

¿Qué debe entenderse por gran discapacidad?

Pamela Liz de la Iglesia*

Abstract

El Nuevo Código Civil y Comercial Unificado en su artículo 1741 prevé que si del hecho dañoso resultare la muerte del damnificado directo o sufriera una gran discapacidad también tienen legitimación para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales, a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivan con aquel recibiendo trato familiar ostensible. Pero ¿que debe entenderse por gran discapacidad? A lo largo del presente buscaremos establecer parámetros que nos ayuden a delinear los contornos de este concepto jurídico indeterminado siguiendo las pautas de interpretación que establece el artículo 2 del mismo Código.

I. Incapacidad sobreviniente.

El artículo 1746 del Nuevo Código Civil y Comercial Unificado sancionado recientemente, reconoce expresamente el derecho de todo aquél que sufre un daño en su persona, tradicionalmente calificado como indirecto por la doctrina, a obtener una indemnización por las lesiones o incapacidad física o psíquica de carácter permanente, ya sea total o parcial. Se trata de una indemnización de carácter patrimonial independientemente de lo que pueda corresponder por la indemnización de las consecuencias no patrimoniales o daño moral.

Para determinar la indemnización debe tenerse en cuenta además de la disminución en la capacidad productiva de la víctima, como influye esa discapacidad en su vida de relación. En numerosos fallos la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho:

“Que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por si misma un valor indemnizable y su lesión comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que

* Abogada y Escribana, recibida en la Universidad Nacional de La Pampa, designada en el Programa de Formación Docente en Derecho Civil II, dirección a cargo de la **Dra. Norma Martínez**. E-mail: pameladelaiglesia@hotmail.com

Jornadas sobre el Nuevo Código Civil y Comercial
(preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil)
Monte Hermoso, 5 y 6 de diciembre de 2014.
www.jndcbahiablanca2015.com

hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida¹.”

Lo que se pretende de este modo es lograr una reparación integral de las consecuencias dañosas derivadas del incumplimiento del principio *alterum non laedere* que emana de nuestra Constitución Nacional y cumplir con las normas del derecho internacional que integran el bloque constitucional.

Por tal motivo para establecer su cuantificación se rehúsa la aplicación de criterios matemáticos. Asimismo el máximo tribunal sostiene que tampoco son aplicables los porcentajes fijados en la ley de accidentes de trabajo, aunque puedan ser útiles como pauta genérica de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las “circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que estas puedan tener en el ámbito de la vida laboral de la víctima y en su vida de relación”².

Cuando hablamos de la vida de relación de una persona debemos considerar los diferentes ámbitos en que transcurre su vida, incluyendo la familia.

El Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que gozan en nuestro derecho de jerarquía constitucional consideran a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad que debe ser protegida por la sociedad y por el Estado. En este sentido el artículo 1741 del Nuevo Código contribuye a dar operatividad a estas normas del derecho internacional en consonancia con el proceso de constitucionalización que atraviesa el derecho privado desde algunos años.

La incapacidad sobreviniente al hecho dañoso, que funciona como causa adecuada del mismo, puede afectar no solo al damnificado directo sino además en supuestos de gravedad a su entorno familiar, que va a ver modificada su vida para satisfacer las necesidades de quién sufrió el daño en su persona.

Para ejemplificar podemos citar casos en donde un menor como consecuencia del disparo de un arma de fuego, efectuado por un agente policial, quedó parapléjico. Un persona que al arrojarse al mar desde una plataforma construida por el municipio de Puerto Madryn quedó cuadripléjica, sin posibilidad de recuperación debido a la altura de la lesión, magnitud del daño y el tipo de estructura afectada, de carácter irreversible lo que provoca una incapacidad total. Supuestos de mala praxis médica en donde como consecuencia de una enfermedad sufrida por la madre durante el embarazo que no fue detectada se la transmitió a su hijo provocándole una incapacidad absoluta. O casos en que una

¹ CSJN, “Mosca Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires Provincia de -Policía Bonaerense- y otros s/ daños y perjuicios”, 2007.

² Fallo citado CSJN, Mosca.

persona como consecuencia del hecho dañoso queda en estado vegetativo, entre otros.

II. Gran discapacidad.

Para delinear los contornos de este concepto primero vamos a revisar qué se entiende por discapacidad para lo cual es fundamental tener en cuenta que siempre estamos hablando de una incapacidad sobreviniente al hecho dañoso.

La ley 22.431 denominada Sistema De Protección Integral De Los Discapacitados en su artículo segundo *considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.*

Por su parte la Organización Mundial de la Salud considera que la discapacidad es un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales.

Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive.

Pero no hay un texto que expresamente nos defina en qué consiste una *gran incapacidad* pese a que la Convención para la Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la ley 26.378 el 21 de mayo de 2008, reconoce la **diversidad** de las personas con discapacidad.

Una aproximación nos da la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo la cual en su artículo 10 dispone que *existe situación de gran invalidez cuando el trabajador en situación de Incapacidad Laboral Permanente total necesite la asistencia continua de otra persona para realizar los actos elementales de su vida.* Si bien como mencionamos para la determinación de la incapacidad sobreviniente no hay que ajustarse a los porcentajes fijados por la legislación laboral, si pueden ser utilizados como pauta genérica de referencia. En este sentido hay que resaltar ciertos factores que menciona la norma como por ejemplo: A) la presencia de una **incapacidad de carácter permanente y total**, B) la **perdida de la independencia** del damnificado C) la **asistencia permanente** de otra persona, lo que se traduce en una **lesión a su autonomía personal** ya que para poder realizar los actos elementales de su vida, va a necesitar contar con la asistencia de terceros. Muchas veces esas tareas de asistencia son

realizadas por la misma familia con las implicancias de orden moral que ello genera. De ahí la necesidad de que se le reconozca el derecho a obtener una indemnización por la angustia y el dolor permanente, ya que esa incapacidad que afecta a uno de los miembros de la familia “va a repercutir de manera disvaliosa en el modo de sentir, de pensar y de actuar”³ del resto de los miembros de la familia o de las personas que convivan con el lesionado. “La atención del damnificado produce sobreexigencias en la vida doméstica, e impone nuevas funciones algunas verdaderamente arduas que exigen un gran equilibrio psicológico del familiar que las cumple”⁴.

La Convención para la Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York entre sus fundamentos dispone: *convencidos de que la familia es la unidad natural y fundamental de la sociedad y tienen derecho a recibir protección de esta y del estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones.*

Quien sufrió un daño, en su persona, de tales características va a requerir para realizar los actos más elementales y por el resto de su vida, de la asistencia continua. Con lo cual se produce una **lesión a las esferas más íntimas de la personalidad**⁵.

A ello hay que sumarle que estadísticamente sus expectativa de vida son menores que las del resto de la media de la población pese a los tratamientos físicos y psicológicos a los que deben someterse de por vida y que en la actualidad han contribuido a mejorar su situación.

Se trata de **lesiones de carácter irreversible y definitivas** que afectan a todas las esferas de la personalidad y repercuten en el ámbito familiar. Pero más allá de las pautas orientadoras que puedan fijarse para determinar cuándo estamos frente a un supuesto de gran discapacidad va a ser de fundamental importancia la prueba que se aporte al proceso. Especialmente adquiere relevancia la **historia clínica** del paciente y las **pericias médicas** que le van a permitir al juez formar un juicio basándose en las reglas de la sana crítica y estar a las particularidades del caso para arribar a una solución lo más justa y equitativa posible. Igualmente,

“Los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos no conforman pautas estrictas que el juzgador deba seguir inevitablemente toda vez que no solo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afectan a la víctima

³ Norma Martínez

⁴ CNCiv., “Liol, Ester y otro c. Ministerio del Interior”, 2005.

⁵ Fallo citado, CNCiv., Liol.

tanto desde el punto de vista individual como social lo que le confiere un ámbito de valoración más amplia⁶.”

El juez deberá tener en cuenta la **gravedad del daño** y cómo incide esa incapacidad en el desenvolvimiento de la vida de esa persona en diferentes ámbitos, entre ellos, el doméstico.

Tratándose de menores la Convención Sobre Los Derechos Del Niño establece que los estados partes se comprometen a velar por el interés superior del niño y a respetar entre otros derechos, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las **relaciones familiares** de conformidad con la ley. Y les reconoce a los niños **impedidos**, mental o físicamente, una especial protección para que puedan llegar a bastarse a sí mismos lo que no ocurre en las personas que adolecen de una gran discapacidad, de ahí la necesidad de contar con la asistencia de la familia que es el entorno más próximo en el que transcurre su vida y donde se forma parte de su identidad dinámica, para ello es conveniente que se mantenga el equilibrio familiar que puede verse perturbado por un hecho de estas características.

La compensación pecuniaria va a permitirles acceder a satisfacciones que ayuden a aminorar ese dolor.

Una persona que adolece de una gran discapacidad se caracteriza como lo sostuvo la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil por **“carecer de autonomía personal y económica”**⁷ por lo cual va a requerir de por vida de la asistencia de otros.

III. Conclusión.

En síntesis y recogiendo lo establecido por otras leyes, los tratados internacionales y la jurisprudencia en la materia podemos decir que una persona que padece una gran incapacidad sobreviniente se caracteriza por padecer de una incapacidad de carácter permanente y total que le impide realizar por sí mismo los actos elementales de la vida lo cual le genera una dependencia continua y afecta su autonomía personal a la vez que lesiona las esferas más íntimas de su personalidad, más allá de que al momento de juzgar se deban atender a las particularidades del caso y a lo que surja de la prueba producida en la litis.

⁶ CSJN “Pose, José Daniel c/ Chubut, Provincia del y otra s/ daños y perjuicios”, 1992.

⁷ Fallo citado, CNCiv., LioI.