publicado en el BO 28150 del 24/V/1995, como SERVICIO NACIONAL DE REHABILITACIÓN Y PROMOCIÓN DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD, dependiente del MINISTERIO DE SALUD, el organismo encargado de establecer los criterios para certificar la discapacidad. En efecto, el decreto 1460/PEN/96, publicado en el BO 28549 del 23/XII/1996, le había acordado la facultad de “[e]jecutar las acciones de prevención de la discapacidad y de rehabilitación, integración y promoción de la persona con discapacidad” y, en particular, la de “[i]nstrumentar, en coordinación con los organismos competentes los



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

criterios de certificación de la discapacidad”, a través de su DIRECCIÓN DE PROMOCIÓN DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.

En dicho marco, el SERVICIO NACIONAL DE REHABILITACIÓN emitió las disposiciones que, en lo que al caso interesa, establecieron las normas para la certificación de la discapacidad visual. En efecto, la primera de ellas fue la disposición 213/SNR/2002, publicada en el BO 30656 del 18/V/2005, que fue dejada sin efecto por el art. 2° de la disposición 2230/SNR/2012, publicada en el BO 32352 del 07/III/2012. A su vez, esta última fue dejada sin efecto por el art. 3° de la disposición 639/SNR/2015, publicada en el BO 33181 del 29/VII/2015, actualmente vigente.

Por su parte, la ley 25.504, publicada en el BO 29795 del 13/XII/2001, modificó nuevamente el artículo 3° del decreto-ley 22.431, el que quedó redactado de la siguiente forma: “[e]l Ministerio de Salud de la Nación certificará en cada caso la existencia de la discapacidad, su naturaleza y su grado, así como las posibilidades de rehabilitación del afectado. Dicho ministerio indicará también, teniendo en cuenta la personalidad y los antecedentes del afectado, qué tipo de actividad laboral o profesional puede desempeñar.

El certificado que se expida se denominará Certificado Único de Discapacidad y acreditará plenamente la discapacidad en todo el territorio nacional en todos los supuestos en que sea necesario invocarla, salvo lo dispuesto en el artículo 19 de la presente ley.

Idéntica validez en cuanto a sus efectos tendrán los certificados emitidos por las provincias adheridas a la Ley 24.901, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que se establezcan por reglamentación” (conf. art. 1°).

Ahora bien, mediante el decreto de necesidad y urgencia 698/PEN/2017, publicado en el B.O. 33703 del 06/IX/2017, se creó la AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD (en adelante, AND) “*como organismo descentralizado en la órbita de la Secretaria General de la Presidencia de la Nación, que tendrá a su cargo el diseño,*

coordinación y ejecución general de las políticas públicas en materia de discapacidad, la elaboración y ejecución de acciones tendientes a promover el pleno ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad y la conducción del proceso de otorgamiento de las pensiones por invalidez y las emergentes de las Leyes N° 25.869 y N° 26.928 en todo el territorio nacional...” (conf. art. 1°). En lo que respecta a las condiciones que habilitaban el dictado de dicha medida, se aludió a que *“la urgencia en la adopción de la presente medida hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes”*.

Se estableció, asimismo, que la AND tendría *“autarquía económica financiera y personería jurídica propia”* y que su conducción estaría *“a cargo de un (1) Director Ejecutivo, con rango y jerarquía de Secretario, y un (1) Subdirector Ejecutivo, con rango y jerarquía de Subsecretario, ambos designados por el Poder Ejecutivo Nacional”* (conf. art. 2°).

Mediante el artículo 4°, se suprimió el art. 23 bis de la Ley de Ministerios (texto ordenado por Decreto N° 438/92) y sus modificatorias, correspondiente al MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, que le aseguraba la competencia de *“Intervenir en la elaboración y ejecución de acciones tendientes a lograr el desarrollo de las personas con capacidades especiales”*.

Asimismo, conforme el artículo 5°, se suprimió la COMISIÓN NACIONAL ASESORA PARA LA INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CONADIS), y se estableció que la AND sería su continuadora, a cuyos fines se transfirieron a su órbita *“los créditos presupuestarios, bienes, personal y dotaciones vigentes a la fecha, con sus respectivos niveles, grados de revista y Funciones Ejecutivas previstas en el Decreto N° 2098/08 y modificatorios...”* (conf. art. 6°).

Luego, mediante el decreto 868/PEN/17, publicado en el BO 33739 del 27/X/2017, se creó *“en la órbita de la Agencia Nacional de Discapacidad, organismo descentralizado en la órbita de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación, el Programa Nacional “Plan Nacional de Discapacidad”, que tendrá como objetivo la construcción y propuesta, a través de una acción participativa y en coordinación con las distintas áreas y jurisdicciones de la Administración Pública Nacional, de la*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, provinciales y municipales, con competencia en la materia, y con las Organizaciones de la Sociedad Civil, en especial las Organizaciones No Gubernamentales de y para las personas con discapacidad, de políticas públicas tendientes a la plena inclusión social de las personas con discapacidad, contemplando los principios y obligaciones comprometidos por medio de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley N° 26.378” (conf. art. 1°).

A tales fines, se creó también la COMISIÓN INTERMINISTERIAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD, *“la cual estará presidida, con carácter honorario, por la Vicepresidenta de la Nación e integrada por los Ministerios y Organismos con competencia en la materia, con el objeto de elaborar, propiciar y evaluar la planificación y ejecución coordinada del “Plan Nacional de Discapacidad” (conf. art. 2°).*

Dicho Plan Nacional de Discapacidad puede descargarse de la página oficial de la AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD y afirma, entre otras cuestiones, que *“de las jornadas participativas y las audiencias mantenidas, [surge] la necesidad de agilizar el trámite de otorgamiento del Certificado Único de Discapacidad. Por ello, en el marco de las competencias de la Agencia Nacional de Discapacidad, para el año 2018 se prevé un relevamiento del estado de situación de las juntas evaluadoras en el país y la evaluación y diseño de estrategias para facilitar el acceso de las personas a la certificación de la discapacidad” (disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/plan-nacional-de-discapacidad> [fecha de consulta: 05/VI/2018]).*

Las competencias de la AND fueron delimitadas mediante el decreto 49/PEN/2018, publicado en el BO 33834 del 19/III/2018, por cuyo art. 1° se aprobó la estructura organizativa de segundo nivel operativo. Así, mediante el Anexo II integrante del decreto, se estableció que la DIRECCIÓN NACIONAL DE POLÍTICAS Y

REGULACIÓN DE SERVICIOS de la DIRECCIÓN DE REHABILITACIÓN PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD tendría, entre otras, las siguientes acciones: “[a]sistir al Director Nacional en la elaboración de los criterios nacionales de certificación y valoración de la discapacidad y efectuar el contralor de su aplicación uniforme en todo el territorio” y “[e]ntender en la elaboración de los criterios nacionales de certificación y valoración de la discapacidad”.

Posteriormente, el Poder Ejecutivo nacional emitió otro decreto de necesidad y urgencia, el 95/PEN/2018, invocando como causa fáctica habilitante “[q]ue la integración plena y la efectiva participación de las personas con discapacidad en la sociedad, en igualdad de condiciones, constituye un imperativo del Estado que impide ajustarse a los tiempos previstos para la sanción por vía ordinaria de una Ley”.

Mediante el mismo, se sustituyó nuevamente el texto del artículo 3° del decreto-ley 22.431, el que quedó redactado del siguiente modo (y así continúa a la fecha): “[l]a Agencia Nacional de Discapacidad, dependiente de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación, certificará en cada caso la existencia de la discapacidad, su naturaleza y su grado, así como las posibilidades de rehabilitación del afectado e indicará, teniendo en cuenta la personalidad y los antecedentes del afectado, qué tipo de actividad laboral o profesional puede desempeñar.

El certificado que se expida se denominará Certificado Único de Discapacidad y acreditará plenamente la discapacidad en todo el territorio nacional, en todos los supuestos en que sea necesario invocarla, salvo lo dispuesto en el artículo 19 de la presente Ley.

Idéntica validez en cuanto a sus efectos tendrán los certificados emitidos por las provincias adheridas a la Ley N° 24.901, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que se establezcan por reglamentación” (conf. art. 8°, DNU 95/PEN/18).

Mediante dicho DNU, el Poder Ejecutivo nacional decretó la supresión del SERVICIO DE REHABILITACIÓN y transfirió a la AND todas sus “responsabilidades primarias y acciones, los créditos presupuestarios, bienes, personal y dotaciones vigentes a la fecha, con sus respectivos niveles, grados de revista y Funciones



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

Ejecutivas previstas en el Decreto N° 2098/08 y modificatorios” (conf. art. 5°, DNU 95/PEN/18).

Asimismo, se modificó la Ley de Ministerios, en lo que respecta a las competencias del MINISTERIO DE SALUD de la Nación, quedando redactada la competencia 38 del siguiente modo: “[i]ntervenir, en coordinación con la Agencia Nacional de Discapacidad, organismo descentralizado en la órbita de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación, en la elaboración de las normas, políticas y respectivos programas vinculados con la discapacidad y rehabilitación integral” (conf. art. 4°, DNU 95/PEN/18).

Ahora bien, en lo que hace a la normativa para la certificación de la discapacidad visual, pese a la supresión del SERVICIO NACIONAL DE REHABILITACIÓN por medio del artículo 5°, DNU 95/PEN/18, la AND no emitió norma alguna que dejara sin efecto la disposición 639/SNR/2015, por lo que continúa vigente.

IV.8.7. Reseñado el marco normativo nacional en lo que hace al *derecho de las personas con discapacidad*, corresponde ahora examinar su reglamentación en el orden local.

Por su parte, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, como se adelantó, establece que la legislatura local debe sancionar una Ley Básica de Salud, en la que se garantice la prevención de la discapacidad y la atención integral de personas con necesidades especiales (artículo 21 inciso 7°). Como consecuencia, el artículo 1° de la ley 153, LEY BÁSICA DE SALUD, calificó de “*integral*” la protección al derecho a la salud.

Asimismo, cabe señalar que la Constitución local, en el capítulo referido al derecho al trabajo y a la seguridad, asegura un cupo mínimo del cinco por ciento del personal que se desempeña en el empleo público para las personas con necesidades especiales, con incorporación gradual en la forma que la ley determine. Dicha ley fue sancionada bajo el número 1502, publicada en el BOCBA N° 2210 del 13/VI/2005.

Asimismo, la Legislatura de la Ciudad sancionó la ley 447, publicada en el BOCBA 1022 del 07/IX/2000, denominada “*Ley Marco de las Políticas para la Plena Participación e Integración de las Personas con Necesidades Especiales*”.

En otro orden de ideas, cabe destacar que mediante la ley 4036, publicada en el BOCBA 3851 del 09/II/2012, se estableció que “[e]l Gobierno de la Ciudad tendrá a su cargo la implementación de políticas sociales para garantizar el desarrollo progresivo integral de las personas con discapacidad, su cuidado y rehabilitación” (conf. art. 24).

IV.8.8. Resta detenerse en la actividad desarrollada por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires vinculada a los derechos de las personas con discapacidad.

Mediante el Convenio 10/GCABA/06, publicado en el BOCBA 2442 del 19/V/2006, titulado CONVENIO MARCO DE COOPERACIÓN TÉCNICA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL CERTIFICADO DE DISCAPACIDAD, el MINISTERIO DE SALUD Y AMBIENTE de la Nación y el GCBA acordaron que el primero, a través del Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad, proporcionará al segundo, “*asistencia técnica y científica necesaria para la evaluación y valoración de la discapacidad, de acuerdo con la clasificación vigente y nuevos criterios de clasificación internacional (CIF u otros que se apliquen), a los efectos de extender los correspondientes Certificados de Discapacidad en el marco de lo establecido por el artículo 3° de la Ley N° 22.431*” (conf. cláusula primera). De tal modo, se acordó que el GCBA, “*a través de los profesionales debidamente capacitados, otorgará Certificados de Discapacidad, de conformidad con la Ley N° 22.431, a toda persona con discapacidad que acredite residencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*” (conf. cláusula quinta).

En dicho convenio se dejó aclarado que “*no importa adhesión del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad, instituido por la Ley N° 24.901*” (conf. cláusula octava).

Se previó una vigencia de dos años desde la fecha de su firma, renovándose automáticamente por igual periodo, salvo comunicación fehaciente de



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

una de las partes haciendo saber a la otra su voluntad de rescindirlo (conf. cláusula novena).

Luego, se emitió el decreto 795/GCABA/07, publicado en el BOCBA 2702 del 11/VI/2007, por el cual se determinó que el Ministerio de Salud del GCBA *“emitirá los certificados previstos en la Ley N° 22.431, a favor de las personas con necesidades especiales que residan en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de los establecimientos asistenciales que al efecto establezca y con los profesionales que designe”* (conf. art. 1°). A tales fines, se facultó a dicho MINISTERIO DE SALUD *“para dictar las normas de procedimientos y aprobar los requisitos y documentos necesarios”* (conf. art. 2°).

Posteriormente, el titular del MINISTERIO DE SALUD del GCBA emitió la resolución 1562/GCABA/MSGC/07, publicada en el BOCBA 2739 del 03/VIII/2007, por la cual estableció que *“los Hospitales Generales de Agudos Parmenio Piñero y José María Penna, Instituto de Rehabilitación Psicofísica; Hospital de Rehabilitación Manuel Rocca; Hospital Oftalmológico Santa Lucía y Hospital de Emergencias Psiquiátricas Torcuato de Alvear, emitirán los certificados de discapacidad, en el horario y días consignados en el Anexo I, con las juntas evaluadoras integradas por los profesionales que en él se consignan”* (conf. art. 1°).

Luego, en fecha 03/VI/2014 se celebró el Convenio Específico de Cooperación Técnica 15969/GCABA/MSGC/14, entre el SERVICIO NACIONAL DE REHABILITACIÓN y el MINISTERIO DE SALUD del GCBA. El objeto del mismo fue regular y definir las acciones de colaboración necesarias para dar cumplimiento al Convenio 10/GCABA/06, *“a efectos de favorecer una descentralización planificada y organizada que permita propiciar la accesibilidad al Certificado Único de Discapacidad, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución N° 675/2009 del Ministerio de Salud de la Nación”* (conf. cláusula primera).

En dicho marco, el Servicio Nacional de Rehabilitación se comprometió a brindar asistencia técnica y científica necesaria para la evaluación y valoración de la discapacidad al recurso humano que el MINISTERIO DE SALUD determine, en relación a los siguientes aspectos:

“1. La aplicación de la Clasificación Internacional de Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) como herramienta de evaluación en la certificación de Personas con Discapacidad y la adecuada confección de protocolos de evaluación.

2. La carga de datos en el sistema informático del Registro Único de Personas con Discapacidad a cargo del ‘Servicio Nacional’.

3. La adecuada aplicación de los criterios de valoración de la discapacidad establecidos por el ‘Servicio Nacional’, a través de la normativa dictada a tal efecto.

4. La constitución de las juntas interdisciplinarias evaluadoras de personas con discapacidad” (conf. cláusula segunda).

Asimismo, se acordó que el SERVICIO NACIONAL DE REHABILITACIÓN ejercerá *“la supervisión, sea virtual como en terreno, tanto de la certificación de discapacidad que efectúe ‘El Ministerio’, como de la carga de datos que se realice en el Registro Único de Personas con Discapacidad a cargo del ‘Servicio Nacional’”* (conf. cláusula tercera, inc. 3).

A su vez, el MINISTERIO DE SALUD del GCBA se comprometió a:

“1. Otorgar el Certificado Único de Discapacidad, y llevar un Registro de Personas con Discapacidad en el que se inscribirá la titularidad de los Certificados otorgados.

2. Aplicar la Clasificación Internacional de Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) aprobada por la Organización Mundial de la Salud, para la evaluación y certificación de la discapacidad en las respectivas jurisdicciones.

3. Utilizar la normativa específica aprobada por el ‘Servicio Nacional’ en relación a los criterios vigentes de valoración de la discapacidad.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

4. Adoptar el Modelo de Certificado Único de Discapacidad al que se refiere el artículo 3° de la Ley N° 22.431 (modificado por la Ley N° 25.504) y el Protocolo de Evaluación y Certificación de la Discapacidad, aprobado mediante Resolución N° 675/2009 del Ministerio de Salud de la Nación” (conf. cláusula cuarta).

Finalmente, se acordó una vigencia de dos años desde la fecha de su firma, renovándose automáticamente por periodos iguales y consecutivos de dos años, hasta que alguna de las partes comunique fehacientemente a la otra su voluntad de rescindirlo (conf. cláusula sexta).

Seguidamente, mediante la resolución 1220/GCABA/MSGC/14, publicada en el BOCBA 4473 del 04/IX/2014, luego de aprobar “*el listado de profesionales que podrán integrar la Juntas Evaluadoras para la certificación de la discapacidad*” (conf. art. 1° y anexo), se delegaron “*en la Dirección General de Redes y Programas de Salud, de conformidad con las misiones y funciones asignadas a la misma, las facultades de dictar las normas de procedimientos, aprobar los requisitos y documentos y realizar las acciones necesarias para el cumplimiento del proceso de certificación de discapacidad en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*” (conf. art. 2°).

Finalmente, mediante la resolución 852/GCABA/MSGC/15, publicada en el BOCBA 4652 del 05/VI/2015, se aprobó: el “*Protocolo para la Evaluación de la Discapacidad*”, que “*como anexo IV, por IF 2015-12801246-DGRyPS, forma parte integrante de la presente*” (conf. art. 9°); el formulario “*Denegatoria y Reconsideración Denegatoria del Certificado de Discapacidad*” que “*como Anexo V, por IF 2015- 12801668-DGRyPS, forma parte integrante de la presente*” (conf. art. 10); y reiterando los términos empleados en el art. 2° de la resolución 1220/GCABA/MSGC/14, se delegaron “*en la Dirección General de Redes y Programas de Salud, de conformidad con las misiones y funciones asignadas a la misma, las facultades de dictar las normas de procedimientos, aprobar los requisitos*

y documentos y realizar las acciones necesarias para el cumplimiento del proceso de certificación de discapacidad en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (conf. art. 11).

En los anexos mencionados en los arts. 9° y 10 de la resolución 852/GCABA/MSGC/15, pueden observarse los formularios correspondientes.

V. Establecido el marco convencional, constitucional, legal y reglamentario, resta determinar si la conducta adoptada por el GCBA que el actor cuestiona resultó ajustada a tales parámetros.

A tal fin, cabe efectuar algunas aclaraciones preliminares.

V.1. En tal sentido, corresponde señalar que existe un nuevo paradigma en materia de discapacidad que abandona la idea de que ella debe ser percibida como un atributo inherente a la persona. Sostiene que deben tenerse en cuenta factores contextuales, ambientales y del entorno en el que se encuentra la persona y que permiten, operando de manera conjunta, que sea considerada “*con discapacidad*”. Es que, tal como ya lo pusiera de resalto HARLAN HAHN “*la discapacidad surge del fracaso de un entorno social estructurado a la hora de ajustarse a las necesidades y las aspiraciones de los ciudadanos con carencias, más que de la incapacidad de los individuos discapacitados para adaptarse a las exigencias de la sociedad*” (HAHN, HARLAN, *The Political Implications of Disability Definitions and Data*, 4 *Journal of Disability Policy Studies*, 2, 41-52, 1993, citado por PADILLA-MUÑOZ, ANDREA, *Discapacidad: contexto, concepto y modelos*, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá (Colombia) N° 16: 381-414, enero-junio de 2010).

Este modelo atravesó diversas etapas. En primer lugar, cabe destacar que resultó parcialmente plasmado en la CLASIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL FUNCIONAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD Y LA SALUD (en adelante, CIF), aprobada en mayo de 2001 y elaborada por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, que vino a reemplazar la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM), de 1980. Su objetivo fue establecer una clasificación capaz de brindar un lenguaje unificado y estandarizado, y un marco conceptual para la descripción de la salud y los estados “*relacionados con la salud*” (conf. objetivo plasmado en la introducción a la versión abreviada en castellano, disponible en:



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43360/9241545445_spa.pdf;jsessionid=FA71E460B935FA8835EBB23A045D5B76?sequence=1, [fecha de consulta: 06/VI/2018]). Allí, además de considerar los “*factores personales*”, compuestos por “*características del individuo que no forman parte de una condición o estados de salud*”, se tienen en cuenta los “*factores ambientales*”, constituidos por “*el ambiente físico, social y actitudinal en el que las personas viven y conducen sus vidas*”.

En este estadio de evolución, se representó la forma de explicar y entender la discapacidad como “*modelo social*”, afirmando que venía a superar el “*modelo médico*”, antiguamente predominante. En efecto, en el texto mencionado se explica: “[e]l modelo médico considera la discapacidad como un problema de la persona directamente causado por una enfermedad, trauma o condición de salud, que requiere de cuidados médicos prestados en forma de tratamiento individual por profesionales. El tratamiento de la discapacidad está encaminado a conseguir la cura, o una mejor adaptación de la persona y un cambio de su conducta. La atención sanitaria se considera la cuestión primordial y en el ámbito político, la respuesta principal es la de modificar y reformar la política de atención a la salud. Por otro lado, el modelo social de la discapacidad, considera el fenómeno fundamentalmente como un problema de origen social y principalmente como un asunto centrado en la completa integración de las personas en la sociedad. La discapacidad no es un atributo de la persona, sino un complicado conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto/entorno social. Por lo tanto, el manejo del problema requiere la actuación social y es responsabilidad colectiva de la sociedad hacer las modificaciones ambientales necesarias para la participación plena de las personas con discapacidades en todas las áreas de la vida social. Por lo tanto el problema es más ideológico o de actitud, y requiere la introducción de cambios sociales, lo que en el ámbito de la política constituye una cuestión de derechos humanos. Según este modelo, la discapacidad se configura como un tema de índole política”.

(ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD y ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud, versión abreviada*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad. Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), 2001, p. 32-33).

La consagración de la hasta ahora más elaborada versión del nuevo paradigma fue llevada adelante por la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, instrumento al que ya se ha hecho mención, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 que entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

En este sentido, se ha destacado que Convención “*si bien se basa en el modelo social, crea un marco de derechos humanos, y así, permite que las barreras puedan ser identificadas como violaciones a los derechos humanos (Trömel, 2010). Por ello, hablar de modelo de derechos humanos implica un refuerzo jurídico de incuestionable valor y de gran potencialidad que sobrepasa al modelo social*” (LIDÓN HERAS, Leonor, “Discapacidad y Observaciones Generales de los comités de derechos humanos de la ONU: una relación asimétrica entre la invisibilidad, el modelo médico y el modelo de derechos humanos,” *Revista Española de Discapacidad*, 2013, I (I): 47-72. Disponible en: <https://www.cedd.net/redis/index.php/redis/article/view/36/27>, [fecha de consulta: 11/VI/2018]).

SEDA ha expresado sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que “[e]ste texto reconoce el carácter dinámico del concepto discapacidad, a partir de la idea de interacción entre una deficiencia y una barrera, y considera que no hay una persona naturalmente discapacitada, sino que tal situación se produce por un entorno y por actitudes discriminatorias que ‘evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás’ (inc. e del Preámbulo)” (SEDA, JUAN ANTONIO, *Discapacidad y Derechos...*, op.cit. p. 41).

El desarrollo de la conceptualización de la discapacidad a la luz del modelo de derechos humanos se encuentra a cargo del COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. En particular, resulta relevante destacar su OBSERVACIÓN GENERAL N° 6, DEL 26/IV/2018, anteriormente mencionada.

Tal como se adelantó, en esa oportunidad el Comité destacó que la consideración de “*la discapacidad desde la perspectiva del modelo médico o de beneficencia*” resulta “*incompatible con la Convención*” (párr. 2, Observación General 6, CsDPD).

El Comité denomina, tal como aquí se ha propuesto, al nuevo paradigma un modelo de discapacidad basado en los derechos humanos. Destaca que “[e]l *modelo de discapacidad basado en los derechos humanos reconoce que la discapacidad es una construcción social y que las deficiencias no deben considerarse un motivo legítimo para denegar o restringir los derechos humanos. Según ese modelo, la discapacidad es uno de los diversos estratos de identidad. Por lo tanto, las leyes y políticas de discapacidad deben tener en cuenta la diversidad de personas con discapacidad. Ese modelo también reconoce que los derechos humanos son interdependientes, indivisibles y están relacionados entre sí*” (párr. 9, Observación General 6, CsDPD).

A modo de síntesis, puede afirmarse que en el modelo médico, la discapacidad es analizada desde una perspectiva individualista y sociosanitaria. Bajo tales parámetros, la exclusión social de la persona afectada es consecuencia lógica de lo que se reputan sus limitaciones. Ello se traduce en el ámbito jurídico en un sistema de discapacidad tratado desde la salud y lo asistencial.

En el modelo social devenido modelo de derechos humanos, la discapacidad es analizada como resultado del entramado de fuerzas políticas y sociales, normas y prácticas, que colocan a la persona en situación de discapacidad. En el ámbito jurídico, el sistema de discapacidad parte del reconocimiento “*en clave de igualdad de todos los derechos, y el establecimiento de garantías y mecanismos para hacerlos efectivos; además, supone la transversalización y visibilización de la*

discapacidad en todos los ámbitos” (LIDÓN HERAS, Leonor, “Discapacidad y Observaciones Generales de los comités de derechos humanos de la ONU..., *op. cit.*, p. 48).

Dado que el modelo de derechos humanos impone la adopción de garantías y mecanismos para lograr la efectividad de los derechos reconocidos, resulta pertinente destacar entre sus herramientas el establecimiento de una definición de discriminación por discapacidad. Es que “[s]in definición, no es posible hablar de modelo de derechos humanos, porque no se reconoce la igualdad de derechos desde la equiparación” (LIDÓN HERAS, Leonor, “Discapacidad y Observaciones Generales de los comités de derechos humanos de la ONU..., *op. cit.*, p. 65).

El modelo de derechos humanos supone a idéntico tiempo que una vez detectada la barrera que genera discriminación por discapacidad, se apliquen los mecanismos de equiparación necesarios para removerla.

Finalmente, la aplicación del modelo de derechos humanos a los derechos de las personas con discapacidad resulta exigible al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tal como se lo imponen la Constitución Nacional y Local, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Observación General 6 del Comité (conf. art. 75 inc. 22, CN; art. 10, CCABA; art. 5, CDPD, (párrs. 2 y 9, Observación General 6, CsDPD). En particular, cabe recordar que el GCBA también se ha comprometido a aplicar la clasificación plasmada en la CIF, mediante los Convenios 10/GCABA/06 y 15969/GCABA/MSGC/14, antes reseñados.

V.2. Aclarado el modelo jurídicamente exigible a la luz del que se debe explicar y entender la discapacidad en la actualidad, es preciso señalar que la clasificación, calificación y, en definitiva, el reconocimiento de la persona con discapacidad, presenta una serie de conflictos de difícil resolución, pero que no por ello pueden ser ignorados.

Como se desprende del análisis normativo efectuado en el considerando **IV**, la obtención del Certificado Único de Discapacidad actúa como clave de bóveda para acceder a los derechos y prestaciones dirigidas a garantizar igualdad inclusiva a las personas con discapacidad. En consecuencia, ellas dependen del reconocimiento de



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

la situación de discapacidad que realiza el Estado a través de la entrega de ese instrumento.

Así lo ha reconocido la Sala III de la Cámara de Apelaciones del Fuero, al destacar, en un caso análogo, que “(...) *la constancia denegada por el GCBA constituye el medio excluyente para acceder al sistema de protección integral de las personas discapacitadas instituido por la Ley 22431 y al sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad previsto por la Ley 24.901*” (CCAyT; Sala III; 12/IV/2017 “*Lavarra Pablo Leandro contra GCBA Sobre Amparo*”).

En consecuencia, el éxito o fracaso en la obtención del Certificado Único de Discapacidad se convierte en una cuestión en la que se pone en riesgo el propio plan de vida que la persona se propone desarrollar. Ausente el instrumento, no podrá acceder a los mecanismos y garantías diseñados para garantizarle igualdad inclusiva, razón por la cual las barreras que lo discriminan adquirirán naturaleza permanente e inmutable.

Ahora bien, según estudios especializados, solo el quince por ciento (15%) de las personas que se consideran con discapacidad cuenta con dicho certificado, lo que deja al ochenta y cinco por ciento (85%) restante fuera del sistema de prestaciones organizado para garantizarles igualdad inclusiva (JOLY, EDUARDO, *Discapacidad, Derechos Humanos y Salud*, ponencia presentada en las IX Jornadas Nacionales de Debate Interdisciplinario en Salud y Población “*Derecho a la salud y protección social*”, 10/VIII/2011, Área de Salud y Población, Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales – UBA, Facultad de Ciencias Económicas – UBA). La falta de datos actualizados respecto a la situación de esta particular población ha sido reconocida por las autoridades competentes y el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) se encuentra abocado a realizar un nuevo Estudio Nacional sobre el Perfil de las Personas con Discapacidad (MEDINA ROSARIO, “El

INDEC sale a relevar cuántas personas con discapacidad hay en la Argentina,” *Clarín*, 18/IV/2018. Disponible en: https://www.clarin.com/sociedad/indec-sale-relevar-cuantas-personas-discapacidad-argentina_0_HkIXmgBhz.html. Última consulta: 08/VI/2018).

V.2.1. En otro orden de ideas, cabe poner de resalto que imponer a la persona la obligación de contar con un certificado que acredite su discapacidad para poder, mediante su presentación, obtener las prestaciones que el Estado le brinda, representa algo más que un mero trámite.

Por un lado, le impone al sujeto, en su proceso de auto-poiesis (es decir, auto-construcción, auto-reconocimiento o auto-determinación), una instancia institucionalizada, medicalizada y normativa de reconocimiento por parte del entorno.

Es decir que, mientras la persona despliega una búsqueda identitaria que no lo circunscriba ni se agote en su discapacidad (*no soy sólo* una persona ciega) y que se enfoque en otros atributos, intereses, capacidades o cualidades, debe afrontar una instancia de demostración y constatación (y recordatorio) de su discapacidad. En dicha instancia, la persona debe someterse a estudios médicos, psicológicos y/o psiquiátricos, más o menos invasivos, sobre cuya base y la de normas y reglamentos estatales, lo calificarán y clasificarán en su discapacidad.

En definitiva, la situación descripta no puede ser analizada con liviandad ni minimizarse sus implicancias para la persona. Respecto de estas normas regulatorias que entran en la formación del sujeto antes de cualquier otra pregunta o reflexión, BUTLER sostiene: “[e]n algún sentido, estamos hablando sobre cómo el sí mismo lucha con y contra las normas a través de las cuales ese sí mismo es formado, así que quizás estemos trazando el recorrido de cómo cierta formación de lo formado tiene lugar” (BUTLER, JUDITH – ATHANASIOU, ATHENA, *Desposesión: lo performativo en lo político*, Eterna Cadencia, Buenos Aires, 2017, p. 90-91).

V.3. De la reseña efectuada emerge un bloque de juridicidad en relación al derecho de las personas con discapacidad, compuesto por las normas constitucionales, el sistema internacional de derechos humanos y las leyes emanadas del Congreso de la Nación y la Legislatura porteña.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

En este sentido, el GCBA debe garantizar a las personas que enfrentan discapacidad el más desarrollado ejercicio del derecho a la igualdad y la no discriminación (art. 16, CN; art. 11, CCABA). Es necesario destacar una vez más que la obligación impuesta por nuestro ordenamiento supone no ya una mera igualdad formal sino una de naturaleza inclusiva (conf. art. 75 inc. 22, CN; arts. 3 y 5, CDPD, párr. 10, Obs. Gral. 6, CsDPD).

Para lograr tal fin, el Estado local demandado en estos actuados debe adoptar las medidas necesarias para darle plena efectividad (conf. art. 75, inc. 23 CN; art. 80, inc. 7, CCABA; conf. art. 4º, inc. 1, ap. a, CDPD). En particular, en lo que al caso refiere, las que modifiquen *“costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad”* (conf. art. 4º, inc. 1, ap. b, CDPD). Ello, a la vez que se abstiene de actos o prácticas que sean incompatibles con los derechos de las personas con discapacidad. En particular, debe lograr que las autoridades públicas modifiquen o deroguen *“las costumbres y las prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; y se tengan en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad”* (conf. art. 4º, inc. 1, ap. d, CDPD; párr. 15, Observación General 6, CsDPD).

Resulta importante destacar en este punto que la obligación del Gobierno de la Ciudad de garantizar la igualdad de oportunidades para todas las personas con discapacidad, supone el deber de permitirles *“beneficiarse de la ley en igual medida.”* Ello significa que debe eliminar *“las barreras que obstaculizan el acceso a todos los tipos de protección de la ley y a los beneficios de la igualdad de acceso a la ley”* (párr. 16, Observación General 6, CsDPD).

Asimismo, la obligación que pesa sobre el Gobierno de la Ciudad a la luz de la cual debe brindar protección contra la discriminación por motivos de discapacidad comprende todas *“las formas de discriminación, entre ellas, la*

denegación de ajustes razonables” (conf. art. 5, párr. 2 CDPD; párr. 17, Observación General 6, CsDPD). En este punto, deviene una “denegación de ajustes razonables”, que configura una discriminación prohibida, la negativa a practicar “*modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas*” cuando se requieran para garantizar el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de derechos humanos o libertades fundamentales (párr. 18, Observación General 6, CsDPD). Corresponde destacar que la obligación de practicar ajustes razonables que son exigibles al Gobierno de la Ciudad “[t]ambién se aplica cuando el posible garante de los derechos debería haberse dado cuenta de que la persona en cuestión tenía una discapacidad que tal vez obligara a realizar ajustes para que esta pudiera superar obstáculos al ejercicio de sus derechos” (párr. 24, Observación General 6, CsDPD).

Por otra parte, el Gobierno de la Ciudad nunca podría incurrir en la denominada “discriminación indirecta,” que refiere, entre otras, a prácticas que *son neutras en apariencia, “pero perjudican de manera desproporcionada a las personas con discapacidad”* (párr. 18, Observación General 6, CsDPD).

Finalmente, cuando el Gobierno la Ciudad debe establecer si una persona presenta discapacidad, tal como se adelantó, debe utilizar los parámetros definidos en el modelo de derechos humanos, toda vez que la consideración de “*la discapacidad desde la perspectiva del modelo médico o de beneficencia*” resulta incompatible con el bloque de juridicidad imperante (párrs. 2 y 9, Observación General 6, CsDPD).

V.4. Resta, en consecuencia, analizar la conducta adoptada por el GCBA, que el Sr. L. M. reputa lesiva, a fin de determinar si ha resultado ajustada a los parámetros que el bloque de juridicidad le impone.

Tal como se ha adelantado, el MINISTERIO DE SALUD Y ACCIÓN SOCIAL, confirió al Sr. L. M., en fecha 31/V/1984, el Certificado de Discapacidad, con carácter “*permanente*” (conf. fs. 6), en los términos del decreto-ley 22.431.

Asimismo, se encuentra acreditado que el actor “*se presentó en el Centro Integral de Evaluación y Orientación de la Discapacidad, el día 30 de mayo del año 2017, y el 17 de agosto del mismo año, con el fin de tramitar el certificado de discapacidad. En ambas instancias las Juntas interdisciplinarias encargadas de la evaluación denegaron el certificado de discapacidad, basándose en la normativa*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

vigente visual, SNR 639/2015” (conf. nota NO-2018-09049177-MSGC, de fecha 26/III/2018, emitida por la Sra. LILIANA LICIARDI, Jefa de División del MINISTERIO DE SALUD, fs. 108/108 vta.).

En efecto, del formulario de denegatoria del certificado de discapacidad acompañado a fs. 7, emitido con fecha 30/V/2017, surge que el motivo fue “[j]unta visual: el solicitante presenta AV OD con su corrección 10/10 OI cero, CVC OD con leve disminución periférica. Por lo cual esta junta considera [que] no acredita discapacidad visual, según normativa vigente 639/2015 SNR”.

Luego, del formulario de denegatoria del certificado de discapacidad acompañado a fs. 8, emitido con fecha 17/VIII/2017, surge que el motivo fue “[e]n el día de la fecha se presenta el Sr.[L.M.] a segunda junta visual habiendo sido denegado en una primera junta visual el día 30/05/2017. Presenta OD AV cc 10/10 y OI AV amaurosis. Acompaña dicha solicitud con estudios complementarios. Es independiente para las actividades básicas de la vida diaria. Por lo expuesto al momento de este examen, esta junta considera que no encuadra dentro de la Normativa Nacional visual vigente Disposición 639/2015 SNR”.

En consecuencia, para dar respuesta a la pretensión articulada por el actor hay que determinar si la actuación de las autoridades competentes que condujo a denegarle al actor el Certificado Único de Discapacidad puede ser reputada acorde al bloque de jurisdicción anteriormente definido.

V.4.1. *En primer lugar es necesario señalar que, aun adoptando el modelo médico de discapacidad seguido por los órganos competentes para evaluar si el actor es una persona con discapacidad, la conclusión a la que arribaron no puede ser sostenida.*

En tal sentido, adviértase que la pericia médica realizada en estos actuados por el Cuerpo Médico (agregada a fs. 74/77) establece la existencia de un cuadro diametralmente opuesto al sostenido por la Junta Evaluadora. En concreto, afirma que

el actor padece una discapacidad visual permanente, consistente en la pérdida total de la visión del ojo izquierdo (diagnosticada y en virtud de la cual se le otorgó el certificado de discapacidad en 1984) y en una “*disminución acentuada en la agudeza visual*” en el ojo derecho. Corresponde destacar que la pericia fue consentida por ambas partes.

En efecto, conforme los hallazgos vertidos en la pericia médica realizada, “*el OD [ojo derecho] remanente, resulta también ser portador de una disminución acentuada en la agudeza visual de 2/10 sin corrección y de 10/10 con corrección. Al momento del examen resultó una agudeza visual con corrección en una escala decimal de 0.6 y se demostró semiológicamente una merma en su campo visual, lo cual fue sensiblemente demostrado con una campimetría computarizada...*” (conf. pericia médica, consideraciones médico legales, fs. 75 vta.).

A ello, agrega: “*el amparista además de su presbicia (propia de la edad), se encuentra bajo tratamiento de otra patología en su OD, hipertensión ocular.*” En virtud de dichas circunstancias, el perito médico estimó que el ojo derecho “*no se encuentra en condiciones de ser considerado un ojo sano*” ni “*exento de patología o estado mórbido*”, razón por la cual, sostuvo, “*amerita seguimiento y tratamiento*” (conf. pericia médica, consideraciones médico legales, fs. 75 vta.).

En tal sentido, expresa que “[e]l estado de la visión en su OD (remanente), ha evolucionado en el transcurso de su vida hacia la merma de la agudeza visual, en el campo visual, y con una patología que requiere tratamiento permanente por hipertensión ocular, con el fin de evitar el daño ocular en el nervio óptico por potencial glaucoma” (conf. pericia médica, respuesta al tercer punto de pericia, fs. 76 vta.).

Concluye que “*estos antecedentes y estados mórbidos debieron ser considerados al momento de reconsiderar su discapacidad visual permanente*” y que las modificaciones efectuadas a la ley vigente “*no se corresponden con la situación individual del amparista*” (conf. pericia médica, consideraciones médico legales, fs. 75 vta.). En efecto, indica que “*si bien la pérdida de la visión en el OI dada su temporalidad, le permitió al amparista una adaptación sensorial; al momento actual en virtud del estado mórbido del OD remanente, caso puntual a individual del*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

amparista, es una condición que debió ser considerada por la junta evaluadora” (conf. pericia médica, respuesta al cuarto punto de pericia, fs. 76 vta.).

Asimismo, manifiesta preocupación al señalar que *“considerando que este padece una importante merma en la agudeza visual del OD, 2/10 sin corrección y 10/10 con corrección, cualquier hecho fortuito que acaeciera en su ojo y/o lente, dejaría al amparista con un grave problema visual; por lo cual es de importancia médico legal, esta consideración; la cual justifica su discapacidad visual”* (conf. pericia médica, consideraciones médico legales, fs. 75 vta./76).

Por todo lo expuesto, concluye que el actor *“continúa siendo portador de una discapacidad visual permanente al momento del presente examen médico pericial”* (conf. pericia médica, consideraciones médico legales, fs. 76) y que *“la incapacidad permanente otorgada en el año 1984, mantiene vigencia en la actualidad y de por vida en el amparista”* (conf. pericia médica, respuesta al cuarto punto de pericia, fs. 76 vta.).

La transcripción de los fundamentos brindados por la Dirección de Medicina Forense a cargo de la pericia resultas suficientes para derribar las bases utilizadas por la Junta Evaluadora para denegar al actor la renovación del Certificado Único de Discapacidad.

A mayor abundamiento, vale la pena recordar los términos de la disposición 639/SNR/2015, sobre la base de la cual la Junta Evaluadora rechazó en dos oportunidades la pretensión del actor. En tal sentido, el anexo I de dicha disposición establece que deberá extenderse el certificado de discapacidad con deficiencia sensorial de origen visual a *“quienes tengan en el mejor ojo visión menor o igual a 3/10 o (20/60), con la mejor corrección óptica, y/o campo visual menor de 20° desde el punto de fijación. Correspondiendo este criterio a alteraciones graves y completas (calificadores 3-4 de la CIF) en funciones y estructuras corporales, aún con dificultades leves a completas en el desempeño (calificadores 1-4 de la CIF)”*.

En tales condiciones, atento que el ojo izquierdo fue eviscerado *-la evisceración es el procedimiento quirúrgico que consiste en extraer los contenidos internos del ojo-* y reemplazado por una prótesis ocular (conf. consideraciones médicas efectuadas en la pericia, a fs. 75), asiste razón al actor, en el sentido de que el ojo derecho no puede ser considerado su “*mejor ojo*”, sino su “*único ojo*”.

En este punto, corresponde rememorar el análisis efectuado en el precedente de la Sala III, “*Lavarra*”, antes citado, toda vez que la denegatoria respondió a idénticos motivos. Puntualmente los magistrados afirmaron que “[a]l seguir [la] *tesitura* [de la junta evaluadora], *se atiende a una interpretación restringida y meramente literal del supuesto indicado –sin evaluar, por ejemplo, si la locución “mejor ojo” no importa algún grado de funcionamiento en ambos órganos de la visión– y [se] omite considerar otras hipótesis en que la reglamentación habilita a entregar la certificación, tales como las excepciones que contempla*”. Como corolario de lo expuesto, concluyeron que “*(...) [e]ste proceder resulta[ba] contrario al principio pro homine y –dada la concreta vulnerabilidad del actor– incumple con la obligación del Estado de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el pleno goce de los derechos reconocidos por la CDPD a las personas con discapacidad (...) [y que] por análogos motivos, constituye una hermenéutica reñida con el principio de razonabilidad, consagrado en los artículos 28 de la CN y 10 de la CCABA*” (CCAyT; Sala III; “*Lavarra*”, *cit.*).

En consecuencia, aun adoptando el modelo médico de discapacidad seguido por los órganos competentes para evaluar si el actor es una persona con discapacidad, la decisión que adoptaran resulta manifiestamente ilegítima y lesiva de sus derechos fundamentales.

V.4.2. En segundo lugar, la evaluación del Sr. L. M., que condujo a la denegatoria del Certificado Único de Discapacidad, no se ajusta a los parámetros que impone el modelo de derechos humanos establecido en CDPD y cuya aplicación es exigible a las autoridades locales.

Corresponde destacar que los fundamentos brindados por la Junta Evaluadora, anteriormente reseñados, se basan exclusivamente en los “*factores personales*” del actor, en tanto aluden a su agudeza visual (AV) en cada ojo y a su



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

capacidad de realizar sus actividades básicas de manera independiente. No indagan, sin embargo, sobre los “*factores ambientales*”. De esta manera, el examen practicado y la fundamentación del rechazo responden exclusivamente a la lógica del modelo médico antes descrito, sin integrarlo con el modelo de derechos humanos, como lo exige la CDPD, la Observación General 6 del CsDPD y receta el CIF. Ello, por cuanto ha puesto el foco en la persona cuya discapacidad buscaba verificar, casi sin examinar el entorno en el que ella se desenvuelve.

Ello ha sido expresamente previsto en el Anexo I de la disposición 639/SNR/2015, que bajo el subtítulo: “*Factores ambientales*”, expresa: “[e]l ambiente físico, social y actitudinal, entorno en el que las personas se desenvuelven, puede actuar como facilitador o como barrera para el funcionamiento de la persona. Se enuncian categorías frecuentemente utilizadas en la evaluación: *Productos y Tecnologías... Entorno natural y cambios en el entorno derivados de la actividad humana... Apoyos y Relaciones... Actitudes... Servicios, Sistemas y Políticas...*”.

En particular, bajo la categoría “*Apoyos y Relaciones*”, se nombran a los familiares cercanos, otros familiares, amigos, cuidadores y personal de ayuda, y profesionales de la salud y otros profesionales; bajo la categoría “*Actitudes*”, menciona: actitudes individuales de miembros de la familia cercana, actitudes individuales de otros familiares, actitudes individuales de amigos, actitudes individuales de conocidos, compañeros, colegas, vecinos y miembros de la comunidad; y bajo la categoría: “*Servicios, Sistemas y Políticas*”, enumera: servicios, sistemas y políticas legales, servicios, sistemas y políticas de la seguridad social, y servicios, sistemas y políticas sanitarias.

A su vez, bajo el subtítulo “*Actividad y participación*”, el anexo I de la disposición 639/SNR/2015 indica: “[e]n la certificación se consignarán las limitaciones en las actividades y las restricciones en la participación”, sugiriéndose las siguientes categorías de la CIF para su evaluación: aprendizaje y aplicación del

contenido, tareas y demandas generales, comunicación, movilidad, autocuidado, vida doméstica, interacciones y relaciones interpersonales, áreas principales de la vida y vida comunitaria, social y cívica.

Ahora bien, de los formularios acompañados a fs. 32/41 por la demandada, se observa que los casilleros correspondientes a esas categorías han sido escasamente o nulamente completados, sin haberse aportado información adicional recabada para la evaluación en tal sentido.

De tal suerte, la decisión de negarle al actor la renovación del Certificado Único de Discapacidad no resulta fruto de la aplicación de los parámetros que impone el bloque de juridicidad. La conducta lesiva de los derechos no encuentra fundamento en el modelo de derechos humanos, tal como se lo imponen la Constitución Nacional y Local, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Observación General 6 del Comité (conf. art. 75 inc. 22, CN; art. 10, CCABA; art. 5, CDPD, párrs. 2 y 9, Observación General 6, CsDPD). En particular, desatiende la clasificación plasmada en la CIF, mediante los Convenios 10/GCABA/06 y 15969/GCABA/MSGC/14, antes reseñados, ni se ajusta a las pautas establecidas en la disposición 639/SNR/2015.

V.4.3. En tercer lugar, a efectos de entender la gravedad de la decisión adoptada por la Junta Evaluadora, cabe recordar, una vez más, que el Certificado Único de Discapacidad es la llave de acceso a la totalidad de las medidas adoptadas para garantizar al actor el ejercicio del derecho a la igualdad inclusiva.

En consecuencia, cuando su denegatoria, como en el caso, resulta ilegítima, se configura como barrera al ejercicio de derechos de una persona discapacitada que debe y merece ser identificada como violación de derechos humanos.

Corresponde declarar que la barrera identificada supone la existencia de una discriminación por razón de discapacidad. En este caso, la conducta reprochada, en tanto práctica incompatible con el modelo de derechos humanos, deviene un medio para frustrar el ejercicio de derechos de una persona discapacitada, reconocidos por las Constituciones Nacional y Local y por el Sistema Internacional de Derechos Humanos.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

En este punto, la decisión de la Junta Evaluadora configura un supuesto de acto, y supone además una práctica, incompatible con los derechos que nuestro ordenamiento jurídico confiere al actor, en tanto persona con discapacidad (conf. art. 4º, inc. 1, ap. d, CDPD).

El reproche alcanza naturalmente al Gobierno de la Ciudad, que es el obligado a velar por que las autoridades locales actúen de conformidad con el modelo de derechos humanos en materia de discapacidad y modifiquen toda práctica que constituya discriminación contra las personas con discapacidad (párr. 15, Observación General 6, CsDPD).

Tal como se ha destacado, al vedarle al actor el acceso al Certificado Único de Discapacidad, las autoridades locales determinan que todo el sistema de medidas organizado por el Estado Nacional y Local para garantizarle una igualdad inclusiva resulte negado. Tan reprochable conducta estatal le impide al actor beneficiarse de la ley en igual medida que las demás personas con fundamento en una discriminación prohibida (art. 5, inc. 1, CDPD).

Así, la negativa a renovar el Certificado Único de discapacidad al actor, barrera que le obstaculiza el acceso a todo el sistema de medidas de protección organizado, debe reputarse a idéntico tiempo un caso de discriminación indirecta, ya que en función de una práctica en apariencia neutra se lo perjudica de manera notablemente desproporcionada en su calidad de discapacitado (párr. 18, Observación General 6, CsDPD).

Resta destacar que las autoridades locales debieron practicar ajustes razonables para evitar que tan nociva barrera se concretara y que la negativa a efectuarlos en tiempo oportuno es también una forma de discriminación prohibida (conf. art. 5, párr. 2 CDPD; párr. 17, Observación General 6, CsDPD).

En el caso, los ajustes debieron practicarse al momento de practicarse la revisión del caso del actor por la Junta Evaluadora. Sin embargo, la autoridad

administrativa citada mantuvo la decisión anterior. Una nueva oportunidad de realizar ajustes razonables se produjo cuando en los presentes actuados se corrió traslado de la demanda al Gobierno de la Ciudad. Lamentablemente, en la contestación de demanda, en lugar de ofrecer ajustes razonables, el Gobierno de la Ciudad sostuvo la reprochable negativa a conferir la renovación del Certificado Único de Discapacidad.

Resulta importante destacar aquí que la obligación de practicar ajustes razonables se aplica también cuando quién debe garantizar el derecho, en el caso el Gobierno de la Ciudad, “*debería haberse dado cuenta de que la persona en cuestión tenía una discapacidad*” (párr. 24, Observación General 6, CsDPD).

Únicamente cuando ya se había producido la prueba pericial que arrojaba un resultado contrario a la posición que esgrimiera el Gobierno de la Ciudad, es que propuso la realización de otra evaluación. El actor se opuso, negándose así a transitar un laberinto burocrático que no había demostrado ser idóneo para garantizar adecuadamente sus derechos.

En consecuencia, tal como se ha adelantado, el comportamiento de las autoridades administrativas involucradas debe ser reputado también una discriminación prohibida por denegación de ajustes razonables (párr. 18, Observación General 6, CsDPD).

V.4.4. En tales condiciones, acreditada la conducta manifiestamente ilegítima en que incurriera el GCBA, que al vedar al Sr. L. M. el acceso al Certificado Único de Discapacidad lo privó de todo el sistema de medidas organizado por el Estado Nacional y Local para garantizarle una igualdad inclusiva, corresponde hacer lugar a la demanda articulada (conf. arts. 16, 75 incs. 22 y 23, CN; arts. 10, 11, 80 inc. 7 CCABA; arts. 3, 4, y 5, CDPD, párrs. 2, 9 a 10, 15 a 18, Obs. Gral. 6, CsDPD; Convenios 10/GCABA/06 y 15969/GCABA/MSGC/14).

V.4.5. Encontrándose reunidos los extremos que tornan procedente la presente acción de amparo, corresponde delimitar el alcance de la condena dirigida a garantizar al Sr. L. M. el ejercicio de los derechos hasta ahora vulnerados.

Corresponde destacar que existen dos líneas jurisprudenciales en la Cámara del fuero relativas al alcance de la condena que corresponde imponer al Gobierno de la Ciudad ante pretensiones de este tipo.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

En este sentido, la Sala III, por mayoría, considera que no resulta pertinente condenar a expedir el Certificado Único de Discapacidad, asumiendo que tal solución *“importaría emitir un juicio de carácter técnico ajeno a las facultades de un tribunal de justicia.”* En consecuencia, se limita a ordenar al Gobierno de la Ciudad que realice una nueva evaluación del actor, de acuerdo a las pautas que delimitadas en la sentencia (conf. CCAyT, Sala III, 12/IV/2017, *“L. P. L. c/ GCBA s/ Amparo,”* voto de los Dres. ZULETA y CENTANARO).

Bajo una óptica diversa, la Sala I, interpreta que la condena puede ordenar en forma directa la emisión del Certificado cuando las particularidades del caso lo justifican (conf. CCAyT, Sala I, 6/IX/2017, *“K. O. c/ GCBA s/ Amparo,”* voto de las Dras. DÍAZ y SCHAFRIK DE NÚÑEZ).

Entiendo que el presente caso debe ser analizado bajo los parámetros propuestos por la Sala I. En este sentido, conviene detenerse en las particularidades que presenta y que serán detalladas a continuación.

El actor debió someterse en dos oportunidades a la Junta de Evaluación, quién se negó a renovar el Certificado Único de Discapacidad, conducta que ha sido juzgada lesiva de sus derechos e incompatible con el sistema de protección que le garantiza el bloque de juridicidad.

En estos actuados, se ha producido una pericia, a cargo de la Dirección de Medicina Forense, que ha determinado la incapacidad del actor, y que fue consentida por las partes. Tal circunstancia impide considerar como obstáculo la necesidad de emitir un juicio de carácter técnico, toda vez que éste ya ha sido practicado y valorado como adecuado por todas las partes.

Finalmente, atento a los extremos señalados, no resultaría ajustado al modelo de derechos humanos en materia de discapacidad, que rige también las decisiones que adopta el Poder Judicial, imponer al actor que se someta a una cuarta

evaluación a efectos que logre la pretendida renovación del Certificado Único de Discapacidad.

Cabe recordar, en este sentido, que la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad impone el deber de asegurar que *“las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento...”* (conf. art. 13, inc. 1, CDPD). Al interpretar el sentido que corresponde atribuir a dicha cláusula, el Comité señaló que los ajustes de procedimiento que resultan exigibles son más severos que los ajustes razonables, ya que los primeros *“no están limitados por la desproporcionalidad”* (conf. párr. 51, Obs. Gral. 6, CsDPD). En consecuencia, el modelo de derechos humanos adoptado en materia de discapacidad impone que ajustemos nuestras reglas procesales de modo tal que garanticen la efectividad del derecho que asiste al actor de beneficiarse de la ley sin discriminación ni dilaciones indebidas (conf. art. 5, inc. 1, CDPD).

Una vez que se ha concluido que debe ordenarse la emisión del Certificado Único de Discapacidad, resta detenerse en la pretensión del actor relativa a que se asigne dicho instrumento una validez sin límite temporal atento a la naturaleza permanente de la discapacidad que posee.

En este punto, corresponde destacar que más allá que la discapacidad haya sido calificada como permanente, dicha circunstancia no implica que no pueda sufrir variaciones a lo largo del tiempo.

En este punto, cabe señalar que el adjetivo “permanente”, con el cual se calificó la discapacidad del actor, alude a aquello “que permanece”, “sin limitación de tiempo” (conf. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=SfNax8j>, [fecha de consulta: 06/06/2018]).

En síntesis, aquello que permanece sin límite de tiempo es la propia discapacidad, sin embargo, pueden producirse algunas alteraciones en ella. En el caso del actor, ello se corrobora con la advertencia que la Dirección de Medicina Forense efectúa sobre la situación de su ojo derecho.

En dicho contexto, las evaluaciones periódicas que se practican al momento de solicitar la renovación del instrumento, se dirigen a asegurar el acceso a



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“M., L. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – SALUD - OTROS”, EXPTE. N° A19623-2017/0

las prestaciones que efectivamente se requieren en cada momento (conf. CCAYT, Sala I, 6/IX/2017, “K. O. c/ GCBA s/ Amparo,” voto de las Dras. DÍAZ y SCHAFRIK DE NÚÑEZ).

Dicho esto, la pretensión dirigida a que el instrumento sea emitido sin límite temporal no puede tener favorable acogida.

V.4.6. En consecuencia de lo expuesto, se ordenará al GCBA que emita el Certificado Único de Discapacidad que garantice al Sr. L. M. el ejercicio de los derechos hasta ahora vulnerados. A tal efecto, deberá sustentarse en lo dictaminado en estos actuados por la Dirección de Medicina Forense y emplear la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF).

VI. En función de cómo se resuelve corresponde imponer las costas a la parte demandada como consecuencia de la aplicación del principio de la derrota establecido en el artículo 62 del CCAYT de aplicación supletoria en función de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 2.145.

Por todo lo expuesto, **RESUELVO:**

1. Hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por el Sr. L. M. contra el GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES.

2. Ordenar al GCBA que emita el Certificado Único de Discapacidad que garantice al Sr. L. M. el ejercicio de los derechos hasta ahora vulnerados. A tal efecto, deberá sustentarse en lo dictaminado en estos actuados por la Dirección de Medicina Forense y emplear la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF).

3. Imponer las costas al GCBA vencido (conf. art. 62 CCAYT).

4. Diferir la regulación de honorarios hasta una vez firme la presente.

6. Regístrese y notifíquese a las partes por Secretaria, además al domicilio real del actor. Oportunamente, archívese.

Francisco J. Ferrer
Juez

REGISTRADA AL TOMO _____ FOLIO _____
DEL LIBRO DE REGISTRO DE SENTENCIAS
DEFINITIVAS DE AMPARO DEL JUZGADO N° 23
SECRETARÍA N° 46. AÑO 2018. CONSTE.

Gabriela V. Morel

Secretaria

CERTIFICO QUE EN LAS PRESENTES ACTUACIONES NO SE ADEUDA TASA DE JUSTICIA POR CUANTO LA ACCIÓN DE AMPARO SE ENCUENTRA EXENTA DE SU PAGO, EN VIRTUD DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 3° INCISO "1" DE LA LEY 327. EXPIDO EL PRESENTE DE ACUERDO CON LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 14 DE LA LEY N° 327. ASIMISMO, SE DEJA CONSTANCIA QUE DE ACUERDO A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 51, INCISO "D", SEGUNDO PÁRRAFO DE LA LEY 23.187, LOS LETRADOS INTERVINIENTES SE ENCUENTRAN EXENTOS DEL PAGO DEL BONO DE DERECHO FIJO. CONSTE. CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES,

Gabriela V. Morel

Secretaria