

## GRAN DISCAPACIDAD

**Autor:** Pamela Liz de la Iglesia\*

### **Resumen:**

*El Código Civil y Comercial 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 convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible.*

*En virtud de ello es necesario definir uno de los supuestos fácticos que contempla el artículo es decir, que debe entenderse por gran discapacidad.*

*En el presente vamos a reformular algunas soluciones propuestas anteriormente, en búsqueda de hallar una respuesta más satisfactoria que armonice las distintas normas de nuestro ordenamiento jurídico.*

### **1. Incapacidad sobreviniente.**

El artículo 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación, reconoce expresamente el derecho de todo aquél que sufre un daño en su persona 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 incapacidad 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 sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de

---

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

la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida<sup>1</sup>.

Lo que se pretende de este modo es lograr una reparación plena 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 éstas puedan tener en el ámbito de la vida laboral de la víctima y en su vida de relación”( CSJN, “Mosca Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires Provincia de -Policía Bonaerense- y otros s/ daños y perjuicios”, 2007).

Cuando hablamos de la vida de relación de una persona debemos considerar los diferentes ámbitos en que transcurre su vida, por ejemplo 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 persona como consecuencia del hecho dañoso queda en estado vegetativo, entre otros.

## **2. Discapacidad.**

A continuación se analizan las distintas normas de nuestro ordenamiento jurídico que aluden a la discapacidad, para lo cual es fundamental tener en cuenta que siempre nos referimos, en términos de daños, a una incapacidad sobreviniente al hecho dañoso.

---

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

El Código Civil y Comercial, en sus artículos 48 y 2448 en concordancia con lo previsto en la ley 22.431 denominada Sistema de Protección Integral de los Discapacitados, disponen: *se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece 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.*

En lo que respecta a nuestro derecho de fuente internacional la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad en su artículo primero dispone: *el término "discapacidad" significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.*

En cambio, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por la ley 26.378 el 21 de mayo de 2008, no da una definición acerca de la discapacidad. Reconoce que es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Reconoce además la diversidad de las personas con discapacidad.

El artículo primero incluye entre las personas con discapacidad *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.*

Como pone de resalto la doctrina y jurisprudencia:

Ambas convenciones tienen en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva<sup>2</sup>.

Si bien no nos adentraremos en su estudio pormenorizado, cabe mencionar que según la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF) existen dos modelos para abordar conceptualmente la discapacidad: el modelo médico y el modelo social.

De las normas citadas, anteriormente, surge la necesidad de integrar y armonizar las disposiciones del Código Civil y Comercial con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad la cual, a partir de la sanción de la ley 27.044 goza de jerarquía constitucional.

Por su parte la Organización Mundial de la Salud al referirse a la discapacidad considera que es un término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Revisemos los conceptos:

Deficiencia es la anormalidad o pérdida de una estructura corporal o de una función fisiológica. Las funciones fisiológicas incluyen las funciones mentales. Con "anormalidad" se hace referencia, estrictamente, a una desviación significativa respecto a la norma estadística establecida (ej. la desviación

---

<sup>2</sup> Corte IDH, "Furlan y familiares vs. Argentina", 2012.

respecto a la media de la población obtenida a partir de normas de evaluación estandarizadas) y sólo debe usarse en este sentido.

Actividad es la realización de una tarea o acción por una persona. Representa la perspectiva del individuo respecto al funcionamiento.

Limitaciones en la actividad son las dificultades que un individuo puede tener para realizar actividades. Una “limitación en la actividad” abarca desde una desviación leve hasta una grave en términos de cantidad o calidad, en la realización de la actividad, comparándola con la manera, extensión o intensidad en que se espera que la realizaría una persona sin esa condición de salud.

Participación es la implicación de la persona en una situación vital. Representa la perspectiva de la sociedad respecto al funcionamiento.

Restricciones en la participación son los problemas que puede experimentar un individuo para implicarse en situaciones vitales. La presencia de una restricción en la participación viene determinada por la comparación de la participación de esa persona con la participación esperable de una persona sin discapacidad en esa cultura o sociedad<sup>3</sup>.

Como puede observarse, la discapacidad debe ser analizada de manera integral. Trasciende la mera **condición de salud**<sup>4</sup> de la persona afectada y éste es el punto que nos interesa destacar, en virtud de la incidencia del daño en la vida de relación del damnificado.

La pregunta que nos formulamos es si el juez puede por sí solo determinar cuando estamos ante un supuesto de gran discapacidad o si por el contrario, resulta conveniente que cuente con el dictamen previo de un equipo interdisciplinario integrado por profesionales de distintas áreas del saber.

Esa discapacidad puede influir en la esfera laboral, en este sentido ley 24.557 de Riesgos del Trabajo 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, 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 pérdida 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.

En estos casos el juez, para establecer la repercusión del daño en la esfera laboral, va a necesitar contar con el auxilio de un profesional de la salud. De todos modos

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

---

<sup>3</sup>Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF), aprobada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), en 2001.

<sup>4</sup> Es un término genérico que incluye enfermedad (aguda o crónica), trastorno, traumatismo y lesión. Una “condición de salud” puede incluir también otras circunstancias como embarazo, envejecimiento, estrés, anomalías congénitas o predisposiciones genéticas.

víctima tanto desde el punto de vista individual como social lo que le confiere un ámbito de valoración más amplia<sup>5</sup>.

Por ello creemos conveniente que dicho especialista, en caso de corresponder, forme parte de un equipo interdisciplinario que analice como influye esa discapacidad en los diferentes ámbitos en que transcurre la vida de una persona y si existe una lesión a su autonomía.

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” (CNCiv., “Liol, Ester y otro c. Ministerio del Interior”, 2005) por lo cual va a requerir de por vida de la asistencia de otros.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad entre sus principios señala a) *El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;* c) *La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;* e) *La igualdad de oportunidades;* f) *La accesibilidad;* h) *El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.*

Asimismo, a lo largo de su texto hace principal hincapié en la necesidad de que estas personas con diversidad funcional alcancen su autonomía y el pleno desarrollo de su personalidad. Frente a un supuesto de gran discapacidad, estas posibilidades se ven limitadas.

### **3. Ámbito familiar.**

Muchas veces las 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, debido a 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” (Martínez, Norma) 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” (CNCiv., “Liol, Ester y otro c. Ministerio del Interior”, 2005).

La Convención sobre 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” (CNCiv., “Liol, Ester y otro c. Ministerio del Interior”, 2005).

---

<sup>5</sup> CSJN “Pose, José Daniel c/ Chubut, Provincia del y otra s/ daños y perjuicios”, 1992.

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.

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.

#### **4. Dictamen interdisciplinario.**

Hemos visto a lo largo del presente que, como sostiene la Organización Mundial de la Salud, 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.

Por esa razón creemos conveniente que la sentencia judicial sea precedida por el dictamen de un equipo interdisciplinario.

Las normas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico prevén un sistema de protección integral para las personas con discapacidad. Para arribar a dicha solución necesariamente se debe partir de la premisa que la discapacidad incide en los diferentes ámbitos en que transcurre la vida de una persona, entonces ¿Por qué no definir también, la gran discapacidad desde una perspectiva interdisciplinaria?

En dichos equipos podrán participar, por ejemplo médicos, psicólogos, siquiátras, trabajadores sociales que de manera multidisciplinaria puedan determinar si se está frente a un supuesto de gran discapacidad. A su vez dichos profesionales podrán recurrir a la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF) que actualmente es empleada en distintas provincias para expedir el Certificado Único de Discapacidad y deberán tener en cuenta las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que obliga al Estado Argentino.

#### **5. Conclusión.**

*En virtud de ser la discapacidad un concepto que evoluciona y de incidir en las diferentes esferas de la vida resulta conveniente, para determinar si se está frente a un supuesto de gran discapacidad, que la decisión judicial sea precedida por el dictamen de un equipo interdisciplinario. Asimismo creemos necesaria la modificación en su parte pertinente del artículo 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación.*