

Acción Declarativa de Inconstitucionalidad

PROMUEVE ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD. SOLICITA CAUTELAR PREVIA:
DECLARACIÓN DE INAPLICABILIDAD ARTS. 48 Y 2448 DEL ANEXO I LEY 26.994. RESERVA CASO FEDERAL.
RESERVA OCURRIR ANTE EL COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Señor Juez:

, abogado T°, F°, en representación de mi hija , argentina, DNI , con domicilio real en la calle , constituyendo domicilio electrónico en y legal en la calle , ante V.S me presento y digo:

I.- PERSONERIA:

Con la partida de nacimiento de la menor, acredito la representación de la niña, nacida el día de de , quien como surge del certificado de discapacidad que se adjunta, es , con domicilio real en la calle .-

II.- OBJETO:

Con la representación acreditada, vengo a promover Acción Declarativa de Inconstitucionalidad contra los artículos 48 y 2448 del Anexo I de la Ley N° 26.994 (Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación).

Esta acción se dirige contra el Estado Nacional ? Poder Ejecutivo Nacional ? con domicilio en la calle Balcarce 50, Capital Federal.

La norma vulnera, en forma manifiestamente ilegal y arbitraria, derechos humanos adquiridos de mi hija como persona con discapacidad, y de todo el colectivo de personas con discapacidad establecidos en el artículo 1 inciso 2do de la ley 26.378, on Jerarquía Constitucional en términos del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional desde la sanción de la ley 27044, definiendo a la persona con discapacidad desde un modelo contrario al de los derechos humanos establecido por el Sistema de Protección Interamericano y Universal de derechos humanos, impidiendo la promoción, protección y el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad, y promoción del respeto de su dignidad inherente; a la par que la definición no debería encontrarse en una norma de la entidad del Código Civil y Comercial de la Nación que al definir persona con discapacidad discrimina en los términos del artículo 2* inciso 4* de la ley 26.378, en virtud que no existe otro colectivo con definición propia dentro del citado Código, y que dos leyes (26.378 y 20744) definen al colectivo en los términos del Sistema de Protección Interamericano y Universal de Derechos Humanos; y por último, omite en virtud a que la definición contradice al sistema mencionado, a las personas con deficiencias sensoriales, lo que violenta sus derechos en clave de derechos humanos, para su pleno ejercicio y goce; y en especial:

? La definición de los artículos 48 y 2448 del Anexo I de la Ley 26.994 de persona con discapacidad, es contraria a lo establecido por la definición de persona con discapacidad que la República Argentina adoptó mediante la ley 26.378 con Jerarquía Constitucional en los términos de la ley 27.044; desconociendo asimismo que la discapacidad es un ?concepto que evoluciona? (Preámbulo CDPCD

? La definición de los artículos 48 y 2448 del Anexo I de la Ley 26.994 de persona con discapacidad se sustenta en el déficit de la persona con discapacidad y su deber de integración.

? La definición de los artículos 48 y 2448 del Anexo I de la Ley 26.994 de persona con discapacidad, se encuentra ?obsoleta? en términos de derechos humanos, en virtud que la discapacidad se constituye cuando la persona con diversidad funcional frente a barreras comunicacionales, sociales y culturales que le impiden el ejercicio y goce de sus derechos en igualdad de condiciones que los demás.

? La definición de los artículos 48 y 2448 del Anexo I de la Ley 26.994 de persona con discapacidad, no contempla a las personas con discapacidad sensorial, privando a este sector del colectivo de personas con discapacidad de los derechos que emanan de los artículos 48 y 2448 del Anexo I de la ley 26.994.-

? La definición de los artículos 48 y 2448 del Anexo I de la Ley 26.994 de persona con discapacidad, no contempla a las personas con discapacidad intelectual, privando a este sector del colectivo de personas con discapacidad de los derechos que emanan de los artículos 48 y 2448 del Anexo I de la ley 26.994.-

? La definición de los artículos 48 y 2448 del Anexo I de la Ley 26.994 de persona con discapacidad, en cuanto a su interpretación, fuente y aplicación, es contraria a lo establecido por el propio artículo 1 y 2 del Anexo I de la ley 26.994, ya los ?tratados internacionales donde la República es parte?, deviene que al interpretarse, fundarse y aplicarse es totalmente contraria a lo establecido en los mismos (ley 26.378 ? ley 27.044).

? Las prácticas que devienen de la definición de los artículos 48 y 2448 del Anexo I de la Ley 26.994 de persona con discapacidad, son sustentadas en la exclusión social, la segregación educativa, la ausencia de cumplimiento de normas como el cupo laboral, social y cultural, sostenidas en el déficit como centro de la persona.-

? Al ser el único colectivo que es nominado en el Código Civil y Comercial de la Nación, su definición contraria a los tratados de derechos internacionales donde

la República es parte, deviene ?discriminatoria?, ya que ni si quiera el Código define ?persona humana?, y ?persona con discapacidad? no solo se encuentra mal definida en clave de derechos humanos, sino que se hace en dos oportunidades (art. 48 y 2448 del Anexo I de la ley 26.994), violentando derechos adquiridos en términos del art. 75 inc. 22 de la Carta Magna.

Asimismo, y como medida cautelar, se solicita se suspenda la aplicación de los artículos 48º, y 2448 de la ley 26.994 en cuanto a la definición de persona con discapacidad, manteniendo el régimen vigente hasta la sanción de la norma aquí impugnada, es decir la definición establecido en la ley 26.378 con Jerarquía Constitucional en términos del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, en virtud de lo establecido por la ley 27.044, que establecen al igual que los artículos 1 y 2 del Anexo I de la Ley 26.994 la adecuación de las normas Nacionales de cualquier Jerarquía y rango al Sistema de Protección Interamericano y Universal de derechos humanos.-

Esto así de conformidad con los fundamentos de hecho y derecho que a continuación se exponen.

III. PROCEDENCIA

La presente acción involucra derechos y garantías constitucionales en tanto se procura la tutela jurisdiccional frente a la conducta del Estado Nacional que, a través del dictado de la Ley N° 26.994 ha cercenado los legítimos que en cuanto a inclusión social, laboral, familiar, escolar, deportiva, etc, establece la ley 26.378 con Jerarquía Constitucional conforme lo establece la ley 27044, al replicar la definición de persona con discapacidad que establecen legislaciones propias del siglo pasado, sostenidas en modelos que con el fin de proteger a las personas con discapacidad solo replican modelos de exclusión social, segregación y separación.

La aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación en los términos que fuera redactado no solo contradice las leyes citadas, sino también los artículos 1 y 2 del Anexo I del Código, en cuanto establece que toda fuente y forma de interpretación del mismo, debe realizarse en los términos de los ?tratados de derechos humanos donde la República sea parte?.

La aplicación de la definición en clave de fundamento de toda práctica que el Estado Nacional, Provincial o Municipal, para aplicar políticas públicas en materia de discapacidad y derechos humanos, y en especial los derechos humanos de mi niña en su condición de persona con discapacidad y como parte de un colectiva perfectamente determinado, como el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; La no discriminación; La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades; La accesibilidad; La igualdad entre el hombre y la mujer; el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad; acceso a la justicia, acceso a la vida independiente y el derecho a ser incluida en la sociedad, acceso a la salud; a la protección integral; a la protección contra el abuso; al respeto del hogar y la familia; el derecho a la educación; el derecho al respeto de la privacidad; a la habilitación y rehabilitación; al trabajo y al empleo; a la participación de la vida política y pública; al igual reconocimiento ante la ley; nivel adecuado de vida; participación en la vida cultural, actividades recreativas; esparcimiento y deporte, etc.

Por ello, este proceso adquiere rango constitucional y se vincula directamente con la acción de amparo (artículo 43 de la Constitución Nacional) en todos aquellos aspectos que resultan pertinentes.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en doctrina registrada en Fallos 320:690, ha puntualizado que la

circunstancia de que la actora haya demandado por la vía prevista en el artículo 322 del CPCCN no constituye óbice para la aplicación de este precepto (artículo 43 CN), en virtud de la analogía existente entre esa acción y la de amparo. Tal analogía ha sido advertida por la Corte al señalar que el pedido de declaración de inconstitucionalidad de una norma importa el ejercicio de una acción directa de inconstitucionalidad, de aquellas que explícitamente ha admitido como idóneas ?ya sea bajo la forma de amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional? para prevenir o impedir las lesiones de derechos de base constitucional. La similitud entre ambas acciones también se desprende de la doctrina de diversos precedentes, en los cuales se consideró evidente que la acción declarativa, al igual que el amparo, tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia del daño consumado. (Cfr. Doctrina registrada en Fallos: 307:1379, considerando 7° del voto de la mayoría.)

La acción declarativa de certeza tiene por principal objeto provocar la apertura de la jurisdicción constitucional y persigue, naturalmente, mantener incólume la supremacía constitucional (cfr. artículos 1, 31 y 33 C.N). Por esta razón es plenamente operativa.

El artículo 322 del ritual expone que para la procedencia de la acción meramente declarativa es necesario que exista una situación de incertidumbre. Cuando se plantea una cuestión de constitucionalidad, estamos ante un estado de incertidumbre constitucional y dentro de este esquema, los jueces deben procurar alcanzar, a través de sus resoluciones, un grado de certeza que satisfaga la pretensión esgrimida.

La fórmula utilizada es: ??podrá deducirse demanda que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica??.

Se está frente a una solicitud que no tiene carácter consultivo ni importa una indagación meramente especulativa, sino que responde a una cuestión concreta, tendiente a precaver los graves efectos y consecuencias que surgen a partir de la aplicación del Anexo I de la Ley 26.994 en clave de derechos humanos de las personas con discapacidad, y las consecuentes prácticas sociales y culturales excluyentes que la misma conlleva. A esta norma se le atribuye ilegitimidad y afectación de los derechos y garantías de las personas con discapacidad, y en especialmente de mi hija que pudiera ver restringidos cualesquiera de los derechos y garantías constitucionales que establece la Carta Magna y todas las Normas del Sistema de Protección Interamericano y Universal de Derechos Humanos.

Los requisitos de procedencia de la acción que se deduce se encuentran reunidos por cuanto:

? Es necesario superar el estado de incertidumbre constitucional sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica. La declaración de certeza debe expresarse sobre si los artículos 48 y 2448 del Anexo I de la Ley N° 26.994, vulneran derechos de raíz y jerarquía constitucional de todas las personas con discapacidad, como lo son el derecho a el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; La no discriminación; La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades; La accesibilidad; La igualdad entre el hombre y la mujer; el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad; acceso a la justicia, acceso a la vida independiente y el derecho a ser incluida en la sociedad, acceso a la salud; a la protección integral;

a la protección contra el abuso; al respeto del hogar y la familia; el derecho a la educación; el derecho al respeto de la privacidad; a la habilitación y rehabilitación; al trabajo y al empleo; a la participación de la vida política y pública; al igual reconocimiento ante la ley; nivel adecuado de vida; participación en la vida cultural, actividades recreativas; esparcimiento y deporte, etc, entre otros. El objeto de este proceso es obtener del órgano jurisdiccional la declaración de inconstitucionalidad de la norma citada.

? El firmante en Representación de ostenta la calidad de parte interesada. El interés legítimo queda demostrado a partir del certificado de discapacidad de la misma, formando ella parte del colectivo de personas con discapacidad cuya certificación establece como norma general de pertenencia al sistema de protección el propio Estado Nacional, a través del Ministerio de Salud de la Nación, y en su calidad de persona con Síndrome de Down ya que toda norma que emana en materia de derecho Civil y Comercial del Código citado, sosteniendo la definición discriminatoria que el texto posee, violenta todos y cada uno de los derechos citados de mi niña, y de todo el colectivo de personas con discapacidad.

? No se dispone de otro medio legal para darle fin inmediato al estado de incertidumbre que motiva esta acción, al menos en los términos ?de igual eficacia o idoneidad específica? (Morello, Augusto Mario. El Derecho. Tomo 123, p. 423.)En esta línea se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación sosteniendo: ?19) Que en lo referente al derecho argentino, esta Corte ha

advertido en otras ocasiones que el propio texto constitucional autoriza el ejercicio de las acciones apropiadas para la defensa de intereses colectivos con prescindencia de las figuras expresamente diseñadas en él o en las normas procesales vigentes. Es oportuno recordar, en ese sentido que, al interpretar el ya tantas veces mencionado art. 43 de la Constitución Nacional, el Tribunal admitió que la protección judicial efectiva no se reduce únicamente al amparo estrictu sensu sino que es susceptible de extenderse a otro tipo de remedios procesales de carácter general como en esa ocasión el hábeas corpus colectivo, pues es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla (Fallos: 328:1146, considerandos 15 y 16).

Por lo tanto, frente a una situación como la planteada en el sub examine, dada la naturaleza de los derechos en juego: 10) Que la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ello no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural.

En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable. A esta categoría de derechos se refiere el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional en que encuentra cabida la tradicional acción de amparo, instituida por vía pretoriana por esta Corte en los conocidos precedentes ?Siri? y ?Kot? (Fallos: 239:459 y 241:291, respectivamente) y consagrada más tarde legislativamente. Esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados?. 11) Que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado?? la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho.

Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera. De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa pretendida, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación.

En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa. Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular. (confr. fallo referido, considerando 17 y sus citas).(CSJN: 270.XLII. 24/02/2009 Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ? ley 25.873 ? dto.1563/04s/amparoley16.986?)?.

IV.- PROCESO SUMARÍSIMO

Solicito que el procedimiento que se insta sea tramitado bajo las reglas que gobiernan el proceso sumarísimo, de conformidad a lo preceptuado por el artículo 498 y concordantes del CPCCN, en función de la manda contenida en el artículo 322, segundo apartado del CPCCN.

V.- LEGITIMACION

Los artículos 48 y 2448 del Anexo I del Código Civil y Comercial de la Nación, vulneran al sostener una definición contraria al Sistema de Protección Interamericano y Universal de Derechos Humanos de ?persona con discapacidad? todos y cada uno de los derechos humanos que la Constitución Nacional, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378), con Jerarquía Constitucional (Ley 27.044) sostienen en materia de igualdad de goce y ejercicio de derechos. En este sentido mi niña como persona con discapacidad, y como perteneciente al colectivo de personas con discapacidad, desde la promulgación y entrada en vigencia de la ley 26.994 ve violados sus derechos humanos en cuanto a sostener un modelo de definición que decididamente condiciona las prácticas civiles, comerciales y sociales para con las

personas con discapacidad.

En este sentido el artículo 43 de la Constitución Nacional, resguarda los derechos de mi niña como persona con discapacidad, y faculta en virtud de la incidencia sobre su vida y la de todas las personas con discapacidad, a iniciar la presente acción (Confr. CSJN: 270.XLII. 24/02/2009 Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ? ley 25.873- dto.1563/04s/ amparo ley 16.986?)?.

En el presente caso, la legitimación procesal se verifica con total facilidad, por cuanto se viola el mandato constitucional que protege respecto de las personas con discapacidad, el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; La no discriminación;

La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades; La accesibilidad; La igualdad entre el hombre y la mujer; el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad; acceso a la justicia, acceso a la vida independiente y el derecho a ser incluida en la sociedad, acceso a la salud; a la protección integral; a la protección contra el abuso; al respeto del hogar y la familia; el derecho a la educación; el derecho al respeto de la privacidad; a la habilitación y rehabilitación; al trabajo y al empleo; a la participación de la vida política y pública; al igual reconocimiento ante la ley; nivel adecuado de vida; participación en la vida cultural, actividades recreativas; esparcimiento y deporte, etc.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fundamento en la analogía existente entre el amparo y la pretensión declarativa, cuando en ambas se persigue preventivamente la declaración de inconstitucionalidad de una norma, sostuvo que tienen derecho a reclamar en protección de tales derechos, todos aquellos que han sido legitimados en el artículo 43, CN.. (Conf. CSJN, ?Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica y Provincias de Buenos Aires? JA, 1998-I-309; Fallos: 320:690, citado por Arodin Valcarce, Derecho Procesal Constitucional, Adolfo Rivas, 1º Ed. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003).

Por lo expuesto, solicito a S.S. que la presente acción tenga efecto erga omnes con basamento en los autos ?Halabi, Ernesto c/P.E.N. Ley 25.873 Dto.1563/04 s/Amparo ley 16986? cuya sentencia fuera dictada por la Dra. Liliana Heiland en primera instancia en lo Contencioso Administrativo Federal y confirmada en todos sus términos por la Sala II y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, haciendo extensivo su alcance a todas las personas con discapacidad; importando una decisión en contrario, un cercenamiento de los derechos acordados a las personas con discapacidad tanto en la Carta Magna, como en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378) con Jerarquía Constitucional (ley 27.044), y conforme lo establecen los artículos 1 y 2 del Anexo I de la ley 26.994.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha fallado al sosteniendo que: ?En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de co-titularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno?.

?En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera. De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa pretendida, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación. En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa?.

?Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular?.

?Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño?. ?Sin embargo, no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo e las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta Litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos?. ?Frente a esa falta de regulación que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492)?. ?La eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución también protege como derivación de la tutela de la propiedad, del contrato, de la libertad de comercio, del derecho de trabajar, y la esfera privada, todos derechos de ejercicio privado. Por otro lado, también debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado (doctrina de Fallos: 211:1056 y 215:357)? .CSJN: 270.XLII. 24/02/2009 ?Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ? ley 25.873 ? dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986'

Es por medio del fallo citado que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pretorianamente, ha delineado los caracteres que debe reunir una acción colectiva que tiene por objeto la protección de los derechos individuales homogéneos, basándose en sus antecedentes, afirmando que ?donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido.

Al reconocer la falta de una reglamentación al respecto, establece tres requisitos que deben cumplirse para la procedencia, estos son:

1) La existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

En la presente acción, la aplicación de la definición de persona con discapacidad que poseen los artículos 48 y 2448 del Anexo I de la Ley N° 26.994 genera una lesión de imposible reparación posterior, al sostener un modelo perimido del siglo pasado, sobre los derechos que implican el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;

La no discriminación; La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades; La accesibilidad;

La igualdad entre el hombre y la mujer; el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad; acceso a la justicia, acceso a la vida independiente y el derecho a ser incluida en la sociedad, acceso a la salud; a la protección integral; a la protección contra el abuso; al respeto del hogar y la familia; el derecho a la educación; el derecho al respeto de la privacidad; a la habilitación y rehabilitación; al trabajo y al empleo; a la participación de la vida política y pública; al igual reconocimiento ante la ley; nivel adecuado de vida; participación en la vida cultural, actividades recreativas; esparcimiento y deporte, entre otros.

2) La pretensión debe estar concentrada a los efectos comunes que produce un mismo hecho para toda la clase afectada.

La acción tiene por objeto el daño concreto que la menor en su calidad de afectada directa por las prácticas constituyentes a partir de dichas definiciones, y a su vez a todo el colectivo de personas con discapacidad que son afectados por la misma normativa. La sola

lectura de la legislación mencionada revela que alcanza por igual y sin excepciones a todo el colectivo que en esta causa se cita.
3) Que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda y de esta forma verse afectado el acceso a la justicia.

Hay una clara afectación de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; de la no discriminación; de la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; del respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; de la igualdad de oportunidades; de la accesibilidad; de la igualdad entre el hombre y la mujer; y del respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad, de las personas con discapacidad, incidencia que no se justifica que cada una de las personas con discapacidad promueva una demanda peticionando la inconstitucionalidad del artículo 48 y 2448 del Anexo I de la Ley 26.994.-

En este orden de ideas, cumpliéndose palmariamente con los requisitos pretorianos que estableció la Corte Suprema de Justicia de la Nación y conforme el artículo 43 de la Constitución Nacional, mi niña se encuentra debidamente legitimada para instar esta Acción Declarativa de Inconstitucionalidad, como perteneciente al colectivo de personas con discapacidad, pertenencia que el Estado Nacional a través del Ministerio de Salud de la Nación establece a través de la certificación correspondiente.-

Por todo lo expresado, la legitimación invocada resulta suficiente para promover este proceso; haciendo ciertos los derechos contenidos en los artículos 14, 14bis, 16, 17, 18, 28, 31, 33, y 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional, ley 26.378 y ley 27.044.-

VI.- FUNDAMENTOS:

A) DEFINICIONES E INCONSTITUCIONALIDAD ? AUSENCIAS Y DEFECTOS DE FONDO

Definición de persona con discapacidad (ley 26.994)

El artículo 48 del Anexo I de la ley 26.994, establece: ??se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece de una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral??

El artículo 2448 del Anexo I de la ley 26.994, establece:??..se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece de una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

a) Persona con discapacidad ? definiciones y contradicciones dentro del propio Código Civil y Comercial de la Nación, y con otras normativas Nacionales e internacionales:

La ley 26.994, establece en el Libro Primero, Parte General, Título I, Persona Humana desde cuando una ?persona? comienza su existencia. Es dable destacar en este punto que el propio Código Civil y Comercial de la Nación no define persona humana, como tampoco lo va a hacer con otros colectivos (pueblos indígenas ? artículo 9 ley 26.994), a excepción de la ?persona con discapacidad?.

Si bien va a existir una definición de ?consumidor? en el Código Civil y Comercial, la misma es en relación a la ?persona humana?, que a su vez reiteramos, ?no define que es persona humana?, sino desde cuando se considera a una persona ?persona humana?.

En realidad podríamos tratar de esbozar una definición de persona humana a partir del ?nacimiento? (artículo 19 del CCyCN), y ?la muerte? de la persona humana (art. 2277 del CCyCN), aunque aquí hablamos de una estructuración jurídica en base al comienzo de la existencia y su fin.

Ahora bien, esta parte se pregunta, ¿cómo es posible que no se defina ningún colectivo de personas, y el de las ?personas con discapacidad? sea definida en dos artículos del Código Civil y Comercial de la Nación?

La respuesta primaria que surge nos habla de la falta de adecuada técnica legislativa en la lectura del Código, aunque lo único que podemos afirmar es que el Codificador en todo el Código Civil y Comercial de la Nación, es la única definición que repite en dos oportunidades.

No solo llama la atención que sea el único colectivo denominado, que a su vez sea denominada en dos oportunidades diferentes, sino que a su vez se lo haga ?contrariando normas de Derecho Interno y de Derecho Internacional?.

En este sentido, la ley 26.378 que ratifica y aprueba la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en su artículo 1* inciso 2do establece: ?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 que los demás?

Más allá de las diferencias ideológicas que influyen en las prácticas que más adelante se explicarán entre las definiciones de los artículos 48 y 2448 del Anexo I de la ley 26.994, y el artículo 1* de la ley 26.378, la Ley 26.994 establece una definición diferente respecto de la que la República Argentina adoptó a partir de la ley 26.378 respecto de las personas con discapacidad.

Es imprescindible aclarar a esta altura que el artículo 1* de la ley 27.044 (Sancionada el 19 de Noviembre de 2014, y promulgada el 11 de diciembre de 2014), otorga en términos del artículo 1* de la citada ley ?Jerarquía Constitucional conforme lo establece el artículo 75 inc. 22 de la Carta Magna a la Convención de los derechos de las personas con discapacidad ? CDPCD).

Aquí nos encontramos frente a dos contradicciones del propio texto del Código Civil y Comercial de la Nación:

a.1: Contradicción con la normativa Nacional aplicable:

Como hemos señalado en los párrafos anteriores, la definición del artículo 48 y el artículo 2448 del Anexo I de la ley 26.994, establece una definición que refiere a paradigmas y modelos anteriores al Sistema de Protección Interamericano y Universal de Derechos Humanos.

En este sentido, hemos comparado la definición de la ley 26.378 (CDPCD), y la que contienen los dos artículos citados, una se basa en el sistema de protección universal de derechos humanos (art. 1* inc. 2 de la ley 26.378), y la otra en modelos anteriores al del sistema de protección universal.

La diferencia (que más adelante se establecerá claramente en cuanto a sus efectos en las prácticas, y en cuanto a sus efectos en el ejercicio y goce de los derechos humanos, radica esencialmente en que la definición del art. 1* inc. 2 entiende que la discapacidad se construye por las barreras que la sociedad impone a las personas con discapacidad para el ejercicio de sus derechos, y las definiciones impugnadas ponen el acento no solo en la deficiencia de la persona, sino la carga en ella del deber de integrarse a la sociedad. Esta definición tan diametralmente opuesta, coloca los efectos de la diversidad funcional (para poder comenzar a entender el cambio de paradigma), es decir que cada uno de nosotros funcionamos de forma diferente, en la sociedad que es la encargada de adecuar los espacios para que las personas que requieren de más apoyo puedan requerirlos, y de esta forma poder acceder al ejercicio de los derechos humanos en igualdad de condiciones que los demás, independientemente de su diversidad funcional.

En el caso de las definiciones impugnadas, se pone el énfasis en la deficiencia, y en la necesidad que la propia persona pueda ?integrarse? a la sociedad.

Esta definición decididamente deja de lado el concepto de ?inclusión social?, por el de ?integración social?, que oportunamente se explicará con los ejemplos que se ofrecerán, para entender que en la sociedad debemos estar incluidos todos, cualquiera sea la diversidad funcional que tengamos, reitero, porque todos funcionamos de forma diferente.

Como se puede apreciar el artículo 48 y el artículo 2448 del Anexo I del Código Civil y Comercial de la Nación lo que hace es contradecir una normativa nacional (la ley 26.378), en conjunto con la ley 27044 que le otorga Jerarquía Constitucional. No solo contradice por ende una norma nacional, sino una norma que conforma parte del Bloque Federal, es decir una norma que el legislador en términos del artículo 75 inc. 23 ha dictado.

a.- 2: Contradicción con normas propias el propio Código Civil y Comercial de la Nación:

El Anexo I de la ley 26.994, en su Anexo I ? Título Preliminar ? Capítulo 1 ? Derecho, establece: Artículo 1: Fuentes y aplicación.

Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme a la Constitución Nacional, de y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte?:?

Artículo 2: Interpretación: La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Al momento de resolver en cualquier causa judicial, o al momento de tomar como fuente y aplicación o interpretación de los artículos del Código Civil y Comercial de la Nación, va a ser necesario que las normas del Código estén de acuerdo con los ?tratados de derechos humanos en los que la República sea parte?.

En este sentido el Codificador ha sido mucho más amplio al momento de establecer las normas interpretativas y de fuentes de aplicación, ya que es el propio sistema de

derechos humanos tanto interamericano como universal, el que va acompañando el eje del cambio jurídico que este Código tiene sin

precedentes, al establecer que para que la norma sea aplicable ?no? debe contradecir los tratados de derechos humanos donde la República sea parte. Esto abre la posibilidad a aquellos tratados internacionales que no tenían Jerarquía Constitucional, ya que este era un impedimento que obligaba a los Juristas a realizar una estructura teórica superlativa para la aplicación de aquellas normativas que no tuvieran Jerarquía Constitucional.

Aquí nos encontramos que para aplicar los artículos 48 y 2448 del Anexo I de la ley 26.994 en materia de definición de persona con discapacidad, tenemos que sí o sí centramos en las normas nacionales vigentes (ley 26.378 y 27.044), y en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Tratados de derechos humanos en los que la Argentina sea parte (confr. Art. 1 y 2 del Anexo I de la ley 26.994). Esta contradicción en las definiciones, esta contradicción entre las normas Nacionales y la de los tratados de derechos humanos en los que la República es parte (como es la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad), nos habla a las claras que los artículos 48 y 2448 del Anexo I del Código Civil y Comercial, no se ajustan a derecho, y son contrarias a las definiciones que establecen las normas Nacionales y los tratados de derechos humanos en los que la República Argentina es parte.

Es por ello que los artículos 48 y 2448 del Anexo I de la ley 26.994, deben ser declarados inconstitucionales por violentar la normativa Nacional, la normativa que se encuentra en el Bloque Federal de la Constitución Nacional, y las normas interpretativas, y como fuentes de aplicación de los derechos civiles y comerciales de las personas con discapacidad, al contener una definición que al sustentarse en un modelo médico, y no en un modelo de derechos humanos violentan los derechos humanos de las personas con discapacidad en cuanto a que las prácticas que acompañan dicha definición, no respetan la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; La no discriminación; La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades; La accesibilidad; La igualdad entre el hombre y la mujer; el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad; acceso a la justicia, acceso a la vida independiente y el derecho a ser incluida en la sociedad, acceso a la salud; a la protección integral; a la protección contra el abuso; al respeto del hogar y la familia; el derecho a la educación; el derecho al respeto de la privacidad; a la habilitación y rehabilitación; al trabajo y al empleo; a la participación de la vida política y pública; al igual reconocimiento ante la ley; nivel adecuado de vida; participación en la vida cultural, actividades recreativas; esparcimiento y deporte, entre otros.

Colectivo de personas con discapacidad ? personas con discapacidad no contempladas. Discapacidad sensorial:

El artículo 48 y el art. 2448 del Anexo I de la ley 26.994, en su ya impugnada definición establece dentro del grupo de personas que contemplan el colectivo de personas con discapacidad a las personas con ??alteraciones??físicas o mentales?.-

Esta definición deja fuera un gran grupo de personas con discapacidad que son aquellas que tienen discapacidad sensorial.

En este sentido y conforme lo establece el propio Servicio Nacional de Rehabilitación,

?..la discapacidad sensorial es una discapacidad de uno de los sentidos y por lo general se utiliza para referirse a la discapacidad visual o auditiva; sin embargo, los otros sentidos también pueden desarrollar discapacidades. Ceguera, pérdida de visión, sordera y pérdida de audición, discapacidades olfativas y gustativas (incluyendo anosmia, que es una incapacidad para oler), discapacidad somatosensorial (falta de sensibilidad al tacto, calor, frío, y dolor), y trastornos del equilibrio son sólo algunas discapacidades dentro el rango de la discapacidad sensorial?.; para ello el propio Servicio Nacional de Rehabilitación establece las pautas correspondientes a la certificación de las personas con discapacidad sensorial (<http://www.snr.gob.ar/?s=discapacidad+sensorial>).

Es por ello que el artículo 1* inciso 2* de la Ley 26.378 (CDPCD), establece al definir a

las personas con discapacidad: ??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 los demás??

Esta definición que contempla la normativa vigente Nacional e Internacional, es mucho más amplia y abarcativa de un colectivo de personas que tienen una diversidad funcional diferente a las personas con diversidad física o mental que sugieren los artículos 48 y 2448 del Anexo I de la Ley 26.994, y aquí nos encontramos con las personas con discapacidad sensorial, es decir con aquellas cuya

discapacidad tiene distinto origen y funcionalidad, y que al no ser contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación, quedan fuera de un colectivo en el que se encuentran perfectamente certificadas, así lo establece el propio Estado Nacional a través del Ministerio de Salud de la Nación, y por ende privadas de derechos en términos que los propios artículos sostienen, como por ejemplo derechos hereditarios (art. 2448 del Anexo I del Código Civil y Comercial de la Nación).

Discapacidad Intelectual:

A su vez, la definición que establecen los artículos 48 y 2448 del Anexo I del Código Civil y Comercial de la Nación, deja de lado a las personas con discapacidad ¿intelectual?. Y aquí es donde claramente se ve el origen de la definición que tienen ambos artículos en cuanto a su fundamento médico.

Cuando los artículos citados hablan en términos de alteración mental, se refieren al ¿padecimiento mental? en términos de la ley 26.657 (Salud Mental), es decir discapacidad producto de enfermedades de la mente.

Ahora bien, existen otras personas como en el caso de , que tienen discapacidad intelectual, es decir cuyo desarrollo intelectual tendrá una funcionalidad diversa, lo harán no desde una enfermedad producto de un disparador cualquiera sea que la produzcan, sino que por su componente genético (Síndrome de Down), nació con algunas alteraciones propias del síndrome, es decir una discapacidad intelectual que le permitirá o no (de acuerdo al contexto social y familiar), desarrollar potencialidades o no; aunque no producto de una enfermedad.

La Asociación Americana de discapacidades intelectuales y del desarrollo (AAIDD, antes AAMR) recoge en su 11ª edición (2010) la siguiente definición de discapacidad intelectual: ¿La discapacidad intelectual se caracteriza por limitaciones significativas tanto en funcionamiento intelectual, como en conducta adaptativa, tal y como se ha manifestado en habilidades adaptativas, conceptuales y prácticas. Esta discapacidad se origina antes de los 18 años?

Como V.S. podrá apreciar la definición de los artículos 48 y 2448 del Anexo I de la ley 26.994, deja de lado a las personas con discapacidad intelectual, y por ende deja de lado a una gran proporción del colectivo de personas con discapacidad que tienen esta diversidad funcional, privándola de derechos como los que establece el art. 2448 del Código Civil y Comercial de la Nación, lo cual conculca derechos establecidos en la propia Carta Magna, como es el principio de igualdad ante la ley.

El artículo 1* inc. 2 de la ley 26.378, artículo obligatorio en términos de los artículos 1

y 2 del Anexo I de la ley 26.994 establece claramente que dentro del colectivo de

personas con discapacidad existen las personas con ¿discapacidad intelectual?; por lo que su ausencia en la nominación del Código, es contraria a la Constitución Nacional, y a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.-

a.- 3: Desconocimiento formal de la ¿evolución? del concepto de discapacidad de las definiciones de los art. 48 y 2448 del Anexo I de la ley 26.994 (contradicción con lo establecido por el inc. e) Preámbulo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

La ley 26.378 con Jerarquía constitucional conforme lo establece el artículo 1 de la ley 27.044, establece en su Preámbulo: ¿Los Estados en la presente convención,?...e)

Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona?...?

El preámbulo de la Convención sobre los derechos de las ¿personas con discapacidad, lleva consigo otro de los principios fundamentales del sistema de protección universal de derechos humanos, ¿la progresividad? (NIKKEN, P. (1997). El derecho internacional de los derechos humanos, su desarrollo progresivo. Madrid: Civitas) .En esta línea la Convención en su inc. e) del preámbulo expresa que la ¿discapacidad es un concepto que evoluciona?, evolución que en materia de Derechos Humanos no tiene otro efecto que alcanzar la efectiva protección de todos los derechos humanos.

En este sentido, los derechos humanos consagrados en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPCD), y en virtud de la compatibilidad, subsidiariedad, irrenunciabilidad, y el principio ¿pro persona? se encaminan a una conjunción entre el modelo social de la discapacidad y una legislación internacional que por primera vez propone a la persona con discapacidad en el lugar de ¿sujeto de derecho internacional?. (Cfr. CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (A/RES/61/106), 24 de enero de 2007. Preámbulo:?. A) Recordando los principios de la Carta de las Naciones Unidas que proclaman que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; B) Reconociendo que las Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, han reconocido y proclamado que toda persona tiene los derechos y libertades enunciados en esos instrumentos, sin distinción de ninguna índole?;D) Recordando el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares,?..; F) Reconociendo la importancia que revisten los principios y las directrices de política que figuran en el Programa de Acción Mundial para los Impedidos y en las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad como factor en la promoción, la formulación y la evaluación de normas, planes, programas y medidas a nivel nacional, regional e internacional destinados a dar una mayor igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad).-

Este tratado de derechos humanos, fortalece el principio de la persona con discapacidad como ?sujeto de derecho?, en este sentido la definición de Persona con Discapacidad que propone la Convención, pone el acento en las ?barreras?, sean actitudinales, comunicacionales o físicas que impiden la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad, que con independencia de su diversidad funcional, hace responsable tanto a la organización política y económica, como al componente cultural ? normativo de dichas barreras.(Cfr. CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (A/RES/61/106), 24 de enero de 2007. El 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)

Resulta importante la distinción tanto de ?condición? como ?la situación? de discapacidad. Pantano sostiene que ?condición de discapacidad? es el estado en que se halla la persona debido a problema/s de salud que opera/n sobre su funcionamiento, en la interacción con el contexto, afectándolo en sus actividades y participación y otras consecuencias, y ?situación de discapacidad? alude al conjunto de factores o circunstancias que tienen que ver con las personas (población) en cuanto estén o puedan estar en condición de discapacidad. La forma en que la persona vive todo ello, en que repercute y constituye su propia subjetividad, delinearé realmente la ?condición de discapacidad? y demandará respuestas de actores concretos individuales, institucionales y sectoriales.(PANTANO, L. (X N* 33 ? 2007). Personas con discapacidad: hablemos sin eufemismos. La fuente ? Córdoba)

Esta dialéctica compleja entre factores biológicos, psicológicos, culturales y sociopolíticos se entrecruzan, aportando una dinámica inversa a la propuesta por el modelo médico Hegemónico, cargando la responsabilidad del diseño universal, los ajustes razonables y los apoyos que requiera la persona con discapacidad en el entorno, en la sociedad, en el Estado. La evolución del concepto de ?discapacidad?, es innegable y sustentada en los propios principios de los derechos humanos. La falta de adecuación de los artículos 48 y 2448 del Anexo I de la ley 26.994, coloca a las personas con discapacidad en una debilidad jurídica estructural que sustentó prácticas nocivas, excluyentes y segregacionales. La inclusión de las personas con discapacidad es la base de la constitución de los Estados Nacionales, en este sentido la República Argentina tiene como política pública el concepto fundamental de reconocimiento de las personas en clave de derechos humanos (art. 75 inc. 22 de la Carta Magna).

Es por ello que toda definición que en un Código con tanta visión de progresividad, que no se sustente en el principio ?pro persona?, violenta los principios básicos irrenunciabilidad, interdependencia, y universalidad de todos los sistemas de protección de derechos humanos (interamericano, universal, europeo, africano y árabe); los que interactúan en forma conjunta, en lo que el colega Dr. Fabián Salvioli (Presidente del Comité de derechos humanos de las Naciones Unidas), ha denominado la ?diplomacia de la las mega conferencias?.

Es por ello que los artículos 48 y 2448 del Anexo I de la ley 26.994, deben ser declarados inconstitucionales por violentar la normativa Nacional, la normativa que se encuentra en el Bloque Federal de la Constitución Nacional, y las normas interpretativas, y como fuentes de aplicación de los derechos civiles y comerciales de las personas con discapacidad, dejando de lado dentro del colectivo citado a personas con discapacidad sensorial y personas con discapacidad intelectual.

B) PRÁCTICAS PRODUCTO DE LA DEFINICION SOSTENIDA EN EL MODELO MÉDICO (ART. 48 Y 2448 DEL ANEXO I

DE LA LEY 26.994) La ideología de la exclusión

El determinismo biológico va a dar lugar a un fenómeno cultural de la medicalización de la infancia, y aquí es el Estado al sostener una ideología mercantilista, va a fortalecer el sistema de creencias biologicistas por inacción de mecanismos de intervención temprana. Así, el cuerpo enfermo pasa a ser considerado como objeto de mercancía, producto de la invasión de concepciones ideológicas del neocapitalismo en los diversos ámbitos del que hacer social. La medicina actual, enclavada en una economía de mercado neoliberal, se hace parte de una industria de la salud y la enfermedad basada en el lucro y no en el derecho a la salud. Esta lógica del mercado neocapitalismo deja como respuesta social, la desigualdad. Esta va a tener fundamentación lógica a partir del pensamiento instaurado de que ¿en el mercado? todos los satisfactores de las necesidades emergentes se encuentran cuantificados, monetizados y convertidos en precios (GAMALLO, G. (2012). Desmercantilización del bienestar. Aproximaciones críticas a los derechos sociales y a la política social. El caso de la educación- ¿Políticas sociales, enfoque de derechos y marginación social en la Argentina (2003-2009)?). Programación científica.)

Esping Andersen aporta una contribución decisiva al diferenciar los tres modelos distintos de solidaridad del estado de bienestar. El llamado planteamiento residual, que limita su ayuda a unos estratos de riesgo específico, que divide a la sociedad en una mayoría de ciudadanos autosuficientes que pueden obtener sus seguros por medios privados y una clientela dependiente del estado de bienestar (La definición de los derechos sociales como ¿desmercantilización de satisfactores? y la obligación estatal en satisfacerlos abre una serie de problemas conceptuales respecto de las formas públicas de provisión específica. En definitiva, el punto que interesa despejar es aquel que permite afirmar que las garantías entendidas como derechos sociales se formalizan y constituyen bajo dos formas: garantizando una provisión mínima de ciertos bienes y servicios esenciales (tales como atención médica, y provisiones, abrigo y educación) o un ingreso mínimo en dinero para gastar en elementos esenciales?

Los citados trabajos de Off y Esping Andersen, entre otros, señalaron la racionalidad sistémica por la cual es necesaria la intervención estatal para la producción de esos satisfactores, bajo la forma de servicios, en tanto constituye un requisito funcional ante los ¿fallos? conjuntos del mercado y de la familia (Marshall, Ob.cit). GAMALLO, G. ob. cit. pp. 13) ; donde los niveles de desmercantilización son limitados, y aquí es donde se va a colocar a las Personas con Discapacidad como su objeto del mercado, creando la necesidad en las familias mediante dispositivos médicos permanentes a su alrededor. Y así el niño o niña con discapacidad clasificado en el proceso biologicista, resulta ser un objeto necesario productor indirecto de bienes y servicios. ¿Al triunfo del neoliberalismo le sumamos el del imperio del consumo, el resultado es una fetichización del cuerpo y un borramiento de fronteras entre el plano de la naturaleza y el de la subjetividad?. Llevados al extremo, y en nuestro campo, parece que el que piensa y siente es el cerebro, y no el niño. Un cerebro cuyas alteraciones son equiparadas a una sofisticada avería tecno-mecánica. Y nace con esto el ¿etiquetamiento? en forma de estigmatización (VASEN, J. (2011). Una nueva epidemia de nombres impropios ¿el DSM V invade la infancia en la clínica y las aulas. Noveduc.) Aquí comienza otro hecho que se suma al sistema de creencias determinista que va pretender colonizar diagnósticamente al sistema de creencias familiares, que es la utilización del lenguaje propio de la ciencia médica en el ámbito familiar.

El lenguaje médico en tanto acto de enunciación, se constituye en ¿palabras maestras?, que van a dar certeza, permitiéndoles a los padres crear, dar garantías, fundamentos, existencia y pertenencia. Entonces estas clasificaciones nominativas que se instituye como verdades reveladas, si bien aspiran a adquirir valor de verdad, solo guardan una gran huella de conflicto entre lo humano y la ciencia, entre la persona y el saber, entre el niño o niña y su diversidad funcional, donde se instala ¿el déficit? como la clave de toda relación humana. Esta técnica ¿encantadora?. Miles de padres, docentes y profesionales les creen que están construyendo a través de nombres y siglas y del dominio cognitivo-farmacológico luego, el control sobre los fenómenos de nuestra ¿naturaleza?, cuando en realidad lo único que están haciendo es colocar etiquetas que ahorran energía psíquica a quienes etiquetan (Sostiene Vasen ¿creo importante tener en cuenta, tanto en las escuelas como en la consulta, que clasificar es en rigor una técnica que se guía por lo aparente y agrupa los fenómenos que objetiva en una serie. Una clasificación se funda en una selección de datos. Subrayo el término, pues no hay categorías ni clases naturales, sino construcciones.

En esa selección la que deriva en la construcción de un dato que es un abrochamiento unívoco entre un ¿hecho? y su significado. Esa objetivación deja a un lado que los datos están ordenados desde el imaginario y los discursos científicos (siempre relativos) de cada época. O sea, algo es apropiado como dato y convertido en signo de una información que, aparentemente, no requiere desciframiento. Esta objetivación recae sobre la infancia, o mejor dicho sobre las infancias que pueblan nuestro desigual territorio.

Infancias cuyos padecimientos diversos pretenden ser abordados de manera tecnocrática, autoritaria y mercantilista. VASEN, J. ob. cit. pp. 27-50)

Cualquier tipo de clasificación lo único que efectúa es la selección y compilación de datos. Y es el proceso selectivo la que va a constituir ese dato en una unión de un hecho y un significado. Este proceso de objetivación va a dejar de lado datos relevantes sociales, culturales, personales, etc. La sensibilidad se abomba y ya no pensamos en que le pase a ese niño, sino ¿que tiene?; ¿no pensamos en quien?, ¿sino en un qué?. Esta desensibilización lleva a etiquetar y hallar siglas que son pobres nombres para problemas de época, que estallarán en los hogares y en las aulas. Siglas que nombran síndromes que se desentienden de los nuevos rasgos de los niños de hoy, de los cambios de cultura, de la temporalidad, de los encantos del consumo, etc.

Paradigmas y discapacidad

Los paradigmas, como formulaciones históricas, tienen una función de aproximación interpretativa a la realidad de acuerdo con el nivel de conocimientos y la concepción del mundo. Tienen validez mientras son capaces de servir de soporte a la ciencia normal y añadir nuevos datos a los ya existentes. En terminología kuhniana, la función de la ciencia normal es la de añadir datos al paradigma preexistente y resolver enigmas. Una vez que ha alcanzado el estatus de paradigma, una teoría científica se declara inválida sólo cuando se dispone de un candidato alternativo que ocupe su lugar.

Ningún proceso descubierto hasta ahora por el estudio histórico del desarrollo científico se parece en nada al estereotipo metodológico de la demostración de la falsedad, por medio de la comparación directa con la Naturaleza. La decisión de rechazar un paradigma es siempre, simultáneamente, la decisión de aceptar otro, y el juicio que conduce a esta decisión involucra la comparación de ambos paradigmas con la Naturaleza y la comparación entre ellos. Las grandes construcciones científicas expresadas como ciencia natural, son transversales en todos los aspectos de la sociedad, y van a ser generadoras de prácticas sociales de acuerdo a los mismos imaginarios que las construyen. En este sentido, la normativa que va a limitar las prácticas sociales está inundada de los paradigmas que las van erigiendo como totalizadoras. (SEQUEIROS SAN ROMAN, L. (1980). El método de los paradigmas de Khun interpelan a las ciencias geológicas: Notas para una geología sin dogmas -. Facultad de Ciencias ? Madrid)

Ahora bien, en el proceso de cambio cultural, muchas veces las construcciones sociales son sostenidas por encima del cambio progresivo de las normas, es un momento donde las sociedades mitológicamente hablando mantienen prácticas imaginarias del colectivo social contrarias a la legislación que se propone, y esta dicotomía entre el ser y el deber ser, es la vivencia cotidiana con la que el legislador convive; ya que mientras la legislación cambia en forma inmediata por procedimientos que pueden ser hasta impensados en términos temporales, mientras que los paradigmas tardan tiempos diferentes en no solo modificarse, sino en aceptar como válida la aplicación de la norma.

Y esta dificultad va a quedar claramente expuesta a lo largo del desarrollo de los Sistemas de Protección Universal de Derechos Humanos, ya que van a acordarse terminologías y normas que implican cambios radicales de paradigmas que resultan más de laboratorios que de construcciones sociales, ya que la violación de los Derechos Humanos en los territorios de los Países firmantes es el resultado claro de la falta de aceptación de la legislación por la falta de cambio de paradigma.

Las representaciones arquetípicas que sustentaron la invisibilidad de los niños y niñas con discapacidad fueron colocándolos al margen de toda política pública que no sea meramente asistencialista, consolidando el déficit funcional y la segregación estereotipada. Estos prejuicios que culminan en prácticas nocivas para la autonomía, la toma de decisiones y la independencia de las personas con discapacidad, constituyen la base discriminatoria que impide a las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones que los demás, y que implica en los niños y niñas con discapacidad intelectual, la exclusión que conlleva connotaciones más profundas, recibiendo en sí misma una mirada de desvalorización. En los niños y niñas con discapacidad intelectual, en ausencia de diferencia física objetiva, el hecho de ser observado como persona con discapacidad, es suficiente para construir la distancia afectiva que descalifica.

Ejemplo de ello constituye la privación en la generalidad de los casos de muchas prácticas familiares y rituales sociales, que a sus pares sin discapacidad le son permitidas. Esta forma de pensar a la discapacidad como una condición en sí misma, nos obliga a entender a la discapacidad como una condición relacional, ¿un producto en el cual la limitación funcional en cualquier área del funcionamiento humano queda sancionada por la sociedad como una anomalía de escaso valor social?.

Es esta pasividad la que va a ser constituyente de la personalidad del niño y niña con discapacidad, y que va a llegar a la constante

normalización de los mismos para equiparar las relaciones familiares, sociales e institucionales. Esta constante normalización del individuo va a privar a los niños y niñas con discapacidad la vivencia lúdica que conlleva la niñez como elemento relacional con el medio, con el espacio, con el otro, hecho que fue sustentado por la sociedad a lo largo de la historia como veremos a continuación.

Al momento de observar y dar respuestas a los distintos grupos sociales cuyos derechos pueden ser afectados, la respuesta social implica la respuesta institucional para con los componentes sociales a los que se refiere, sea mediante políticas públicas, políticas familiares, políticas laborales, sociales, etc.

A lo largo de la historia fueron distintas las respuestas sociales para con las personas con discapacidad han ido que condicionando sus vidas, expuestos a dispositivos de segregación y exclusión.

En este sentido, las Respuestas Sociales para con los niños y niñas con discapacidad anterior a la Creación del Sistema Protectorio Universal (carta de las Naciones Unidas), pueden resumirse en un modelo social denominado Modelo de la Prescindencia, que a su vez va a dividirse en dos sub modelos, el sub modelo Eugénico y el sub modelo de la Marginación.

Respuestas Sociales anteriores a la carta de las Naciones Unidas

El Sub modelo de la Prescindencia:

Desde el sub modelo eugenésico se considera que la persona con discapacidad es un ser cuya vida no merece la pena ser vivida. Como consecuencia de estas valoraciones y en el caso de detectarse diversidades funcionales congénitas, los niños y niñas afectados son sometidos a infanticidio. Probablemente como resultado de ciertas creencias religiosas respecto de su origen, si la discapacidad es generada con posterioridad al nacimiento, el tratamiento es diferente, llegando incluso a otorgarse ayudas a los fines de subsistencia a las personas que adquieren una diversidad funcional a causa de las guerras. En cuanto a los medios de subsistencia, parece que sin tener muchas otras posibilidades, el ser objeto de burla o diversión es muchas veces el medio de manutención obligado. En términos generales, podría afirmarse que las respuestas sociales se basan en el temor y/o la persecución, como consecuencia de la creencia acerca de su peligrosidad e innecesidad para el desarrollo de la comunidad. (Palacios, Agustina El Modelo Social de la Discapacidad Cermei 2008)

Esta respuesta social para con las personas con discapacidad, si bien ya no existe tal cual fuera planteada en épocas remotas, en la actualidad prácticas que se asemejan a las expresadas que el imaginario colectivo, modificó conceptualmente, pero no en sus causas y efectos. El aborto eugenésico, médicamente sugerido es un ejemplo claro de prácticas sustentadas en este sub modelo.

El Sub Modelo de la Marginación

El sub modelo de la Marginación, tiene como característica principal la exclusión, ya sea como consecuencia de subestimar a las personas con discapacidad y considerarlas objeto de compasión, o como consecuencia del temor o el rechazo por considerarlas objeto de maleficios o la advertencia de un peligro inminente. A diferencia del sub modelo eugenésico, ya no se comete infanticidio, aunque gran parte de los niños y niñas con discapacidad mueren como consecuencia de omisiones ya sea por falta de interés y recursos, o por invocarse la fe como único medio de salvación serán sujetos de prácticas religiosas dominantes, preferentemente cristianas que sustentados en pensamientos de lo demoníaco como totalizador se recluirá en instituciones inquisidoras hasta tanto el demonio salga del cuerpo de los mismos. En este sentido, las niñas y niños con discapacidad a lo largo de esta etapa histórica transcurrirán sus vidas en hogares, hospitales o asilos. En la actualidad las prácticas de encierro en instituciones totalizadoras ha sido una práctica que si bien la ley de Salud Mental viene a modificar, es una respuesta social que se ha mantenido en este sentido respecto de las niñas y niños con discapacidad intelectual, mental o psicosocial, tal vez no con encierros durante todo el día porque se les permite en algunos casos volver a sus casas, pero práctica controladora como nos enseña Foucault.

El Modelo Médico Hegemónico:

El denominado Modelo Médico Hegemónico va a tener nacimiento con posterioridad a las Primera y Segunda Guerra Mundial y va a ser el que va acompañar a la creación del Sistema de Protección Universal de Derechos Humanos a partir de la Carta de Naciones Unidas, y que va a impregnar su visión a pesar del fuerte contenido de Derechos Civil, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, y como no hacerlo si los paradigmas sobre los que se estructura cualquier sistema social, jurídico, político, se encuentran arraigados en el interior de las sociedades y cambian con más lentitud que las legislaciones que pretenden hacerlo.

En este Modelo el saber sobre la discapacidad mental, intelectual o psicosocial reflejaba un predominio de un enfoque médico ? psiquiátrico y se expresaba a través de tres campos principales: la psiquiatría, la pedagogía y la psicología, y el Modelo Médico Hegemónico que actualmente prevalece en nuestras sociedades a pesar de aquel que sustenta la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se sostiene en un aparato ideológico donde el discurso médico ? psiquiátrico refuerza la hegemonía del sistema.

Este modelo es aquel que va surgir producto de las sociedades industriales?...cuyos rasgos más salientes estarían dados por su adhesión al enfoque positivista, unicausal y biologicista, su perfil mercantil, su privilegio de la dimensión curativa sobre la preventiva, su suposición (y reforzamiento) de la pasividad del sujeto?su concepción de la enfermedad como desviación de lo normal y de la salud, como ausencia de enfermedad y su promoción de una modalidad de atención asilar y manicomial? (MENDENDEZ, E. (1981). Poder, estratificación y salud. México: De la casa chata)

Este ?Pensamiento Médico? es la resultante de percibir las cosas que se organiza alrededor de la norma, esto es, que procura deslindar lo que es normal de lo que es anormal ya que el pensamiento médico distingue a diferencia del jurídico en lícito e ilícito, en normal y anormal. (FOUCAULT, M. (2012). El poder, una bestia magnífica ? sobre el poder, la prisión y la vida . Siglo XXI Editores S.A.)

Según el mismo autor, la medicalización de la infancia crea una normalización que crea una especie de jerarquía de individuos capaces o menos capaces ?el que obedece a una norma determinada, el que se desvía, aquel a quien se puede corregir, aquel a quien no se puede corregir, el que puede corregirse con tal o cual medio, aquel en quien hay que utilizar tal otro, como gran instrumento social de poder.

?La noción de normalidad, esconde su carácter social e histórico y su contenido ideológico, instalándose como natural y, por lo tanto evidente? (ROSATO, A., & ANGELINO, M. (2009). Discapacidad e ideología de la normalidad . Noveduc). En este sentido, plantear que la normalidad social tenga un origen biológico, verificable estadísticamente y que el valor promedio es expresión de una norma, es parte de los efectos de ocultamiento de la ideología. Esta ?ideología de la normalidad?, como señalan Esteban Kipen e Indiana Vallejos a través del discurso médico ? pedagógico, genera todo un desarrollo conceptual, metodológico e instrumental tendiente a instalar una supuesta causa biomédica de la inteligencia que, por causas naturales, estaría distribuida en forma desigual entre los sujetos.

La clave del Modelo Médico Hegemónico y que a su vez fueron sostenidas oculta pero sustancialmente en los sub modelos mencionados es que la deficiencia funcional es constitutiva de la personalidad de los individuos. Así se vacía de contenido sus subjetividad, y por ende van a ser objetos de protección, objetos de prestaciones médicas, poniendo solo el objeto en el aspecto médico de la diversidad funcional.

Y toda la vida de las personas con discapacidad, todas sus posibilidades se centran en tres características fundamentales; en primer lugar la identificación de la persona con el diagnóstico médico, donde la mirada totalizadora del diagnóstico va a privar de identidad a la persona hasta en su misma denominación, basta ver una persona con discapacidad visual caminando por la calle para mencionar ?ahí va un ciego?, porque lo primero que vemos en el otro es la deficiencia, y en base a ello construimos la relación con el otro; en segundo lugar es la hermandad de diagnóstico; este criterio globalizador viene nuevamente a privar de individualidad a la persona, y privamos o sesgamos posibilidades a las personas con discapacidad en base a ?supuestas? experiencias de terceros que nos son impuestas preferentemente por la mirada médica y que se esparce socialmente, de esta forma cada persona ?debería? reaccionar frente a la misma situación de igual forma por la mirada médica empírica que se erige como dominante, donde la construcción

social, familiar, e individual no tienen importancia para potenciar las posibilidades de cada individuo, y por último la carga negativa de la discapacidad, la constituyente de sus posibilidades, la socialmente registrable, es que son "discapacitados", ya no solo se les priva de la individualidad, se les asignan roles en base a diagnósticos de terceros, se les prohíbe y sesgan posibilidades, sino que se los caratulan como discapacitados, donde la sociedad demuestra claramente que la deficiencia la tienen las personas con discapacidad, y divide al mundo en aquellos que tienen discapacidad (anormales) y aquellos que no tienen discapacidad (normales). El concepto "anatomía política" describe el proceso por el cual los cuerpos sometidos a una relación de poder que los construye y modela en dispositivos tales como la escuela, la fábrica, la prisión, el hospital?, por lo que la mera existencia de la limitación funcional, aunque sea minoritaria, no alcanza para producir una discapacidad si no existe una instancia social que la sancione como minusválida, la familia, la escuela, la institución médica o judicial (FOUCAULT, M. (2008), ob. cit.)

Estos resultan ser efectores de la dinámica social, ya que guiados por el imaginario colectivo, los diferentes ambientes que rodean a las personas con discapacidad funcionan reproduciendo mecánicamente la dependencia. Las personas con discapacidad se sobre adaptan o incluso se someten a los dictámenes del contexto. Así el discurso "oficial" se sustentó en los lineamientos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), quien introduce variados documentos en relación al tema de la discapacidad provenientes y/o sustentados sobre la base de la lógica del propio Organismo Productor, en torno a un tema de salud, en un tema concerniente a este binomio normal y anormal que Gauss concretó empíricamente. En esta temática podemos diferenciar dos momentos claros de incidencia, el primero es con la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDIM) de 1980, así la discapacidad es entendida como "toda distinción (restricción) o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en forma o dentro de un margen que se considera normal para un ser humano. La discapacidad así sería el resultado de la incidencia de una deficiencia que restringe o anula las habilidades de una persona para desarrollar una actividad considerada normal dentro de su contexto sociocultural.

Esta definición además de centrarse en el déficit como elemento principal de la construcción, gira en entono a la persona como portadora de la discapacidad, circunstancia de salud a tener que normalizar.

El segundo aparece en la Clasificación Internacional de Deficiencias, Actividades y Participación (CIDAP 1), donde se habla de deficiencia, actividad y participación.

Ahora bien, ambas clasificaciones no hacen más que remarcar los aspectos de la salud, porque su ámbito de creación lo posee la limitación propia del discurso médico que totaliza, ya que si bien la CIDAP cambia términos de minusvalía por participación, y discapacidad por actividad, es solo modificación retórica que cae en la exclusión propia por la negación.

Por ello la clave del Modelo Médico Hegemónico es la construcción teórica de que el "otro diverso", tiene individualmente una dificultad, un déficit que es material, tangible e incorregible, que mediante la medicalización y se llega a la "normalización" que Foucault sostuvo para el ingreso al circuito de participación e inclusión social. En este sentido la vida de los niños y niñas con discapacidad a lo largo de su vida, y como parte de esta "medicalización" van a ser sujetos a una "rehabilitación constante" con el objetivo de llegar al mayor grado de "normalización", como si la deficiencia pudiera ser suplida por una constante terapia de vida. La dificultad en la adquisición de las habilidades evolutivas más lentas en muchos casos, va a demandar tiempo, esfuerzo y energías que la libido de los Padres llevaran a creer que debe ser puesta en la "rehabilitación" como centro de la vida de las niñas y niños con discapacidad, logrando el gran objetivo del sistema capitalista que es objetivar a la personas con discapacidad para que produzca por lo que genera en su entorno, para suplir aquello que "supuestamente" no produce por su deficiencia funcional.

En este sentido, los profesionales que acompañan a los niños y niñas con discapacidad cargan a las familias con la continuidad de ejercicios que deben sus hijos hacer en casa, convirtiendo la vida de la persona con discapacidad en una terapia constante. Ahora bien, este sistema no solo tiene la mirada sobre el déficit como centro de la vida de todo niño y niña con discapacidad, sino el Modelo Médico Hegemónico tiene su máxima expresión en la construcción comunicacional que la palabra designa, que

conlleva la nominación, posterior categorización y la consiguiente estigmatización discriminatoria.

Toda esta batería de palabras, de construcciones ideológicas y que se transmiten cultural y socialmente son terminologías que va a denotar la mirada de nuestro interlocutor, la percepción que tiene sobre la discapacidad, y por ende sus prejuicios y estereotipos, que van necesariamente a llevarlo a realizar prácticas nocivas que con el fin de ?solidarizarse? con otro, no hace otra cosa que objetivarlo, cosificarlo, privarlo de su individualidad.

Es por ello que las Respuestas Sociales para con las Personas con Discapacidad desde el Modelo Médico Hegemónico, han llegado a la construcción de un imaginario sustentado en el déficit y en la dependencia como fundamento originario de prejuicios que constituyeron estereotipos y concluyeron en prácticas nocivas respecto de las propias Personas con Discapacidad, donde las niñas y niños con discapacidad mediante la estigmatización y la segregación fueron perdiendo la individualidad en base a sistemas protectorios, que vaciaron de contenido su subjetividad.

Respuestas Sociales posteriores a la Carta de las Naciones Unidas. El Modelo Social de la Discapacidad

Como lo hemos mencionado con anterioridad, el Modelo Médico Hegemónico, es el

Modelo que actualmente convive con el nuevo modelo que va a traer la Convención

sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, denominado ?Modelo Social de la Discapacidad?. (?Los presupuestos fundamentales del modelo social son dos. En primer lugar, se alega que las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas ni científicas, sino sociales o al menos, preponderantemente sociales. Según los defensores de este modelo, no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la propia sociedad, para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. En cuanto al segundo presupuesto ?que se refiere a la utilidad para la comunidad? se considera que las personas con discapacidad tienen mucho que aportar a la sociedad, o que, al menos, la contribución será en la misma medida que el resto de personas ?sin discapacidad?. De este modo, partiendo de la premisa de que toda vida humana es igualmente digna, desde el modelo social se sostiene que lo que puedan aportar a la sociedad las personas con discapacidad se encuentra íntimamente relacionado con la inclusión y la aceptación de la diferencia??. La vida de una persona con discapacidad tiene el mismo sentido que la vida de una persona sin discapacidad. En esta línea, las personas con discapacidad remarcan que ellas tienen mucho que aportar a la sociedad, pero para ello deben ser aceptadas tal cual son, ya que su contribución se encuentra supeditada y asimismo muy relacionada con la inclusión y la aceptación de la diferencia. El objetivo que se encuentra reflejado en este paradigma es rescatar las capacidades en vez de acentuar las

discapacidades. Conforme a dicha idea, las niñas y niños con discapacidad deben tener las mismas oportunidades de desarrollo que las niñas y niños sin discapacidad, y la educación debe tender a ser inclusiva ?adaptada a las necesidades de todos y todas? como regla, reservándose la educación especial como última medida. En cuanto a los métodos de subsistencia de las personas con discapacidad, desde el modelo bajo análisis se plantea como métodos idóneos a la seguridad social y el trabajo ordinario, y sólo excepcionalmente se acepta el protegido. De todos modos, cabe resaltar que la connotación que tenía el trabajo como medio exclusivo de integración social en el modelo rehabilitador, es cuestionada por el modelo social, desde el cual se sostiene que el empleo no es la única manera de inclusión dentro de la sociedad. Por último, en lo relativo a las respuestas sociales, se basan en la búsqueda de la inclusión a través de la igualdad de oportunidades. Se verá que a dichos fines se presentan una serie de medidas, entre las que se destacan la accesibilidad universal, el diseño para todos y todas, la transversalidad de las políticas en materia de discapacidad, entre otras?. PALACIOS, A. (2008) ob. cit. pp. 103-104)

Con posterioridad, y sustentado en un paradigma de Derechos Humanos, las Naciones Unidas aprobaron la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En este sentido, el artículo 8* de la Convención citada (CDPC) -A/RES/61/106 24 de

enero de 2007 ? establece como un de las Obligaciones de los Estados la lucha contra los ?prejuicios, estereotipos y prácticas nocivas? respecto de las personas con

discapacidad y en especial las que se ?basan en la edad?, resaltando dentro de este

colectivo vulnerable, la necesidad de preservar a otro sub colectivo que son las niñas y los niños con discapacidad, y esta va a ser la clave de la construcción que el Modelo Social de la Discapacidad plasma a lo largo del propio articulado de la Convención.

Más allá de la Normativa Convencional preexistente, que sin duda fundamenta la obligación Estatal de garantizar el ejercicio de los Derechos de las Personas con

Discapacidad en igualdad de condiciones con los demás, la clave para la construcción de un Sistema de Protección Universal para las Personas con Discapacidad, fue la designación de Luis Gallegos Chiriboga (Presidente de la iniciativa Global de información y Comunicación Inclusiva ? G3ICT), quien ejerció la Presidencia del Comité Ad Hoc de la Asamblea General de la Naciones Unidas que elaboró la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad entre los años 2002 al año 2005, y permitió el intercambio entre las Organizaciones de la Sociedad Civil y los Gobiernos que articuló los trabajos de interpretación y aplicación de los derechos humanos y libertades fundamentales, con un abordaje antidiscriminatorio, elemento de desarrollo social, incluyendo el histórico Grupo de Trabajo que produjo el primer borrador oficial de la Convención y que incluyó la participación de la sociedad civil y junto con los gobiernos y las Organizaciones Internacionales y Nacionales de Derechos Humanos.-

Es aquí el cambio fundamental que propone el Modelo Social de la Discapacidad, que autores como Len Barton, Mike Oliver o Tom Shakespeare vienen elaborando desde los años 60, tienen como eje fundamental la necesaria participación de las Personas con Discapacidad a lo largo de toda su vida, como analizaremos más adelante. Estos autores analizaron profundamente cuales han sido las respuestas sociales para las Personas con Discapacidad, y como a partir de su implementación se construyeron políticas familiares, sociales e institucionales se segregó constantemente a las Personas con Discapacidad; en este sentido la discapacidad se propone ser pensada como una producción inscrita en los modos de producción y reproducción de una sociedad. Y ello supone decididamente una ruptura con la idea del déficit que conlleva el Modelo Médico Hegemónico, su pretendida causalidad biológica y la consiguiente caracterización natural de la deficiencia.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es el logro de haber plasmado las luchas sociales de las Personas con Discapacidad para que su voz sea escuchada, para que al momento de establecer las bases sociales de la normativa se tenga en cuenta al momento de su formulación y redacción la voz de las propias personas con discapacidad y de sus Organizaciones Sociales, lo que al finalizar la aprobación de la propia Convención dio lugar al lema ?Nada de Nosotros sin Nosotros?, donde las personas con discapacidad dejan plasmada la idea firme que no puede existir reforma legal alguna sin la participación en la discusión y en la decisión a las personas con discapacidad.

Con la idea de la participación activa de las personas con discapacidad, se va a correr el velo sobre la distinción maniquea de quienes tienen discapacidad y quienes no tienen discapacidad, particularmente porque se supone que quienes tienen discapacidad ?merecen? la solidaridad de las políticas y los políticos, que son una minoría que se definen por una situación externa a ellos y a su voluntad, a algo que los excede y que padecen por circunstancias azarosas.

En este sentido la Convención es muy clara al enunciar que la persona de por sí posee un déficit, sea funcional, sensorial mental, intelectual que al ?interactuar? con diversas barreras se le impide la participación plena en el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones que los demás.

Como se puede apreciar a diferencia del Modelo Médico Hegemónico, la discapacidad es una relación directa que se da entre quien tienen una deficiencia funcional y una barrera que le impide el ejercicio de un derecho; barreras que van desde lo arquitectónico hasta lo actitudinal. Por lo que es posible que una persona con una deficiencia funcional pueda participar de un espacio con otras personas sin discapacidad y no exista barrera alguna para la participación social, por lo que la construcción de la discapacidad resulta en términos de inclusión, ya que se ha adaptado sea por diseño universal o sea por ajustes razonables el medio para que todos estemos en el mismo espacio y disfrutando en igualdad de condiciones que los demás.

A su vez la construcción social del Modelo Social de la discapacidad tiene como elemento fundamental y distintivo la voluntad de la persona con discapacidad como necesaria para la construcción de cualquier espacio que la ligue a su vida, su autonomía y su toma de decisiones, es decir se centra en la individualidad, en lo que siente, en el ser humano, en la propia persona independientemente del déficit. Aquí es dable recordar que el Modelo Médico Hegemónico como se centra en el déficit de la persona, la persona es su objeto de estudio, es su objeto de protección, no posee individualidad, sino que es un objeto, por ende no puede ejercer los derechos.

Este va a ser el gran cambio que todo el Sistema de Protección Universal de Derechos Humanos va a traer respecto de los niños y niñas con discapacidad, y es necesaria la interacción y la interdependencia entre todos los Órganos Protectorios para que el Modelo Médico Hegemónico no se mezcle, no se filtre, y no se realicen prácticas excluyentes y segregatorias con una supuesta mirada protectoria que no es tal, típica respuesta de un paradigma que va mutando, que se resiste al cambio, que se resiste a la nueva mirada, que se resiste.

Tanto el Sistema Universal de Derechos Humanos como el Sistema Interamericano no han quedado fuera de esta conceptualización que los paradigmas han dejado en el imaginario profundo de quienes participaron en su redacción.

Una de las claves de este Modelo sostiene Palacios, es que considera a la discapacidad como un fenómeno complejo, que no se

limita simplemente a un atributo de la persona, sino que es el resultado de un conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto social (Palacios: 2009). Esta idea de complejidad nos lleva nuevamente a la propuesta de Brogna en cuanto a un modelo de encrucijada donde se cruzan las relaciones de poder que implican la particularidad biológica-conductual de un sujeto o colectivo, la organización económica y política y el aspecto normativo-cultural del grupo social o sociedad. En este sentido la discapacidad deja de ser considerada como una tragedia personal, como un castigo, como enfermedad, es decir con miradas condescendientes (Barton: 2009), que sólo crean dispositivos de dependencia?, para ser considerada una cuestión de derechos humanos?.

El foco se centra en el universo que rodea a la persona, a la falta de accesibilidad comunicacional, actitudinal y física, que impiden el ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones con los demás, independientemente de su diversidad. La obligación por primera vez se coloca en el entorno?, es la familia, la sociedad, la escuela, el trabajo, etc., quienes tienen la obligación de hacer los ajustes razonables? que requiera la persona con discapacidad, cuando en el modelo anterior toda la responsabilidad recaía en la persona con diversidad funcional.

Este Modelo va a constituirse en la base ideológica de lo que será la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Primer Tratado de Derechos Humanos para las Personas con Discapacidad del Siglo XXI.

En este sentido, el artículo 48 y el artículo 2448 del Anexo I de la Ley 26.994, en cuanto a su definición de persona con discapacidad se sustentan en un modelo médico. Este modelo tiene como fundamental estructura la sobreprotección? de las personas, la exclusión como respuesta social, la ausencia de educación inclusiva, la ausencia de cumplimiento del cupo laboral, la ausencia de inclusión social de las personas con discapacidad; por ello contradice claramente los Principios y Garantías de la Constitución Nacional, y somete a las personas con discapacidad no solamente a la exclusión, ya que hemos podido observar como su propia definición deja de lado personas con discapacidad (sensorial, intelectual), sino que sostiene prácticas que son integrativas, no inclusivas, y donde la voluntad de integrar está en el afuera, cuando la realidad nos indica que un mundo donde no estemos todos dentro, no tiene sentido de ser vivido.

Es por ello que el modelo social de la discapacidad, que sostiene la definición de persona con discapacidad (art. 1 inc. 2* de la Ley 26.378), incluye a todas las personas con diversidad funcional, y coloca claramente el acento, no ya en la persona con diversidad funcional, sino en una visión mucho más amplia y sostenida en que es la propia sociedad quien no incluye, quien no cumple con la educación de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad en los dispositivos comunes, no cumple con el cupo laboral, no cumple con la accesibilidad edilicia, cultural, comunicacional y social, e invierte la carga sobre el Estado, quien es responsable de garantizar el acceso en igualdad de condiciones que los demás. Es por ello que de acuerdo a lo establecido en los artículos 1* y 2* del Anexo I de la Ley 26.994, que la definición de persona con discapacidad que establece el art. 48 y 2448 del Anexo I de la ley 26.994, es inconstitucional en cuanto a que violenta derechos y garantías Constitucionales, y además no pasa el control de Convencionalidad que los jueces deben realizar al momento de analizar la normativa vigente.

El Control Convencional en el sistema jurídico argentino como garante de los Derechos Humanos

Los cambios profundos en materia de Derechos Humanos han obligado al Sistema Judicial a una constante capacitación. En este sentido, el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que los Estados?..2?A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario??

Kemelmajer de Carlucci destaca el realismo del inc. D del art. III transcrito, pues nada es posible si hay ineficiencia gubernamental, si quienes ocupan los cargos no conocen su metier, o no están consustanciados con la ideología de la nueva protección? (Villaverde: 2002). Los jueces que en la década del setenta respondían al modelo clásico del sistema de justicia: aplicadores del derecho, independientes, neutrales, pero más espectadores que directores de los actos del proceso fueron virando y como lo expresa brillantemente el maestro Morello ??los años finales de la década instalan al juez como el gran operador en la renovación del significado filosófico, técnico y político del noble oficio de juzgar y factor de un nuevo equilibrio que no es otro que el movimiento por el acceso a la justicia (Guahnon: 2005).

La dinámica de nuestra Sociedad, las relaciones sociales complejas que entrañan, obligan constantemente a la Justicia a decidir sobre situaciones que no se encuentran previstas en legislaciones que tienen más de un Siglo sin modificaciones. De allí, sostiene Guahnon (ob. cit), la importancia de que el juez no se encuentre desconectado de la realidad, con una realidad que ha llevado a que se sometan a decisiones judiciales temas sin precedentes que muchas veces obligan a los jueces a dictar pronunciamientos en los cuales no existen avales doctrinarios ni jurisprudenciales y que le requieren ingentes esfuerzos de interpretación. Y para cumplir con esa labor interpretativa y aplicación de la norma, debe poseer habilidad para balancear valores de la nacionalidad, ponderar los derechos individuales con relación a los derechos sociales y de la Nación y ser prudente en prever las consecuencias de sus fallos, que si bien se aplican al caso concreto, muchas veces por su trascendencia, marcan surcos en una sociedad determinada.

El juez de los nuevos tiempos no es precisamente el juez espectador, puro, a histórico, neutro, sin ninguna relación con lo extrajurídico, confinado en el expediente, al servicio de principios abstractos y en contacto sutil con un mundo de esencias por su calidad de juzgador independiente e imparcial, sino el juez protagonista, que dialoga con las partes y que tiene frente a sí a los autores del drama y los acompaña, que reconoce "porque honra a la persona como centro y fin del derecho" que el saber jurídico ha menester una complementación con otros saberes para aprehender en su totalidad al ser humano (médicos, psicológicos, psiquiátricos, antropológicos, sociológicos, e incluso filosóficos) (Villaverde: 2002); así los jueces van a efectuar un doble control, de "constitucionalidad" y de "convencionalidad".

En cuanto al control de "convencionalidad", es un concepto claramente expresado en el voto razonado del magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Antonio Cancado Trindade en el caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala:

"Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial, deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de "convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes"

En la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, se incorpora el artículo 75 inciso 22, por medio del cual siete Tratados de Derechos Humanos tendrán "rango constitucional"; incorporando en el art. 75 inc. 23, las medidas de acción positiva para los niños, niñas, ancianos y ancianas y Personas con Discapacidad; sosteniendo que la enumeración no es taxativa. En realidad la categoría de las Personas con Discapacidad no estaba contemplada en el texto original y fue introducida por el proyecto del convencional Pedro Molina, presentado en el expediente 709138 (Villaverde: 2002).

La secuencia de pronunciamientos va a iniciarse con el caso Ekmekdjian, Miguel A, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación, afirma que la acción afirmativa no se ejerce exclusivamente por leyes o actos de los poderes políticos, sino que también es practicada por la jurisprudencia, que subsana inconstitucionalidades por omisión, en lugar de limitar su acción al control de constitucionalidad de leyes y actos jurídicos; con posterioridad en Gírlodi, Horacio D, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fue definiendo a nivel nacional el marco conceptual de control de convencionalidad como porción específica del control de constitucionalidad, luego en Bramajo, Hernán J., la Corte estableció la importancia de la opinión de la Comisión Interamericana en las materias en que hubiere intervenido a través de peticiones individuales. Reconocimiento que ha seguido en fallos como Aquino, Isacio, Vizzoti, Carlos A., Maldonado, Daniel E, y Torriolo, Atilio A.

En el caso Espósito, Miguel A. (2004) la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirma el camino en materia de Derechos Humanos (Gil Domínguez: 2008) donde los miembros del Supremo Tribunal expresaron:

a) Petracchi y Zaffaroni sostuvieron:

"14"con fundamento en que se ha constatado en el caso una violación a los derechos humanos. Ello por cierto, bien puede bastar para generar la responsabilidad internacional del Estado infractor"; "16"Que como consecuencia, se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado Argentino por la Jurisdicción internacional en materia de

derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable; garantizados al imputado por la Convención Interamericana??

b) Highton de Nolasco afirmó:

??Resulta un deber insoslayable de esta Corte, como parte del Estado Argentino, y en el marco de la potestad jurisdiccional, cumplir con los deberes impuestos al Estado por la Jurisdicción Internacional en materia de Derechos Humanos?:?

Las normas de la Convención bajo la denominación de ?garantías judiciales (art. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, tiene como objetivo principal un amplio alcance al ?acceso a la justicia?, que no se reduce al acceso formal, a la instancia judicial, sino que significa el derecho a obtener justicia (Albanese: 2008). El extenso voto de Cansado Trindade en el Caso Masacre de Pueblo Bello, reitera la

?indivisibilidad? de los artículos 8 y 25 de la CADH, cuyos lineamientos sigue la Corte Interamericana en el Caso López Álvarez, y Acevedo Jaramillo.

Bidart Campos sostiene que: ?En materia de derechos humanos, las sentencias de un Tribunal supraestatal no pueden ignorar o transgredir el nivel de protección mejor que surge de la Constitución de un estado parte? (Bidart Campos: 1995), cita en

concordancia con el art. 29 de la Convención Americana y el principio ?pro persona?, que resume la necesidad de emplear siempre el derecho que regule una mayor protección con prescindencia del origen de la fuente.

Los jueces al momento de aplicar el Sistema de Protección Universal o Interamericano, no hacen más que comenzar a inscribir en la memoria colectiva una nueva construcción, legitimando a través de sus sentencias las modificaciones en las prácticas contrarias en materia de Derechos Humanos; es por ello que resultan de vital importancia para darle un marco de ?institucionalidad? a los Derechos de los colectivos más vulnerables, e invisibilizados como el de las Personas con Discapacidad.

En igual sentido, podemos citar al fallo de la Cámara Federal de San Martín reciente (17 de Marzo de 2014), en autos caratulados: ?Naranjo, Emiliano Pablo c/ Universidad

Nacional de la Matanza?, que resulta clave como corolario de este capítulo de la investigación:

??imponer una imagen de qué rasgos físicos debe tener una persona???.significa la adscripción a un paradigma que, a partir de la adopción con rango supra legal de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha devenido obsoleto??

C) INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTS. 48 y 2448 del ANEXO I DE LA LEY 26.994.

El texto de los artículos 48 y 2448 del Anexo I de la Ley 26.994 tiene graves anomalías que la tornan manifiestamente inválida y contraria a principios constitucionales ampliamente reconocidos. Su ilegalidad es clara y manifiesta, careciendo de respaldo normativo para subsistir como tal. La norma afecta; el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades y la accesibilidad, los principios de igualdad, el derecho de propiedad, de seguridad jurídica, de razonabilidad y de seguridad social.

Se sostiene en un modelo contrario al imperante en el Sistema de Protección Universal de Derechos Humanos, dejando de lado personas con discapacidad dentro del colectivo que no son incluidas, acceso a la justicia, acceso a la vida independiente y el derecho a ser incluida en la sociedad, acceso a la salud; a la protección integral; a la protección contra el abuso; al respeto del hogar y la familia; el derecho a la educación; el derecho al respeto de la privacidad; a la habilitación y rehabilitación; al trabajo y al empleo; a la participación de la vida política y pública; al igual reconocimiento ante la ley; nivel adecuado de vida; participación en la vida cultural, actividades recreativas; esparcimiento y deporte, etc , entre otros.-

VII.- DERECHOS CONSTITUCIONALES AFECTADOS POR LA NORMA

La Corte Suprema de Justicia ha señalado desde antiguo: ??no son, como puede creerse, ?las declaraciones, derechos y garantías?, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre o independiente dentro de la Nación Argentina?? (Fallos: 239:459

? Caso Siri).

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia expresó: ??siguiendo el modelo de la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, es inherente a las funciones de un tribunal judicial interpretar las normas que confieren dichas potestades para determinar su alcance, sin que tal tema constituya una 'cuestión política' immune al ejercicio de la jurisdicción ('Baker v. Carr' 369 U.S. 186). Ello, porque ? tal como luego se desarrollará ? esclarecer si un poder del Estado tiene determinadas atribuciones, exige interpretar la Constitución y tal misión permitirá definir en qué medida ? si es que exista alguna ? el ejercicio de ese poder puede ser sometido a revisión judicial' ('Powell v. Mc. Cormack' 396 U.S. 486)?? (Fallos: 324:3358, considerando 4°, Caso Bussi).

El Poder Judicial de la Nación es el garante de que la actuación de los poderes del Estado permanezca dentro de los lineamientos fijados por la Constitución Nacional, examinando la constitucionalidad del contenido de las normas sancionadas, considerando especialmente la doctrina sentada en el caso 'Marbury v. Madison' : ?? un acto de la legislatura repugnante a la constitución, es inválido?.

La cuestión aquí planteada por esta parte, a la vez que afecta los derechos de la menor como persona con discapacidad; afecta en forma real y directa a todo el

colectivo de persona con discapacidad. Es una causa justiciable y se encuentra contenida en el marco conceptual establecido por el artículo 116 de la Constitución Nacional, por ello corresponde a V.S., examinar el flagrante apartamiento constitucional que motiva esta acción.

Los derechos constitucionales incuestionablemente afectados por los artículos 48 y 2448 del Anexo I de la Ley N° 26.994 son los siguientes:

1.- DERECHO DE PROPIEDAD (Artículo 17 C.N.)

El concepto genérico de propiedad constitucional, que engloba todas sus formas posibles, ha sido acunado por la jurisprudencia de la Corte Suprema al señalar que el termino propiedad utilizado por la Constitución comprende todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo de su vida y de su libertad, con lo que todos los bienes susceptibles de valor económico o apreciables en dinero alcanzan nivel de derechos patrimoniales rotulados unitariamente como derecho constitucional de propiedad (Conf. Bidart Campos German, Manual de la Constitución Argentina, T II pag. 218 Ediar, Argentina, 1997)

Esta concepción del derecho de propiedad se ha reiterado en forma indirecta en el inc. 19 del art. 75, que dispone que el Congreso de la Nación debe proveer lo conducente al progreso económico con justicia social, por lo cual se indica la necesidad de correlación entre ambos preceptos tendientes a lograr el bienestar general.

El art. 17 de la Constitución Nacional establece el carácter de inviolable, no solo del derecho de propiedad sino de todos los derechos individuales en la interpretación que tanto la doctrina como la jurisprudencia han hecho del principio. Ni el Estado ni los particulares pueden privar a una persona ?física o jurídica-, de tales derechos arbitrariamente o restringirlos más allá de lo razonable, de forma tal que en los hechos signifique una anulación o alteración de los derechos en cuestión.

2.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y RAZONABILIDAD (Artículos 19 Y 28 C.N.)

El denominado principio de legalidad, integrado en forma indivisible con el de razonabilidad o justicia, resulta esencial y postula como tal el sometimiento de la ley no sólo a la norma jurídica en sentido formal, sino a todo el ordenamiento jurídico, entendido éste como una realidad dinámica.

?En todo sistema que se precie de organizar un estado de derecho, aun cuando manda los hombres, no rige la voluntad personal de los gobernantes sino el mandato que ese poder ha convertido en ley. El razonamiento conduce a la formulación del conocido adagio de que no gobiernan los hombres sino la ley? (Midón 'Manual de Derecho Constitucional Argentino', Ed. Plus Ultra, pág. 30).

La Ley no puede desatenderse del valor justicia y como ella es emanación directa de la Constitución debe ser razonable. No basta dar cualquier contenido a la llamada regla de derecho, debemos tender al contenido justo y aspirar a la legitimidad que es lo sustancial, más que a la legalidad que es lo puramente formal. Porque el principio de legalidad sólo es una verdadera garantía cuando la ley es justa.

Difícilmente el texto de los artículos 48 y 2448 del Anexo I de la ley 26.994 alcancen el estándar que permitan calificarlos como legítimos. El sometimiento que impone a las

personas con discapacidad, abusando de su estado de necesidad y desconocimiento de las normas jurídicas; el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual,

incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;

La no discriminación; La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; El

respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades; La accesibilidad;

La igualdad entre el hombre y la mujer; el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad; acceso a la justicia, acceso a la vida independiente y el derecho a ser incluida en la sociedad, acceso a la salud; a la protección integral; a la protección contra el abuso; al respeto del hogar y la familia; el derecho a la educación; el derecho al respeto de la privacidad; a la habilitación y rehabilitación; al trabajo y al empleo; a la participación de la vida política y pública; al igual reconocimiento ante la ley; nivel adecuado de vida; participación en a vida cultural, actividades recreativas; esparcimiento y deporte.-

3.- PRINCIPIO DE IGUALDAD (Artículo 16 C.N.)

El principio de igualdad ante la ley, que consagra el art.16 de la Constitución Nacional no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias. Si bien el principio aludido no tiene carácter absoluto, las excepciones o trato diferencial lo son para situaciones diferenciables, y no para marcar la desigualdad entre las partes.

Nuestra Constitución Nacional sostiene y afirma el principio protectorio del derecho del trabajo, ya que éste responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador. Responde al propósito fundamental de nivelar desigualdades; y el procedimiento lógico para corregirlas es lograr una igualdad sustantiva y real de todas las personas.

En el caso particular de marras, queda claro que no existe en el articulado impugnado igualdad de las personas con discapacidad con aquellas que no tienen discapacidad, y siquiera entre las personas que tienen discapacidad, al haber quedado fuera del marco legal una gran cantidad del colectivo de personas con discapacidad.-

4.- TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El derecho a la tutela judicial efectiva (Figueruelo Burrieza Ángela, el Derecho a la Tutela Efectiva, Ed. Tecnos, España, 1990), genuina expresión del derecho a la jurisdicción, contiene dos elementos: a) uno formal, consistente en un proceso constitucional que tutele determinados derechos y garantías; b) otro sustancial, que procura que la cobertura jurisdiccional tenga la suficiente celeridad, para que la pretensión esgrimida no se torne ilusoria o de imposible cumplimiento, dejando al justiciable en un total estado de indefensión.

En este sentido se ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso del Periódico ?La Nación?, de Costa Rica, del 23-05-01, al sostener ?Que en el

Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen fundamentalmente un carácter no solo cautelar en el sentido que preservan una relación jurídica, sino también tutelar por cuanto protegen derechos humanos; siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de extrema gravedad y urgencia y de la prevención de danos irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo?.

No hay derechos constitucionales simbólicos. Ningún derecho fundamental es otorgado por el ordenamiento jurídico, ni siquiera por la propia Constitución Nacional, que si puede reconocerlo y otorgar las garantías necesarias para su defensa y mantenimiento.

El derecho a la tutela judicial efectiva no es exigible por disposición expresa

contemplada en la Carta Magna, no depende del texto normativo alguno que lo consagre sino que este, como derecho fundamental existe por ser inherente a la persona humana y consustancial al Estado de Derecho.

5.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Partimos de la base de que vivimos en un Estado de Derecho que se caracteriza por el sometimiento de los Poderes Constitucionales a la Constitución Nacional y a la Ley.

Este sometimiento no es un fin en sí mismo sino una técnica para conseguir una determinada finalidad, que en nuestro sistema político-jurídico consiste en el sometimiento del Estado al ?bloque de legalidad? (leyes, reglamentos, principios

generales, precedentes, tratados internacionales, Constitución Nacional, etc) y, consecuentemente, el reconocimiento de los derechos públicos subjetivos y el otorgamiento a los particulares de los medios necesarios para su defensa. Someter al Estado al bloque de la legalidad es someterlo al Derecho, y, por ende, servir a la defensa de la igualdad, de la libertad y del respeto a los derechos adquiridos.

El Poder Judicial no puede ser cómplice de ese avasallamiento y acompañar al Poder Ejecutivo en ese capricho. ¿De esto se derivaría una grave consecuencia: La de que, como el fin justifica los medios, y lo esencial es no entorpecer al Ejecutivo, el juzgamiento de la constitucionalidad de una decisión o una medida se limita a valorar su conveniencia para el Poder Ejecutivo o los eventuales beneficiario. Sobre dicho peligro alerto German J. Bidart Campos al decir que ¿juzgar la constitucionalidad de una medida no es juzgar su conveniencia?. (Dr. Pedro J. Kesselman, Revista del C.P.A.C.F., Agosto 2001, Nro.48).

Les está vedado al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación, actos que por acción u omisión alteren los derechos y garantías reconocidos por la Constitución, constituyendo la legalidad y la razonabilidad, límites infranqueables en el Estado de Derecho.

6.- PRINCIPIO DE SEGURIDAD

Los argentinos estamos viviendo en una especie de jungla carente de garantías constitucionales, en el campo que fuera, a merced de determinados actos de gobierno que, sin sujeción a principio alguno deciden cambios de enorme trascendencia y profundidad, generando grandes grupos de perdedores y pequeños grupos de ganadores. La vigencia del Estado de Derecho supone de manera cabal y completa, la facultad de ejercer los derechos y garantías reconocidos en todo el plexo normativo. Requiere un marco confiable, estable de normas generales que se apliquen con continuidad, al cubierto de sorpresas, cambios o giros imprevisibles o caprichosos que respondan a los designios erráticos del hombre fuerte, y no al interés de la comunidad.

¿En términos generales, hay seguridad jurídica cuando el sistema ha sido regularmente establecido en términos iguales para todos, mediante de leyes susceptibles de ser conocidas, que solo se aplican a conductas posteriores ¿y no previas- a su vigencia que son claras y que son dictadas adecuadamente por quien está investido de facultades para hacerlo? (Alterini, Atilio Aníbal, La Seguridad Jurídica, ED. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993).

Ejercer el derecho en un Estado de Seguridad jurídica, supone, para los habitantes, conservar intacta la facultad de acceder a todos los instrumentos legales reconocidos a un proceso judicial válido, completo, que permita el ejercicio eficaz de las pretensiones deducidas en tiempo útil.

¿Cuando la administración de justicia fracasa la regularidad del Derecho es desplazada por la irregularidad caprichosa de la arbitrariedad y, por lo tanto, se afirma la irracionalidad, se consagra la imprevisibilidad y se arruina la confianza? El Derecho, en cuanto representa el medio para la realización de valores en la persona individual, solo puede llevarse a cabo donde existe seguridad jurídica. Porque, dicho con el estilo expresivo del Jusfilosofo Luis Recansens Sichts ¿sin seguridad jurídica no hay derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase'?. (Alterini, A.A., ob.cit.).

VIII.- SOLICITA MEDIDA CAUTELAR

De conformidad con lo prescripto por el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial, solicito que V.S. decrete, como medida cautelar, la inaplicabilidad de los artículos 48 Y 2448 del Anexo I del Código Civil en cuanto a la definición de persona con discapacidad, hasta tanto de resuelva el fondo la presente acción.

Lo requerido adquiere trascendencia puesto que ante la hipótesis de mantenerse la vigencia inmediata de los artículos impugnados de la Ley N° 26.994 se verían afectados derechos de imposible reparación ulterior de parte del colectivo de personas con discapacidad que no han sido incluidas en el texto máxime la mirada médica del mismo, privándose de los mínimos requisitos que la ¿dignidad inherente? de las personas con discapacidad requieren.

Respecto de la viabilidad de la presente, la jurisprudencia se ha manifestado de manera pacífica señalando que ¿La sola circunstancia de tratarse de una acción declarativa no excluye la procedencia de medidas precautorias, en tanto éstas tienden a evitar el riesgo de que, durante el transcurso del proceso, el proceso que pudiera reconocer o actuar el derecho, pierda virtualidad. Y ese riesgo puede existir no sólo en el supuesto de las acciones de condena sino también en las declaraciones de certeza, en la medida en que se afecte de cualquier manera aquél cuyo reconocimiento se persigue? (CS, 1990/11/13; ¿Provincia de Mendoza c. Compañía Argentina de Teléfonos S. A. y otro?; L.L., 1991- B, 255).

¿La suspensión de los efectos del acto tiene por fin reforzar el cuadro de garantías del particular y facilitar el ejercicio de sus derechos. Esta medida puede ser acordada por el juez al revisar la negativa de la Administración a suspender los efectos del acto; y

en algunos supuestos puede acordarla sin revisar un acto previo de la Administración denegatorio de la suspensión. ¿debiendo ? tanto la Administración como el juez ? declarar la suspensión de los efectos del acto administrativo cuando haya indicios racionales de que el acto ha incurrido en alguno de los supuestos de nulidad y que el mantenimiento de sus efectos produzca un perjuicio mayor que su suspensión? Tomás Hutchinson, La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo, E.D. 124,683.

La medida que se requiere importa un verdadero anticipo de la garantía jurisdiccional que se otorga con el objeto de impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener, pierda virtualidad durante el plazo que transcurra entre la articulación del proceso y el pronunciamiento definitivo.

Así la doctrina nacional viene sosteniendo que: ??se ha abierto camino una tendencia amplia y flexible, que ha terminado por prevalecer, porque tanto o más que al interés privado del solicitante, interesa al orden público que la justicia no fracase por la inevitable lentitud de su actuación, motivo por el cual se viene resolviendo que es preferible un exceso en acordarlas que la parquedad en desestimarlas, ya que con ello se satisface el ideal de brindar seguridades para la hipótesis de triunfo? Morello, Passi Lanza, Sosa, Berizonce, Códigos procesales, ed. 1971, v.III.

A.- VEROSIMILITUD EN EL DERECHO

El ?fumus bonis iuris? surge inequívocamente de la descripción de los derechos amenazados por las normas impugnadas. La arbitrariedad de las normas cuya inaplicabilidad se pretende mediante el presente pedido cautelar, es clara y manifiesta, desvirtuando cualquier principio de legalidad que pudieran contener. Estas normas avanzan injustificadamente sobre los más elementales principios del derecho a la igualdad

Sin perjuicio de destacar que lo expuesto hasta aquí permite considerar que en el caso existe verdadera certeza sobre la bondad del derecho alegado, no huelga recordar que la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal ha sentado una importante pauta interpretativa para el análisis de este requisito al señalar que ??las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad de la medida cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad? (conf. C.S.J.N. in re ?Evaristo Ignacio Albornoz v. Nación Argentina ? Ministerio de Trabajo y Seguridad Social s/Medida de no innovar?, rta. el 20/12/84, Fallos 306:2060).

La sola posibilidad ?razonablemente cierta, a partir de la simple lectura de la Ley N°

26.773 ? de impedirle a la víctima de un accidente o enfermedad laboral sea

indemnizada bajo el principio de reparación plena del daño, sometiéndola a los

principios del derecho civil, ajenos a los logros alcanzados luego de años de lucha, por el derecho y la justicia laboral, está

evidenciando la verosimilitud en el derecho

invocado en la especie.

B.- PELIGRO EN LA DEMORA

Sólo ordenando la inaplicabilidad de las normas impugnadas es posible mantener la

verosimilitud del derecho aquí planteado, toda vez que, el interés jurídico que

fundamenta el otorgamiento de la medida cautelar solicitada encuentra su justificación legítima en el peligro que implica que la duración del proceso convierta en ilusorios los derechos reclamados.

En este sentido teniendo en cuenta que existe parte del colectivo de personas con

discapacidad que queda fuera de la protección que los artículos 48 y 2448 del Anexo I de la ley 26.994 al no haber sido incluidos por una redacción defectuosa, y violatoria de los Tratados Internacionales es que se requiere de la celeridad en la medida, y la

comunicación pertinente para que quienes tengan que tomar las decisiones sobre casos similares tengan en cuenta lo aquí deducido.

En síntesis, el legislar seriamente sobre estos temas es parte de la deuda interna que aún hoy la República y la Democracia tienen con la sociedad argentina.

C.- REQUISITOS FORMALES DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCION DE AMPARO

Los requisitos formales de la admisibilidad del art. 43 de la Constitución Nacional se verifican en cuanto:

a) Existen dos normas del Código Civil y Comercial impugnadas que violan los derechos humanos de las personas con discapacidad.-

b) Que en forma actual amenaza: esta amenaza se vincula con la existencia de

circunstancias que ponen en real, efectivo e inminente peligro el pleno y efectivo ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad, máxime de aquellas no contempladas en el articulado citado.-

c) Conculca con ilegalidad y arbitrariedad manifiesta derechos fundamentales y garantías institucionales reconocidos por la Constitución Provincial, Constitución Nacional y los Tratados Internacionales vigentes.

D.- MEDIO JUDICIAL MÁS IDONEO.

En cuanto al recaudo ¿medio judicial más idóneo?, no es muy complejo establecer que para la situación planteada no existe un remedio judicial alternativo que sea expedito, rápido y que, garantizando una decisión oportuna de jurisdicción resguarde los derechos fundamentales afectados. A esto se suma que estamos ante una cuestión de pleno derecho en la cual no es necesario un amplio debate con la producción de pruebas. En este sentido, pensemos que consecuencias traería la utilización de la vía ordinaria, aun en el supuesto de alcanzar una sentencia de primera instancia favorable: Un proceso lento y engorroso que podría durar años y que se devoraría la pretensión procesal. En este sentido en la causa ¿Mases de Díaz Colodrero A.c/ Provincia de Corrientes? L.L. 1998-b-321 La Corte Suprema de Justicia de la Nación enuncio: ¿Que los agravios del apelante justifican su examen en la vía intentada, pues si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de las controversias (?) su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencia? .

E.- CONTRACAUTELA:

Para el supuesto de entenderlo V.S. procedente, viene a ofrecer caución juratoria como contra cautela para el momento de tomar la decisión de autos.-

VIII.- DERECHO:

Fundo el Derecho que asiste a mi parte en los art. 43, 17, 14, 75 inc. 22 y concordantes de la Constitución Nacional, artículo 25 inc. 1* y concordantes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 13 inc. b) y concordantes de La Convención Americana de los Derechos Humanos, artículo 12 apartado 1 y Observación General N* 14; artículo 19 inc. 3 párrafo b y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, la Observación General n° 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (O.N.U.), Art. 27 y concordantes de la Convención de los Derechos de los Tratados de Viena (1969); La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (ONU) resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/61/106. la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; Ley 26.378 y ley 25.280, 27044; fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, autos ¿Verbistky, Horacio s/ Habeas Corpus?, Doctrina y Amplia Jurisprudencia Acorde; Fallo ¿Ximénes López vs. Brasil? (fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ? 4/7/2006).

IX.- PLANTEA CASO FEDERAL:

Se formula expreso planteo del caso federal para el supuesto improbable de que las instancias ordinarias no acogieran la acción deducida formal o sustancialmente, conforme a las prescripciones del art. 14 de la ley 48, a fin de articular oportunamente el Recurso Extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por violación de los preceptos constitucionales individualizados en este escrito.

X.- AUTORIZA:

Que viene a autorizar a retirar documentación, realizar diligenciamientos, realizar el examen del expediente al Dr. Roberto Cayetano Espósito, a

XI.- RESERVA OCURRIR ANTE EL COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD:

Que en los términos del artículo 1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, viene a hacer reserva de ocurrir por ante el Comité de los derechos de las personas con discapacidad para el hipotético caso de

obtener respuesta negativa por parte de V.S. de la pretensión requerida en autos, conforme lo establece el art. 1 del Anexo II de la Ley 26.378 con Jerarquía Constitucional en los términos del artículo 1* de la ley 27.044.-

XII.- PETITORIO:

Por todo lo expuesto a V.S. solicito:

- 1°) Se me tenga por presentado en el carácter invocado, por parte y por constituido el domicilio procesal.
- 2°) Se tenga por constituido el domicilio electrónico.-
- 3°) Se tenga por interpuesta la presente Acción Declarativa de Inconstitucionalidad.
- 4°) Se tenga presente el planteo del caso Federal.
- 5°) Se tenga presente la reserva del Comité de los derechos de las personas con discapacidad.
- 6°) Se tengan presenten las autorizaciones conferidas.
- 7°) Se haga lugar a la medida cautelar, declarando inaplicable la definición de persona con discapacidad de los artículos 48 y 2448 del Anexo I de la ley 26.994.-
- 8°) Oportunamente, se dicte sentencia haciendo lugar a la presente acción, con efecto erga omnes, con expresa imposición de costas.

Proveer de Conformidad

SERA JUSTICIA