

(Pre)ocuparse por el derecho a la protección social en clave interseccional: La situación de las niñeces y adolescencias con discapacidad

Autora:
Silva, Sabrina Anabel

Cita: RC D 708/2021

Encabezado:

La autora analiza la situación de las niñeces y adolescencias con discapacidad y afirma la imperiosa necesidad de adoptar decisiones de política estructural que apunten a readaptar y reorganizar el aparato estatal para alcanzar una protección adecuada de derechos, más aún, tratándose de un grupo hartamente vulnerable o vulnerabilizado.

(Pre)ocuparse por el derecho a la protección social en clave interseccional: La situación de las niñeces y adolescencias con discapacidad

¿Es inocuo ampliar el reconocimiento de derechos y crear la institucionalidad necesaria por ley, decreto o resolución? La respuesta negativa es indiscutible: a mayor jerarquía normativa más posibilidades de sostenibilidad y estabilidad; y viceversa, a menor rango del instrumento de reconocimiento o creación menor garantía de continuidad. Un ejemplo elocuente lo constituye la temática que se pretende profundizar en la presente columna de opinión: el derecho a la protección social de las personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad social, en particular, lxs niñxs y adolescentes (NA) con discapacidad.

No hace falta más que apelar a la memoria a corto plazo para advertir la afectación del derecho en cuestión, sufrida por miles de personas con discapacidad, a partir de la suspensión de la pensión no contributiva por invalidez (PNCI) como consecuencia de la implementación de las medidas de ajuste en Argentina (2016-2019). ¿El argumento? La vigencia del Decreto 432/97 por el que se reglamenta art. 9 de la Ley 13478; o sea, la facultad del Poder Ejecutivo Nacional de otorgar *"una pensión inembargable a toda persona sin suficientes recursos propios, no amparada por un régimen de previsión, (...) imposibilitada para trabajar"*.

¿El quid de la cuestión? El hecho de que la suspensión del cobro de la PNCI encierre una palmaria vulneración del principio de no regresividad en el goce de los derechos sociales, lo cual señaló oportunamente el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2018)^[1]; no licua ni flexibiliza las tensiones constitucionales^[2] y convencionales que presenta el Decreto sobre el cual se erige el derecho a la protección social de las personas con discapacidad^[3]. El propio Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, años antes de la suspensión masiva de PNCI (2012), observó *"con preocupación disposiciones en la normativa del Estado parte sobre el acceso a pensiones no contributivas que discriminan directa o indirectamente a las personas con discapacidad, entre ellas, el requisito exigido por el Decreto Reglamentario 432/1997 y el criterio de elegibilidad para acceder a una pensión asistencial por motivos de incapacidad establecido en la Ley 18910^[4]"*.

La deducción resulta obvia: estar en condiciones de garantizar el acceso a la protección social de las personas con discapacidad no se reduce a restituir las PNCI suspendidas contra legem. Por el contrario, requiere de la adopción de decisiones de política estructural que apunten a readaptar y reorganizar el aparato estatal para alcanzar una protección adecuada de derechos; máxime tratándose de un grupo hartamente vulnerable o vulnerabilizado, destinatario de medidas de acción positiva que les garanticen la igualdad real de oportunidades (art. 75, inc. 23, Constitución Nacional).

Aspirando a compatibilizar el sistema con el enfoque de la discapacidad basado en derechos humanos, la autoridad de aplicación ha dictado una serie de resoluciones aprobatorias delimitando lineamientos aplicables a la evaluación de solicitudes de PNCI; entre otras, la reciente Resolución 1377/2021 de la Agencia Nacional de Discapacidad (ANDIS)^[5].

Se trata de la primera oportunidad en la que Administración Pública Nacional visibiliza, o reconoce de manera expresa, a lxs NA con discapacidad como titulares del derecho a percibir la PNCl. Enarbola un loable intento por saldar ciertas deudas pendientes a tono con el principio de especialidad y consecuente protección reforzada de derechos en los términos de las observaciones formuladas al país por el Comité de los Derechos del Niño (2018). A saber, tras acoger con beneplácito el establecimiento de la ANDIS, el Comité recomendó incorporar la perspectiva de discapacidad al sistema de protección integral de derechos creado por la Ley 26061; e intensificar los esfuerzos para que lxs NA con discapacidad accedan a los servicios y prestaciones, tales como pensiones a las que tengan derecho, en igualdad de condiciones que lxs demás^[6].

¿De qué se ocupa y preocupa la precitada resolución? Del inicio del trámite de solicitud vinculado a un NA; así como de la conformación del grupo familiar que se tendrá en cuenta a los fines de determinar su situación socioeconómica^[7].

Aquí interesa reflexionar sobre la primera cuestión. Sucede que si lo que se pretende es ingresar o interactuar con el sistema de protección integral de derechos, la resolución incurriría en ciertos yerros de fondo y forma que es necesario despejar. ¿Qué se dice sobre el tema? Lo siguiente:

"Podrán ejercer su representación:

- *Padre/Madre.*
- *Padre/Madre con adopción simple o plena.*
- *Tutor/a legal.*
- *Guardador/a legal.*
- *Persona que sea designada como medida de abrigo/medida de protección del menor.*
- *Autorizado/a Judicial: Persona autorizada judicialmente para el inicio y tramitación del expediente.*
- *En el caso que uno de los padres/madres no se encuentre vinculado o conviva con el solicitante menor de edad será el padre/madre conviviente, o quien tenga la responsabilidad parental, el autorizado/a a tramitarla..."*

Se podrá presumir, la primera observación crítica se vincula con el lenguaje^[8]: nadie es menor que nadie. La mayoría o minoría de edad es una condición jurídica atada a la persona, es decir, se es persona mayor de edad o persona menor de edad; y dentro de este grupo, cabe una distinción por aplicación del principio de autonomía progresiva: niñez de 0 a 12 años y adolescencia de 13 a 17 años (art. 25, Código Civil y Comercial). La autonomía progresiva, a su vez, impacta de manera significativa en el sistema de capacidad por cuanto flexibiliza la regla general (representación) y habilita el ejercicio por sí de aquellos actos que el ordenamiento jurídico permite en función de la edad y grado de madurez suficiente. Precisamente, esa es la razón por la que la tramitación y/o percepción de determinadas asignaciones económicas corresponden a lxs adolescentes de manera directa^[9].

Otra advertencia central se vincula con las facultades del Poder Ejecutivo Nacional. Sucede que el dictado de normas vinculadas al Derecho Civil corresponde al Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12, Constitución Nacional): la representación legal está regulada por el CCyC y es a sus reglas que debe estar cualquier lineamiento que emane de la Administración Pública. ¿Quién o quién son representantes de lxs NA? Sus progenitores (ambxs con independencia de quien conviva con el hijx, salvo que el ejercicio o la titularidad de la responsabilidad parental se encuentre afectada por sentencia judicial) o, en su defecto, el tutor designado (art. 101, inc. b). ¿Y si carece de representantes legales? La solución también se encuentra en el CCyC: *"En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales"* (art. 103, último párrafo).

Párrafo aparte merece el inciso que alude a las "medidas de abrigo", o sea, lo que el derecho nacional denomina

"medidas excepcionales" (art. 39 y ss., Ley 26061). Sintéticamente, las medidas excepcionales son adoptadas por el organismo de protección local para separar transitoriamente a un NA de su ámbito familiar conviviente; dada la entidad de los derechos en juego, estas medidas están sujetas a un control de legalidad posterior por parte de la justicia de familia o el fuero sobre el cual recaiga esa competencia material. *Mutatis mutandis*, las medidas excepcionales son decisiones administrativas sujetas a revisión judicial y no personas designadas como tales como parecería entender la resolución en análisis.

En definitiva, la reciente resolución de la ANDIS es una muestra más de la complejidad y dificultad del sistema para concretar un engranaje institucional específico y especializado, pero no por ello menos holístico e integral, que esté en condiciones promocionar y proteger los derechos de lxs NA en toda su diversidad.

Ahora bien, no es el interés de quien suscribe comenzar y terminar el estudio en el plano de la crítica. Identificar desaciertos o errores es el diagnóstico necesario para reformular y brindar propuestas concretas. De ahí que a modo de cierre se decida compartir el interrogante central que motiva la elaboración de una segunda entrega: qué adaptaciones requiere el sistema de protección integral para responder a las diferentes contingencias sociales por las que atraviesan lxs NA, en particular, la discapacidad y la vulnerabilidad social.

[1]

"El Comité recomienda restituir las pensiones canceladas con afectación del debido proceso, suspendiendo el Decreto 432/1997. El Comité recomienda evaluar el impacto de las incompatibilidades y garantizar un plazo razonable para que las personas afectadas puedan interponer un recurso con garantías al debido proceso. Asimismo, el Comité insta al Estado parte a restablecer el cálculo de actualización contemplado en la Ley 27160 y a condicionar toda futura medida sobre pensiones al respeto del principio de no regresión en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales de los beneficiarios, en particular en cuanto a las pensiones no contributivas y pensiones por discapacidad" (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina, 01/11/2018, E/C.12/ARG/CO/4, párrafo 38, en: <https://undocs.org/es/E/C.12/ARG/CO/4>, (Consultado el 26/10/2021).

[2]

La jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación no es ajena al estudio crítico del Decreto 432/1997, en particular, el requisito de acceso a la PNCL vinculado a los 20 años de residencia en el país para extranjeros: Silva, Leal, Alicia vs. Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales s. Amparos y sumarisimos, CSJN, Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 03/12/2020; Rubinzal Online; www.rubinzalonline.com.ar, RC J 7211/21; Reyes Aguilera, Daniela vs. Estado Nacional, CSJN, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 04/09/2007, Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 53/08.

Asimismo, la instancia jurisdiccional inferior especializada ha declarado la inconstitucionalidad de otros tantos requisitos con relación al grupo afectado por la suspensión del cobro en el marco de un amparo colectivo: Asociación REDI y otros vs. Estado Nacional y otro s. Amparos y sumarisimos, CFSS Sala II, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 15/03/2019; Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 5570/20.

[3]

A saber, los requisitos de acceso son: a) encontrarse incapacitado en forma total y permanente, en el caso de pensión por invalidez. Se presume que la incapacidad es total cuando la Invalidez produzca en la capacidad laborativa una disminución del SETENTA Y SEIS (76 %) o más. Este requisito se probará mediante certificación expedida por servicio médico de establecimiento sanitario oficial, en el que deberá indicarse la clase y grado de incapacidad. Dicha certificación podrá ser revisada y/o actualizada toda vez que la autoridad de aplicación lo crea conveniente; b) acreditar la identidad, edad, y nacionalidad mediante el Documento Nacional de Identidad; c) ser argentino nativo o naturalizado, residente en el país. Los naturalizados deberán contar con una residencia continuada en el mismo de por lo menos cinco (5) años anteriores al pedido del beneficio; d) los extranjeros deberán acreditar una residencia mínima continuada en el país de VEINTE (20) años; e) no estar amparado el peticionante ni su cónyuge por un régimen de previsión, retiro o prestación no contributiva alguna; f) no tener parientes que estén obligados legalmente a proporcionarle alimentos o que teniéndolos, se encuentren

impedidos para poder hacerlo; ni vivir con otros familiares bajo el amparo de entidades públicas o privadas en condiciones de asistirlo; g) no poseer bienes, ingresos ni recursos que permitan su subsistencia; h) no encontrarse detenido a disposición de la Justicia. Además, el Decreto prevé la suspensión y caducidad del derecho del cobro, entre otras, por la desaparición de las causas que motivan el otorgamiento.

[4]

Comité de los derechos de las Personas con Discapacidad, observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, 19/10/2012, CRPD/C/ARG/CO/1, párrafo 45, en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/ARG/CO/1&Lang=Sp, (Consultado el 26/10/2021).

[5]

<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/249030/20210903> (Consultado el 26/10/2021).

[6]

Comité de los Derechos del Niño, observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina, 01/10/2018, CRC/C/ARG/CO/5-6, párrafo 29, en: <https://undocs.org/CRC/C/ARG/CO/5-6>, (Consultado el 26/10/2021).

[7]

Ello dado que la PNCI se reconoce a la persona con discapacidad sin recursos ni parientes obligados y en condiciones de proporcionarle alimentos sobre el punto, "entiende que el grupo familiar está conformado por los Padre/s/madre/s del solicitante que ejerza la responsabilidad parental y son obligados legales. En el caso que el solicitante no estuviera a cargo de los Padres/madres y se encuentre representado por tutor/a legal, guardador/a legal o persona designada como medida de protección, no se tendrá en cuenta dicho representante para el cálculo del Ingreso Grupo Familiar".

[8]

A tono con la armonización terminológica que el CCyC realiza con arreglo a las conquistas que lo anteceden, una segunda observación: el articulado civil y comercial evita caer en el reduccionismo lingüístico que deriva de vocablos tales como "madre" o "padre" y, por fuerza e impacto de la Ley 26743 de identidad de género, apela a una noción no sexista: progenitores. Asimismo, resulta innecesaria (por no decir contradictorio con el derecho de las familias en plural) la aclaración que se realiza con relación a la representación legal que ejercer los progenitores por adopción; según el CCyC, los efectos jurídicos que dispara la filiación están estructurados sobre la base del principio de igualdad, cualquier sea la causa fuente comprometida (art. 558).

[9]

Vgr. Ley 27364 y Decreto 840/2020.