

Discapacidad, Justicia y Estado

Género. Mujeres, niñas y niños
con discapacidad (arts. 4, 6 y 7 CDPCD)



**Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación**



Discapacidad, Justicia y Estado

Género, mujeres, niñas y niños
con discapacidad (arts. 4, 6 y 7 CDPCD)

Discapacidad, justicia y estado : género. mujeres, niñas y niños con discapacidad /
Florencia Cremona ... [et.al.] ; dirigido por Pablo Oscar Rosales. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2013.
260 p. ; 26x13 cm.

ISBN 978-987-45036-6-4

1. Discapacidad. I. Cremona, Florencia II. Rosales, Pablo Oscar, dir.
CDD 346.013

Fecha de catalogación: 06/12/2013

ISBN: 978-987-28886-5-7

Discapacidad, Justicia y Estado
Volumen 3 - diciembre 2013

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.

Correo electrónico: ediciones@sajj.gob.ar

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: www.sajj.gob.ar

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Los artículos contenidos en esta publicación son de libre reproducción en todo o en parte, citando la fuente.

DIRECTORA

PABLO OSCAR ROSALES

COORDINADORES

EMILIANO JOSÉ JORGE

GERARDO ANDRÉS D'UGO

CONSEJO ACADÉMICO

FRANCISCO BARIFFI

SILVIA BERSANELLI

CAROLINA FERRANTE

GRACIELA FIJTMAN

MARIANO GODACHEVICH

AGUSTINA PALACIOS

MABEL A. REMÓN

PABLO O. ROSALES

MARÍA SILVIA VILLAVERDE

PALABRAS PRELIMINARES

Este tercer volumen de la colección jurídica Discapacidad, Justicia y Estado está dedicado a varios temas que transversalizan la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPCD) de la ONU: El género y la situación de las mujeres, las niñas y niños con discapacidad.

La CDPCD subraya en su prólogo la necesidad de incorporar una perspectiva de género en todas las actividades destinadas a promover el pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad. En tal sentido, Florencia Cremona asume la tarea de explicarnos de qué hablamos cuando hablamos de género y cómo comunican los medios masivos este concepto. Las mujeres, las niñas y los niños con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación. Este tema cuyo abordaje siempre es problemático, es asumido por Liliana Russo y Jose Luis Latella en una amplia nota que nos ejemplifica con crudeza esta situación que, no por encontrarse muchas veces oculta o silenciada, deja de ser mucho más común de lo que pensamos. Este abordaje se cierra con la situación de las personas con discapacidad auditiva, en la que Mabel Remon analiza las microviolencias que pueden tener lugar durante un procedimiento judicial.

Pablo O. Rosales aborda el género y la situación de las mujeres con discapacidad en el marco de las recomendaciones que el Comité de la CDPCD le realizó a la Argentina al analizar el Primer Informe del país en 2012, y plantea propuestas de adecuación legislativa interna en el marco de dicho informe. Agustina Palacios se extiende ampliamente en uno de los temas abordados en la nota anterior, que es la contracepción quirúrgica o esterilización, que sufren tan a menudo las mujeres con discapacidad, y que lleva a que la propia CDPCD en su artículo 25 entienda como necesario exigir que los Estados Partes garanticen que “Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás”.

La educación escolar de las niñas y niños con discapacidad es tarea que asumen en nota conjunta María José Fernández Ferrari y Carolina González Venzano. La educación superior de las personas con discapacidad, con énfasis en las mujeres, es abordado conjuntamente por cuatro autoras de amplia experiencia en la red interuniversitaria nacional: Alfonsina Angelino (de Santa Fe), Nadia Heredia (de Neuquén), Sandra Katz (de La Plata), Bibiana Misischia (de Río negro) y Silvia Prolongo (de San Juan).

Este tercer volumen de la colección finaliza con dos novedades de interés para el lector: la primera de ellas es una Observación General que el Comité CEDDIS de la OEA emitió

en el año 2011 respecto al artículo 12.b) de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIADDIS) que establece que: “En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación”. En base a esta observación general y a un cuestionario de 37 preguntas contestado por 14 países, el Comité CEDDIS designó relator especial a Pablo O. Rosales, experto independiente por Argentina en dicho Comité, que redactó el documento que se publica por primera vez y que fuera aprobado en la Tercera Reunión extraordinaria del Comité CEDDIS en Costa Rica, el 21 de Noviembre de 2013.

De esta manera, ofrecemos en el presente volumen un amplio abordaje del género como eje transversal de la CDPCD, incorporando conjuntamente a las mujeres, niñas y niños con discapacidad que sufren una mayor vulneración de sus derechos y que son un grupo especialmente reconocido por la CDPCD. Acompañamos también propuestas de adecuación legislativas en los términos del artículo 4 de la misma con la guía del Informe del Comité ONU y ofreciéndose, en consecuencia, dos herramientas de trabajo esenciales para el operador jurídico, pero también para la administración pública, como son la Observación General y la Relatoría Especial, ambos complementos y sustento de la propuesta del Comité CEDDIS de elaborar para la región un Manual Instructivo que permita la puesta en marcha en el plano real de su Observación General sobre capacidad jurídica de las personas con discapacidad adoptada en la Primera Reunión Extraordinaria de dicho Comité en mayo 2011 jurídica.

La Dirección

ÍNDICE

página

¿De qué hablamos cuando hablamos de género? El género en la comunicación cotidiana, una articulación indispensable para la transformación social. Florencia Cremona.....	1
1. El género en los medios de comunicación	2
2. El sentido político de la comunicación	3
3. El género en la gestión de la comunicación.....	6
4. Comunicación y género: una articulación para la investigación y la acción política	7
5. Aportes del movimiento de mujeres al debate académico.....	11
6. El género para la planificación comunicacional.....	12
7. La performatividad del género	14
8. Planificación desde una perspectiva de género	17
Género, mujeres, niñas y niños con discapacidad en las Recomendaciones del Comité de la CDPCD de la ONU. Propuestas de abordaje y de adecuaciones legislativas (art. 4º CDPCD). Pablo O. Rosales.....	21
1. Introducción: el pensamiento rizomático	21
2. Recomendaciones del Comité de la CDPCD de la ONU a la República Argentina.....	24
3. Los derechos sexuales y reproductivos de las PCD en el art. 23 CDPCD: sexualidad, maternidad y paternidad. Necesidad de la incorporación de la perspectiva de la discapacidad en la ley 26.061.....	26
4. El régimen de capacidad para las intervenciones de contracepción quirúrgica en la ley 26.130 y el impacto en las mujeres con discapacidad	30
5. Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud: ¿cuál es el rol que se espera de los operadores del sistema de salud respecto de las personas con discapacidad en su relación con ese sistema?	31

6. La ley 26.682 de regulación de medicina prepaga y el derecho a la salud de las personas con discapacidad según los arts. 25 y 26 CDPCD	34
7. Pensando una modalidad de adecuación de la normativa interna al derecho internacional, con especial énfasis en la CDPCD	37

La influencia del género en el acceso a la educación inclusiva de niños, niñas y mujeres con discapacidad. María José Fernández Ferrari y Carolina González Venzano

1. Conceptos	43
2. Inclusión de las personas con discapacidad	47
3. La educación en la actualidad	49
4. Los principales factores de exclusión.....	50
5. Qué estrategias debemos implementar	53

Mujeres y Discapacidad en Educación Superior: puertas entreabiertas. Alfonsina

Angelino, Nadia Heredia, Sandra LEA Katz, Bibiana Misischia y Silvia Prolongo

Palabras preliminares.....	57
1. Primeras palabras detrás de la puerta	59
2. Puertas adentro: las mujeres en la Educación Superior.....	59
3. Desde afuera de la universidad, ¿cuál es la situación de las mujeres con discapacidad?	61
4. ¿Qué datos en relación al derecho a la educación de las mujeres con discapacidad están disponibles y qué “nos relatan”?.....	63
5. Educación Superior, mujeres y discapacidad: poner en juego desde la ética nuestra dignidad.....	65
6. Disquisiciones en torno a las violencias del saber académico.....	67
7. Mujeres y discapacidad articuladas por el cuidado.....	68
8. Refundar interrogantes y apuestas	72

“Microviolencias” en el procedimiento judicial respecto a personas con discapacidad que padecen violencia familiar. ¿Un contrasentido solucionable o una práctica establecida? Mabel A. Remón.....

1. Instancias judiciales y administrativas para la atención de casos de violencia.....	76
2. El encadenamiento de los actos “microviolentos”	76
3. Casuística	77
4. La identificación social de las personas sordas	83
5. Conclusión	83

Explotación, violencia y abuso a niños/as y mujeres con discapacidad. Liliana Russo y José Luis Latella	85
1. Definiciones	86
2. Tipos de violencia.....	87
3. Consecuencias de la violencia	88
4. Estadísticas	88
5. Violencia sexual.....	89
6. Explotación Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes (ESNNA).....	89
7. Distintas modalidades	90
8. Factores de riesgo para el desarrollo de la ESNNA.....	91
9. Abuso Sexual Infantil (ASI).....	91
10. Mitos acerca del abuso sexual infantil	93
La necesidad de adecuación de la Ley de Régimen para las Intervenciones de Contracepción quirúrgica, a la luz de la CDPCD. Agustina Palacios.....	103
1. El ejercicio de derechos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	103
2. La situación de las mujeres con discapacidad en la ley 26.130	113
Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, sobre la necesidad de interpretar el artículo 1.2, inciso b) in fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Primera reunión extraordinaria del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad	123
1. Antecedentes	123
2. Adopción de criterio de interpretación.....	125
Diagnóstico Regional sobre el Ejercicio de la Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad. Tercera reunión extraordinaria del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Ceddís)	133
I. Introducción	137
II. Puesta en práctica del mandato	139
III. Conclusiones de la relatoría	178

¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE GÉNERO? EL GÉNERO EN LA COMUNICACIÓN COTIDIANA, UNA ARTICULACIÓN INDISPENSABLE PARA LA TRANSFORMACIÓN SOCIAL

FLORENCIA CREMONA ⁽¹⁾

Hace muy poco tiempo, la palabra “género” no era parte del lenguaje cotidiano. Los avances normativos que fueron implementados por el Estado argentino en esta materia, el activismo de los movimientos sociales y las organizaciones feministas, LGBTIQ (lésbico, gay, bisexual, travesti, transgénero, transexual, intersexual y queer), la academia y las ONG han contribuido mucho a que esto suceda. Es decir, a que se produzca el “interjuego” entre el reconocimiento y el avance normativo de las reivindicaciones de derechos largamente demandados. Y, aunque la conquista en el discurso público no garantiza la transformación social, la circulación semántica que se cuele en las palabras da cada día mayores chances, es decir, posibilidades de existir.

Queda todavía por librar una batalla discursiva para hacer efectivas las transformaciones en la cultura. Un desafío situado en la complejidad, en la contradicción entre nuestras prácticas cotidianas y el sentido común que tiende a conservar un *status quo* de género organizado por la aparente verdad biológica.

¿Y de qué se habla cuando se habla de género? ¿En qué circunstancias se lo denomina como problema? ¿Cuáles son los estereotipos asociados a esta temática? ¿Por qué género es todavía sinónimo de mujeres? ¿Por qué las mujeres se hacen visibles en el discurso social solamente cuando atraviesan situaciones que expresan su altísima vulnerabilidad social: trata, prostitución, golpes o aborto? ¿Por qué solamente son ejemplo de éxito cuando cumplen con los cánones de belleza, buenos matrimonios o puestos excepcionales por su condición como la primera astronauta, la primera presidenta, la mujer piloto de avión?

Por ello, el género sigue siendo un tema polémico, una opción paradójica en la agenda cotidiana.

(1) Doctora en Comunicación Social (UNLP). Directora del Laboratorio de Comunicación y Género y Profesora Titular de la Cátedra Comunicación y Educación II (ambos cargos en Facultad de Periodismo y Comunicación Social, UNLP). Ha colaborado como consultora de programas en Comunicación Educación y Género para organizaciones Internacionales, ONGs y organismos del Estado y publicado dos libros en la materia: *Comunicación para el cambio social en América Latina*, Edulp, 2007 y *Comunicación y Género*, Cuadernos de Cátedra, Ediciones de Periodismo y Comunicación Social, 2011..

Es necesario señalar que la explicación del mundo parte de una visión radicalizada y biologicista de la sexualidad humana, en la que se asignan derechos y responsabilidades según aparentemos uno u otro rol sexual; hablar de las causas y consecuencias de esa arbitrariedad histórica de dicha distribución es una opción. El varón fuerte y proveedor, la mujer débil y madre, la lesbiana deportista, el gay meticuloso y coqueto, la mariquita, la trans depravada; estos siguen siendo los estereotipos organizadores de sentido común y económico. Otro de los estereotipos es la familia heteronormativa como base material de la vida y el amor romántico como esperanza de realización íntima.

A pesar de pequeñas modificaciones, se sigue manteniendo como verdad natural a la verdad del cuerpo. Se prefiere guardar bajo el rótulo de la naturaleza lo que fue construido en el marco de una lucha de significados, que asentó en el cuerpo la verdad inescrutable de la inequitativa y violenta exclusión de las mujeres y de las sexualidades no hegemónicas del reparto de bienes y libertades.

Para las mujeres, que es el tema que nos ocupa en este trabajo, las políticas de género se presentan mucho más tarde en nuestra vida, casi siempre como una reparación. La comprensión crítica de nuestra situación en el mundo y de cómo está atravesado nuestro destino por las elecciones y los reposicionamientos que pudimos hacer según nuestra inscripción sexual es una comprensión tardía y aleatoria.

El género y sus posiciones, las sexualidades múltiples que se contraponen con el binarismo moderno que ve en la heterosexualidad la única opción, los mitos del amor romántico que encadenan las angustias cotidianas y coartan la autonomía política de las mujeres y sobredimensiona la de los varones, son algunas de las cadenas invisibles que sujetan al género en un lugar de borde.

Siguiendo este análisis, revisar las relaciones y posiciones de género es revisar el núcleo duro de la organización social de Occidente, con sus amplísimas derivaciones sociales, políticas y económicas.

1. El género en los medios de comunicación

El género es tomado en los discursos mediáticos e institucionales como un “problema de la subjetividad y emoción” o “un problema biológico”. De los dos modos se lo saca de la compleja trama política de reproducción de poder social.

Como decíamos, pensamos, somos, sentimos y proyectamos nuestra existencia desde un horizonte cultural que es nuestra percepción de género. Esta se construye en el interjuego de interpelación y reconocimiento entre las propuestas de horizontes fijos de identificación según seamos varones, mujeres, gays, lesbianas. Cualquier modificación a la propuesta hegemónica es disruptiva, peligrosa y genera pánico moral.

Existen una serie de requisitos que se nos prorrogan antes del nacimiento; que están allí como un don. Todo lo demás, es decir, todas las otras formas de recorrido vital, son alternativas que acarrear dolores y rupturas. La heteronormatividad y el matrimonio también los tienen, pero son sufrimientos socialmente contemplados y consentidos; los otros no.

Los reclamos de género siempre han sido resistidos, ya que disparan directamente a la médula del poder. Ponen en duda todo el andamiaje de la cultura occidental: el amor, la familia, la sexualidad la descendencia, la moda, la economía, las estrategias de seducción los modelos acumulativos de bienes materiales y simbólicos, la producción de conocimiento, la política (“territorio comanche” para los no varones).

La otra operatoria que desactiva el tema de género, a partir de ser considerado como problema político, es el de desestimar reducirlo a una mera distribución de tareas. O peor aún, afirmar que por los derechos conquistados las diferencias ya están equiparadas, producto de los avances normativos. En este punto se estaría omitiendo que el cambio cultural requiriere un trabajo tanto o más comprometido que la lucha política por las leyes.

En este sentido, este apartado presenta una serie de variables tendientes a proponer la articulación género-comunicación en el complejo campo comunicacional.

La comunicación es una herramienta política indispensable para desentramar y ensayar nuevos modos de nombrar el mundo. Es fundamental que para lograr transformar, primero, tengamos que aprender a nombrar el mundo de otro modo, a remodelar el lenguaje, a salir de la superficie de los artículos para poder hilar, tejer, tramar modos contundentes de producir existencias que habiliten y sean en sí mismas modelos emancipatorios. Tal vez sea momento de pensar la política desde la amplia diáspora de las sexualidades, el lugar más cierto desde el que vivimos nuestra vida.

A continuación, ensayaremos algunas controversias y propuestas entendiendo que esta práctica articulada —es decir, la de producir una comunicación que tome al tema de género o los aportes de los estudios sobre este como punto de partida— puede contribuir a achicar la profunda brecha que existe entre los avances normativos y las prácticas cotidianas.

Como comunicadora me preocupé mucho tiempo por los discursos desequilibrados presentes en los medios de comunicación; por eso celebro con esperanza la implementación de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisuales, que está permitiendo el diseño de mejores contenidos, por lo menos en la televisión pública. Aunque, como venimos diciendo, los avances normativos no garantizan los cambios, dan una enorme oportunidad para que se realicen.

Por ahora, basta con sintonizar cualquier medio para “disfrutar” de una entrevista a una especialista en violencia de género que fue convocada por un femicidio, violación, privación ilegítima de la libertad o cualquier caso cotidiano en la vida de las mujeres, pero que se presenta públicamente como una rareza producto del mal (y no de las condiciones que producen cotidianamente la posibilidad de matar, violar, incendiar y abusar de mujeres). Los periodistas que dialogan con ella fruncen el entrecejo y se preguntan “¿cómo pudo ser posible este aberrante hecho?” y pronto llega el corte comercial en el que se muestra que una mujer alcanza la dicha una tarde cualquiera gracias a que encontró el limpiador perfecto para sus pisos, y otra muestra su cuerpo desnudo disfrazada de niña y promete, más tarde, revelar todos sus secretos.

En ese sentido, la verdad, lo real, son los pisos, el amor, el cuidado de la familia o la voluptuosidad como pasaporte a la felicidad común que todas y todos queremos. De este modo, frente a la contundencia de este orden esquizofrénico, todo lo que pueda hablarse sobre género, sobre ampliación de derechos, aunque surja de iniciativas del propio Estado nacional o de los movimientos sociales, es siempre un discurso sospechoso y peleador. De borde: un derecho al que habría que conceder, incómodos, porque la verdad se presupone ausente de esas problemáticas que parecen aún de orden privado, doméstico e individual.

2. El sentido político de la comunicación

El campo de la comunicación es un amplio territorio que incluye el “acumulado”, que no es necesariamente un acopio enciclopedista sino el resultado de distintas teorías que conforman de manera compleja la construcción del campo académico latinoamericano, y que inspiran prácticas como el periodismo, la planificación y la educación.

Los estudios de género, a su vez, tienen historia propia y podrían situarse en las ciencias sociales desde que Margaret Mead, en la década del 30, hizo una distinción entre lo biológico y la cultura, situación que se hizo más visible en la academia occidental a partir de aquella publicación de Simone de Beauvoir que narra cómo la cultura construye a las mujeres.

La perspectiva de los estudios culturales en el campo comunicacional —resultado de la atención teórica a las estructuras sociales y al contexto histórico como factores esenciales para comprender la acción de los medios— puede utilizarse para el análisis de los sentidos sociales. Con este material, o desde este material, se trabaja el diagnóstico de una situación social y comunitaria. Para diagnosticar, es necesario partir de la idea de la complejidad de los estudios culturales (línea que analiza y describe las interrelaciones del conjunto de las prácticas a partir de un concepto de cultura como amalgama de significados, valores y prácticas sociales). Consideramos las prácticas comunicativas como espacios de interacción entre sujetos en los que ocurren procesos de producción de sentido. Estos emergen con un fuerte contenido disruptivo ya que, al desmarcarse de los anclajes disciplinarios, convocan a especialistas provenientes de muy diversos campos, que se interesan en proveer marcos interpretativos de los fenómenos sociales. En este contexto, en el siglo XX, a finales de los años 60 e inicios de los 70, comienza a evidenciarse el debate en los medios políticos y académicos en torno a la cuestión de la alteridad. En los ámbitos políticos y sociales esos debates ganan terreno a partir de los movimientos anticoloniales, étnicos, raciales, de las mujeres, de los gays, lesbianas y transexuales.

Han sido muy importantes los aportes de los estudios culturales: las categorías para pensar el consumo y la economía política de los intercambios simbólicos; las pertenencias culturales como mediaciones clave para la recepción/interpretación del mundo; los medios de comunicación como dispositivos de poder e instituciones culturales; las identidades como categorías social y culturalmente construidas y la gestión cultural. El terreno del discurso social, el terreno de la cultura y la comunicación, consecuentemente, son terreno de modelación social y, por ende, de disputas y negociaciones, de conflictos y de acuerdos del orden, del sentido. Reconocer lo hegemónico del campo no impide que se promuevan propuestas para transformar. Por eso el género brinda un aporte tanto a la problematización teórica como a las acciones políticas, ya que nos permiten comprender el trasfondo de cómo se organiza y se reproduce el poder social a partir de la connotación cultural atribuida al sexo y su consecuente valoración contextual.

La cultura y la comunicación son dimensiones de producción de sentido en torno a los géneros y a las sexualidades. El género es un modo de distribución y reproducción del poder. En la acción están imbricados permanentemente en la producción de sentido en la denominación del mundo.

De este modo, hacer comunicación y pensar en el género no es solo conmemorar las efemérides del caso —léase Día Internacional de la Mujer, Día de la Erradicación de la Violencia— ni únicamente hablar de los casos de femicidio o violencia doméstica como casos aislados, tan aislados como las mujeres en situación de poder. Porque, lejos de ser hechos aislados, son producidos, contenidos y reproducidos por la cultura y parte de la economía política de las sociedades occidentales.

Tanto para un caso como para el otro (la víctima sistemática o la brillante excepción), habría que atender cómo en los medios de comunicación masivos las mujeres son temas excepcionales, salen del rótulo invisible de la norma cuando cometen un acto disruptivo de su destino invisible y natural (coquetas, madres, amas de casa, mujeres fatales, heroínas

sensibles), aunque consentido. Así, se construyen expresiones peligrosas y estigmáticas por su vacío, como “la mujer golpeada”, “la mujer ambiciosa”, “la loca por el poder”, que señalan en el discurso el carácter alterativo de dichas prácticas.

El punto de partida de la comunicación y el género es revisar los sentidos, marco para hacer comunicación y los supuestos —a veces, sutiles; feroces en la mayoría de los casos— a partir de los cuales se construye el sentido de género. Los mitos a los que hace referencia Ana Fernández en su libro *Las lógicas sexuales, amor, política y violencias*,⁽²⁾ configuran aun los supuestos de bueno y malo sobre los que se estructura, se arma (e incluso “desencaja”) el discurso en torno a las mujeres.

Fernández habla del mito de la mujer madre, del mito de la pasividad erótica femenina y del mito del amor romántico como ejes fundamentales sobre los que se organiza la violencia simbólica discursiva.

Si analizamos la cobertura de cualquier noticia, veremos que directa o indirectamente se sigue haciendo énfasis en la vida privada de la víctima: cuando su valoración es positiva se la muestra como madre dedicada, buena, sin vida sexual y, cuando es negativa, se la expone como mujer que tenía amantes ocasionales, fotos provocativas o rutinas poco claras de vida.

En este caso, también aparece la variable de clase. En general, los casos violentos y de asesinatos de mujeres que aparecen en la televisión o los diarios son de mujeres pertenecientes a los sectores populares, a los cuales el Estado no llegó con la prevención. Sin embargo, en casos de mujeres de clase media o alta, la representación estereotípica se realizan en relación a su cuerpo o belleza; y, en caso de ser una profesional destacada, la mujer se señala como un caso excepcional: se señalan las renunciaciones a sus aparentes funciones naturales —“dejé de lado a mis hijos para dedicarme a mi carrera”— o la desmedida ambición comparada con la ambición sexual, lo que niega el mito de la pasividad erótica y la saca de lo irreductiblemente propio que es el hogar doméstico y, nuevamente, el destino de cuidadora, al que se puede renunciar aunque desde los medios sigue siendo leído y narrado como una renuncia a un destino natural. Cuando ellas son víctimas de femicidios, crímenes sexuales, los casos son tratados con una cobertura “detectivesca”, al mejor estilo Sherlock Holmes, detective de la Inglaterra victoriana. Se encuentran pistas, se buscan móviles, se sospecha sobre la víctima con una semiótica esquizoide que la muestra como bella, angelical, provocativa o loca merecedora de su destino. Fatal destino, como el de Norma Mirta Penjerek, María Soledad Morales, Nora Dalmaso, Oriel Brian y tantas otras mujeres asesinadas por razones de género (víctimas de violencia sexual, de trata, de abusos, asesinadas por ser explícitamente activas en su sexualidad). De hecho, la peligrosidad de la sexualidad activa de las mujeres, que es fuente de maltratos y condena social, rastrea su origen en los recónditos enclaves de la socialización humana. Aunque algunos sentidos pudieron ser revisados y transformados, la connotación de peligrosidad nunca fue completamente desanudada de la sexualidad femenina.

Otra característica repetida es que, frente a los casos de abuso o de violación, lo que se conoce casi inmediatamente es el nombre de la asesinada o violada. En cambio, es poco difundido o conocido el nombre del asesino o violador. De este modo, se contribuye a construir una ficción del caso, transformándolo en una “historia”.

(2) Fernández, Ana María, *Las lógicas sexuales, amor, política y violencias*, Bs. As., Nueva Visión, 2009.

Para finalizar esta reflexión, vale decir que la violencia sexual no se establece solamente en el acto violento, sino que forma parte de una cadena que comienza con la objetivación del cuerpo de las mujeres, con el disciplinamiento de la sexualidad y una serie de atributos presentes en los mitos del amor romántico que permiten y habilitan culturalmente que las mujeres puedan ser menoscabadas, despreciadas, asesinadas y que, además, una vez muertas, se puedan meter sus cuerpos en bolsas de basura.

Este discurso no solamente es ostentado por los medios de comunicación, sino también por la metodología con la que se trabaja la comunicación. Cualquier proyecto de planificación y comunicación desde el género tiene que considerar una perspectiva de participación y de derechos sociales, aunque el tema convocante sea la economía o arte callejero. Todos los temas sociales son posibles de abordarse desde una perspectiva de género, sino seguiremos teniendo una visión sesgada del mundo. Los problemas de género no son solamente el abuso, la violencia o el aborto. Estos son los temas que estallan, los que se tornan imposibles de ocultar en una conformación social machista y patriarcal como la que predomina en Occidente.

Entonces, si la comunicación transforma, por un lado, la inclusión del género como cuestión transversal responde a la profundización de las conquistas de derechos humanos alcanzados y, por otro lado, permite una redefinición en sí misma. De ahí que se haya situado de manera marginal al género o se lo haya identificado con problemas parciales que son resultantes de una organización cultural asentada en la división sexual del trabajo y de las obligaciones a partir de una interpretación biologicista de la cultura.

3. El género en la gestión de la comunicación

La gestión de la comunicación es un proceso de diálogo público mediante el cual las personas acuerdan metas y el camino posible para obtenerlas. Esta aproximación busca, especialmente, mejorar las vidas de los grupos marginados (tanto política como económicamente) y está guiada por los principios de equidad, justicia social y participación activa.

Siguiendo esta línea de reflexión, trabajar para la transformación social con un enfoque de género supone identificar y promover prácticas que tiendan a producir estrategias comunicacionales que incluyan de manera transversal al género; que partan de la subjetividad de quienes la formulan y contribuyan a subvertir estereotipos sociales que condicionan y reproducen la exclusión social.

Si se entiende a la sexualidad como una acción cultural constante, móvil y viva, desde la que se vive y significa la vida cotidiana, resulta fundamental considerarla en las estrategias comunicacionales.

Puede decirse que, más allá de las transformaciones que se gestan a partir de la incorporación de profesionales formados en estudios de género, feminismos y la propia presencia femenina en cargos públicos, en el actual modelo social las mujeres somos sujetos a los que hay que asistir, tutelar, amparar. Para que las posibilidades de transformación ocurran hay que contribuir desde la comunicación a la generación de sentidos que problematicen los lugares comunes que enuncian a lo femenino, lo masculino, lo gay, lo trans.

El género en la formación de comunicadores nos aporta nuevas dimensiones para pensar el campo de la comunicación. Estamos generando la posibilidad de nuevas preguntas.

Y son las nuevas preguntas las que nos permiten gestionar nuevas interpelaciones. La pedagoga mexicana Rosa Buenfil Burgos, dice que:

Lo que concierne específicamente a un proceso educativo consiste en que, a partir de una práctica de interpelación, el agente se constituya como un sujeto de educación activo incorporando de dicha interpelación algún nuevo contenido valorativo, conductual, conceptual, etc., que modifique su práctica cotidiana en términos de una transformación o en términos de una reafirmación más fundamentada. Es decir, que a partir de los modelos de identificación propuestos desde algún discurso específico (religioso, familiar, escolar, de comunicación masiva), el sujeto se reconozca en dicho modelo, se sienta aludido o acepte la invitación a ser eso que se le propone.⁽³⁾

4. Comunicación y género: una articulación para la investigación y la acción política

4.1. Género en los medios de comunicación

Si bien ya adelantamos algunas impresiones en relación al tratamiento del género en los medios, hay que decir que estas lecturas fueron iniciadas desde los estudios culturales. Las teorías de género y la perspectiva de la comunicación para la transformación social también resultan pertinentes y complementarias para leer e indagar la articulación género-comunicación atendiendo, por ejemplo, a la reproducción mediática de estereotipos que ya existen en la cultura y que, a la vez, se van remodelando y reconstruyendo cuando no hay una visión crítica o cuando el medio/periodista no tiene la formación adecuada para abordarlo.

En los medios de comunicación, la mujer (pensada desde una categoría en singular) sigue siendo interpelada como madre o como víctima; y las travestis, los gays, las lesbianas, como sexualidades de borde que ni siquiera son nombradas, excepto por su efecto ridiculizante, como show o como anormales/peligrosos. El punto es que la sexualidad se trata cuando se nota.

La reproducción y reactualización de prejuicios culturalmente arraigados respecto del género y la sexualidad de las personas impacta en la reactualización de las diversas formas de violencia que vemos en la vida cotidiana. Tomar el género como una teoría y acción transversal a todo el proceso comunicativo implica dos premisas: que los y las comunicadores tengan elementos para trabajar el género en el tratamiento, redacción, publicación de la noticia —formación que debemos proponer para los profesionales egresados de la universidad pública—; y que los criterios editoriales también contemplen y trabajen desde una perspectiva de género. Esto significa no situar a las noticias de violencia doméstica en policiales, no construir nudos temáticos que naturalicen a la prostitución como práctica. Toda la información, todos los temas deberían ser tratados desde el género. No solamente los que incluyan a mujeres, gays o transexuales. Se trata de ir más allá de una imagen puramente cuantitativa del género en los medios, analizando cómo los estereotipos están presentes en las rutinas y prácticas de la producción de noticias y otras estrategias comunicativas.

(3) Buenfil Burgos, Rosa N., "Análisis de Discurso y Educación", en *Documento DIE 26*, México DF, Centro de Investigación y de Estudios Avanzados del Instituto Politécnico Nacional, 1992.

Podría pensarse que esta propuesta de abordar todos los temas desde el género es un slogan militante, sin embargo, basta con escuchar cinco minutos de cualquier medio como para notar que ya hay una postura de género en el tratamiento de todas las noticias e informaciones. Es heterosexual, de clase media, organizado en estratos sociales y grupos etarios; tiene el amor romántico como trama y la familia como sitio de organización social y económica.

En este marco, una perspectiva posible para el análisis del discurso parte de entenderlo como un sistema de construcción que mantiene y reproduce las estructuras de dominación. De acuerdo con esta perspectiva, las creencias, los conocimientos y las opiniones que se articulan en el discurso pueden organizarse de manera más compleja y dar lugar a actitudes y prácticas sociales de dominación.

Pero, a la vez, hay nuevos sentidos en torno a la sexualidad en prácticas emergentes. Sería interesante desarrollar una línea de investigación en recepción de medios que indague los sentidos sociales sobre sexualidades que son corregidos y adaptados por el discurso social hegemónico y la convivencia entre los avances normativos en materia de género y sexualidad y la “ficción” que reproducen los estereotipos del amor heterosexual como norma de organización comunitaria.

4.2. Los debates en torno al concepto de género

En los últimos cuarenta años, ha surgido un fenómeno importante que se ha constituido en el centro de interés, tanto de la acción como de la investigación. Tal es el caso de los estudios de la mujer. Hubo muchas críticas centradas en la no consideración de la dinámica de la relación entre los sexos, en la asignación a ambos de tareas diferenciales y a atribuirles, consecuentemente, diferentes significados y posiciones, las cuales son jerarquizadas y valorizadas otorgándoles mayor valor a las actividades públicas o extradomésticas, que serán desarrolladas por los hombres. La constatación de estos hechos y la presión de los movimientos feministas mostraron la importancia de considerar al género como una categoría indispensable en el análisis social.

Tras varios lustros de luchas de organizaciones de mujeres y debates teóricos de la academia, el concepto de género, en términos de Judith Butler,⁽⁴⁾ aparece hoy vinculado a “un modo de organización de las normas culturales pasadas y futuras y un modo de situarse uno mismo con respecto a dichas normas”.

Estas reflexiones significaron el paso hacia una visión más crítica, que condujo a la necesidad de organizarse para superar las desigualdades, entendiendo que las discriminaciones, cualquiera sea su tipo y origen, no tienen por qué seguir siendo parte de los datos cotidianos.

Cuando en este apartado hablamos de discurso social, lo entendemos como una totalidad que integra el lenguaje hablado y los actos de sentido a los que está ligado. Retomando a Ernesto Laclau, decimos que las relaciones e identidades en la formación de un discurso están condicionadas las unas con las otras. En la construcción de significados en relación a los estereotipos de género se ve cómo la identidad está siempre relacionada con lo que no es. Siempre hay un modelo de referencia presente en el discurso hegemónico a partir del cual se ordena y se construyen sentidos. El discurso, entonces, es una

(4) Butler, Judith, “Prefacio”, en *El género en disputa, El feminismo y la subversión de la identidad*, Madrid, Paidós, 2007 [1999].

totalidad relacional, la formación de un discurso es siempre resultado de una serie de articulaciones. Estos puntos de unión juntan diferentes elementos y se combinan para construir una nueva identidad. Es una práctica y una estructura discursiva; una fijación parcial de sentido que construye y organiza las relaciones sociales. Estas fijaciones parciales son necesarias porque —dada la imposibilidad de fijación última de sentido— sin ellas el flujo mismo de las diferencias sería imposible.

Hay una cadena de significación. Lo que decimos adquiere sentido en este marco de decisiones sociales que fueron construyendo un contexto posible.

En un diálogo epistolar entre Butler y Laclau que se refiere a los “usos de la igualdad”, Butler habla de género y dice que este es una realización reiterada de las normas que lo producen; así, la performatividad de género es constante y se constituye repetitivamente. El género no está determinado. Según la autora norteamericana, para el feminismo el género no representa una profundidad interna, sino que produce esa interioridad y profundidad performativa como un efecto de su propia generación, y significa que el “patriarcado” y los propios “sistemas de dominación masculina” son formas hegemónicas de poder que revelan su propia fragilidad. La tarea del feminismo es explotar esta fragilidad.

En este diálogo, Laclau dice que el género no es un mecanismo intemporal, sino producto de prácticas y normas contingentes sujeto a variaciones históricas. Por tanto, la pregunta que nos aporta este diálogo se refiere a los sentidos sociales que se dan en torno al género, a sus fragilidades, a sus fugas, a los procesos de articulación y desarticulación en el discurso, al vaciamiento de significados, a la nueva pugna.

Según Laclau, impartir derechos iguales entre quienes son desiguales redundaría en mayores desigualdades. La igualdad puede contener en sí misma principios de desigualdad. De hecho, cuando se aplica esta teoría a las mujeres, el otorgamiento de iguales derechos no garantiza igualdad de acceso y oportunidad. Hay condiciones en el discurso que construyen sentidos que sostienen la subalternidad. Los significantes en torno al género son un claro ejemplo de ello: los modelos sociales de masculinidad y femineidad condicionan y modelan las prácticas sociales que sostienen la inequidad de género y modelan la denominación de la amplia diáspora de sexualidades.

Butler dice que el principio de la diferencia nos obliga a pensar, ya no en una reforma al universalismo, sino en un nuevo tipo de derecho. Un derecho que se podría formular como aquel que entiende el sustento del orden social en un derecho multiversal. Butler percibe a la política como un encuentro que está obligado a iterar y a equilibrar las diferencias permanentemente.

Durante este trabajo de investigación fuimos viendo qué puntos de unión había entre comunicación y género en las distintas prácticas relevadas. Qué sentidos propiciaban transformaciones y qué nuevas preguntas nos brindaban.

4.3. Los estudios de género en Argentina

Argentina tiene una larga tradición de reivindicación de los derechos de la mujer, que podemos ubicar desde finales del siglo XIX. Dora Barrancos en *Mujeres en la sociedad argentina. Una historia de cinco siglos*⁽⁵⁾ realiza una lectura sobre la posición de las mujeres en el hogar, en el trabajo y en la cultura. Avanza desde un recorrido que parte de

(5) Barrancos, Dora, *Mujeres en la Sociedad Argentina. Una historia de cinco siglos*, Capítulos III y VII, Bs. As., Sudamericana, 2010.

la situación de las mujeres indígenas en el territorio latinoamericano hasta la actualidad. El trabajo permite recorrer las múltiples relaciones entre los varones y las mujeres como marcas de la organización social, la distribución del poder y la consolidación del patriarcado como estructura.

Barrancos señala cómo desde antes de constituirnos como nación argentina, distintas áreas de la política, el ejército y las letras tuvieron el desafiante aporte militante de mujeres que no se conformaban con su rol de reproductoras y de objeto de intercambio social. Argentina contó con grandes feministas —algunas, llegadas con la inmigración; otras, obreras— que, desde el mundo del trabajo, bregaban por mejores condiciones, a la vez que denunciaban la inequidad de hecho entre hombres y mujeres en materia de derechos sociales.

Más adelante, en la academia anglosajona aparece el concepto de “*gender*” que, en los años 70, es tomado en nuestro país.

En una entrevista realizada para este trabajo, la doctora María Luisa Femenías señaló:

... los estudios de género y los estudios de la mujer aparecen fuertemente después de la democracia por tres motivos: el primero de ellos fue porque muchas mujeres volvieron del exilio que, al estar en el exterior, tuvieron contacto con bibliografía que era novedosa y aquí estaba vedada. Segundo, porque de manera subterránea las mujeres que estábamos aquí seguíamos trabajando estos temas aunque no los pudiéramos difundir; y tercero, porque la noción misma de democracia significaba democratizar las relaciones entre varones y mujeres dentro de los partidos políticos. En general, las mujeres no formaban parte directa de las estructuras partidarias, por lo menos no mayoritariamente ni de manera estructural, sino como apéndice o voluntariado, sin darle mayor importancia en las grandes estructuras partidarias ni en la democracia misma.

Según Femenías, hay muchas tensiones: por un lado, la necesidad de hacer una articulación teórica de los derechos de la mujer; por otro, la necesidad de hacer una ley de divorcio que no había, de legalizar a los hijos llamados naturales porque eran hijos de segundas parejas. La teoría surge a partir de la necesidad política de tener argumentos para este tipo de reivindicaciones sociales.

Todos los reclamos necesitan de teoría para ser solventados porque cuando van a debate en el espacio público o en las Cámaras deben estar argumentados; si no se argumenta, se pierde solidez.

Este primer momento, entonces, está anclado en lo que fue el feminismo de los años 60 y en toda la historia de las reivindicaciones de igualdad en la Argentina que datan de finales del siglo XIX, y que incluyen el reclamo por igual herencia, derecho al voto, igualdad en los salarios —reclamos estos que se fueron cristalizando en distintos momentos de la historia—.

Cuando comienzan a introducirse seminarios en la academia, empieza a aparecer bibliografía extranjera, porque lo que aquí existía era menor en cantidad y en densidad. Así, surge el abandono de la noción de feminismo, que parecía un término polémico, y en los primeros seminarios en Psicología y Sociología de la Universidad de Buenos Aires (UBA) comienza a introducirse la noción de “teoría de género”.

Desde el punto de vista conceptual y teórico, la desarticulación de la relación necesaria que se suponía, o que se presuponía, antes entre biología, naturaleza y elección sexual es desarticulada por la noción de “*gender*”.

Femenías dice que cuando se desvincula la noción de naturaleza y de cultura como una relación no necesaria y causal se está entrando en el espacio del *gender*.

Los estereotipos de hombre y de mujer son constructos, lo que significa que no hay una relación causal ni con la naturaleza ni con el objeto de deseo; por lo tanto, se hizo necesario otro término que pudiera abrir el espectro y mostrar matices que la concepción originaria no mostraba.

Hay una ampliación, una profundización teórica. Pero, como explica la filósofa, género y estudios de mujer no son exactamente lo mismo, sería necesario mantener el término “feminismo” para ciertas reivindicaciones y el término “género” para otras. Por su parte, en los años 80 aparece en el tapete la noción de “estudios sobre la mujer”. Esta noción de estudios sobre la mujer puede no ser feminista y puede no reivindicar el género; puede hacer una lista de mujeres que se visibilizan sin reivindicar igualdad, por ejemplo, pero sí reivindicando derechos. Entonces, género, mujer y estudios de la mujer son tres variables distintas y no merecen contraponerse ni que se desprecie a ninguna.

5. Aportes del movimiento de mujeres al debate académico

La primera ola del feminismo se produce en Estados Unidos y en algunos países de Europa, aunque en el marco de Occidente liberal tiene orígenes anteriores a la Revolución Francesa, donde la célebre Olympe de Gouges reclamó igualdad, fraternidad y libertad, también para las mujeres. Como activista intelectual y feminista de su época escribió *La Declaración de los derechos de la Mujer y la Ciudadana*.

Digamos que el feminismo de la primera hora se une alrededor de la conquista de derechos civiles como el sufragio y el derecho al espacio público en su más amplio espectro. El tema central fue la liberación y el ingreso con pleno derecho al mundo del trabajo y de la economía, acompañado por una nueva visión de la sexualidad femenina. Esta corriente propone la equiparación de ambos sexos en el mundo público.

La ola del *Women's Lib* surge como respuesta a la necesidad de asumir un nuevo sujeto colectivo, no solo de demanda, sino como sujeto de crítica y de producción teórica.

La segunda ola se ubica a comienzos de los años 60. Su plataforma política fue *El segundo sexo* de Simone de Beauvoir.⁽⁶⁾ El género de Beauvoir denunció el papel preponderante en el que los modos de socialización intervienen en la distinción biológica de “mujeres” y “varones”. El texto plantea la intersección sexo-clase, la crítica al psicoanálisis freudiano, el feminismo como reivindicación existencialista-humanista, la importancia del cuerpo sexuado, el sexo como experiencia vivida. Ante la pregunta “¿qué es una mujer?”, la filósofa francesa responde: “La mujer no nace, se hace”; y devenir mujer —según de Beauvoir— acontece socialmente según una dialéctica donde lo masculino se define por los privilegios que alcanza como sexo que conquista y lo femenino como el sexo que da vida y la preserva. Así, la autora pone de manifiesto que el poder atraviesa la psicología de los sexos: uno traba relaciones de dominio y agresión; y el otro de cuidado y cooperación. A partir de aquí, se construyó la analogía: “el sexo es al género como la naturaleza a la cultura”, que en sus comienzos fue extensamente desplegada y sumamente fructífera.⁽⁷⁾ Al mismo tiempo, en la década del 50, las sociedades modernas

(6) De Beauvoir, Simone, *El segundo sexo*, Madrid, Cátedra - Universidad de Valencia, 2008.

(7) *Ibid.*

se proponen abolir manifestaciones discriminatorias contra lo diferente, intentando instalar el principio de igualdad de derechos.

Volviendo a de Beauvoir, la novedad de su teoría consistió en señalar que, para el ser humano, lo natural también era en buena medida cultural, aplicándose género a esto último.

La segunda ola suma a los reclamos de igualdad jurídica, la igualdad de facto: todo lo que en comunicación mencionamos como lo no dicho, las reglas no escritas que impiden u obstaculizan la plena igualdad política.

6. El género para la planificación comunicacional

Según Santa Cruz, el género puede entenderse como construcción social que define y da sentido a la sexualidad y reproducción humana. El género conforma un sistema de poder que se realiza por medio de operaciones complejas, a través de normas escritas, tradiciones, prácticas, valores, estereotipos, etc. De hecho, el género fue usado por las feministas de los años 70 en términos de contestación social: como parte de la crítica al sistema político y económico que es el patriarcado.

Además del objetivo científico de comprender mejor la realidad social, con el *gender* las investigadoras tenían un objetivo político: distinguir que las características humanas consideradas femeninas eran adquiridas por las mujeres mediante un complejo proceso individual y social, en vez de derivarse naturalmente de su sexo. Por su parte, la mexicana Marta Lamas, antropóloga, periodista y feminista, en una compilación de autoras latinas y anglosajonas publicada en el año 1998,⁽⁸⁾ dijo que con la distinción entre sexo y género se podía enfrentar mejor el determinismo biológico y se ampliaba la base teórica argumentativa a favor de la igualdad de las mujeres.

Teresa de Lauretis,⁽⁹⁾ en una ponencia presentada en el Congreso Estatal “Isonomía sobre Identidad de Género vs. Identidad Sexual”, celebrado en el año 2008 en España, dijo que:

... la elaboración del concepto género tuvo lugar dentro de los estudios feministas, mucho antes del cambio de lo que hoy se viene a llamar estudios de género. La idea de que en realidad las personas se constituyen como sujetos de género, no existía antes de que la teoría feminista le diera un nombre y lo elaborara como un nuevo modo de conocimiento, una práctica epistémica que surgió al mismo tiempo que un movimiento político radical y de oposición. Por tanto, permítanme que sugiera que al principio de los estudios feministas sobre el sistema sexo-género, era una relación sintagmática basada en la combinación. En algunos estudios el género se entendía como específico y construido culturalmente, mientras que el sexo está asignado por naturaleza, y el cuerpo y el género existían uno al lado del otro, eran distintos pero estaban metonímicamente relacionados. Recientemente, tras considerar que tanto el género como el sexo biológico son construcciones discursivas, que no son ni naturales ni inamovibles en

(8) Lamas, Marta (comp.), *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*, México, PUEG-UNAM, 1998.

(9) De Lauretis, Teresa, “Identidades de género y malos hábitos (*Gender identities and Bad Habits*)”, en *Identidad de género vs. Identidad sexual. Actas del IV Congreso Estatal Isonomía sobre Identidad de Género vs. Identidad Sexual*, España, Fundación Isonomía para la Igualdad de Oportunidades/ Universidad Jaume I, 2008.

las personas, sino que se les puede volver a dar un significado o se pueden volver a asignar quirúrgicamente, la relación de género y sexo es pragmática y se centra en la sustitución: cada uno puede significar el otro.

Como decíamos al principio de este apartado, estamos agrupando conceptos, es decir, los hacemos dialogar para mostrar la complejidad del diálogo histórico y proponer nuevas preguntas. Es sabido que las corrientes teóricas filosóficas y políticas no suceden de manera enciclopédica y fija. Al mismo tiempo que todo esto estaba ocurriendo, entre los años 60 y 70 surge, también, una serie de afirmaciones reivindicativas que podríamos nombrar como “feminismo de la diferencia”, que reivindica como positiva la existencia de un mundo separado de y para las mujeres, afirmando valores diferenciales (menos competitividad y agresividad, mayor sensibilidad y afectividad y búsqueda de una integración desde la diferencia). Este planteo está muy vigente en muchos países y corrientes latinoamericanas donde las mujeres reclaman la igualdad de oportunidades como seres humanos, pero también reclaman habilitaciones especiales por ser mujeres, es decir, integrarse al mundo social y político a partir de las diferencias culturales con las que se fueron construyendo en la historia de la cultura. Este planteo está, asimismo, emparentado con la cultura indígena que busca la coexistencia armoniosa con la naturaleza, exaltando valores supremos como la vida, aunque con derechos y respeto a las opciones distintas: “ser mujer no implica ser madre”. Esta teoría busca integrar desde la diferencia.

Si bien la corriente interna del movimiento, llamada “feminismo de la diferencia” representó una tendencia sumamente significativa para la época, no era la única sino que coexistía con el feminismo de la igualdad y el radical.

El feminismo radical comienza a desarrollarse a partir de los años 70. Pone su atención en la esfera del mundo privado localizándose en una perspectiva política de lo personal. Este nuevo discurso feminista se asienta en un análisis crítico de la situación de la mujer en el ámbito doméstico como espacio primordial de la dominación masculina. “Radical”, en palabras de Celia Amorós, significa tomar las cosas por la raíz y, por lo tanto, ir a la raíz misma de la opresión.

Estas tres tendencias básicas (feminismo de la diferencia, feminismo de la igualdad y feminismo radical) no constituyen bloques homogéneos, sino que conforman toda una variedad de visiones que se superponen o se oponen de acuerdo a las estrategias, metodologías y lemas que debe formular el movimiento en su conjunto.

Mientras avanzaba el debate (y también los avances normativos y las posiciones reales en la sociedad occidental), en la década siguiente, en parte debido a las críticas que apuntaron al modo en que se naturalizaba a los sexos, se rechazó esta distinción de sexo-género y comenzó a utilizarse solo género. Esta posición, fundamentalmente estadounidense, considera a los géneros mismos culturales, que instituyen los cuerpos. Es decir, los cuerpos mismos se modifican o se constituyen por la acción normativa sociocultural de estereotipos en uso. Ello derivó en un extenso debate en torno a las nociones de esencia, de naturaleza humana y de los límites de la biología. Las cualidades esenciales de la mujer (incluida la maternidad) y del varón fueron puestas en entredicho y, por tanto, sus disposiciones naturales en términos de rasgos de carácter, perfiles psicológicos, maneras y estilos de sensibilidad, capacidad de cuidado y de agresión, etc. Se sumaron al debate estudios históricos y antropológicos que mostraban cómo los géneros adquieren determinación histórica y van variando. Sin embargo, ninguna de esas posiciones rechazó por completo alguna forma de distinción entre la materialidad biológica de los cuerpos y lo que lo sociocultural hace históricamente con ellos.

En los años 90, en México, Marta Lamas⁽¹⁰⁾ postuló que: “el género facilita un modo de decodificar el significado que las culturas otorgan a la diferencia de sexos y una manera de comprender las complejas conexiones entre varias formas de interacción humana”.

Lamas retoma a Joan Scott quien propone una definición de género como un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos, como una forma primaria de relaciones significantes de poder. Por ello Scott señala que el género es el campo primario dentro del cual, o por medio del cual, se articula el poder.

También con Foucault (quien fuera retomado y profundizado por Butler en su análisis de la historia de la sexualidad) se resignificó la noción de “poder” excediendo las explicaciones marxistas tradicionales que lo ubicaban jerárquicamente en los aparatos ideológicos del Estado. Foucault conceptualizó el poder como una red que permea el lenguaje y los procesos de subjetivación, lo que brindó un aporte gigante para pensar los géneros y las sexualidades en las sociedades modernas.

Uno de los resultados fue un renovado interés por el cuerpo y las categorías sexuales, que hasta entonces se habían aceptado acríticamente como un dato biológico-natural. Se abrió, así, un espacio que desafió la estabilidad del binarismo sexual y del concepto mismo de naturaleza.

Hacia mediados de la década del 80 (aunque otros planteos muy anteriores contenían este germen, como, por ejemplo, el de Adrienne Rich con la heterosexualidad obligatoria o el de la italiana Clara Lonzi con su afirmación sobre la falsa complementariedad de los sexos), comenzó a desestabilizarse la categoría de “diferencia sexual” a raíz, por un lado, de las teorías francesas del discurso⁽¹¹⁾ y, por otro, debido a la revisión posmoderna de los supuestos de la modernidad (posestructuralismo).⁽¹²⁾ A ello se sumó una relectura del psicoanálisis freudiano desde el “giro lingüístico”⁽¹³⁾ y la crítica a lo que se denominó “la institución de la heterosexualidad obligatoria”. En tal sentido, la poeta y ensayista norteamericana Adrienne Rich escribe en 1980 un texto muy importante para la teoría feminista, que es “Heterosexualidad obligatoria y existencia lesbiana”. La autora aporta la posibilidad de entender a la sexualidad femenina por fuera de la obligatoriedad heterosexual, y así relee la experiencia lesbiana en clave política.

7. La performatividad del género

En 1986, la filósofa norteamericana Judith Butler publicó “Sexo y género” en el *Segundo Sexo* de Simone de Beauvoir, asumiendo una posición contraria a la distinción sexo-género y tomando los aportes teóricos de De Beauvoir como polo de confrontación.⁽¹⁴⁾

La academia, en general, se inclina por llamar “posfeminismo” a la reconceptualización de la noción de género que llevó a cabo Judith Butler en 1990, como ella misma sugiere. Por un lado, Butler parte de un conjunto de supuestos gracias a los que anuda de modo

(10) Lamas, Marta, *op. cit.*

(11) Ver H. Cixous, M. Wittig, entre otras.

(12) Ver J. Derrida, J. F. Lyotard, G. Deleuze, M. Foucault.

(13) Ver J. Lacan, J. Kristeva, L. Irigaray.

(14) Ver Femenías, María Luisa, “De los Estudios de la Mujer a los Debates sobre el género”, en *Historias con Mujeres con Historia*, Bs. As., Universidad de Buenos Aires, 2008.

original algunas líneas teóricas en torno a la noción de deseo. Por el otro, por el giro lingüístico y la negación de la dicotomía sexo-género como natural concluye que nada más allá del discurso y de sus significados puede determinar el sexo-género.

Para Butler, mujer (también varón) funciona como una fuerza de control político-social que regula y legitima ciertas prácticas y experiencias a la par que deslegitima otras. Se produce así, compulsivamente, lo que considera una parodia del estereotipo mujer como modelo a alcanzar, que cierra de ese modo las posibilidades del ejercicio realizativo de género y aceptando que los cuerpos no tienen un sexo “ontobiológico” fijo. En *El género en disputa* sostiene que los debates recientes sobre los significados de género desembocaban una y otra vez en callejones sin salida. Considera necesario desestabilizar conceptos como mujer y varón para mostrar de qué manera la realidad sociocultural los constriñe discursivamente, produciendo sus cuerpos en y dentro de las categorías del sexo binario, originario y naturalizado. Para ella es preciso desarticular esa ilusión indagando cómo ha llegado a configurarse un sujeto mujer real y cómo es posible desafiarlo. Se trata de problemas sobre los que vuelve en *Cuerpos que importan*.⁽¹⁵⁾ Según Butler, el género se constituye como un producto paródico que va más allá de los límites convencionales de las teorías constructivistas. Asume de ese modo una posición contraria al sentido común y opuesta a importantes líneas teóricas en desarrollo, que van desde de Beauvoir a Fraser, pasando por Delphy, Irigaray, Amorós o Braidotti.

El género es performativo (realizativo) y se produce a partir del lenguaje como un acto de habla (en tanto significativo) que instaura realidad y delimita la frontera del objeto en tanto lo define como tal.⁽¹⁶⁾

Butler critica la noción de “sexo natural” (prediscursivo) y también la noción de “identidad estable”. No hay nada, para Butler, más allá o más acá de la performatividad. Por eso sostiene que nadie nace con un sexo-género ya dado, sino que siempre se resignifica constante y paródicamente. Opina que la noción de “representación” funciona como el término operativo de un proceso que da visibilidad y legitimidad a las mujeres como sujeto político, al mismo tiempo que impone los requisitos normativos prefijados que conllevan la representación, ocultando o negando a quienes quedan irrepresentadas o negadas como mujeres.⁽¹⁷⁾

Las relaciones de poder-discurso fabrican cuerpos, cuya persistencia (sus contornos, sus distinciones y sus movimientos) constituye materialidad. Deconstruir todos los órdenes a los sujetos y a su materialidad es también deconstruir con la singular relación sexo/género/deseo y promover la ruptura de cadenas de determinaciones discursivas para que se resuelvan en cuerpos dinámicos e inconstantes, producto de la fantasía entendida como libertad.⁽¹⁸⁾

Vemos, entonces, que Butler niega el dimorfismo y la distinción sexo/género proponiendo su subversión. Hay que considerar también que Butler, además, es una activista y militante, y que formó parte de los debates del feminismo de los 80, en los que ingresan otras voces de mujeres que intervienen fuera de la visión occidental, blanca, europea y

(15) Butler, Judith, *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”*, Bs. As., Paidós, 2002 [1993].

(16) *Ibid.*, pp. 22/30.

(17) Butler, Judith, “Prefacio”, en *El género en disputa, El feminismo y la subversión de la identidad*, Madrid, Paidós, 2007 [1990]. Selección.

(18) *Ibid.*

heterosexual: son las mujeres inmigrantes, negras, judías, lesbianas, islámicas, orientales, latinoamericanas. En esta discusión se quiebra el consenso feminista sobre el orden injusto dominante.

Uno de los últimos debates que mantuvo con su colega Nancy Fraser fue a causa de que afirmó que no es real que la sexualidad solo se pueda analizar o impactar en el marco de la cultura. Butler afirma que la sexualidad es esencial para el funcionamiento de la teoría política. Tal como lo plantearan tanto el marxismo como el psicoanálisis, el parentesco, la familia, actúan para producir personas que se acomoden a modos sociales útiles al capital. De modo que la sexualidad hay que trabajarla desde la economía política, no solo desde la cultura, ya que la sexualidad estuvo sistemáticamente vinculada al mantenimiento de la economía política. El modo de producción sexual siempre ha buscado una estabilidad de género en el que el deseo sea heterosexual y la familia el modo natural de socialización y pertenencia (ella no utiliza la palabra “pertenencia”, es una interpretación personal). Butler dice, también, que no se puede apelar a una unidad falsa en la que todas las minorías sean lo mismo, sean una unidad. También rechaza el binarismo, es decir, hablar de “hombres” y “mujeres”. Por su parte, tanto Nancy Fraser como Rosi Braidotti,⁽¹⁹⁾ desde posiciones teóricas diversas, consideran que perder la distinción del binarismo sexual contraviene la actitud del “sentido común” y los modos en que la mayoría de las sociedades están organizadas, incluyendo sus sistemas legales y de opresión. El feminismo multicultural, si bien recoge buena parte de las críticas de Butler a nociones como la de “sujeto” o “representación”, también advierte que conviene mantener la denominación tradicional “varón/mujer”, en tanto esta es comprensiva y abarcativa, aunque se sepa que no constituyen posiciones “naturales” o “esenciales”, sino que son en buena parte políticas. Incluso, el atravesamiento con la variable de “etnia” ha dado nuevas complejidades a la distinción varón/mujer, poniendo de manifiesto solidaridades y alianzas étnicas que exceden los canales del colectivo “mujer”,⁽²⁰⁾ lo que favorece el análisis desde una pluralidad de dimensiones que, si bien no agotan, enriquecen de modo relevante el tratamiento de estos temas. Castells afirma que:

... lo femenino, como lo masculino, dentro de la misma relación dinámica de poder entablada entre hombres y mujeres, se cruza con otros referentes simbólicos en la constitución de la propia subjetividad. Este antiesencialismo, contrario a la uniformidad de la feminidad como nueva forma de dominación cultural, se abre a la libre expresión de las diferencias reales entre las mujeres, permitiendo recombinaciones diversas como la encarnada, por ejemplo, en una feminista lesbiana negra. Hace posible, en suma, el análisis deconstructivo crítico del carácter complejo de las diversas relaciones de poder que nos atraviesan a hombres y mujeres, atendiendo no solo a cuestiones de género y sexualidad, sino también, de etnia, cultura, religión, lengua, nacionalidad e, incluso, de situación económico-social particular.

Durante estas dos últimas décadas, los debates sobre las diferencias y las identidades atraviesan momentos de envergadura. Tal como lo plantea Nancy Fraser, el primer momento abarca desde los finales de los 70 hasta mediados de los 80 y centra su atención en la diferencia de géneros. El segundo llega hasta los inicios de los 90 y el nudo rector será la diferencia entre las mujeres. El último es el momento en el que nos encontramos hoy: su cuestión central es el de las múltiples diferencias.

(19) Braidotti, Rosi, *Sujetos nómades*, Bs. As., Paidós, Ibérica, 2000.

(20) Femenías, María Luisa, *op. cit.*

Hoy no existe un modelo único de lucha contra la desigualdad, pero sí una multiplicidad de luchas que pueden ser diferentes entre sí, como diferentes son las mujeres de acuerdo a su condición de clase, etaria y cultural.

Finalmente, queremos señalar la ausencia en este apartado de teorías que aborden las masculinidades; las transexuales, travestis, gays, lesbianas forman parte de las políticas de género y de la perspectiva que tomamos para la realización.

Sin embargo, como parte de la economía política y social, la sexualidad es relacional y preformativa. Por lo tanto, cada tensión, en la amplia diáspora de sexualidades, va convirtiéndose, de alguna manera sutil o no, a la otra, a la vez que amplía las posibilidades de los discursos hegemónicos de control de la sexualidad. No es todo lo mismo, sino que las identidades dialogan, se modifican, comparten reivindicaciones, retroceden, avanzan en normativas y derechos. Lo que sí es común a todas es que la sexualidad forma parte de la construcción social, del mismo modo que cualquier otra variable, por tanto así hay que analizarla: no puede ser un hecho aislado, plausible de ser o no tomado sino que tiene un impacto primordial en la organización social política económica y simbólica.

8. Planificación desde una perspectiva de género

Siguiendo la línea de lo anterior, ¿cómo sería, entonces, planificar los procesos comunicacionales de una política pública o para un promover una política pública desde el género?

En principio, podríamos afirmar que planificar es proyectar a partir del reconocimiento de una historia presente en el territorio, el espacio físico y simbólico desde el cual es posible diagramar una estrategia de futuro. La estrategia se produce en diálogo desde el espacio de trabajo, no parte desde un punto cero. Desde este criterio, no es un hito fundante, sino que se asienta sobre la historia que da sentido al presente.

El diagnóstico, entonces, se compone de una serie de técnicas y de la mirada entrenada del planificador, cuya virtud se asienta en la posibilidad de dialogar con los aportes de los sujetos con los que trabaja para proyectar y transformar.

La planificación y la gestión en la comunicación es un reconocimiento de los sentidos sociales en torno a un tema (en este caso, el género y la comunicación), y las acciones que parten desde ese punto de un diálogo colectivo y situado (en tiempo y espacio) para determinar un objetivo de transformación.

La planificación es una tecnología que se utiliza para diseñar la continuidad o la transformación de un proyecto social, político económico, estatal o privado. Para ello tenemos que poner en relación lo que estamos identificando como presente con lo que deseamos para el futuro, en el marco de un contexto en el que diagnosticamos, también, los intereses y las posibilidades que nos ofrece.⁽²¹⁾

La realidad para este tipo de planificación no es algo fijo, que existe por fuera del sujeto, sino que es dinámica; por eso los actores que trabajan en la planificación en diálogo con los agentes territoriales determinan una secuencia flexible de estrategias que permitan enfrentar obstáculos y lograr cumplir con la situación objetivo.

La planificación comunicativa, como la estratégica, pone en cuestión la mirada normativa, además de rechazar la idea de la intervención del sujeto “desde afuera” y sobre la realidad social.

(21) Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad. 1. La voluntad del saber*, Siglo XXI Editores, 2003.

La realidad, para este enfoque, se construye y se asume desde tres ideas centrales:

- 1) **Idea de integridad:** *la realidad social es compleja y dinámica. Se ponen en juego actores, relaciones y situaciones que le dan a cada espacio una identidad propia.*
- 2) **Idea de diversidad:** *para este enfoque no se trata de ver la heterogeneidad en tanto diferencia, sino mirar que existen diversidades en los actores, pero también puntos en común que permiten la construcción de proyectos colectivos.*
- 3) **Idea de construcción colectiva:** *en vez de acción estratégica, se propone acción comunicativa. En vez de buscar estrategias de conflicto u oposición, se trata de trazar estrategias centradas en la cooperación y los consensos.*

Para este modelo, la planificación no es un instrumento sino un proceso de transformación de las relaciones sociales-comunicativas. Los proyectos y programas integran acciones y relaciones que se centran en los consensos de los actores involucrados. No existe un solo modo de enfoque metodológico: la planificación es un proceso de gestión que construye diferentes métodos en relación a la situación a transformar y a los sujetos con los que la planificación busca intervenir.

En este sentido, la comunicación no puede intervenir en la última etapa, es decir, en la difusión, en la campaña de prensa de una política ya diseñada. Todo lo contrario, el trabajo del comunicación debe hacerse desde el momento inicial, para diagnosticar que se está diciendo cuando se habla de género, qué van a entender o qué están entendiendo los destinatarios de esa política o programa y cuáles serán los objetivos que se quieren lograr.

Si no, estaríamos haciendo solo “difusionismo”, que es desde el punto de vista de género un modo de transmitir que no pone en duda ni los modos de construcción de aquello de lo que se quiere hablar, ni cuáles son las necesidades y expectativas de aquel o aquella con la que quiero establecer un diálogo para transformar.

Para concluir, podríamos decir que el gran desafío que tenemos es sacar al género de su gueto temático y poder instalarlo como base epistemológica para pensar el mundo.

Porque así ocurre en nuestra biografía personal. Proyectamos, luchamos, amamos y sufrimos desde nuestro género.

En el mundo público, hay una tensión entre el reconocimiento de derechos que expresan los avances normativos y las resistencias culturales que lo resitúan en la intimidad del hogar o de la vida privada. El gran desafío, entonces, es retomar las consignas de las primeras feministas: “lo personal es político”, y hacerlas carne en cada uno de los recovecos de la vida pública.

Bibliografía

Barrancos, Dora, *Mujeres en la Sociedad Argentina. Una historia de cinco siglos*, Capítulos III y VII, Bs. As., Sudamericana, 2010.

Braidotti, Rosi, *Sujetos nómades*, Bs. As., Paidós, Ibérica, 2000.

Buenfil Burgos, Rosa N., “Análisis de Discurso y Educación”, en *Documento DIE 26*, México DF, Centro de Investigación y de Estudios Avanzados del Instituto Politécnico Nacional, 1992.

- Butler, Judith, *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del "sexo"*, Bs. As., Paidós, 2002.
- Butler, Judith, *El género en disputa, El feminismo y la subversión de la identidad*, Madrid, Paidós, 2007.
- Butler, Judith, "El marxismo y lo meramente cultural", en *New Left Review*, n° 2, mayo-junio, 2000, 109/121-2, artículo originalmente presentado como ponencia en una de las sesiones plenarias sobre "Locations of Power", en la conferencia "Rethinking Marxism", Amherst, Massachusetts, diciembre de 1996.
- Casullo, Nicolás, *Itinerarios de la Modernidad*, Bs. As., Eudeba, 2005.
- Cerazo, Cecilia, "Redes de Desarrollo Local y Colectivos de Comunicación en el Territorio", en *Anuario de Investigación 2007/2008*, La Plata, Facultad de Periodismo y Comunicación Social, 2008, Capítulo de Maestrías.
- Cremona, Florencia et al, "Informe Anual del Observatorio de género y comunicación"; "Informe sobre el tratamiento mediático del Aborto, Observatorio de Comunicación y Género", en *Cuadernos de Cátedra de Comunicación y Género*, EPC, La Plata, Facultad de Periodismo y Comunicación Social Ediciones de Periodismo y Comunicación Social, 2011.
- Cremona, Florencia, *La gestión de la comunicación en las organizaciones*, Panamá, Instituto de Cooperación Iberoamericana, 2008.
- De Beauvoir, Simone, *El segundo sexo*, Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, 2008. Selección: segunda parte Historia.
- De Laurentis, Teresa, "Identidades de género y malos hábitos (*Gender identities and Bad Habits*), en *Identidad de género vs. Identidad sexual, Actas del IV Congreso Estatal Isonomía sobre Identidad de Género vs. Identidad Sexual. Fundación Isonomía para la Igualdad de Oportunidades*, España, Universidad Jaume I, 2008.
- Elizalde, Silvia, *Jóvenes en cuestión. Configuraciones de género y sexualidad en la cultura*, Bs. As., Biblos, 2011.
- Femenías, María Luisa, "De los Estudios de la Mujer a los Debates sobre el género", en *Historias con Mujeres, Mujeres con Historia. Teorías, historiografía y metodologías*, Bs. As., UBA, 2008.
- Fernández, Ana María, *Las lógicas sexuales, amor, política y violencias*, Bs. As., Nueva Visión, 2009.
- Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad. 1. La voluntad del saber*, Siglo XXI editores, 2003.
- García, Rolando, *Sistemas complejos. Introducción general*, Barcelona, Gedisa, 2007.
- Laclau, Ernesto y Butler, Judith, "Los usos de la igualdad", en *Revista Debate feminista*, n° 19, abril, 1999, [publicado originalmente en TRANS, vol. 1, n° 1, noviembre, 1995].
- Laclau, Ernesto y Mouffe, Chantal, *Hegemonía y estrategia socialista*, Madrid, Siglo XXI, 1987.
- Mac Kinnon, Caterin, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Universidad de Valencia, 1995.

Morin, Edgar *et al.*, “La misión de la educación para la era planetaria”, en *Educación en la era planetaria*, Barcelona, Gedisa, 2003;.

Morin, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2004.

Saintout, Florencia, “Crisis de Paradigmas/ crisis en las formas de decir la comunicación. Apuntes para enmarcar los desplazamientos”, en *Los estudios de recepción en América Latina*, La Plata, Ediciones de Periodismo y Comunicación, 1998.

Schmucler, Héctor, “Un proyecto de comunicación/cultura”, en *Revista Comunicación y Cultura*, nº 12, México, Galerna, 1984.

Scott, Joan W., “El género una categoría útil para el análisis histórico”, en Marta Lamas (comp.), *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*, México, PUEG-UNAM, 1998.

Undabarrena, Klara Alfonso, *Herramientas de capacitación para la equidad de género*, Quito, Red Nuevo Paradigma, 2005.

Valcárcel, Amelia, *La política de las mujeres*, Madrid, Cátedra, 1997.

Van Dijk, Teun, “Algunas notas sobre la ideología y la teoría del discurso”, en *Semiosis*, México, Universidad Veracruzana, nº 5, julio/diciembre, 1980.

GÉNERO, MUJERES, NIÑAS Y NIÑOS CON DISCAPACIDAD EN LAS RECOMENDACIONES DEL COMITÉ DE LA CDPCD DE LA ONU

PROPUESTAS DE ABORDAJE Y DE ADECUACIONES LEGISLATIVAS (ART. 4º CDPCD)

PABLO O. ROSALES ⁽¹⁾

1. Introducción: el pensamiento rizomático

La entrada en vigencia de la ley 26.378, que aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, constituye el principio de un proceso que propone el art. 4º CDPCD y que el Comité de la Convención propone al Estado argentino en forma de Recomendaciones. La más importante de ellas es la necesidad de adecuar la legislación interna a la Convención en los términos del citado art. 4º de la misma. Es expresado así:

Los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad.

En esta nota, nos proponemos señalar, en primer lugar, las principales recomendaciones realizadas al Estado argentino que están relacionadas con el tema género, mujeres, niñas y niños con discapacidad y en base a ellas realizar algunas propuestas tendientes a esta adecuación necesaria en base a la legislación interna. Atendiendo a que la propuesta de la Convención es transversal, podría sostenerse que todos los temas propuestos están relacionados rizomáticamente entre sí, al estilo de la propuesta de Deleuze y Guattari;⁽²⁾ por ello, aunque reconocemos que temas como ajustes razonables, diseño universal y accesibilidad, por poner algunos ejemplo, están indudablemente enraizados con el tema de fondo propuesto, atendiendo a la extensión del espacio, desarrollaremos una propuesta posible de revisión legislativa, dejando para otra oportunidad la definición e inserción, también, necesaria de aquellos tres ejes.

(1) Abogado. Magíster en Sistemas de Salud y Seguridad Social. Director del programa de posgrado "Discapacidad, salud mental y envejecimiento", en Facultad de Derecho (UBA). Experto independiente del Comité CEDDIS de la Convención Interamericana de Discapacidad de OEA.

(2) Deleuze, Gilles y Guattari, Félix, "Introducción", en *Rizoma*, México, Coayacán, 1994; *Mil mesetas*, Valencia, Pre-textos, 1988.

La Convención propone una modalidad de abordaje transversal, pero el modelo médico-rehabilitatorio trabaja con un esquema de abordaje vertical del conocimiento, que podríamos ejemplificar en un árbol, con un tronco único con ramas, donde todas ellas dependen de ese tronco del que parten, y llegan a él. El movimiento es vertical, hacia arriba y hacia abajo (sobre todo hacia abajo, que consolida las estructuras del discurso), y se expresa habitualmente en un pensamiento dicotómico, del estilo de normalidad-anormalidad, salud-enfermedad. Entonces, ¿cómo abordar la propuesta de la Convención y del Comité en la extensa inercia de décadas de un pensamiento vertical? Por ello, proponemos explorar la propuesta del “Rizoma”.

El rizoma es un tallo subterráneo con varias yemas que crece de forma horizontal, emite raíces y brotes herbáceos de sus nudos que crecen indefinidamente. En el curso de los años mueren las partes más viejas, pero cada año producen nuevos brotes, de ese modo llegan a cubrir grandes áreas de terreno. Sus ramas engrosadas suelen presentar entrenudos cortos, tienen catáfilos incoloros y membranáceos, raíces adventicias y yemas. Los rizomas se pueden dividir en trozos que contienen una yema, lo que permite plantarlos por separado. Es decir, que en cualquier lugar que se corte, en esas condiciones permite crecer una nueva planta completa.

En la teoría filosófica de Gilles Deleuze y Félix Guattari, un rizoma es un modelo descriptivo o epistemológico en el que la organización de los elementos no sigue líneas de subordinación jerárquica —con una base o raíz dando origen a múltiples ramas, de acuerdo al conocido modelo del árbol de Porfirio—, sino que cualquier elemento puede afectar o incidir en cualquier otro.⁽³⁾ En un modelo arbóreo o jerárquico tradicional de organización del conocimiento —como las taxonomías y clasificaciones de las ciencias generalmente empleadas— se parte de los elementos de mayor nivel, donde los elementos subordinados son necesariamente verdaderos, pero no a la inversa (este es un modelo de pensamiento vertical, muy utilizado en la epistemología del modelo médico que se expresa como describimos). En cambio, en un modelo rizomático, cualquier predicado afirmado de un elemento puede incidir en la concepción de otros elementos de la estructura, sin importar su posición recíproca. El rizoma carece, por lo tanto, de centro, un rasgo que lo ha hecho de particular interés en la filosofía de la ciencia y de la sociedad, la semiótica y la teoría de la comunicación contemporáneas (los autores por otra parte, presentan esta teoría como una crítica al estructuralismo vigente en esa época).⁽⁴⁾

Los autores otorgan al concepto de rizoma varias características que surgen del texto mismo:

- 1) **Conexión y heterogeneidad:** *cualquier punto del rizoma puede ser vinculado con cualquier otro punto, a diferencia del árbol y la raíz que siempre fijan un orden unidireccional. El pensamiento moderno remite a unidad o dicotomía; el pensamiento rizomático, en cambio, a la multiplicidad. El rizoma se conecta continuamente con lo diferente.*

(3) En este punto pueden consultarse las referencias a la obra de Deleuze y Guattari en Díaz Esther, “Para leer Rizoma”, en *Entre la teca ciencia y el deseo. La construcción de una epistemología ampliada*, Bs. As., Biblos, 2007, pp. 89/108.

Deleuze, Gilles y Guattari, Félix, “*Capitalisme et Schizophrénie 1*”, en *L’Anti-Œdipe*, París, Minuit, 1972.

(4) Deleuze y Guattari sostienen lo que, en la tradición anglosajona de la filosofía de la ciencia, ha dado en llamarse “antifundacionalismo”, es decir, que la estructura del conocimiento no se deriva por medios lógicos de un conjunto de primeros principios, sino que se elabora simultáneamente desde todos los puntos bajo la influencia recíproca de las distintas observaciones y conceptualizaciones (Deleuze, Gilles y Guattari, Félix, *Capitalisme et Schizophrénie 2. Mille Plateaux*, París, Minui, 1980).

- 2) **Multiplicidad:** lo múltiple es dejar de subsumir lo heterogéneo bajo el abrigo de lo único. En un rizoma continuamente hay líneas de fuga (los autores ejemplifican con las conocidas "Variaciones Goldberg" de Bach, la partitura es el mapa, ejecutada en varios "brotes rizomáticos"); no hay más que líneas.
- 3) **Principio de ruptura del significante:** para romper la tiranía del significante (por ejemplo, el símbolo) hay que romper con las codificaciones, encontrar líneas de fuga. La ruptura del significante implica la decodificación, es decir, la fuga de un territorio. Hasta las militancias sociales más legítimas pueden tornarse reaccionarias si quedan atrapadas en un significante (por ejemplo, normalidad) que, con los cambios de circunstancias, van perdiendo sentido y permanecen como cáscaras vacías. La multiplicidad es acechada por la voluntad de la unidad. La multiplicidad no tiene sujeto ni objeto, sino determinaciones. Los significantes codifican "representando" lo dado.
- 4) **Principios de cartografía y de calcomanía:** un rizoma no responde a ningún modelo estructural o generativo. Los calcos son del orden de la copias, reproducen el infinito, no generan, no estimulan el movimiento, son inertes. Calcos, por ejemplo, son todas las hojas de un árbol. El rizoma no es calco, es un mapa. El calco siempre debe ser colocado sobre el mapa para formarse. Por el contrario, el mapa es una interpretación del territorio y, a la vez, sirve para recorrerlo en varios sentidos posibles.

Los autores proponen un pensamiento horizontal que no evita el caos, sin dejar por ello de establecer aquí y allá distintos órdenes, casi siempre imprevisibles, nunca reversibles. Un pensamiento que se abre a un nuevo territorio, como lo es el que propone la Convención. He aquí, otra interesante diferenciación entre calco y mapa en relación al territorio. El calco es solo una copia de un territorio conocido,⁽⁵⁾ en forma diacrónica en un momento y un lugar, que no se abre al cambio.

La Convención habilita un nuevo territorio, que no puede ser explicado con las mismas propuestas del pensamiento vertical que identifica al modelo médico, sino que requiere de un mapa que permita navegarlo, pero que además vaya cambiando a medida que cambia el territorio o se encuentran nuevas líneas de fuga. El calco es rígido, el mapa es cambiante y permite la exploración. La Convención incorpora un nuevo paradigma jurídico de capacidad, que no puede ser abordado con las herramientas que nos propone el modelo médico (y aquí agregaríamos jurídico), que se explica desde la dicotomía normalidad-anormalidad que justifica la capacidad-incapacidad de las personas. Y es aquí donde el modelo rizomático resulta útil, ya que permite y habilita el nuevo territorio propuesto por la Convención y, al mismo tiempo transversaliza el abordaje evitando que la multiplicidad sea acechada por la voluntad de la unidad, que es ejemplificado desde nuestro punto de vista, principalmente por los modelos psiquiátricos sistematizados en las clasificaciones médicas, que a su vez legitiman y justifican el modelo jurídico de la deficiencia y de la incapacidad de ejercicio de los derechos.

Como sostiene la reciente Observación General N° 1⁽⁶⁾ del Comité de la ONU,⁽⁷⁾ "las personas con discapacidad siguen siendo el grupo cuya capacidad legal es más comúnmente

(5) Los autores citan un interesante texto de Borges en el que un emperador decide hacer un calco a tamaño natural de su imperio. Toma mucho trabajo y años y una vez terminado se da cuenta que no sirve y deja que las inclemencias del tiempo acaben con el gran calco. (Borges, Jorge L., "Del rigor de la ciencia", en *Museos. Obras Completas*, t. II, Bs. As., Círculo de lectores - MC, 1974, p. 223.

(6) CRPD/GC/01 Ginebra. La Observación general, que constituye un texto abierto a todas las propuestas hasta el mes de enero de 2014, fue emitida en septiembre de 2013 y se encuentra solo en inglés. Aclaramos que la traducción de las partes citadas de la misma es nuestra responsabilidad.

(7) ONU, Observación General N° 1, [en línea], <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/DGCArticles12And9.aspx>

negada en nuestros sistemas legales (...) las personas con discapacidades cognitivas o psicosociales eran y son, desproporcionadamente, afectados por regímenes de la toma de decisiones y la negación de la capacidad jurídica”.⁽⁸⁾

Gran parte de esta afectación guarda relación con la persistencia del modelo médico-psiquiátrico, que sustenta la mayor parte de los códigos civiles de nuestra región y las normas analógicas de gran parte de los Estados que suscribieron a la Convención.

El punto 13 de la Observación describe tres enfoques sobre la temática:

En la mayoría de los informes de los Estados, el Comité ha examinado, hasta ahora, el concepto de la capacidad mental y legal. Se han combinado de manera tal que cuando se piensa que una persona tenga las habilidades de toma de decisiones con discapacidad, a menudo debido a una discapacidad cognitiva o psicológica, su capacidad jurídica para tomar una decisión en particular se retira consecuentemente. Esto se puede hacer simplemente con base en el diagnóstico de una discapacidad (enfoque de estado), o cuando una persona toma una decisión que se cree que tiene consecuencias negativas (enfoque de resultado), o donde las habilidades de toma de decisiones de un individuo se cree que son deficientes (enfoque funcional).

Estos tres enfoques, en los términos citados por el Comité deben ser superados para acercar el concepto de capacidad al del art. 12 CDPCD. Es indudable que si utilizamos las mismas herramientas que hasta ahora venimos usando llegaríamos a los mismos resultados (la limitación de la capacidad), por lo que se impone un cambio de abordaje que no se encadene en el modelo médico (vertical) ni en el jurídico (basado en los informes médico-psiquiátricos), sino que se desarrolle en base al modelo social de derechos humanos (horizontal o transversal) en el marco de un reconocimiento de la capacidad de ejercicio de los derechos con apoyos y salvaguardias. Este modelo de abordaje es el que trataremos de transitar en los siguientes párrafos.

2. Recomendaciones del Comité de la CDPCD de la ONU a la República Argentina

Con fecha del 27 de septiembre de 2012, el Comité de la CDPCD emite las Observaciones Finales sobre el Primer Informe del art. 35 de la misma, que fue presentado por la República Argentina, de las que citaremos las relacionadas con mujeres, niños y niñas con discapacidad, en la convicción de que varias de ellas incluyen a estos grupos, pero en forma general.

El Comité examinó el informe inicial de Argentina en sus sesiones 79ª y 80ª, que fueron celebradas el 19 y 20 de septiembre de 2012 en la ciudad de Ginebra, y aprobó, en su 91ª sesión, que se celebró el 27 de septiembre de 2012, las Observaciones Finales a dicho Informe, donde se incluyeron algunas cuestiones relacionadas con el tema de esta publicación. Algunos de estos puntos son abordados por los otros autores. Algunos serán trabajados en esta nota.

En el acápite 14 aborda el art. 6º CDPCD, el de mujeres con discapacidad en estos términos:

El Comité insta al Estado parte a adoptar una estrategia específica dirigida a las mujeres y las niñas con discapacidad que garantice la plena protección y goce de sus derechos (CEDAW/C/ARG/CO/6), con su participación

(8) Ver ítems 8 y 9 de la Observación.

efectiva en los procesos de toma de decisiones. El Comité recomienda además al Estado la inclusión de la perspectiva de discapacidad en todas las políticas y programas de igualdad de género, garantizando la plena participación efectiva de las mujeres con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás mujeres.

En el acápite 16 se refiere al art. 7° CDPCD, niños y niñas con discapacidad:

El Comité recomienda al Estado parte que, con carácter prioritario, incorpore la perspectiva de discapacidad en la ley 26.061 y en el sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. El Comité insta al Estado parte a que invierta la mayor cantidad posible de los recursos disponibles para acabar con la discriminación contra los niños y niñas con discapacidad y que garantice su incorporación a los planes de seguro de salud y a los servicios y prestaciones a los que tienen derecho, como pensiones y vivienda.

En estos dos acápites del Informe, el 14 y el 16, el Comité insta al Estado a adoptar estrategias específicas respecto a la mujeres y las niñas con discapacidad, particularmente, en términos del art. 4° de la Convención, ya que solicita mayor participación efectiva y, por otro lado, solicita la inclusión de la perspectiva de estos grupos en todas las políticas y programas de igualdad de género. Respecto a los niños y las niñas con discapacidad propone, también en línea con el art. 4° de la Convención, la adecuación legislativa, específicamente de la ley 26.061. Asimismo, posiblemente se pueda interpretar modificaciones a la legislación antidiscriminatoria (expresada en general en el acápite 11 y 12 del informe) respecto a este grupo, como también se insta a fortalecer la incorporación a los planes de salud (en este sentido, recordemos que mucha de la judicialización sobre el tema de niños y niñas ocurre respecto del sistema de salud) y el fortalecimiento de los derechos relacionados con jubilaciones y pensiones.

El informe incluye otras menciones a las mujeres, los niños y las niñas con discapacidad, especialmente en el acápite 29 y 30 referido a la “Protección contra la explotación, la violencia y el abuso” (art. 16 CDPCD), abordado en esta publicación por Russo y Latella. También, el acápite 31 y 32 se refieren a la contracepción quirúrgica de mujeres con discapacidad.

En el ámbito de la salud, los acápites 39 y 40 se refieren a la accesibilidad de los centros de salud respecto a personas con discapacidad, en especial “tales como barreras físicas, escasez de materiales accesibles, falta de profesionales sanitarios capacitados en el modelo de derechos humanos de discapacidad y restricciones en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad para tomar decisiones sobre sus propios tratamientos” (acápite 39). En este sentido el Comité afirmó:

40.- El Comité recomienda al Estado parte a que elabore programas integrales de salud a fin de que las personas con discapacidad estén específicamente recogidas en ellos y que se garantice el acceso de estas a servicios de habilitación y rehabilitación en el ámbito de la salud. Lo insta a que asigne recursos presupuestarios e imparta formación al personal sanitario para dar cumplimiento efectivo al derecho a la salud de las personas con discapacidad, velando al mismo tiempo porque los hospitales y los centros de salud resulten accesibles a las personas con discapacidad.

El Comité plantea también algunas recomendaciones respecto a niños y niñas hijos de migrantes, respecto a los que insta a equiparar criterios entre “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 18.910“, que establece una diferencia de entre 10 y 20 años según se trate de nacionales o migrantes.⁽⁹⁾

46.- El Comité insta al Estado parte a revisar su marco legislativo en materia de seguridad social y a que reformule aquellas disposiciones que impiden a las personas con discapacidad, incluidos los trabajadores migratorios y los hijos con discapacidad de éstos, el acceso en igualdad de condiciones a la protección social de conformidad con el art. 29 de la Convención.

En base a estas recomendaciones, que en su mayoría reclaman al Estado la adecuación legislativa interna, analizaremos algunos de los derechos relacionados con el género, las mujeres y los niños con discapacidad, que surgen de este informe del Comité, a través de un abordaje propositivo que permita iniciar esta tarea necesaria“.

3. Los derechos sexuales y reproductivos de las PCDD en el art. 23 CDPCD: sexualidad, maternidad y paternidad. Necesidad de la incorporación de la perspectiva de la discapacidad en la ley 26.061

La CDPCD reconoce expresamente los derechos generales que surgen de los demás instrumentos de derechos humanos, pero además incorpora algunas cuestiones que, respecto de las personas con discapacidad, son muy difíciles de abordar en algunos ámbitos, concretamente, los derechos sexuales y reproductivos reconocidos expresamente por esta Convención en forma novedosa y detallada. Estos derechos surgen de otros documentos internacionales en general, como el art. 23 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y arts. 10 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Convención reconoce a todas las personas con discapacidad, incluidas las mujeres:

- a) *en edad de contraer matrimonio, el derecho a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges;*
- b) *el derecho a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a la información, la educación sobre **reproducción y planificación familiar** apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos (claramente, refiere a la salud sexual y reproductiva) y a la utilización de métodos anticonceptivos⁽¹⁰⁾ por las personas con discapacidad); y*
- c) *se reconoce que las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas,⁽¹¹⁾ puedan mantener su fertilidad en igualdad de condiciones que las demás personas (esto debe ser leído como un expreso reconocimiento a que este colectivo ha sido históricamente víctima de la eugenesia).*

(9) Este tema ya fue resuelto en el sentido de la inconstitucionalidad de esta distinción en la causas Corte Suprema de Justicia de la Nación, “R. A. D. c/ Estado Nacional s/ recurso de hecho”, 04/09/2007, Cita: MJJ14535.

(10) El art. 25 a) referido a salud dice: “Los Estados Partes (...) [p]roporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población”.

(11) Recordemos que según la Convención de Derechos del Niño, lo son hasta los 18 años.

En los tres casos implica un expreso y debido reconocimiento de la sexualidad y del carácter de seres sexuados de las personas con discapacidad.⁽¹²⁾

Tanto las Normas Uniformes, como las Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos (respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), o del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (respecto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), o del Comité de los Derechos del Niño (respecto de la Convención sobre los Derechos del Niño), o del Comité de Eliminación de la Discriminación contra la mujer —el CEDAW— (respecto de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de discriminación de la Mujer —la CEDAW—), entre otros instrumentos internacionales de derechos humanos, han de ser tenidos en cuenta en la interpretación del art. 23 de la Convención, ya que todas ellas refieren a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad.

La **Observación General N° 19**⁽¹³⁾ del Comité de Derechos Humanos,⁽¹⁴⁾ sobre familia y matrimonio, no examina explícitamente el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio y fundar una familia, pero algunas de sus recomendaciones han sido útiles, en particular, para las mujeres con discapacidad intelectual:

- *La recomendación a los Estados de informar al Comité si existen restricciones o impedimentos al ejercicio del derecho a contraer matrimonio sobre la base de factores especiales como el grado de parentesco o la incapacidad mental (párr. 4).*
- *Respecto del derecho a fundar una familia, que implica —en principio— la posibilidad de procrear y vivir juntos, los Estados han de adoptar políticas de planificación de la familia, que sean compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser discriminatorias ni obligatorias (párr. 5).*

Observación General N° 5 (1994) sobre las personas con discapacidad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU):⁽¹⁵⁾

A diferencia del Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales elaboró una Observación General dedicada a las personas con discapacidad —la Observación General N° 5 en el año 1994— cuyo valor seguirá siendo inestimable.

En su texto se señala que en el caso de las personas con discapacidad, la “protección y asistencia”⁽¹⁶⁾ a la familia significa que “hay que hacer todo lo que se pueda a fin de conseguir que dichas personas vivan con sus familias, si así lo desean”. También, significa que “las personas con discapacidad tienen derecho a casarse y a fundar su propia familia”. Observa que: “A menudo se ignoran o se niegan esos derechos, especialmente, en el caso de las personas con discapacidad mental”.

(12) Las personas con discapacidad, de acuerdo a su situación, son titulares de los derechos que surgen de la 25.673 de salud reproductiva y procreación responsable. El art. 23, punto 2 establece una limitación: “Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional...”.

(13) Observación General N° 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, art. 23 - La familia, 39° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171, 1990.

(14) Estos párrafos son citas de Villaverde, María Silvia, “Comentario al art. 23 de la Convención” en Pablo O. Rosales (comp.), *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (ley 26.378) comentada*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2012.

(15) Villaverde, María Silvia, *ibid.*

(16) Art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Asimismo, afirma que el término “familia” debe interpretarse ampliamente y de conformidad con las costumbres locales apropiadas. Los Estados Parte deben velar por que las leyes y las prácticas y políticas sociales no impidan la realización de esos derechos. Las personas con discapacidad deben tener acceso a los servicios de asesoramiento necesarios, a fin de poder realizar sus derechos y cumplir sus obligaciones dentro de la familia.

En cuanto al derecho a protección y apoyo en la maternidad y el embarazo, el Comité remite a las Normas Uniformes: “Las personas con discapacidad no deben ser privadas de la oportunidad de experimentar su sexualidad, tener relaciones sexuales o tener hijos” (art. 9º, párr. 2). Pues, “esas necesidades y esos deseos deben reconocerse, y debe tratarse de ellos en los contextos del placer y la procreación. En todo el mundo es frecuente que se denieguen esos derechos a los hombres y las mujeres con discapacidad”.

Con respecto a la esterilización y el aborto sin el consentimiento previo de la mujer con discapacidad, dado con conocimiento de causa, afirma que constituirá una grave violación del párr. 2 del art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Finalmente, y terminando la cita de Villaverde, la Convención reconoce el derecho de los niños y las niñas con discapacidad a crecer en familia. Los incs. 2, 3 y 4 del art. 23 de la Convención se refieren al derecho de los niños con discapacidad a crecer en familia, en la medida en que ello contemple el **interés superior del niño** de conformidad con el art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Con relación al interés superior del niño, también en el reciente “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, la Corte IDH sostuvo que:

... la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.⁽¹⁷⁾

Para la consecución de estos objetivos, los Estados asegurarán la asistencia apropiada para que los padres con discapacidad puedan hacerse cargo de la crianza de sus hijos y que asuman las responsabilidades inherentes a la vida los niños.

Finalmente, el Comité ha solicitado en sus recomendaciones al Estado que incorpore en la ley 26.061 la perspectiva de la discapacidad, es decir, en términos del art. 4º de la Convención, “transversalizar” en los derechos y obligaciones que surgen de la ley la situación particular de los niños y las niñas con discapacidad. Sobre este punto, corresponde hacer algunas aclaraciones previas. En primer lugar, la ley 26.061 fue publicada en el Boletín Oficial el 26 de octubre de 2005 y su decreto reglamentario 415/2006 fue publicado el 16 de abril de 2006. Por su parte, la ley 26.378 que ratifica y aprueba la CDPCD fue publicada en el Boletín Oficial el 9 de junio de 2008, fecha en que entra en vigencia. Por esta razón, ni la ley 26.061 ni el decreto reglamentario incluyeron el mandato del art. 4º de la Convención, que entró en vigencia dos años después.

(17) Corte IDH, “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, 24/02/2012, párr. 109.

Por otra parte, aunque la ley 26.061 no incorpora expresamente a los niños y niñas con discapacidad, el art. 1º establece que:

Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño.

La redacción incluye, sin lugar a dudas de la misma forma que la Convención sobre los Derechos del Niño, a todos los niños, niñas y adolescentes, incluidas las personas con discapacidad.

Pero el art. 4.1 CDPCD establece que:

... los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

En consecuencia, la tarea pendiente es la adecuación legislativa de la ley 26.061 a fin de transversalizar en la misma los derechos de los niños con discapacidad, principalmente, y seguir las Recomendaciones del Comité:

- *Eliminar la discriminación contra los niños y niñas con discapacidad.*
- *Garantizar su incorporación a los planes de seguro de salud y a los servicios y prestaciones a los que tienen derecho, como pensiones y vivienda.*
- *Revisar la ley 26.485 de violencia contra mujeres y niñas incorporando a las PCD y establecer protocolos para prevenir abuso y violencia de PCD institucionalizadas.*
- *Recopilar datos e información sobre violencia y abusos cometidos específicamente contra personas con discapacidad, con especial atención a las mujeres, infancia y personas institucionalizadas.*
- *Modificar el art. 86 del Código Penal, así como el art. 3º de la ley 26.130 de Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica, de conformidad con la Convención y tomar medidas para ofrecer los apoyos necesarios a las mujeres sometidas a un régimen de tutela o curatela para que sean ellas mismas las que den su consentimiento para acceder a la práctica del aborto no punible o esterilización (aunque en este caso se trata de mujeres adultas, considero útil agregarla en este acápite de la nota).*
- *Necesidad de desarrollar una política pública de educación integral que garantice el derecho a la educación inclusiva y que asigne recursos presupuestarios suficientes para avanzar en el establecimiento de un sistema de educación incluyente de estudiantes con discapacidad.*
- *El Comité recomienda intensificar los esfuerzos estatales para asegurar la escolarización de todos los niños y niñas con discapacidad en la edad obligatoria establecida*

por el Estado Parte, prestando atención a las comunidades de los pueblos indígenas y a otras comunidades rurales. Asimismo, compromete al Estado Parte a tomar las medidas necesarias para que los estudiantes con discapacidad inscriptos en escuelas especiales se incorporen a las escuelas inclusivas y a ofrecer ajustes razonables a los estudiantes con discapacidad en el sistema educativo general.

4. El régimen de capacidad para las intervenciones de contracepción quirúrgica en la ley 26.130 y el impacto en las mujeres con discapacidad

Los dos últimos artículos de la ley 26.130 modifican dos leyes: el art. 7º modifica la ley de ejercicio de la medicina 17.132 (Capítulo I, art. 20, inc. 18),⁽¹⁸⁾ que autoriza la ligadura de trompas y la vasectomía “... cuando media consentimiento informado del/la paciente capaz y mayor de edad o una autorización judicial cuando se tratara de personas declaradas judicialmente incapaces”, y el art. 8º agrega al art. 6º, inc. b) de la ley 25.673⁽¹⁹⁾ incluyendo expresamente las dos prestaciones, nuevamente con la exigencia del “requerimiento formal”, como método de planificación familiar y/o anticoncepción.

La ley no sigue la línea de la ley 25.673 (de Salud Reproductiva y Procreación Responsable) porque no incluye ningún artículo referido a las convicciones y creencias de los beneficiarios de la misma —todos ellos mayores de edad— ni excepción alguna fundada en principios religiosos o morales como ha sido incorporado a través de un fuerte *lobby* en la Ley de Salud Reproductiva y su decreto reglamentario.

Los menores de edad no están alcanzados por la ley (deben ser capaces y mayores de edad) y el art. 2º no exige el consentimiento del “cónyuge”. Un tema que aparece en la ley es la situación de las mujeres y los hombres con alguna discapacidad mental o intelectual que no pueden prestar consentimiento en términos del Código Civil en el modelo médico (sin entrar a considerar la doctrina del art. 12 CDPCD). El art. 3º de la ley se refiere a personas “declaradas judicialmente incapaces”, de lo que se infiere que se trata de personas mayores de 18 años, si consideramos que la declaración judicial se solicita una vez alcanzada dicha edad debido a la cesación de la patria potestad. La ley no se refiere a la “discapacidad” en los términos que lo hace la ley 24.901, sino que la “incapacidad” es tomada en los términos del Código Civil.

En este sentido, la ley deberá ser revisada en el marco del art. 12 CDPCD. Sin perjuicio de ello, cada vez es más amplia la jurisprudencia que rechaza las peticiones de los curadores, padres o representantes legales, principalmente, de mujeres con discapacidad, que solicitan la ligadura de trompas como medida supuestamente preventiva. El art. 23, inc. 1 *in fine* CDPCD⁽²⁰⁾ establece que las PCD, especialmente los niños, tienen derecho

(18) Art. 20, inc. 18, de la ley 17.132: “Queda prohibido a los profesionales que ejerzan la medicina (...) 18º practicar intervenciones que provoquen la esterilización sin que exista indicación terapéutica perfectamente determinada y sin haber agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductores”. Este artículo es modificado por el que establece la ley.

(19) Ley de Salud Sexual y Procreación Responsable.

(20) 1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: a) se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges; b) se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información,

a no ser esterilizados, a lo que agregaríamos para reforzar este mandato la figura de la discriminación por motivos de discapacidad que establece el art. 2º, ya que esta es en general la causa no manifiesta por las que muchos jóvenes y adultos con discapacidad son esterilizados.⁽²¹⁾ Así, la jurisprudencia local se ha manifestado en contra de estas prácticas comunes de los representantes de las PCD:

La autorización judicial peticionada resulta improcedente. La decisión de limitar la procreación es un derecho personalísimo en orden a la procreación responsable, que tiende a la protección de la propia salud y del bienestar del grupo familiar, en el que se debe respetar la decisión personal, el proyecto de vida de cada persona y su situación. Está comprendido dentro de la órbita del art. 19 de la Constitución Nacional en cuanto establece que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados (...) De acuerdo a los preceptos contenidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobada por la ley 26.378, así como en la Ley Nacional 26.657 de Salud Mental se impone a los operadores la necesidad de optar por la medida menos restrictiva de la libertad y de la capacidad de la persona y el mayor respeto a su dignidad y autonomía, correspondiendo aplicar el principio 'pro homine' que impone dar preeminencia a la hermenéutica que más derechos acuerde al ser humano.⁽²²⁾

5. Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud: ¿cuál es el rol que se espera de los operadores del sistema de salud respecto de las personas con discapacidad en su relación con ese sistema?

En noviembre de 2009, se publicó en el Boletín Oficial la ley 26.529, largamente esperada, que regula los derechos de los pacientes en su relación con los profesionales e instituciones de salud. La ley reglamenta la relación paciente-médico-sistema de salud, que regula muchos derechos y obligaciones. Cabe señalar que en el presente trabajo nos detendremos en los artículos que resultan de interés o tienen impacto respecto de las personas con discapacidad en este marco específico.

El concepto de autonomía de la voluntad del inc. e) del art. 2º de la ley⁽²³⁾ tiene una redacción que cuando refiere a niños, niñas y adolescentes afirma que: “Los niños, niñas y

educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos; c) las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.

(21) Se aclara que la vigencia de la ley 26.130 ha encontrado fuerte apoyo jurisprudencial, ya que fuera del caso de las personas con discapacidad donde las peticiones generalmente son contra la voluntad de las mismas o sin consultarlas, cuando se trata de hombres o mujeres mayores de edad y capaces, adquiere el estatus de derecho reconocido y generalmente; lo mismo que ha ocurrido con el famoso precedente “F. A. L” de la Corte Suprema referido al aborto no punible, en el que los jueces cuestionan la indebida judicialización de los derechos que surgen de la ley 26.130.

(22) Cám. Nac. Civ., Sala J, “G., N. T. y C., A. E. s/ Autorización”, 12/05/2001, Expte. n° 114.460/2009.

(23) Art. 2º, inc. e): “Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. En el marco de esta

adolescentes tienen derecho a **intervenir** en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud". El verbo "intervenir" nos parece inadecuado, ya que les otorga a las personas con discapacidad el papel de meros espectadores respecto de las decisiones sobre su cuerpo y su salud. Por ejemplo, la ley 25.673 (Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable) en su art. 4º establece que: "La presente ley se inscribe en el marco del ejercicio de los derechos y obligaciones que hacen a la patria potestad. En todos los casos se considerará primordial la satisfacción del interés superior del niño en el pleno goce de sus derechos y garantías consagrados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Ley 23.849)" y la reglamentación de dicho artículo, el decreto 1282/2003).⁽²⁴⁾

La reglamentación del art. 4º de la ley 25.673⁽²⁵⁾ establece:

... que en los casos de menores de 14 años, se propiciará la presencia de un adulto de referencia, en las consultas, pero para la colocación de un método anticonceptivo, la reglamentación exige la presencia de un padre o adulto responsable. También, agrega que las personas menores de edad tendrán derecho a recibir, a su pedido y de acuerdo a su desarrollo, información clara, completa y oportuna; manteniendo confidencialidad sobre la misma y respetando su privacidad. En el caso de los niños y niñas de entre 14 y 21 años, la ley no exige autorización o representación alguna del niño/a respecto a consultas sobre su salud sexual y reproductiva o sobre la colocación de métodos anticonceptivos.⁽²⁶⁾

Si la Convención de Derechos del Niño establece que se es niño/a hasta los 18 años, la comentada ley limita en exceso la decisión de los mencionados sujetos respecto a sus tratamientos médicos.⁽²⁷⁾ La ley 26.529 nunca hace referencia a las personas con disca-

potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También, podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos, la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente" (inciso sustituido por art. 1º de la ley 26.742, BO 24/05/2012).

(24) Art. 4º, decreto 1282/2003: "En las consultas se propiciará un clima de confianza y empatía, procurando la asistencia de un adulto de referencia, en particular en los casos de los adolescentes menores de catorce (14) años. Las personas menores de edad tendrán derecho a recibir, a su pedido y de acuerdo a su desarrollo, información clara, completa y oportuna; manteniendo confidencialidad sobre la misma y respetando su privacidad. En todos los casos y cuando corresponda, por indicación del profesional interviniente, se prescribirán preferentemente métodos de barrera, en particular el uso de preservativo, a los fines de prevenir infecciones de transmisión sexual y VIH/SIDA. En casos excepcionales, y cuando el profesional así lo considere, podrá prescribir, además, otros métodos de los autorizados por la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE MEDICAMENTOS, ALIMENTOS Y TECNOLOGÍA MÉDICA (ANMAT) debiendo asistir las personas menores de catorce (14) años, con sus padres o un adulto responsable".

(25) Decreto 1282/2003.

(26) Rosales, Pablo y Villaverde, María Silvia, *Salud Sexual y procreación Responsable. Desde una perspectiva de Derechos Humanos y con enfoque de género. Estudio de la ley 25.673, normativa Nacional, provincial y comparada*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2008, pp. 60/61.

(27) Observación General N° 4 del Comité de los Derechos del Niño (ONU) sobre "La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño",

pacidad, es un punto soslayado. Esta ley, a diferencia de las mencionadas anteriormente, fue promulgada un año después que la CDPCD estuviera vigente en el país, por lo que en este caso no podía soslayarse el mandato del art. 4º de la ley 26.378, tema que queda pendiente al momento de revisar la legislación vigente.

La reglamentación de este artículo e inciso de la ley⁽²⁸⁾ resuelve algunas dudas de la redacción de esta afirmando que cuando surgen conflictos entre el niño o niña y su representante legal “deberá prevalecer en idéntico sentido el mejor interés del paciente”, texto ligeramente diferente al del “interés superior del niño” (que aquí es denominado “paciente”), y habría que ver cómo se resuelve la diferencia entre “mejor interés” y “superior interés” en la práctica y quién lo decide. Esto implica el reconocimiento a las personas con discapacidad a decidir sobre su cuerpo sin intermediarios, con apoyos y salvaguardias cuando sea necesario.

Los artículos que van del 5º al 11 y tratan un tema trascendente, como es el consentimiento informado. El art. 5º define el concepto y el art. 6º, sus alcances. El último artículo mencionado determina que “Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites, que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente”. Que toda actuación profesional se encuentre sujeta a consentimiento informado parece algo excesivo en el marco de la definición del art. 5º, aunque “la disposición” en análisis lo exige “con carácter general”.

La ley y la reglamentación establecen que el consentimiento informado deberá ser por escrito, casi exclusivamente, aunque establece algunas adecuaciones idiomáticas en relación a cada caso. Sin embargo, no prevé otra forma de obtención del consentimiento (por ejemplo, mediante lengua de señas, braille, textos en lenguaje simple, etc.). Como la ley se expresa en términos de capaz/incapaz, muchas personas con discapacidad podrían ser tratadas como incapaces de hecho, cuando en realidad tienen otras formas de expresión de la voluntad y de decisión sobre la información. Hay que tener en cuenta, como se dijo, que esta ley también es posterior a la Convención, que establece en el art. 9º y en otros varios artículos modalidades de accesibilidad no tomadas en cuenta por la ley.⁽²⁹⁾

21/07/2003. Recuérdese que el Comité de los Derechos del Niño ha sido considerado por la CSJN como el “intérprete autorizado” de la Convención en el plano internacional y actúa, en las condiciones de vigencia de este, por recordar los términos del art. 75, inc. 22 CN.

(28) Art. 2º, inc. e): “Los profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre esas terapias o procedimientos, según la competencia y discernimiento de los menores. En los casos en que de la voluntad expresada por el menor se genere un conflicto con el o los representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar, cuando correspondiere, el caso al Comité de Ética de la institución asistencial o de otra institución si fuera necesario, para que emita opinión, en un todo de acuerdo con la ley 26.061. Para los casos presentados por la vía de protección de personas, conforme lo establecido en los arts. 234 a 237 del Código Procesal Civil y Comercial, deberá prevalecer en idéntico sentido el mejor interés del paciente, procurándose adoptar el procedimiento más expedito y eficaz posible que atienda su competencia y capacidad”.

(29) El inc. f) del art. 2º de la reglamentación afirma que: “El paciente debe ser informado incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión y competencia. En estos supuestos, el profesional debe cumplir también con informar al representante legal del paciente”. Aquí aparecen confusamente dos conceptos: si la ley considera que el paciente debe ser capaz para prestar consentimiento por sí, es contradictorio suponer que tendría posibilidades de comprensión y competencia. La última parte del párrafo resuelve el problema en el modelo médico: informar al representante, decisión contraria a la CDPCD.

La segunda parte del art. 6º establece que:

En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el art. 21 de la ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

Sin perjuicio de la última parte del párrafo, la ley aquí desplaza la decisión sobre su cuerpo y su tratamiento a personas que define como “(incapaces), o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico”, definición que hoy deberíamos revisar a luz de la ley del modelo social de la discapacidad expresado en el art. 12 CDPCD y su régimen de capacidad.

Ni la ley 26.529 ni el decreto 1089/2012 que reglamenta la ley y que fue promulgado el 5 de julio de 2012 se refieren nunca en su texto a personas con discapacidad, como tampoco la ley 26.378. La lectura permite encontrar, nuevamente, la confusión entre “incapacidad” y “discapacidad”, pero no la relación de sinonimia entre ambos conceptos. Por ello, es necesario, también, efectuar adecuaciones de esta ley en términos del art. 4º CDPCD, ya que, para predicar derecho a la salud se requiere que las PCD sean consideradas sujetos activos de las decisiones médicas que sobre su cuerpo y su vida se toman a diario, y también trabajar previamente con los estereotipos, prejuicios y prácticas nocivas (art. 8º CDPCD) que afectan a las PCD, sobre todos a los niños y niñas en la práctica diaria del sistema de salud.

6. La ley 26.682 de regulación de medicina prepaga y el derecho a la salud de las personas con discapacidad según los arts. 25 y 26 CDPCD

Finalmente, después de más de diez años de presión empresarial y de una larga espera legislativa, el 2011 ha permitido alumbrar la esperada ley de regulación de medicina prepaga,⁽³⁰⁾ hecho que constituye un antes y un después para los derechos de los usuarios de la medicina privada y que ha constituido la primera y única reglamentación sistemática de estos derechos y obligaciones en décadas. Sin embargo, y luego de que entrara en vigencia la CDPCD y el informe del Comité ONU, es conveniente iniciar una revisión de la misma en el marco de su art. 4º.

El art. 7º de la ley 26.682 establece cuáles serán las prestaciones a cargo de los obligados al expresar que: “... deben cubrir, como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial, el Programa Médico Obligatorio vigente según Resolución del Ministerio de Salud de la Nación y el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad prevista en la ley 24.901 y sus modificatorias”.

En los términos del art. 4º de la ley 26.378 lo primero que inferimos es que esto es porque se mantuvo únicamente la ley 24.901 —puesta en el proyecto de 2006— cuando hoy debió además de esta ley agregarse la ley 26.378 (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ONU), que en este caso, por ser supralegal, ni aun teniendo voluntad legislativa se hubiera podido derogar por otra ley posterior simple y, además, expresamente menciona la necesidad de que los seguros privados de salud y de vida incluyan las coberturas de personas con discapacidad (art. 25 de la misma).

(30) Proyecto de ley en expediente 2703-D-08 y otros, Cámara de Diputados de la Nación. Sobre 221 diputados presentes, 190 votaron a favor y 30 se abstuvieron. La ley fue publicada en BO el 17/05/2011 y reglamentada por el decreto 1993/2011, publicado el 01/12/2011.

El art. 25 CDPCD define el concepto de “salud” como:

Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del **más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad**. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes: a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población; b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores; c) Proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales; d) Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado; e) **Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable**; f) Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad.

Básicamente, el modelo bajo análisis 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. El modelo social se encuentra, entonces, muy relacionado con la consideración de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, pero también con el reconocimiento de los estereotipos, prejuicios y prácticas nocivas (art. 8º) que las personas con discapacidad padecen en el acceso a la salud. Se trata de abordar el derecho a la salud desde un debate de derechos.

La aprobación de la Convención, por parte de nuestro país, nos obliga a la revisión y adecuación de la legislación vigente al marco del tratado y a la adopción de un modelo de derechos humanos (asistencial solo en cuanto se entienda como prestación de servicios médicos) en cuanto al acceso a los servicios en las condiciones indicadas. Entendemos que la ley 26.682 requiere, entre otros:

- *Incorporar en su art. 7º los términos de la ley 26.378 (CDPCD).*
- *Establecer en el texto de la ley, taxativamente, la figura de la no discriminación por motivos de discapacidad en el acceso a los servicios médico-asistenciales.*
- *Accesibilidad de los servicios médico-asistenciales a las particularidades de las mujeres y niños/as con discapacidad (por ejemplo, camillas ginecológicas especiales,*

servicios odontológicos adecuados a distintas discapacidades, etc.) y accesibilidad en general en y a los servicios.

- *Fortalecer criterios que rechacen la discapacidad como enfermedad preexistente y que la misma no puede ser criterio para la no admisión de los usuarios, ya que en la práctica sigue ocurriendo a través de vías indirectas como elevaciones desmesuradas de cuotas únicamente con motivo de la discapacidad, o bien directamente, la negativa de servicios por considerar a la discapacidad como preexistencia (incluso llegando al ridículo de considerar la discapacidad intelectual como tal y no como parte de la expresión diversa de las personas).*
- *Incorporar la figura de ajustes razonables y diseño universal del art. 2º CDPCD en los servicios, accesibilidad a los mismos, y en el marco de la relación entre los usuarios con discapacidad y el sistema de salud.*

El art. 26 CDPCD refiere a dos conceptos: **habilitación** y **rehabilitación**, en estos términos:

1. Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales.

La habilitación y rehabilitación establecidas en este art. 26 son algunos de los primeros pasos decisivos para que las personas con discapacidad, congénita o adquirida, puedan vivir en forma independiente (art. 19), tener movilidad en la sociedad (art. 20) y desarrollar todas sus posibilidades y ejercer por sí mismos sus derechos (art. 12). A través de la habilitación y la rehabilitación, las PCD adquieren y desarrollan aptitudes que les permitirán trabajar y obtener ingresos, tomar decisiones acertadas, contribuir a la sociedad y ejercer todos los demás derechos que se mencionan en la Convención.

La habilitación y rehabilitación no es contemplada por la CDPCD meramente como un recurso de salud, sino como un medio para lograr la máxima independencia y autonomía a las PCD a fin que ello les permita la más amplia inclusión y participación plena en todos los aspectos de su vida.⁽³¹⁾

El informe mundial de discapacidad de la OMS de 2011 menciona a la rehabilitación como una buena inversión, porque genera capacidad humana. Debería incorporarse en la legislación general sobre salud, empleo, educación y servicios sociales y, también en leyes específicas para las personas con discapacidad. Las respuestas en materia de políticas deberían hacer hincapié en las intervenciones tempranas, las ventajas de la rehabilitación para promover el funcionamiento de las personas con múltiples problemas de salud y la prestación de servicios lo más cerca posible de donde vive la gente. La necesidad no satisfecha de servicios de rehabilitación (incluidos los dispositivos auxiliares) puede tener malas consecuencias

(31) El art. 9º CIDPCD en su párrafo de inicio desarrolla un concepto de autonomía referido a la accesibilidad: "A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales".

para las personas con discapacidad, como el deterioro del estado general de salud, limitaciones de las actividades, restricciones para la participación y peor calidad de vida.⁽³²⁾ Este art. 26 se presenta como complementario del art. 25 siendo sus prerrogativas afines a aquel.

7. Pensando una modalidad de adecuación de la normativa interna al derecho internacional, con especial énfasis en la CDPD⁽³³⁾

Del derecho comparado que surgió en el marco de la interpretación del *corpus iuris* internacional, resulta la aplicación de la Observación General CEDDIS,⁽³⁴⁾ como una herramienta eficaz en la resolución de casos relacionados con la capacidad de ejercicio, o bien como herramienta de interpretación de los tratados. En el caso conocido como “Campo Algodonero”,⁽³⁵⁾ la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)⁽³⁶⁾ y en el marco de la alegación del Estado mexicano de la incompetencia de la Corte para “determinar violaciones” a la Convención Belém do Pará sobre violencia contra la mujer, la Corte Suprema de Justicia explica la modalidad de abordaje del planteo:

33. La Convención de Viena contiene una regla que debe interpretarse como un todo. El sentido corriente de los términos, la buena fe, el objeto y fin del tratado y los demás criterios confluyen de manera unida para desentrañar el significado de una determinada norma. Por otra parte, la Corte recalca que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se compone tanto de un conjunto de reglas (las convenciones, pactos, tratados y demás documentos internacionales), como de una serie de valores que dichas reglas pretenden desarrollar. **La interpretación de las normas se debe desarrollar entonces**

(32) Informe de Discapacidad OMS 2011.

(33) Rosales, Pablo O., “Sobre la reciente Observación General en materia de capacidad de las personas con discapacidad del Comité contra la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (ley 25.280) de la OEA (Necesidad de modificación del régimen de capacidad de hecho del Código Civil)”, en *El Dial*, 17/08/2011.

(34) “Observación General OEA/ Ser. L/XXIV.3.1 CEDDIS/doc.12 (I-E/11)”, en *Rev. 1*, 04/05/2011.

(35) Corte IDH, “Caso González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, 16/11/2009. La demanda se relaciona con la supuesta responsabilidad internacional del Estado por “la desaparición y ulterior muerte” de las jóvenes Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez (en adelante, “las jóvenes González, Herrera y Ramos”), cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodonerero de Ciudad Juárez el día 06/11/2001. Se responsabiliza al Estado por “la falta de medidas de protección a las víctimas, dos de las cuales eran menores de edad; la falta de prevención de estos crímenes, pese al pleno conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género que había dejado centenares de mujeres y niñas asesinadas; la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición (...); la falta de debida diligencia en la investigación de los asesinatos (...) así como la denegación de justicia y la falta de reparación adecuada”.

(36) La Corte IDH es un órgano judicial autónomo que tiene su sede en San José de Costa Rica, cuyo propósito es aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos. Forma parte del llamado Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. La Corte ejerce competencia contenciosa y consultiva. Las personas, grupos o entidades que no son Estados no tiene capacidad de presentar casos ante la Corte, pero si pueden recurrir ante Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esta puede llevar un asunto ante la Corte, siempre que el Estado cuestionado haya aceptado su competencia. De todas maneras, la Comisión debe comparecer en todos los casos ante la Corte. Respecto a la competencia consultiva, los Estados Miembros de la OEA pueden consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Corte IDH o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Además, pueden consultarla, en los que les compete, los órganos de la Organización de los Estados Americanos. Asimismo, la Corte, a solicitud de un Estado miembro de la OEA, puede darle a tal Estado opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales. Los Comités de los tratados internacionales o regionales como el de la CIADDIS lo forman Estados que puede solicitar también esta competencia consultiva.

también a partir de un modelo basado en valores que el Sistema Interamericano pretende resguardar, desde el “mejor ángulo”⁽³⁷⁾ para la protección de la persona. En este sentido, el Tribunal, al enfrentar un caso como el presente, debe determinar cuál es la interpretación que se adecua de mejor manera al conjunto de las reglas y valores que componen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Concretamente, en este caso, el Tribunal debe establecer los valores y objetivos perseguidos por la Convención Belém do Pará y realizar una interpretación que los desarrolle en la mayor medida. Ello exige la utilización en conjunto de los elementos de la norma de interpretación del art. 31 citado (en referencia a la Convención de Viena).⁽³⁸⁾

En el acápite 43 de la sentencia, esta introduce el concepto de “derecho vivo” del derecho internacional consuetudinario entendido como una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales partiendo de un *corpus iuris* único que excede a la norma que específicamente se aplica al caso:

43. La Corte resalta que, según el argumento sistemático, las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen.

Es decir, procedimiento y fondo pueden no pertenecer al mismo cuerpo normativo, pero sí al mismo sistema y usarse a fin de interpretar adecuadamente un tratado internacional.

En el acápite 43 y 44, se refiere a que no todos los tratados del sistema interamericano tienen los mismos mecanismos o herramientas de abordaje, poniendo como ejemplo a la propia CIADDIS:⁽³⁹⁾

45. En el sistema interamericano existen tratados que no establecen como mecanismo de protección ninguna referencia al trámite de peticiones individuales, tratados que permiten trámite de peticiones, pero la restringen para ciertos derechos y tratados que permiten trámite de peticiones en términos generales.

46. En el primer supuesto se encuentra la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (en adelante la “CIETFPD”), cuyo art. VI establece que un Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad “será el foro para examinar el progreso registrado” en la aplicación de la Convención. En este tratado no se hace mención al trámite de peticiones individuales que denuncien la violación de dicha Convención.

Más adelante, la Corte IDH reconoce a los tratados de derechos humanos una especificidad correspondiente tanto al CIADDIS como a la CDPCD⁽⁴⁰⁾ y es que:

62. En este punto es fundamental tener presente la especificidad de los tratados de derechos humanos y los efectos que ello tiene sobre su inter-

(37) Principio “*pro personae*”. En este sentido, se debe determinar cuál es la interpretación que se adecua de mejor manera al conjunto de reglas y valores que componen el derecho internacional de los derechos humanos (*corpus iuris*).

(38) Agradecemos a la Dra. María Silvia Villaverde la colaboración desde sus textos sobre esta parte de la nota.

(39) Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, de la OEA.

(40) Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU receptada en Argentina por la ley 26.378.

pretación y aplicación. Por una parte, el objeto y fin es la protección de los derechos humanos de los individuos; por la otra, significa la creación de un orden legal en el cual los Estados asumen obligaciones no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.⁽⁴¹⁾ Además, estos tratados se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva.⁽⁴²⁾

En la Recomendación General N° 27⁽⁴³⁾ sobre las mujeres de edad y la promoción de sus derechos humanos (16/12/2010 - CEDAW/C/GC/27), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer estudia la relación entre los artículos de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ONU) y el envejecimiento. Y, en esa misma fecha, en la Recomendación General N° 28 relativa al **art. 2º** (sobre los “medios apropiados” o las “medidas apropiadas” para que los Estados Parte apliquen a nivel nacional las disposiciones sustantivas de la Convención) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Comité por primera vez distingue conceptualmente “sexo” y “género”.

Si bien en la Convención solo se menciona la discriminación por motivos de sexo, en el párr. 5º, al interpretar el art. 1º junto con el párr. f) del art. 2º y el párr. a del art. 5º, se pone de manifiesto que la Convención abarca la discriminación contra la mujer por motivos de género. El término “sexo” se refiere aquí a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer. El término “género” se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos en favor del hombre y en detrimento de la mujer.⁽⁴⁴⁾ Esta interpretación del propio articulado de la Convención, el Comité la realiza a través de una Recomendación General u Observación General como la que produjo el CEDDIS.

María Silvia Villaverde sostiene que:

Para su efectividad, los Estados han sustituido el modelo de competencia exclusiva del Estado por el modelo de cooperación entre los ordenamientos internos e internacionales de los sistemas universal y regionales europeos y americano y de los Estados Partes de los tratados internacionales ratificados (...) modelo de cooperación en el que los tribunales locales desempeñan la función de protección primaria. Como consecuencia los jueces deben interpretar el derecho internacional de los derechos humanos y además garantizar el debido proceso en un tiempo razonable.

Según el criterio sistemático, las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen

(41) Ver “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra* nota 29, párr. 29.

(42) Ver Corte IDH, “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú” (Competencia), sentencia de 24/09/1999, Serie C, N° 55, párr. 41, y “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú”, *supra* nota 27, párr. 42.

(43) Se señalan las múltiples formas de discriminación a que se enfrentan las mujeres a medida que van envejeciendo, se explica el contenido de las obligaciones que deben asumir los Estados Partes con respecto al envejecimiento con dignidad y los derechos de las mujeres de edad, y se formulan recomendaciones de política para incorporar las respuestas a las preocupaciones de las mujeres de edad en estrategias nacionales, iniciativas de desarrollo y medidas positivas, de manera que estas mujeres puedan participar plenamente en la sociedad, sin discriminación y en pie de igualdad con los hombres.

(44) Ver, en este sentido, la primera nota presentada en esta publicación.

(derecho internacional de los derechos humanos). Este punto es esencial porque cuando se revisa la jurisprudencia y la legislación ya abordada, se toma conciencia de que la CDPCD suele ser citada parcialmente o interpretada de forma descontextualizada y no como un *corpus iuris* único, con los resultados que ya observamos.

En la Opinión Consultiva 18⁽⁴⁵⁾ de la CIDH:

Considera que el Estado no solo se debe adecuar toda normativa interna al respectivo tratado, sino que, además, las prácticas estatales relativas a su aplicación deberán adecuarse al derecho internacional. **Es decir, no basta con que el ordenamiento jurídico interno se adecue al derecho internacional, sino que es menester que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal, sea ejecutivo, legislativo o judicial, ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera efectivamente acorde con el derecho internacional aplicable.**⁽⁴⁶⁾

El art. 75, inc. 22 de la Constitucional Nacional, con la reforma del año 1994, al incorporar siete tratados de derechos humanos con rango constitucional realizó una invitación concreta. En un preciso abordaje, Calogero Pizzolo expresa que: “En otras palabras, fueron las propias normas constitucionales las que invitaron a ciertas normas convencionales internacionales a compartir la cúpula del orden jurídico local, y no estas últimas, las que impulsieron a las primeras la jerarquía constitucional”.⁽⁴⁷⁾

La CSJN misma ha reconocido a los “órganos de los tratados” como único “interpretes autorizados” en fallos como “Aquino” (Fallos: 327:3753); “Vizzoti” (Fallos 327:3677), “Maldonado” (Fallos 328:4343) y “Torrillo” (Fallos: 332:709, del 31/03/2009), estableciendo que los tribunales locales —y agregamos también los legisladores— deben adecuarse a dicha interpretación.

Siguiendo la propuesta de Pizzolo:

En nuestro ordenamiento jurídico la fórmula primaria de validez presenta un carácter mixto, es decir está formada no solo por normas constitucionales sino por normas foráneas —las citadas normas convencionales internacionales con jerarquía constitucional—, lo cual potencia su naturaleza heterogénea. Por lo tanto, una norma jurídica es válida en el orden jurídico argentino siempre que no se oponga tanto al articulado constitucional como al articulado de los instrumentos internacionales que comparten su jerarquía. Este conjunto normativo que opera como sistema de fuentes es reconocido por la doctrina como Bloque de Constitucionalidad Federal (en adelante, BCF). El mismo, es definido por Bidart Campos como un conjunto normativo que tiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la constitución documental, y tiene como fin ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales.⁽⁴⁸⁾

¿Pero qué ocurre con tratados internacionales como la CDPCD que no tienen rango constitucional? Si bien es un tratado de derechos humanos, su jerarquía no es constitucional

(45) CIDH, OC-18/03.

(46) El resaltado me pertenece.

(47) Pizzolo, Calogero, “La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal”, en *Revista Jurídica La Ley*, 10/07/2006.

(48) El autor se enmarca entonces en un sistema kelseniano de exégesis del funcionamiento de validez jurídica.

porque no alcanzó la mayoría necesaria (según el art. 75 inc. 22 CN, “el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”), pero sí es suprallegal. En este punto, el autor citado sostiene razonablemente que:

El BCF está formado entonces por dos subsistemas, uno, el articulado constitucional, otro, los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional. Lo dicho nos permite coincidir con la doctrina que rechaza que los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional hayan sido incorporados al texto de la constitución nacional. Dichos instrumentos gozan de jerarquía constitucional sin estar incorporados a la Constitución y, fuera de su texto, integran el BCF.⁽⁴⁹⁾

Incluso dentro del sistema interamericano, los casos que no son tratados por la CIDH, y son tratados por la Comisión IDH, resultan, dadas ciertas condiciones, igualmente vinculantes para el Estado.⁽⁵⁰⁾ Así, Pizzolo afirma que:

... dentro del sistema interamericano, la Comisión IDH cumple una función específica en la tutela de los derechos humanos que no cumple la Corte IDH. Esto es, juzga sobre las denuncias contra los Estados que, siendo parte de la OEA, no han ratificado la CADH. Para estos últimos Estados, en el ejercicio de sus funciones, la Comisión IDH controla la aplicación de la DADDH (ver, arts. 1.2.b y 20.a, Estatuto Comisión IDH; 23, 41, 49 y 50, Reglamento Comisión IDH). Una vez más, la alternativa más favorable para la tutela de los derechos humanos consiste en considerar a las “recomendaciones” de la Comisión IDH como “susceptibles de generar obligaciones para los Estados”.

Finalmente, consideramos que atento lo establecido por el art. 4º CDPD y el informe del Comité ONU, debería formarse en el Congreso Nacional una “Comisión Revisora Bicameral”, que tuviera como objetivo revisar esta y otras legislaciones posteriores y anteriores a la vigencia de la Convención a fin de adecuar la normativa interna. Por otra parte, y cumpliendo el mandato del art. 4º, acápite 3,⁽⁵¹⁾ dicha comisión o similar debería estar formada por legisladores de la Comisión de Discapacidad, académicos, y sobre todo, personas con discapacidad que deben ser consultadas en estas adecuaciones.

(49) Ver Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. VI, Bs. As., Ediar, 1995, pp. 555/556.

(50) Aunque sobre este punto no se presenta una uniformidad de criterios de la doctrina, particularmente respecto a la obligatoriedad de los informes de la Comisión IDH.

(51) “1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad; (...) 3. En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan”.

LA INFLUENCIA DEL GÉNERO EN EL ACCESO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA DE NIÑOS, NIÑAS Y MUJERES CON DISCAPACIDAD

MARÍA JOSÉ FERNÁNDEZ FERRARI ⁽¹⁾
Y CAROLINA GONZÁLEZ VENZANO ⁽²⁾

1. Conceptos

Para que haya una buena comprensión, es necesario aclarar algunos conceptos básicos y definir los términos utilizados.

Sexo: este se determina biológicamente: es varón o mujer según las características físicas

Género: construcción social que influye en el desarrollo de la personalidad y de la identidad.

El rol de género: es el comportamiento masculino o femenino que es expresado de acuerdo a las costumbres y normas de la sociedad. Es el actuar o decir como hombre o mujer.

La identidad de género: se forma en la primera infancia y se revalora o consolida en la adolescencia. Es la experiencia privada del rol de género.

La identidad de género se adquiere por un proceso en el que los niños y niñas desde muy temprana edad van siendo formados para el desempeño de aquellos roles asignados socialmente, a fin de que respondan a los comportamientos esperados; a este proceso se le llama “socialización de género” y tiene gran relevancia en la vida escolar y familiar.⁽³⁾

Preferencia sexual: es el sexo frente al cual se siente atracción. Se puede sentir placer o erotizar con una persona del mismo sexo, del otro sexo, o de ambos sexos indistintamente. A partir de la adolescencia, se constituyen los aspectos psicológicos de la sexualidad que están referidos a la identidad sexual, o preferencia sexual, es decir, la forma cómo una persona se asume como ser sexual.

Esto nos permite pensar que no hay nada predeterminado en los roles y en las características sexuales y, por lo tanto, pueden ser transformados.

(1) Psicóloga (Universidad de Belgrano). Especialista en Estimulación Temprana. Graduada en el CEIAC. Actualmente se desempeña como Presidenta de la Fundación Down Tigre, desde 2012.

(2) Licenciada en Psicología. Especialista en Estimulación temprana. Fundadora de *Down is up*.

(3) Güemes, A. y Loli S., *Violencia Familiar, enfoque desde la salud pública: Módulo de capacitación*, Lima, Organización Panamericana de la Salud. 1999, citado por Tarazona, David, “Discriminación por género en la escuela”, [en línea], www.monografias.com/trabajos28/genero-en-escuela/

Cuando nace un bebé, comenzamos a investirlo y cargarlo de subjetividad de acuerdo a lo que nos dice la sociedad en la que vive ese niño, de cómo debe ser el hombre o la mujer: masculino o femenino. Así, construimos el rol del género.

Esto ocurre primero en la familia, luego se refuerza en la escuela y con las amistades que van surgiendo a lo largo de la vida.

Vamos aprendiendo a ser varones o mujeres de acuerdo a lo que la cultura, la familia, las amistades y los medios de comunicación nos dicen. Es a través de las relaciones sociales que vamos teniendo desde niños donde vamos internalizando los modelos de cómo debemos ser, de cómo debemos comportarnos, etc.

Esto va a influir en la personalidad de cada ser humano, ya que se espera que cada uno cumpla con las expectativas sociales y familiares.

Discapacidad: la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPCD) en el Preámbulo, anexo 1. e), nos dice: “Reconociendo que la discapacidad 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”.

La CDPCD ha supuesto un avance importante en la lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad. La Convención sitúa a la persona con discapacidad en el plano de los derechos humanos ante la comunidad internacional. En este contexto, la discapacidad se construye como el resultado de las barreras actitudinales, físicas y comunicacionales que impiden el acceso al ejercicio de todos los derechos humanos en igualdad de condiciones que los demás, de un grupo de personas que responden a la esencia de la diversidad humana.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), más de 1000 millones de personas viven con algún tipo de discapacidad.⁽⁴⁾

En esta población hay un mayor número de mujeres que de varones. Y en algunos países de ingresos bajos y medios, las mujeres constituyen hasta las tres cuartas partes del total de personas con discapacidad.⁽⁵⁾

En Argentina, la Encuesta Nacional de Personas con Discapacidad, del año 2003, indicó que el 7,1% de la población tiene alguna discapacidad y el 11,7% de ellas (o sea, unos 250.000) son niños menores de 15 años.

La discapacidad es una cuestión de derechos humanos, debido a las siguientes razones:

- *“Las personas con discapacidad son sujetos de desigualdad; por ejemplo, cuando se les niega igualdad de acceso a la atención de salud, empleo, educación o participación política a causa de su discapacidad.*
- *Las personas con discapacidad están sujetas a que se viole su dignidad; por ejemplo, cuando son objeto de violencia, abusos, prejuicios o falta de respeto a causa de su discapacidad.*
- *A algunas personas con discapacidad se les niega la autonomía; por ejemplo, cuando se las somete a una esterilización involuntaria, cuando se las interna en instituciones contra*

(4) Ver Organización Mundial de la Salud [en línea], <http://www.who.int/features/factfiles/disability/es/>

(5) Informe Mundial sobre la Discapacidad elaborado por la OMS y el Banco Mundial, 2011.

su voluntad, o cuando se las considera incapaces desde el punto de vista legal a causa de su discapacidad”.⁽⁶⁾

La mirada de la discapacidad también puede ser transformada, ya que nos permite y capacita para cambiar las bases de la sociedad discriminadora y construir modelos inclusivos, justos y equitativos para todos.

En ambos casos, en el género y en la discapacidad, se comienza un proceso de construcción social que va a definir el desarrollo de esa persona.

La evolución del ser humano, de la cultura y de la sociedad nos permiten ver más claramente, concientizarnos sobre la necesidad de una mirada más completa y profunda del ser humano: más justa, más inclusiva, donde haya un lugar para todos, donde se respete la diversidad de las personas y, a su vez, esto permita a la sociedad enriquecerse con esa diversidad.

La temática de la discapacidad fue abordada siguiendo la evolución de tres modelos que, a su vez, coexisten. Agustina Palacios⁽⁷⁾ describe un modelo jurídico para abordar la discapacidad y, en base al mismo, Pablo Rosales⁽⁸⁾ resume tres modelos:

1.1. Modelo de prescindencia

[C]onsidera que las causas que dan origen a la discapacidad tienen un motivo religioso, y en el que las personas con discapacidad son asumidas como innecesarias por diferentes razones: porque se estima que no contribuyen a las necesidades de la comunidad, que albergan mensajes diabólicos, que son la consecuencia del enojo de los dioses, o que, por lo desgraciadas, sus vidas no merecen la pena ser vividas.

Este modelo lo seguimos viendo hoy en día en las familias o instituciones que viven la discapacidad como una desgracia, que les arruinó la vida. Las personas con discapacidad no son tratadas como tales y, en consecuencia, no tienen ninguna opinión ni derecho. No pueden estudiar, no pueden trabajar, no pueden hacer nada más que estar institucionalizadas.

1.2. Modelo médico-rehabilitador o modelo médico-asistencial⁽⁹⁾

Desde este modelo las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles o innecesarias, pero siempre en la medida en que sean rehabilitadas o “normalizadas”. Es por ello que el fin primordial que se persigue desde este paradigma es normalizar a las personas con discapacidad, aunque ello implique forjar a la desaparición o el ocultamiento de la diferencia que la misma discapacidad representa. Este modelo nos

(6) Quinn, Gerard, “Comprender la discapacidad: La discapacidad y los derechos humanos”, en *Informe sobre la discapacidad, Organización Mundial de las Salud y El Banco Mundial*, 2011, cap. I, p. 10, [en línea], <http://www.who.int/>

(7) Palacios, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad*, 1ª ed., CERMI-Ediciones CINCA, 2008.

(8) Pablo Rosales, “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ONU. Una introducción al marco teórico y jurídico de la discapacidad y los Derechos Humanos”, en *Discapacidad, Justicia y Estado*, año I, n° 1, Ediciones Infojus, 2012, p. 7.

(9) *Ibid.*

resulta muy familiar porque es el modelo que ha hegemonizado, al menos desde la Segunda Guerra Mundial, el abordaje de la discapacidad desde el sistema de salud. La persona con discapacidad pasa a ser un objeto de asistencia, o si se quiere desde el modelo social, una persona explotada por la sociedad.

En este modelo (que es el que más podemos observar en la actualidad) a la persona con discapacidad hay que asistirla, rehabilitarla y, si no se logra cumplir con ninguno de los dos objetivos, hay que protegerla.

En este punto, aparece el diagnóstico que rotula y encierra a la persona con discapacidad en un lugar fijo, negándole la posibilidad de ser, de desarrollarse como persona autónoma y libre.

La familia se resigna a ver a la persona con discapacidad como un “ser especial”, al que hay que rehabilitar o institucionalizar para protegerlo. La familia se queda pensando en lo que no va a poder lograr su hijo. Por tanto, le niega cualquier posibilidad para que lo pueda lograr. Se les niega autonomía porque los hacen crecer de forma dependientes siempre de un otro.

1.3. Modelo social de la discapacidad⁽¹⁰⁾

Este modelo es aquel que considera que las causas que dan origen a la discapacidad no son ni religiosas, ni científicas, sino que son preponderantemente sociales; y que las personas con discapacidad pueden aportar a las necesidades de la comunidad en igual medida que el resto de personas, pero siempre desde la valoración y el respeto de su condición de personas y de la diversidad. Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos (valores que son tomados por la CDPCD, entre otros, en el art. 3º y 12), que aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social, y sentándose sobre la base de determinados principios: autonomía y vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, educación inclusiva, diálogo civil, entre otros.

Este modelo parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social y el resultado de una sociedad que no considera con discapacidad. Asimismo, apunta a la autonomía de la persona con discapacidad para decidir respecto de su propia vida, y para ello se centra en la eliminación de cualquier tipo de barreras, a los fines de brindar una adecuada equiparación de oportunidades.

Por lo tanto, en el modelo social la persona con discapacidad es valorada y respetada en su condición de “persona” y en su diversidad. La aceptación de la “deficiencia funcional” es reconocer a la persona como tal, es decir, como una “persona” que podría requerir de ciertos apoyos para poder vivir una vida en igual de condiciones que los demás. Se respeta y se valora a la persona.

La CDPCD viene a concientizarnos de este derecho no respetado y de la necesidad de respetarlo.

(10) *Ibid.*, p. 8.

Hay un cambio de paradigma en el que se trata de dar lugar a cada uno, en su condición de diverso, a diferencia del modelo médico hegemónico que trata de que seamos todos iguales: “normalizados”.

Es fundamental **mirar** a la persona, **centrarnos** y **valorarla** en su totalidad. No se es más ni menos por ser mujer, varón o persona con discapacidad. **Se es persona.**

Cuando, desde la familia, se parte desde una mirada más amplia, que permite una valoración mayor, esto hace que se deje de limitar a la persona. Se le da amplia posibilidad de desarrollo. Ninguna de estas condiciones la limita ni la define de una manera estereotipada.

Cuando la mirada está puesta en un determinado patrón o estereotipo, estamos limitando a la persona y participando de una sociedad injusta.

2. Inclusión de las personas con discapacidad

2.1. El primer ámbito donde se debe incluir a las personas con discapacidad es en la familia

Cuando la familia trata a la persona con discapacidad según el primer modelo o el segundo transforma a la persona con discapacidad en un ser dependiente, se la “objetiviza” y no se tiene en cuenta sus derechos y necesidades.

Cuando la familia trata a la persona con discapacidad como un sujeto de derecho, a la luz del modelo social de discapacidad, la persona puede desarrollar una autoestima, autonomía y libertad en la toma de decisiones. Esto es tener capacidad de elegir y decidir por sí mismo.

Cuando la CDPCD nos habla que la discapacidad es una construcción social nos está diciendo que se puede cambiar la vida de las personas con discapacidad en la medida que cambiemos nuestras prácticas nocivas, prejuicios y estereotipos.

Por lo tanto, cuando cambiamos nuestras prácticas, comenzamos un cambio en la construcción de una sociedad más inclusiva.

2.2. El segundo ámbito donde se debe incluir a las personas con discapacidad es en la escuela

La CDPCD nos dice en su art. 24:

Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida.

El objetivo es que la persona con discapacidad pueda desarrollar plenamente su potencial respetando su libertad y diversidad.

Las personas con discapacidad deberán ser incluidas plenamente en el sistema educativo desde el nivel inicial, pasando por el primario, secundario y pudiendo realizar un terciario o facultad en iguales condiciones que los demás y dentro de la comunidad donde vivan.

2.3. Existe una diferencia entre lo que es Integración e Inclusión

2.3.1. Integración

La integración nos conduce al segundo modelo médico-asistencial, donde la persona con discapacidad tiene que adaptarse a las exigencias escolares (de la modalidad común) y si no puede seguir el ritmo de la clase, no le es dada una solución de continuidad. De esta manera, es expulsada por la modalidad común para pasar a la modalidad especial.

2.3.2. Inclusión

Cuando hablamos de inclusión, nos referimos a las bases que el modelo social de la discapacidad sostiene y en el que el niño, niña o joven con discapacidad participa plenamente de la misma escolaridad que todos y todas las niñas sin discapacidad tienen derecho a acceder.

Se le proveerán los apoyos correspondientes para que pueda realizar su aprendizaje en el mismo lugar y con el mismo contenido que los demás. Es la propia escuela, en la modalidad común, la que debe adaptarse a los niños y niñas con discapacidad.

Esta nueva conceptualización de la educación de las personas con discapacidad considera a la persona y luego su deficiencia funcional. Al darle identidad y reconocer su dignidad se favorece el proceso de construcción de su autoestima. Se convierte, así, en una persona activa, que participa en la vida de relaciones cotidianas, tomando decisiones propias.

Por lo tanto, la educación inclusiva es el primer paso hacia una sociedad inclusiva. Implica que las niñas, niños y jóvenes con discapacidad obtengan igualdad de oportunidades, calidad educativa y accesibilidad universal a lo largo de todo el ciclo vital.

Se promueve, así, la autonomía personal, el derecho a la toma de las propias decisiones y a la elección del modo de vida.

“Los gobiernos del mundo no pueden seguir pasando por alto a los cientos de millones de personas con discapacidad a quienes se les niega el acceso a la educación (...) y a los que nunca se les ofrece la oportunidad de brillar”.⁽¹¹⁾

Los informes de la UNESCO y de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de la ONU señalan con claridad que excluir a las niñas y niños del acceso a la educación equivale a negarles sus derechos humanos más elementales, impedirles que se desarrollen como personas e ir en contra de sus intereses fundamentales.⁽¹²⁾

Si bien la CDPCD está plenamente vigente, en la práctica existen barreras actitudinales que se encuentran arraigadas en los seres humanos en formato de prejuicios y temores que se constituyen en estereotipos.

Es menester cambiar las prácticas nocivas actuales para que pueda cumplirse la CDPCD y ofrecer una educación de calidad para todos y todas, que promueva el máximo desarrollo.

Los niños, niñas y jóvenes con discapacidad tienen menos oportunidades de acceder a la educación común, en todos los niveles (desde inicial hasta la facultad).

(11) Hawking Stephen W., “Prólogo”, en *Informe sobre la discapacidad*, Organización Mundial de la Salud y Banco Mundial, [en línea], www.who.int

(12) Villarino Villarino, Pilar (coord.), “Educación”, en *Manual. La transversalidad de género en las políticas públicas de discapacidad. Volumen I*, Madrid, Ed. Quince, 2012, p. 286.

Algunas de las barreras para el acceso de las a la educación común son que las escuelas alegan no estar capacitadas, no tener cupos, no saber de la “patología”; consideran que si incluyen “nivelan para abajo”, en realidad, sostienen en sus prácticas nocivos prejuicios y estereotipos propios del modelo médico hegemónico. La principal barrera está en lo actitudinal.

En la secundaria aumentan significativamente las dificultades que encuentran los jóvenes con discapacidad para ser incluidos en el sistema educativo. La gran mayoría de los niños y niñas con discapacidad que estaban incluidos en la escuela de modalidad común migran a la escuela de modalidad especial. Y los que quedan en la escuela de modalidad común reciben una educación de menor calidad. Cabe señalar que en ambas modalidades son varios los jóvenes que abandonan la escolarización.

La verdadera igualdad de oportunidades pasa por democratizar el acceso al conocimiento, lo cual implica dar un trato diferenciado, que no sea excluyente, proporcionando a cada persona los recursos y ayudas que necesita para estar en igualdad de condiciones de aprovechar las oportunidades educativas y aprender a niveles de excelencia.⁽¹³⁾

3. La educación en la actualidad

Si bien muchos dicen que hoy existe una educación inclusiva, en la práctica no se ve.

Muchos de quienes vienen trabajando con personas con discapacidad desde paradigmas sustentados en el Modelo Médico Hegemónico, hacen lo imposible para sostener sus prácticas, interpretando la Convención con el fin de sostener las mismas; y se va gestando un discurso híbrido y ambiguo que retoma términos como prevención y rehabilitación, y los mezcla con inclusión y derechos.⁽¹⁴⁾

Hoy todavía las personas con discapacidad no tienen acceso a la educación común y, si lo tienen, se les atribuye una disminución en los contenidos.

Los niños/niñas y jóvenes con discapacidad no tienen las mismas oportunidades que los demás. Por lo tanto, hay discriminación.

Y es justamente en la educación donde más se puede transformar y trabajar sobre esta situación de desigualdad y exclusión social.

Si bien la Constitución Nacional garantiza el derecho a la educación, lo que implica la obligatoriedad del derecho de los niños, niñas y jóvenes con discapacidad al acceso al sistema educativo, el derecho es vulnerado al existir legislación que divide el sistema educativo en dos modalidades: una común y una que segrega, la modalidad especial:

- *La tasa de alfabetización de las personas con discapacidad, según datos del Programa de Desarrollo de la ONU, es del 3%; de este total un 1% corresponde a niñas y mujeres con discapacidad.*⁽¹⁵⁾

(13) Blanco Rosa, “Presentación”, en Lyda Pérez; Fernández Moreno, Aleida y Katz, Sandra, *Discapacidad en Latinoamérica: Voces y experiencias universitarias*, 1º ed, La Plata, Edulp., 2013, [en línea] http://www.editorial.unlp.edu.ar/libros_digitales_katz.html

(14) Espósito, Claudio, “La Educación inclusiva (a la luz del Modelo de la Discapacidad)”, en *Congreso de Educación Inclusiva*, agosto 2013.

(15) Villarino Villarino, Pilar (coord.), *op. cit.*

- *UNICEF estima que el 98% de los niños con discapacidad en países en desarrollo no asiste a la escuela. Las niñas con discapacidad es menos probable que asistan a la escuela en comparación con los niños con discapacidad.*⁽¹⁶⁾

Dada estas cifras, la perspectiva de género en el ámbito de formación e información de la mujer con discapacidad cobra especial importancia.

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDM) recoge explícitamente la protección del derecho de la mujer a la educación (art. 10a), y respecto del consentimiento adecuadamente informado (art. 10h).⁽¹⁷⁾ Es sumamente importante la información que se les brinde a las niñas y mujeres con discapacidad sobre la práctica de tratamientos clínicos, como son la esterilización y el aborto. Muchas veces se cometen estas prácticas sin consentimiento o con una información inadecuada hacia las niñas y mujeres con discapacidad.

La educación constituye el primer paso hacia la inclusión en la sociedad. Esta supone contar con los medios para participar de forma autónoma con las mismas opciones que los demás miembros de esa comunidad.

Es responsabilidad de las personas con discapacidad, los padres, los educadores y de los gobiernos luchar para que se pueda lograr una educación igualitaria:

- *Los padres, las madres y las propias personas con discapacidad son los que tienen que exigir este derecho y presionar a los organismos correspondientes para que den respuesta a sus necesidades. Además, tienen que participar activamente en la comunidad y desarrollar sus responsabilidades.*
- *Los educadores deberán capacitarse y trabajar conjuntamente (educación común y especial) para brindar los apoyos correspondientes a las necesidades de los educandos.*
- *Hoy se necesita la transformación de la educación especial en apoyos para construir una cultura inclusiva.*
- *Los gobiernos deberán monitorear el cumplimiento de la ley y los tratados internacionales de los derechos humanos, como la CDPCD. También deberán observar cómo se articula la ley, qué estrategias se implementan, qué capacitaciones en materia de derechos humanos de las personas con discapacidad se requieren.*

4. Los principales factores de exclusión

4.1. Los estereotipos y prejuicios

Sobre la falta de un modelo educativo que sea respetuoso de la diversidad, hoy persiste una opinión social cargada de prejuicios que conlleva a prácticas de exclusión y rechazo:

Algunos prejuicios y la estigmatización hacia las niñas y mujeres con discapacidad, presentes en todas las culturas, si bien en algunas especialmente acrecentados, motivan que se les deniegue el acceso a la escuela, incluso

(16) Villarino Villarino, Pilar (coord.), *op. cit.*, p. 290.

(17) Álvarez Ramírez, Gloria (coord.), "Igualdad y no discriminación. 6.1.3", "Aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en políticas de lucha contra la discriminación a favor de la mujer con discapacidad", en *Manual. La Transversalidad de género...* Cap. I, p. 50.

en el seno de su propia familia, negándoles por tanto el derecho a la educación.⁽¹⁸⁾

Los educadores constituyen en sus prácticas poderosos modelos de conducta, capaces de luchar contra los estereotipos si se los capacita.

4.2. La falta de materiales educativos con la doble perspectiva de género y discapacidad

El Segundo Manifiesto de los Derechos de las Mujeres y Niñas con Discapacidad de la Unión Europea, dice en el punto 2.4.

Es necesario garantizar que los planes de estudios de la educación primaria, secundaria y terciaria incluyan materiales sobre la igualdad entre la mujer y el hombre, la discapacidad, comprender la diversidad, los roles no estereotipados de los sexos, el respeto mutuo, la resolución de conflictos en las relaciones interpersonales sin violencia, y los conceptos del honor y la auto-determinación de cada persona, adaptándose el contenido en función de la evolución de las facultades de los estudiantes.⁽¹⁹⁾

4.3. El temor a la sexualidad de las personas con discapacidad: uno de los mayores obstáculos para la inclusión, sobre todo en la adolescencia

La sexualidad y la salud reproductiva son un tema tabú en el ámbito de la educación y, con mayor grado, cuando incluye a personas con discapacidad. La sexualidad y la afectividad en la discapacidad son vividas con recelo y con una actitud temerosa.⁽²⁰⁾

El desconocimiento del tema lleva a considerar a las personas con discapacidad como asexuadas o hipersexuadas. Se les niega la posibilidad de informarse, formarse y tomar decisiones propias.

Maestros y padres muestran una formación insuficiente y una resistencia a hablar de la sexualidad y de la vida reproductiva.

Los derechos sexuales y reproductivos constituyen la expresión de la sexualidad vivenciada libre y sanamente, forman parte de los derechos humanos. Su principal objetivo es establecer condiciones de vida para la libre vivencia de la sexualidad.

También, el Segundo Manifiesto de los Derechos de las Mujeres y Niñas con Discapacidad de la Unión Europea señala, en el punto 8.4, que:

El acceso limitado y el escaso control que las adolescentes y mujeres con discapacidad tienen sobre su propia sexualidad las convierten en **seres vulnerables a la explotación sexual, a la violencia, a los embarazos no deseados y a las enfermedades de transmisión sexual.**⁽²¹⁾ Las niñas, las

(18) Villarino Villarino, Pilar (coord.), *op. cit.* p. 297

(19) Segundo Manifiesto de los Derechos de las Mujeres y Niñas con Discapacidad de la Unión Europea, mayo 2011, [en línea] <http://www.feaps.org>

(20) Amor Pan, José Ramón, *Sexualidad y chicas con Síndrome de Down: lo que los padres necesitan saber*, México, FSDNL, 2012. Este autor habla sobre las personas con Síndrome de Down, pero en este caso, nos parece apropiado trasladar sus consideraciones a todas las personas con discapacidad.

(21) El resaltado me pertenece.

adolescentes y las mujeres con discapacidad necesitan tener acceso a la educación afectivo-sexual para poder vivirla saludablemente. Deben alcanzar conocimientos sobre el funcionamiento del cuerpo (cómo se produce un embarazo y cómo se puede evitar; cómo hacer que la relación sexual sea más comunicativa y placentera; cómo oponerse a prácticas que no se desean; cómo evitar enfermedades de transmisión sexual...) impartida por profesionales expertos en la materia, como educadores de servicios sociales públicos.

4.4. La violencia y el acoso en el entorno escolar

Las niñas y las adolescentes con discapacidad están expuestas a un riesgo más elevado de sufrir acoso sexual y maltrato, debido a su género y discapacidad, por lo que es esencial elaborar estudios que ofrezcan datos relevantes y que permitan establecer las medidas adecuadas para poner fin a estas situaciones. Se necesitan acciones más firmes para proteger a las alumnas del acoso y el abuso sexual de que son víctimas continuamente.

Este punto también lo trabaja la CDPCD, en su art. 6º: Mujeres con Discapacidad:

1. Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención.

Todavía, en la actualidad, hay niñas y mujeres, sobre todo con discapacidad intelectual, mental y psicosocial, que son víctimas de una esterilización forzada o de prácticas abortivas que son provocadas por sus familiares. Estos actos deben ser condenados y erradicados por completo.

La CDPCD dice, en su art. 7º: Niños y niñas con discapacidad:

1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.
2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.
3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.

5. Qué estrategias debemos implementar

5.1. Respeto de las Personas con Discapacidad

- *Una correcta educación en materia de derechos sexuales y reproductivos desde los primeros años del ciclo educativo contribuiría sin duda al abandono de determinadas prácticas violentas ejercidas contra las mujeres con discapacidad tales como el aborto coercitivo y la esterilización forzada.*
- *Se debe proporcionar a los alumnos y a las alumnas conocimientos y habilidades que les permita orientar lo mejor posible sus decisiones en esta materia y reforzar las actitudes necesarias para vivir una sexualidad sana, positiva, evolutiva y prevenir los problemas que puede ocasionar la falta de formación e información.*
- *Es importante que se le enseñe a las niñas, niños y jóvenes cuáles son sus derechos y cómo ejercerlos.*
- *Es necesario informar sobre el acceso a todas aquellas actividades, recursos, ayudas a las que tuvieran derecho.*

5.2. Respeto de los padres y madres

- *Es necesario capacitarlos para que puedan empoderar a sus hijos y no dejarlos luego en una situación de vulnerabilidad.*
- *Es menester fomentar escuelas para madres y padres de niñas y niños y adolescentes con discapacidad, donde se formen en materia de género y sexualidad, y para que eduquen desde pequeños a sus hijos e hijas para la autonomía, la independencia, el desarrollo, etc. Formarse les permitirá reconocer y corregir los prejuicios sobre la dependencia de las personas con discapacidad. Se busca darles estrategias para que confíen en las posibilidades cognitivas, afectivas, sociales y morales de las personas con discapacidad.*
- *Es importante que aprendan a brindar un soporte adecuado a sus hijos e hijas, en todo momento, para favorecer su desarrollo integral. Deben constituirse en fuentes de referencia inmediata, capaces de brindar apoyo de manera positiva, con el objetivo de fortalecer la autoestima de sus hijos para que estos puedan desarrollar habilidades sociales que les permitan ejercer su autonomía sin dejarse vencer por los obstáculos puestos por la discriminación de otros.*

El Segundo Manifiesto de los Derechos de las Mujeres y Niñas con Discapacidad de la Unión Europea es claro respecto de la educación en el ámbito de los derechos reproductivos, al señalar que:

Los derechos reproductivos, entendidos como la libertad y autonomía de todas las personas para decidir libremente y con responsabilidad si tener descendencia o no, cuánta, en qué momento y con quién, engloban también **el derecho a contar con** información, **educación** y medios para ello; el derecho para tomar decisiones sobre la reproducción, libre de discriminación, coerción y violencia; el derecho al acceso a servicios de atención primaria de calidad, y el derecho a contar con medidas de protección a la maternidad. Todos ellos se tienen que garantizar plenamente para las adolescentes y mujeres con discapacidad en condiciones de igualdad, pleno consentimiento y respeto mutuo.⁽²²⁾

(22) Punto 8.6 (Derechos Sexuales y Reproductivos).

5.3. Respeto de los docentes

- *Es indispensable capacitar a los docentes con programas y planes que incluyan la formación en derechos humanos y el respeto a la diversidad.*
- *Es menester prepararlos para que puedan realizar una atención educativa inclusiva y de calidad a todos los alumnos. Deberán promover el respeto hacia los derechos de las niñas, niños y jóvenes con discapacidad.*
- *Deben asumir su responsabilidad de elaborar materiales educativos con la doble perspectiva de género y discapacidad.*
- *Los responsables de la educación sexual deberán comprometerse a brindar la información y formación a todos los alumnos y alumnas. Su enseñanza debe abarcar más que la simple genitalidad, la reproducción o la higiene sexual. Tendrá que incluir un discurso sobre el amor, las relaciones humanas, el afecto, la ternura, la intimidad, el encuentro con el otro y la vida en pareja: temas que se pasan por alto cuando se debe enseñar a las niñas, niños y jóvenes con discapacidad.*

El Segundo Manifiesto de los Derechos de las Mujeres y Niñas con Discapacidad de la Unión Europea establece que:

Los programas educativos deben tener en cuenta las necesidades formativas de las niñas y mujeres con discapacidad especialmente en situación de mayor riesgo de exclusión (como aquellas que tienen un alto grado de dependencia, las inmigrantes, las pertenecientes a minorías étnicas, las que habitan en un entorno rural y las mujeres mayores analfabetas), velando por su adecuada atención y luchando contra su abandono o su fracaso escolar.⁽²³⁾

También señala que:

Las niñas, las adolescentes y las mujeres con discapacidad necesitan tener acceso a la educación afectivo-sexual para poder vivirla saludablemente. Deben alcanzar conocimientos sobre el funcionamiento del cuerpo (cómo se produce un embarazo y cómo se puede evitar; cómo hacer que la relación sexual sea más comunicativa y placentera; cómo oponerse a prácticas que no se desean; cómo evitar enfermedades de transmisión sexual...) impartida por profesionales expertos en la materia, como educadores de servicios sociales públicos locales.⁽²⁴⁾

Se debe concientizar a las mujeres y niñas con discapacidad del riesgo de infección por VIH y SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual. Para ello, resultan esenciales la educación en materia de contracepción y la educación sexual.

El informe Mundial sobre la Discapacidad del 2011 nos dice:

Crear un entorno de aprendizaje inclusivo ayudará a todos los niños a aprender y realizar su potencial. Los sistemas educativos tienen que adoptar planteamientos más centrados en el alumno, con cambios en los planes de estudio, métodos y materiales de enseñanza y sistemas de evaluación y examen. Muchos países han adoptado planes de educación individual

(23) Punto 9.9.

(24) Punto 8.4.

como herramienta para apoyar la inclusión de los niños con discapacidad en los ámbitos educativos. Muchas de las barreras físicas a que se enfrentan los niños con discapacidad en la educación pueden superarse fácilmente con medidas tan simples como cambiar la disposición de las aulas. Algunos niños requerirán acceso a servicios adicionales de apoyo, como maestros de educación especial, auxiliares de aula y servicios de terapia.⁽²⁵⁾

5.4. Respeto de los medios

- *Fomentar la sensibilización pública y la comprensión de la discapacidad.*
- *Denunciar los casos de discriminación.*
- *Sensibilizar a toda la comunidad educativa respecto de la discapacidad, las diferencias de género y las necesidades de las alumnas con discapacidad.*
- *Utilizar el espacio de los medios para transmitir educación de una manera entretenida y accesible para todos y todas.*

5.5. Respeto del Gobierno Nacional⁽²⁶⁾

- *Elaboración de un Plan de Educación para Todas las Personas que incluya la doble perspectiva de género y discapacidad, aprovechando los avances y perspectiva de los desarrollos en el marco de la educación inclusiva.*
- *Adopción de medidas encaminadas a definir las necesidades educativas de las mujeres y niñas con discapacidad desde un enfoque transversal y redistribuir los recursos de la educación con el fin de evaluar los apoyos requeridos para atender las necesidades educativas concretas de las niñas y adolescentes desde un enfoque inclusivo, que incluyan la perspectiva de discapacidad. Incluir en dichas medidas el seguimiento individualizado de las necesidades de cada alumna.*
- *Confección de los materiales formativos desde la doble perspectiva de género y discapacidad para evitar contenidos sexistas y estereotipados de la condición femenina y masculina, denunciando todos los casos, exigiendo el respeto necesario y la observancia continua de dichos contenidos.*
- *Impulso de la educación sexual y reproductiva en los planes educativos de todas las etapas que incluya la doble perspectiva de género y discapacidad. Seguimiento y supervisión de la aplicación de estas medidas.*
- *Inclusión de las perspectivas de género y discapacidad en los indicadores utilizados para medir las tasas de escolarización.*
- *Adopción de medidas específicas dirigidas a promover la permanencia, en entornos inclusivos, de las adolescentes con discapacidad a lo largo de todo el sistema educativo.*
- *Análisis, a través de estudios específicos del abandono escolar entre las adolescentes con discapacidad, que permitan garantizar la aplicación de medidas específicas para cubrir las necesidades de estas alumnas.*

(25) Elaborado conjuntamente por la Organización Mundial de la Salud y el Grupo del Banco Mundial para proporcionar datos destinados a la formulación de políticas y programas que faciliten la aplicación de la CDPD.

(26) Pilar Villarino Villarino (coord.), *op. cit.*, p. 306. Copiamos solo algunas.

- *Sensibilización y formación de toda la comunidad educativa respecto de la discapacidad, las diferencias de género y las necesidades de las alumnas con discapacidad, respecto de la toma de conciencia acerca de las situaciones de discriminación por género que puedan existir y las posibles soluciones, así como para ofrecer una respuesta adecuada a las necesidades específicas de las alumnas con discapacidad, desde el punto de vista académico, personal o social.*
- *Promover cartas de intención y/o convenios con organismos públicos nacionales e internacionales y organizaciones de la sociedad civil a nivel nacional e internacional, con el fin de garantizar los derechos de las personas con discapacidad.*
- *Suministrar instalaciones sanitarias y mobiliarias adecuadas, que permitan atender las necesidades de las adolescentes con discapacidad, especialmente de aquellas en edad de menstruación, proporcionando a las adolescentes con discapacidad ayudas apropiadas durante los períodos menstruales (la falta de aseos adaptados condiciona la permanencia de las adolescentes con discapacidad en edad menstrual).*

Es obligación de todos los actores de la sociedad cambiar las prácticas actuales hacia las personas con discapacidad para lograr una sociedad inclusiva.

Así, centrándonos en las personas, y siendo capacitados en el modelo social de la discapacidad, todos los actores podremos hacer los ajustes razonables en virtud de las necesidades de cada persona y constituirnos en el apoyo necesario para trabajar en la igualdad de oportunidades.

MUJERES Y DISCAPACIDAD EN EDUCACIÓN SUPERIOR: PUERTAS ENTREABIERTAS

ALFONSINA ANGELINO,⁽¹⁾ NADIA HEREDIA,⁽²⁾
SANDRA LEA KATZ,⁽³⁾ BIBIANA MISISCHIA⁽⁴⁾
y SILVIA PROLONGO⁽⁵⁾

Palabras preliminares

Cuando nos invitan a escribir en esta publicación, inmediatamente dudé al no sentir que contaba con elementos suficientes para abordar la temática de: mujer-discapacidad-educación superior. Aunque podría pensarse por qué no hacerlo si: soy mujer, con más de 25 años como docente universitaria y me dedico a la temática de la discapacidad. Pero, sentía que este abordaje tenía muchas aristas, y fue en ese instante que pensé en convocar a mujeres, amigas, colegas que estamos en diferentes puntos del país y, entre todas, construir un texto. Por este motivo, y porque nos gusta estar acompañadas, porque nos divierte, aprendemos y nos damos el gusto de sentirnos cómplices, decidimos hacerlo entre varias. En esta incompleta selección, ya que hubiese convocado a muchas otras, les propuse a: Silvia Prolongo (Docente), Bibiana Mischia (Profesora, Investigadora, Extensionista y Coordinadora de la Comisión para la Inclusión de las Personas con Discapacidad de la UNRN), Alfonsina Angelino (Docente, Investigadora y Extensionista de la UNER) y Nadia Heredia (Licenciada en Filosofía y Especialista en Investigación Educativa).

(1) Docente, investigadora y extensionista de la Universidad Nacional de Entre Ríos. Licenciada en Trabajo Social. Especialista en Metodología de la Investigación Científica. Codirectora del Programa "La producción social de la discapacidad" de la FTS. Codirectora de equipos de investigación en la FTS. UNER. Integrante de la Comisión de Accesibilidad y Discapacidad (UNER).

(2) Licenciada en Filosofía y Especialista en Investigación Educativa y temáticas ético-filosóficas desde un abordaje latinoamericano. Titular de Cátedra en la Universidad Nacional del Comahue.

(3) Profesora de Educación Física y Lic. en Psicología (UNLP). Docente, investigadora y extensionista. Docente Adjunta de la materia Didáctica para la integración en Educación Física (UNLP). Coordinadora de la Comisión Universitaria sobre Discapacidad CUD-UNLP y Coordinadora de la Red Interuniversitaria Latinoamericana y del Caribe sobre Discapacidad y Derechos Humanos.

(4) Profesora, investigadora, extensionista y Coordinadora de la Comisión para la Inclusión de las Personas con Discapacidad de la Universidad Nacional de Río Negro. Presidenta de la Fundación Invisibles, dedicada a visibilizar la situación de las personas con discapacidad.

(5) Docente. Se especializa en estudios de género, violencia y discapacidad. Es Directora del Programa de Desarrollo de Estudios de las Mujeres PRODEM de la Facultad Ciencias Sociales (Universidad Nacional de San Juan), con diplomaturas en Género, Derechos Humanos y violencia. Co-coordinadora de la Comisión de Discapacidad (Universidad Nacional de San Juan).

Aquí estamos: cinco mujeres vinculadas en red, con historias particulares, recorridos singulares, cuerpos diferentes, de distintas generaciones, integrantes de otras redes, como la Red Universitaria Latinoamericana y del Caribe sobre Discapacidad y Derechos Humanos, donde otras mujeres nos aportan y comparten su lucha por transformar esta realidad injusta; donde cada una frente a estudiantes, futuros profesionales, como integrantes de equipos de investigación y extensión, intentamos transmitir que cada una de nosotras tiene posibilidades de transformación. Estamos impregnados de ideas, leyes, textos, imágenes, sonidos, conocimiento, pero es a través de nuestros cuerpos, nuestros gestos, nuestras acciones que conformamos el entramado social y preparamos un camino en diálogo con la realidad y con cada uno de esas. Esas historias únicas, aisladas, para que la educación superior sea un agente de cambio y de producción de conocimiento.

Los invitamos a recorrer, con diferentes graduaciones en los caminos y en las curvas que nos lleven a giros históricos, posibles relatos, experiencias, textos, ideas que ayuden a comprender un poco más esta realidad de la cual somos integrantes y también potenciales actores de transformación como docentes, investigadoras, extensionistas, gestoras y promotoras de trabajar contenidos vinculados a género y discapacidad en la cátedras, proyectos, investigaciones de la educación superior.

Desde la Red Universitaria Latinoamericana y del Caribe sobre Discapacidad y Derechos Humanos, que en la actualidad está conformada por las instituciones de Educación Superior de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Guatemala, México, Paraguay, Panamá, Perú, y Uruguay. En nuestros encuentros e intercambios pudimos confirmar la preocupación por la vacancia de la temática de género y discapacidad. Cuando se plantea esta temática, las primeras acciones que se visibilizan tienen que ver con la ausencia de barreras físicas, falta de rampas. Esta pareciera que resume y materializa en una sola obra todas las exclusiones. Que haya rampas pareciera que es el indicador de inclusión. Obviamente que no desconocemos la importancia de su presencia, pero entendemos que son muchas más las barreras y las invisibilizaciones en relación a discapacidad y género.

Luego de las rampas, aparecen los primeros esbozos de apoyo a estudiantes con discapacidad, entendiendo que el segundo indicador tiene que ver con la presencia física de estudiantes con discapacidad. Tampoco desconocemos la importancia de dicha presencia, de hecho es la posibilidad de aceleración del proceso de transformación, ya que no solo es necesario hablar de discapacidad sino que las propias personas viven a diario lo que parecería que se quiere ocultar: las diferencias que nos caracterizan como humanos. Con diferentes cuerpos, diferentes formas de trasladarnos, de comunicarnos, de movernos, etc.

Y aquí queremos hacer mención a una responsabilidad trascendente que entendemos que nos cabe como institución de Educación Superior, que es la formación de los futuros profesionales en concordancia y en diálogo con la realidad social. Toda vez que adherimos al postulado de la educación como derecho y como bien social, comprendemos que aún faltan políticas públicas para garantizarlo. Los primeros indicios se observan en proyectos esporádicos, recortados, acotados donde a través de proyectos de extensión, de voluntariado o de investigación, seminarios, cursos, etc., empiezan a marcar presencia. Para dar cuenta de una injusticia o de un tema invisibilizado hay que demostrarlo a través de alguno de los dispositivos que hoy ofrece la educación superior. Hoy contamos con algunas experiencias de transversalización en cátedras y/o proyectos, dando una posibilidad de lograr efectos de transformación a largo plazo. En las instituciones de Educación Superior latinoamericanas hay contenidos, cursos,

seminarios de discapacidad y algunos de género y discapacidad. Muy pocos. Pero son indicios de apertura de espacios donde la realidad empieza a filtrarse en la vida universitaria. Podríamos discutir si es necesario o estratégico el propiciar seminarios específicos o transversalizar la temática. Esto seguirá siendo tema de debate, pero en el mientras tanto sigamos abriendo puertas, ventanas, cabezas, porque la realidad exige profesionales comprometidos con la ciudadanía.

Al hacer mención de personas con discapacidad en la Educación Superior pareciera que solo se piensa en estudiantes, cuando en la comunidad universitaria también hay docentes y no docentes con discapacidad. Sandra L. Katz

1. Primeras palabras detrás de la puerta

La primera Convención Internacional de este siglo marcó un hito respecto a su forma de ser construida y a la incorporación de manera transversal de ciertos sectores vulnerados, como ser el caso de niñez y mujeres. Sabemos que en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, se expresan los debates en relación al abordaje de la discapacidad; en esta oportunidad nos centraremos en el derecho a la educación sin discriminación y en base a la igualdad de oportunidades y, en particular, la situación de las mujeres con discapacidad. Si bien no hace más de dos décadas que el sistema educativo ha incorporado estrategias y políticas públicas para la inclusión, las mismas se han dirigido mayoritariamente a la educación inicial, primaria y, en menor medida, secundaria. El hecho de que la educación secundaria haya sido planteada como obligatoria a partir de la Ley Nacional de Educación en el año 2006 pone en debate propuestas de retención y permanencia de los estudiantes en general, y de aquellos sectores de la sociedad más excluidos en particular. Frente a este panorama y respecto a la educación universitaria queremos, a lo largo de este texto, compartir algunos interrogantes: ¿cuál es la situación de las mujeres con discapacidad?, ¿cuál es la situación de las mujeres con discapacidad en la Educación superior?, ¿qué datos en relación al derecho a la educación de las mujeres con discapacidad están disponibles y qué “nos relatan”?, ¿qué desafíos nos presenta la relación entre Educación Superior, mujeres y discapacidad?

Miradas en relación a la diferencia: desde afuera de la universidad, en un mundo donde conviven en tensión procesos de des-igualación, procesos de emancipación; desde adentro de la universidad, su estructura y sus políticas como barreras o como facilitadoras de la ausencia o presencia de las personas con discapacidad en su seno.

2. Puertas adentro: las mujeres en la Educación Superior

¿Cómo ha sido el camino recorrido en la Educación Superior desde finales del siglo XIX para las mujeres? Un estrecho camino con múltiples escollos ya que por el simple hecho de ser mujeres se las consideraba prácticamente incapaces y, desde los claustros, se sostenía en la práctica este concepto misógino. Como claramente analizan Ramacciotti y Valobra:

... las teorías imperantes invocaban a sofisticadas fórmulas seudo científicas que misturaban elementos de la frenología, la craneometría y la biotopología con el objetivo de encontrar alguna explicación que diera sustento objetivo, observable y numéricamente demostrable para lograr

comprobar que las mujeres tenían una inferioridad biológica constitutiva que hacía incompatibles las funciones maternas con la realización de actividades científicas e intelectuales (Gómez Rodríguez 2005: 478-492). Autores muy difundidos en Argentina como el filósofo austriaco Otto Weininger o el médico español Gregorio Marañón, señalaban las serias patologías que podían generar en las mujeres el exceso intelectual —particularmente, en su misión fundamental: la maternidad— y aconsejaban actividades que involucraran tareas relacionadas con el orden y complementación con el genio viril, Marañón afirmaba: “al talento femenino (...) aunque alcance límites avanzados de claridad y penetración, le falta originalidad. Por eso en la ciencia las mujeres son buenas técnicas, pero no inventoras” (Marañón 1920: 18).⁽⁶⁾

La universidad, institución de origen netamente patriarcal, concebida para una élite y casi exclusivamente para varones, a finales del siglo XIX ve golpeadas sus puertas por mujeres influenciadas por el movimiento de mujeres sufragista y feminista floreciente en Europa que hace eclosión en Argentina a comienzos del siglo XX y que lucha por la igualdad de derechos políticos y el acceso a la educación y a la ciencia.

En aquellos tiempos, las carreras elegidas por las mujeres en su mayoría eran las que correspondían a los roles considerados tradicionalmente femeninos: el cuidado de la salud y la enseñanza. Recordemos lo sucedido a Cecilia Grierson, primera médica latinoamericana egresada en 1889, y a Elvira Rawson, egresada en 1892, ambas de la Universidad Nacional de Buenos Aires, quienes tuvieron que estudiar enfermería para poder ingresar a la Facultad de Medicina. Y, como si esto fuera poco, a Cecilia Grierson que era médica cirujana, no se le dio oportunidad de ejercer como jefa de sala, médica escolar o de ingresar como profesora en la facultad de medicina, exclusivamente por su sexo.

Se fue produciendo entonces la lenta pero progresiva incorporación de las mujeres a los estudios académicos que ha tenido diversas aristas no exentas de conflictos. En el extenso proceso histórico en el cual se verificó la integración femenina a la vida universitaria se hicieron visibles tanto las resistencias a su incorporación, las dificultades —con diferentes matices— para formar parte del cuerpo académico, como las estrategias desarrolladas para sortear esos problemas.⁽⁷⁾

Actualmente, según los datos del último censo,⁽⁸⁾ las mujeres universitarias son más que los hombres graduados: el 55% de los argentinos que tienen título universitario son mujeres. Esta variación se relaciona con cambios culturales sobre la significación de roles de las mujeres y la lucha de este sector por la equidad e igualdad de derechos.

Sin embargo, esta posibilidad de la mano de la ubicación tradicional de la mujer en su rol de esposa, madre y ama de casa genera conflictos con sobrecarga de funciones, más que un espacio de equidad.

(6) Ramacciotti, K. I. y Valobra, M. A., “Género y Ciencia: hombres, mujeres e investigación científica en América Latina, siglos XVIII-XX”, en *AHILA*, n° 7, 2011.

(7) Lorenzo, María Laura Fernanda, “Que sepa coser, que sepa bordar, que sepa abrir la puerta para ir a la universidad. Las académicas de la Universidad de Buenos Aires en la primera mitad del siglo XX”, tesis de maestría, Instituto de Altos Estudios Sociales Universidad Nacional de General San Martín, diciembre de 2009, defendida en junio de 2010.

(8) Ver [en línea] <http://www.censo2010.indec.gov.ar/>

Esta problemática no se agota entonces en un conflicto de roles, sino que interpela los modos socio históricos de producción de subjetividad; interroga la relación entre la aparición de nuevas prácticas sociales (en este caso de profesionalización) y la institución de nuevas formas de subjetividad.⁽⁹⁾

La pregunta es, en esta situación, ¿dónde se ubican las mujeres con discapacidad? Tanto como estudiantes, como trabajadoras universitarias, ¿qué modelos y perspectivas subyacen? Para ello, es necesario introducirse en algunos elementos referidos a la situación de las mujeres con discapacidad, más allá de la vida universitaria.

3. Desde afuera de la universidad, ¿cuál es la situación de las mujeres con discapacidad?

Las vivencias relacionadas con los procesos de exclusión de las mujeres con discapacidad inciden en la posibilidad de autonomía y participación de estas últimas. Las barreras existentes y las prácticas discriminatorias se asientan sobre experiencias y valores socialmente compartidos. Plantear la posibilidad de la paridad requiere siempre pensarla en el marco de la comunidad, que nos permite dar sentido, contenido y alcance a los significados de los relatos que se construyen.

En una comunidad con matrices históricas arraigadas en principios ligados a la autoridad religiosa, médica y legal prima la mirada del “otro” como objeto; especialmente, las mujeres y las personas con discapacidad; particularmente, las mujeres con discapacidad. Su palabra o presencia se ha acallado o desdibujado; es una otredad negada y convertida en un hecho de exclusión invisible, en un “otro” ausente. Dicha ausencia e invisibilización es un procedimiento que cotidianamente se reproduce: no es algo dado y natural.

La múltiple invisibilización que enfrentan las mujeres con discapacidad deriva de su condición de mujer y de persona con discapacidad. Este hecho acentúa las situaciones de desigualdad e injusticia y las coloca en una evidente desventaja respecto al resto de la ciudadanía. Ello se evidencia en el acceso limitado a servicios y prestaciones de salud de calidad suficiente, al empleo en igualdad de condiciones, a trayectos educativos incompletos, mayor riesgo de sufrir situaciones de violencia, con una legislación impecable con un discurso inaplicable, carente de prácticas y asignación de presupuestos. La discriminación mencionada no es la suma de las necesidades que se plantean por discapacidad y género, sino que al conjugarse ambas variables se produce una situación diferente.

“La discapacidad es, entonces una categoría social y política. Es una invención producida a partir de la idea de normalidad en el contexto de la modernidad y en estrecha vinculación con una estructura económica, social y cultural, fundada en las relaciones sociales de producción”.⁽¹⁰⁾

Si la discapacidad es un fenómeno social que parte desde una estigmatización de un grupo social sobre el que recaen mecanismos opresivos, el primer principio a reivindicar es la autonomía de ese grupo y la participación plena.

(9) Fernández, Ana María, *La mujer de la ilusión*, Bs. As., Paidós, 1994.

(10) Vallejos, Indiana, “Parecerse a Nosotros. Debates acerca de las representaciones sociales de los docentes de educación básica acerca de la discapacidad”, en Rosato A. y Vain, P., (coords.), *La construcción social de la normalidad. Alteridades, diferencias y diversidad*, Bs. As., Novedades Educativas, 2005.

Aunque los espacios de participación son posibles, subyace una relación de poder homogeneizante que requiere la emergencia de la palabra de las propias personas con discapacidad.

Refiriendo a la situación de las mujeres, actualmente se ponen en evidencia transformaciones de las prácticas sociales y mentalidades colectivas que hacen que la mujer irrumpa en los espacios sociales históricamente asignados a los varones. La invisibilización y relegación responde a tramas sociales, económicas, políticas y culturales que la ubican en una posición de subalternidad producto de las interacciones sociales a lo largo del tiempo. Esta visibilidad pone en evidencia las desigualdades aún imperantes, huellas que constituyen la diferencia de los géneros y producen una crisis de legitimación de la desigualdad social, poniendo en jaque la perspectiva que daba este proceso como fenómeno natural.

Considerar la discapacidad y el género como una experiencia histórica implica un análisis de la formación de los saberes que a ella se refieren, los sistemas de poder que regulan su práctica y las formas según las cuales los individuos pueden y deben reconocerse como sujetos.

La diferencia se ubica como figura central: no refiere a una distinción, oposición, aceptación o contradicción, sino que se construye con experiencias de alteridad, de imprevisibilidad, que nos conforman como humanos, que reconocen lo singular en el hecho de ser mujeres y varones.

En la situación de las mujeres y de las personas con discapacidad, la diferencia se constituyó históricamente arraigada a la inferioridad y la subordinación, fundamentada y atravesada por las relaciones de poder, que se manifiestan como un ejercicio de violencia. Por ello, en el mismo movimiento se distingue la diferencia, instituyéndose la desigualdad, se conforman “diferencias desiguales”.

Nos plantea Ana María Fernández que “hablar de diferencias desiguales supone pensar que la construcción de una diferencia se produce dentro de dispositivos de poder: de género, de clase, de etnia, geopolíticos, etc.”.⁽¹¹⁾ Frente a ello, se requiere la construcción de un espacio de igualdad desde el reconocimiento de las diferencias otorgando poder a las mismas para convertirlo en potencia y capacidad de acción, relaciones de poder que emanan de la posibilidad de constituirse en un sujeto colectivo cohesionado por acuerdos. Se impone la necesidad de dilucidar los dispositivos biopolíticos, no solo a partir de la lectura de los grandes acontecimientos públicos sino de la cotidianidad; de recuperar los relatos que pongan en evidencia las relaciones asimétricas, basadas en mandatos de dominación y obediencia.

Este es un punto que, en la situación de las personas con discapacidad, se ha dado desde el fenómeno de la exclusión presente en el actual modelo hegemónico, preocupado por la construcción de nuevos relatos sobre la integración, la inclusión de personas con discapacidad, en un contexto de fuerte incremento de las desigualdades y fragmentación, donde las personas excluidas no tienen derechos.

Cuando aún los derechos humanos se miran con el universal “hombre”, donde las humanas deben ser reconocidas en documentos donde se las mencionen específicamente para que se las visibilice, se reconoce de hecho que un sistema —el patriarcal— y la globali-

(11) Fernández, Ana María, “Las diferencias desiguales: multiplicidades, invenciones políticas y transdisciplina”, en *Nómadas*, n° 30, Universidad Central de Colombia, 2009, p. 26.

zación con sus políticas de mercado que echa por tierra todo lo que no sea productivo y exitoso se está agrietando (aunque siga todavía vigente); ello, desde la lógica de funcionamiento legitimada del sistema capitalista.

La ausencia de información respecto a la situación de las mujeres con discapacidad en publicaciones de movimientos feministas u organizaciones reconocidas que tratan el tema de género (ONU Mujeres, Red de Mujeres en Salud de América Latina y el Caribe, FEIM - Fundación para el estudio e investigación de la mujer, Grupo de Mujeres de la Argentina, Fundación Mujeres Tramando, Grupos Políticas de Género, Fundación Mujeres en la Igualdad, entre otras) es otra invisibilización dentro del propio movimiento.

Desde afuera, viendo la puerta entreabierta, existen procesos de inclusión que son producto de los esfuerzos de las personas con discapacidad y sus allegados, verdaderas carreras de obstáculos en lugar de caminos de acceso con apoyaturas de reconocimiento integral, donde cuerpo, mente y circunstancias personales no sean campos de tensiones entre “modelos”, sino sujetos partícipes de construcción de una realidad de la que también son parte, con derechos, con diferencias, con desventajas, con valores, con dolores; con todo eso y mucho más. Si hablamos de igualdad es porque aún hay desigualdad e injusticia.

También existen algunos movimientos de personas con discapacidad y otros que están en construcción. Estos nos muestran la reconstrucción posible de los lazos de solidaridad y conciencia histórica. Es la lucha por hacerse visibles, por no ser negados como sujetos con derechos. Sin embargo, aún no se visualizan en Argentina pactos y alianzas dentro del movimiento feminista respecto a las mujeres con discapacidad, quizás es la huella histórica del movimiento y la carencia de lucha y reivindicaciones de la diferencia. Se da así una paradoja: en espacios que luchan en contra de la discriminación se sostiene un pensamiento que pone en duda las capacidades, desde un modelo normalizador y homogéneo, basado en el prejuicio.

4. ¿Qué datos en relación al derecho a la educación de las mujeres con discapacidad están disponibles y qué “nos relatan”?

Los datos derivados del Censo Nacional del 2010 en nuestro país solo identifican el porcentaje de hombres y mujeres en situación de discapacidad; no existen datos significativos o relacionados con los derechos y la situación de las mujeres en particular. Tampoco en documentos e informes de organismos Internacionales como la OIT y la ONU.

En el caso del anuario estadístico sobre discapacidad elaborado por el Servicio Nacional de Rehabilitación, se suma el porcentaje de prevalencia de tipos de discapacidad según sexo y distribución de hombres y mujeres según tramo de edad.

Indica que el 52,20% de las personas con discapacidad certificadas son hombres, cifra que representa un total de 51.405 personas, mientras que el 47,80% son mujeres, y suman un total de 47.024 personas. Esta proporción difiere ligeramente de la observada para la población total, según el último censo, donde las mujeres representan el 51% de la población, sobre los hombres que concentran el 49% (INDEC, 2010). Una mirada que escapa de la complejidad del abordaje de género y de los lineamientos de la Convención, ya que no nos dice nada sobre el acceso a los derechos. Reflexión coincidente con lo planteado en el informe alternativo realizado por organizaciones de la sociedad civil argentinas, que recomienda “realizar estudios de investigación sobre discapacidad y género ya que no se cuenta con datos oficiales sobre el tema” (REDI, CELS, FAICA, ADC, FENDIM, 2012).

La situación educativa, según datos del informe “Personas con discapacidad y acceso a servicios educativos en Latinoamérica”, elaborado por CERMI España, indica que en Argentina no hay crecimiento en las tasas de alfabetización (la tasa de analfabetismo en ese sector oscila entre el 40% y 55%), se evidencia un retroceso leve en las cifras de personas que llegan a quinto grado, se sostienen las brechas en las tasas de matriculación en el sistema secundario y terciario. En 2001, se había incorporado a las escuelas comunes solo el 32% de la matrícula total de educación especial.

Si bien los últimos registros oficiales del Ministerio de Educación Nacional son del año 2007, veamos qué nos hacen pensar estas cifras.

Para el año 2007, según datos del Ministerio de Educación Nacional, hay 78.797 alumnos en escuelas especiales; de ellos, 10.640 están en el nivel inicial, 65.479 en el primario y 2678 en el secundario. En tanto, de los alumnos integrados: 3935, en inicial; 21.421, en primaria; y solo 831, en el secundario. Sin embargo, comparativamente, se ha incrementado el porcentaje de ingreso a la escuela especial, por sobre el de la escuela común.

Tabla 1.

2001		2007	
69,92%	20,93%	75,06%	24,94%
Escuela especial	Escuela común	Escuela especial	Escuela común

Si a esto le sumamos que, de acuerdo al último censo poblacional realizado en nuestro país en el año 2010, los datos que relacionan discapacidad y educación son:

- *El 34% de los niños y niñas de 3 a 5 años con discapacidad no asiste a la escuela en Argentina.*
- *Más del 90% de las personas con discapacidad entre 6 y 14 años asiste a la escuela.*
- *El 35% de los adolescentes de entre 14 y 19 años con discapacidad no asisten a la escuela.*
- *El 29,62% de las personas con discapacidad de entre 20 y 24 años asisten a un establecimiento educativo.*

Los niveles de analfabetismo existentes, el desgranamiento a lo largo del paso por los distintos niveles educativos, el aumento de la matrícula en la escuela especial por sobre alumnos incluidos dejan una puerta apenas abierta para el acceso a la educación superior de las personas con discapacidad. Según los datos del Servicio Nacional de Rehabilitación (2011), el 4,30% (3112 personas) posee estudios terciarios/universitarios incompletos y el 6,10% (4458 personas) finalizó sus estudios terciarios/universitarios; el 74,60% de estos últimos lo hizo antes de adquirir la discapacidad; quienes alcanzaron completarlos entre el momento que adquirieron la discapacidad y sus secuelas suman un 16,80%, mientras que los que completaron sus estudios después del daño representaron el 8,60% de la población total.

En el mes de junio del 2012 se realizó un relevamiento desde la Secretaría de Políticas Públicas Universitarias (SPU) y la Comisión Interuniversitaria: Discapacidad y Derechos Humanos con el fin de otorgar equipamiento con *software* y *hardware* de accesibilidad, que arrojó un resultado de 1062 alumnos universitarios con discapacidad en universidades públicas, sobre un total de 1.267.519 estudiantes de pregrado y grado (0,08%). No hay datos sobre el porcentaje de personas con discapacidad que egresan.

Durante los meses de julio y agosto de este año 2013 se estuvo realizando un segundo relevamiento. Nuevamente, datos que no incluyen la perspectiva de las mujeres con discapacidad.

Reflejo de la huella del origen homogenizador y negador de las diferencias, se observa que estos procesos en el ámbito educativo han sido signados por mecanismos de distinción y reclasificación de los sujetos sociales. Sin embargo, la discapacitación, al igual que la negación al construirse desde una valoración social, no dependen de una sola persona ni de un solo acto, sino que están incluidos dentro del imaginario social; por lo tanto, sostenidas por mecanismos analizables, desarticulables y potencialmente modificables.

5. Educación Superior, mujeres y discapacidad: poner en juego desde la ética nuestra dignidad

Reflexionar acerca de las mujeres con discapacidad en Educación Superior resulta en nuestro contexto nacional y latinoamericano un doble desafío, en tanto aún es una deuda el abordaje de la situación de la discapacidad en Educación Superior en general, más allá y más acá de los géneros.

Que la situación de la discapacidad deje de ser tema de especialistas interesados, familiares y las propias personas en dicha situación es lo que hoy ocupa, o debería ocupar, la mayor cantidad de acciones, en tanto políticas públicas e institucionales en torno a la discapacidad.

En la esfera de la Educación Superior, si bien se cuenta con la conformación institucionalizada de la Comisión Interuniversitaria: Discapacidad y Derechos Humanos —que nuclea las diferentes comisiones, áreas, proyectos, etc. que en cada universidad nacional pública aborda la discapacidad—, que la discapacidad sea tratada transversalmente desde cada facultad, carrera, cátedra y cada sector universitario es precisamente el desafío que actualmente se está atravesando.

Asumir concepciones sociales de la discapacidad que desculpabilicen a los sujetos de sus realidades de participación o de exclusión implica compromisos de transformación de condiciones no solo a nivel material, sino también al nivel de producción-reproducción de concepciones ideológicas que de una vez por todas no dejen a nadie por fuera de esta urgente necesidad de cambios.

La Educación Superior juega un rol fundamental en este proceso de construcciones culturales, discursivas y disciplinares desde trasfondos tan visibles como imperceptibles de los imaginarios sociales acerca de la discapacidad. Estos imaginarios se complejizan si pensamos estas relaciones asimétricas de poder atravesadas por otras construcciones sociales opresoras naturalizadas, como son las relativas a las mujeres, las corporalidades y la tan presente construcción de lo normal, la normalidad y los normales. De esta forma, desde la Educación Superior, como mano derecha de la construcción de saberes social y científicamente legitimados, debemos asumir esta urgente responsabilidad de desentrañar estas construcciones, cuestionarlas, deconstruirlas, cuando no destruirlas.

Descolonizar el discurso acerca de las mujeres en situación de discapacidad implica así desestructurar el discurso patriarcal, en general, complejizándolo con la desestructuración de otras opresiones operantes tales como las de raza y clase, entre otras. Nada nuevo bajo el sol, y sin embargo, la más acuciante de las responsabilidades éticas de apoyo a cada

frente de liberación⁽¹²⁾ que tienda a efectivizar una realidad apenas más habitable desde una lógica de éticas dignificantes de la vida sin más. Todas las disciplinas tenemos algo que decir, algo que no volver a decir, algo que desdecir. La ética de cada uno de los que somos parte de la educación en general, y de la Educación Superior en particular, es lo que se pone en juego en cada decisión tendiente a sostener condiciones de permanencia en lo mismo, o tendiente a transformar relaciones opresoras. Nuestra dignidad es lo que se pone en juego, no la de ningún Otro ni Otra. Es hora de asumirnos desde la Educación Superior en este contexto de acción.

La universidad pública argentina, fiel a su tradición reformista, tiene la responsabilidad indelegable de formar profesionales comprometidos éticamente con sus realidades regionales y las problemáticas de su época y también intelectuales que estén atentos a las múltiples invisibilidades y opresiones que la cuestión social actual amplifica día a día.

Creemos fundamental reafirmar que la discapacidad no es una realidad individual, biológica y médica sino, fundamentalmente, una relación de opresión,⁽¹³⁾ una relación política que inscribe en cuerpos y subjetividades singulares experiencias de deshumanización, de subjetivación e invisibilidad.⁽¹⁴⁾ En el *continuum* mujeres-discapacidad se sobreimprimen las opresiones de una ideología de la normalidad que construye como abyectos a los cuerpos femeninos “certificados” de discapacidad.

La transversalidad de la discapacidad en estas claves analíticas resulta así un compromiso que excede ampliamente su tematización o simple reconocimiento en las currículas de algunas de las disciplinas y carreras que se dictan en la universidad. No es responsabilidad o mandato de las “ciencias sociales” sino que la necesidad urgente de discutir y reflexionar acerca de estas y otras cuestiones es ineludible en tanto atañe al corazón mismo del pensamiento crítico y comprometido que se dice sostener. Existen hoy, felizmente, muchos grupos de investigación, docencia y extensión a lo largo de las universidades públicas argentinas y de la región que vienen batallando “desde adentro” para consolidar espacios de trabajo que posibiliten no solo visibilizar vacancias temáticas y de formación sino para configurar redes de intercambio de experiencias en que las confluencias e intersecciones de género, clase, etnia, generación, posibiliten complejizar miradas y abordajes con implicancias directas en las prácticas intra y extrauniversitarias.

Las vacancias en la formación se articulan con vacancias en la producción de conocimientos que escasamente ha superado la mirada médico-correctiva hacia la discapacidad. Si bien hay que reconocer que en los últimos 15 años va constituyéndose una red de docentes e investigadores que propugnan por instalar nuevas miradas y enfoques, la hegemonía de miradas correctivas y rehabilitatorias sigue siendo una constante. Consideramos que es preciso abrir a dimensiones que se juegan en esta persistencia, entendiendo que esta persistencia hegemónica se alimenta de las tensiones que desata la creciente medicalización de la sociedad en su conjunto con múltiples fórmulas mágicas de “cura química” del malestar en la cultura. Excede al presente artículo el abordaje de esta tendencia preocupante, pero debemos ser capaces de entender las articulaciones entre fenómenos que por un lado abren

(12) Dussel, E., *Introducción a una filosofía de la liberación Latinoamericana*, Bogotá, Editorial Te-ixtli, 2000.

(13) Oliver, M., “Políticas sociales y discapacidad. Algunas consideraciones teóricas”, en L. Barton (comp.), *Superar las barreras de la discapacidad*, Madrid, Morata, 2008.

(14) Angelino, M. A. y Almeida, M. E., “La violencia del saber. Discapacidad y producción de conocimientos en la universidad”, ponencia presentada en las *XII Jornadas de Investigación en Ciencias Sociales*, Montevideo, ROU, septiembre de 2013, inédita.

a diversas formas del reconocimiento de derechos y en un movimiento inverso habilitan las miradas cada vez más medicalizadas de las diferencias.

6. Disquisiciones en torno a las violencias del saber académico

A lo largo de todos estos años, hemos podido advertir que, aun cuando las universidades vienen realizando esfuerzos por instalar la temática en los distintos espacios, la discapacidad sigue siendo en muchos casos un “tema” de acciones o políticas de accesibilidad, inclusión o barreras físicas —no pocas veces hay más simulación que concreción de transformaciones reales—, pero muy incipientemente se discute la transversalidad de la temática en la formación de profesionales que luego actuarán en el campo. Más incipiente aún es la discapacidad en la agenda de investigación.

Algunos podrían decir que no hay vacancia del tema ya que desde las perspectivas que inscriben a la discapacidad como efecto de una naturaleza que falla arbitrariamente existen muchos, numerosos, demasiados manuales, catálogos, descripciones y documentos acerca de cómo ser, qué hacen, qué les gusta o no, qué pueden o no pueden hacer o decir, o pensar los discapacitados, sus familias y allegados y qué nos compete a los profesionales hacer para intentar para corregir esa falla. Aquí reconocemos una deuda con miradas que amplíen el foco e introduzcan otros interrogantes a los clásicos interrogantes esencialistas: ¿qué es la discapacidad?, ¿qué es ser mujer con discapacidad?, etc. Las preguntas de conocimiento deberían virar hacia preguntas por las experiencias en discapacidad, por las experiencias singulares de habitar el mundo como mujer y como discapacitada o, mejor, como mujer discapacitada. Si entendemos a la discapacidad como relación de opresión y no como tragedia personal la cuestión cambia radicalmente. Por ello, el compromiso quizás resulte más productivo y propositivo si pasamos a preguntar(nos) por qué investigar y para qué o en qué claves, con qué horizontes de sentido político, ético y social producimos conocimiento. De algún modo, implica estar atentos a las múltiples violencias del saber “académico”:⁽¹⁵⁾ la esencialización, la generalización y las dicotomías analíticas de las que muchas veces quedamos presos cuando se trata de **decir a los otros**.

La teoría no es el conocimiento; permite el conocimiento. Una teoría no es una llegada; es la posibilidad de una partida. Una teoría no es una solución; es la posibilidad de tratar un problema⁽¹⁶⁾ y, por ello, debemos estar alertas y atentos no solo a qué objetos **hacemos** al investigar sino qué **hacemos con esos objetos**.

Nuestro problema como universitarias/profesionales es que en ocasiones caemos en lo que Najmanovich ha denominado “captura definicional”, una forma de la violencia del saber desde la cual se dictamina desde afuera qué es la discapacidad haciéndola “objeto de conocimiento”. Se reafirma así la violencia epistémica⁽¹⁷⁾ como una forma de invisibilizar al otro, expropiándolo de su posibilidad de (re)presentación.

Advertir la potencia de ciertas gramáticas universitarias implica detenerse a reflexionar tanto en qué tipo de conocimiento se produce en nuestras universidades cuanto de qué

(15) Najmanovich, Denise, “El saber de la violencia y la violencia del saber”, [en línea] en http://violentologia.blogspot.com.ar/2012_09_01_archive.html, 2012.

(16) Morin, Edgar, *Ciencia con consciencia, Pensamiento crítico/Pensamiento utópico*, colección dirigida por José M. Ortega, Barcelona, Anthropos, Editorial del hombre, 1984, p. 363.

(17) Castro-Gómez, S., “Ciencias sociales, violencia epistémica y el problema de la ‘invención del otro’”, en Lander, E. (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Buenos Aires, CLACSO, 2000, pp. 145/161.

manera se produce. El saber se vuelve violencia cuando, por ejemplo, se asume como único y verdadero *per se*. La tradición iluminista de nuestras universidades, la que reivindica para sí mismas la de ser el “faro del saber” legitima muchas veces prácticas de opresión y desubjetivación en nombre del saber científico. El saber profesional conseguido a precio de la desubjetivación del otro se vuelve promesa vacía cuando ese otro no tiene posibilidad de decir(se) en primera persona. No pocas veces nos atribuimos la legitimidad de decir a los otros y también decidir por ellos. En cualquier caso, los efectos de las violencias del saber son más que simbólicos, definen y deciden trayectorias vitales hacia territorios de deshumanización, minorización y/o tutela.⁽¹⁸⁾

¿Qué pasaría si todos aquellos que son nuestros objetos de investigación, nuestros territorios de producción de conocimiento alzarán su voz para advertirnos acerca justamente de su existencia por fuera de nuestras teorías, explicaciones, hipótesis y resultados?

“Nada sobre nosotros sin nosotros”. Podríamos agregar a este imperativo: “Nada sobre nosotros y nosotras sin nosotros y nosotras”, incluso la producción de conocimiento. Esa consigna tan diseminada del movimiento de vida independiente necesita cobrar vida, hacerse cuerpo. El saber producido en un contexto de desubjetivación de los involucrados resulta violento.⁽¹⁹⁾

Las disputas son simbólicas pero, sin duda, profundamente materiales. Tal como afirma Denise Najmanovich, no es necesario aclarar que aquello que llamamos simbólico “no es un conjunto de abstracciones que descienden mágicamente en nuestro cerebro”.⁽²⁰⁾

En el mismo sentido, Sergio Caggiano⁽²¹⁾ afirma que la historicidad de los sistemas de categorías y clasificaciones sociales muestra su productividad ya que se trata de herramientas de poder. Herramientas de poder nominar y, en ese sentido, construir al otro/otra. Hablamos de consecuencias en la vida de la gente involucrada. Por ello, pensar las tensiones entre producción de conocimiento y discapacidad es advertir de las complejidades de entramados en que los objetos producidos por la teoría son sujetos de carne y hueso atravesados por experiencias de opresión.

Cada experiencia es, a su vez, múltiple, abierta, multifacética, compleja. Es necesario ver cada situación desde las distintas perspectivas y en el contexto específico de la vida de los protagonistas.

7. Mujeres y discapacidad articuladas por el cuidado

“Ninguna dignidad puede estar sostenida en la indignidad de otros”

Llegados a este punto, proponemos la lectura de un trabajo de tesis de maestría de trabajo social de la Facultad de Trabajo Social de la Universidad Nacional de Entre Ríos (UNER) presentada en agosto de 2013 por Alfonsina Angelino. Este texto nos permite tensionar la relación mujer-discapacidad-cuidado desde una perspectiva crítica acerca del rol asignado a la mujer, y más aún a la mujer en torno a la discapacidad. El origen de

(18) Angelino, M. A. y Almeida, M. E., *op. cit.*

(19) *Ibid.*

(20) Najmanovich, Denise, *op. cit.*

(21) Caggiano, Sergio, *El sentido común visual. Disputas en torno a género, “raza” y clase en imágenes de circulación pública*. Bs. As., Miño y Dávila, 2013.

este trabajo se da dentro de una de nuestras universidades públicas nacionales, y de allí nuestra amplia valoración, además de los interrogantes que nos plantea.

Comparte en este texto algunas reflexiones en torno a la tarea de documentar narrativamente las experiencias de cuidado de 15 mujeres madres de **discapacitados** y, desde allí, desplegar las representaciones y prácticas de cuidado en discapacidad reconstruidas a partir de los relatos de dichas mujeres.

La inquietud por esta tensión entre mujeres, cuidado y discapacidad venía dando vueltas hacía un tiempo, fundamentalmente a partir del trabajo en el Programa de Extensión: “La producción social de la discapacidad” de la FTS, del que soy parte desde hace trece años, y también a partir de las reflexiones y discusiones sostenidas con mis compañeros y compañeras en los distintos proyectos de investigación⁽²²⁾ vinculados a la discapacidad en los que participo. Desde el año 2004, coordino en la Facultad de Trabajo Social (UNER) un equipo de profesionales y estudiantes en un Proyecto de Extensión denominado “Estrategias Comunitarias de Abordaje de la Discapacidad (ECADis)”. En ese marco, se genera y sostiene el Espacio Interdisciplinario de Acompañamiento y Abordaje de la Discapacidad,⁽²³⁾ un espacio para la consulta y asesoramiento destinado a personas y/o familias y organizaciones vinculadas a la discapacidad que necesitan información, asesoramiento y acompañamiento para el acceso a las distintas prestaciones y beneficios derivados de la legislación vigente en discapacidad a nivel nacional, provincial y municipal, por un lado, y al abordaje de las múltiples dimensiones que la validación de derechos implica. A lo largo de estos siete años de trabajo en este espacio se han acercado allí muchas personas con distintas preocupaciones. En una gran mayoría mujeres. Madres, primas, tías, abuelas, hermanas, amigas o vecinas que, habiendo recorrido tortuosamente múltiples instituciones y millones de trámites, notas, pedidos, solicitudes “a quien corresponda”, no han logrado satisfacer las expectativas de protección o cobertura en algunas de las áreas que las leyes o disposiciones prevén proteger para los discapacitados.

Quienes vienen, en general, ya han fracasado en la gestión de los recursos que posibiliten mejores condiciones de vida para sus hijos, maridos, hermanos. Mujeres con distintas experiencias sociales, con distintos capitales simbólicos y económicos, pobres y no tanto, jóvenes y no tanto, de la ciudad o del interior de la provincia, que llegan porque otras mujeres **les dijeron de este espacio**. Todas eran situaciones, dolores y colores, reclamos, pedidos, sinsabores y esperanzas. Todas protagonizadas por mujeres, todas distintas y semejantes. Muchos nombres, muchos rostros, muchos hijos e hijas, muchas historias. Muchas características las distinguían y singularizaban, otras tantas las acoplaban y unían. Son mujeres que se (pre)ocupan por otros.

(22) Refiero a los PID “Discapacidad y exclusión social”, FTS-UNER (2004-2007), y PID “Políticas en discapacidad y producción de sujetos. El papel del Estado”, FTS-UNER (2007-2010) y Entre Representación, reconocimiento y prestación. Las asociaciones organizadas en torno a la discapacidad” (2011-2014), todos dirigidos por la Dra. Ana Rosato y codirigidos por mí.

(23) Hay sobre esta experiencia diversas ponencias y publicaciones. Rosato, Ana y Angelino, Alfonsina (coords.), *Discapacidad e ideología de la normalidad. Desnaturalizar el déficit*, Editorial Noveduc, 2009; Angelino, Alfonsina y otros, “Discapacidad y exclusión social: trabajo en redes, validación de derechos y procesos de ciudadanización”, en *Revista Desde el Fondo*, n° 42, FTS-UNER, octubre 2006, pp. 49/54; Angelino, M. A. y otros, *Comunidad, discapacidad y exclusión social: algunas notas para la reconstrucción de una experiencia de trabajo*, 2005; Vain, Pablo y Rosato, Ana (comps.), “La construcción social de la normalidad”, en *Alteridades, diferencias y diversidad*, Colección Ensayos y Experiencias, n° 59, Noveduc, Bs. As., 2005, pp. 90/100; Angelino, Alfonsina et al., “Inaugurando un mundo, nuevos espacio-tiempos de creación. Una experiencia comunitaria de abordaje de la discapacidad”, en *Revista Desde El Fondo*, n° 26 “La solidaridad”, Facultad de Trabajo Social-UNER, 2002, pp. 11/16.

Estas mujeres no podrían ser caracterizadas como mujeres pasivas, quietas, inmovilizadas por la situación de discapacidad. Son mujeres activas y activadas en las querellas cotidianas por el reconocimiento de ciertos derechos, grandes conocedoras de las normas, leyes y decretos y de sus oscuros laberintos de imposibilidad. Podría decir que son mujeres cansadas, por momentos agobiadas, pero siempre alertas, atentas y (haciéndome cargo de la metáfora belicista) diré que son guerreras, luchadoras implacables. De hecho, lo que las lleva hasta el espacio de consulta es el incansable recorrido para conseguir lo que consideran que les **pertenece** o lo que a su hijo le **corresponde**. De allí es que surge el primer interrogante: ¿por qué siempre son mujeres quienes vienen al espacio de consulta? Pero insisto, todas las mujeres, algunas veces “madres de”, pero no todas las veces, por momentos abuelas, hermanas, exesposas, vecinas, amigas, compañeras de trabajo, madres de jóvenes discapacitados consultando por otras mujeres, parejas de sus hijos e hijas. Mujeres a cargo del devenir y la suerte de vidas frágiles.

La respuesta más rápida, la que la cultura y siglos de pensamiento falocéntrico, patriarcal, nos provee es exactamente lo que deberíamos preguntarnos: vienen justamente porque son mujeres, y las mujeres cuidan a otros, y más si son madres, ¡cómo no hacerlo! Y así, mi primera respuesta a una pregunta que aún no estaba a disposición para incomodarme y generar otras nuevas. La inquietud que pudo haber movido algo vuelve, se apacigua y se inscribe en el imaginario de la “esencia femenina del cuidado”, de la esencia de lo materno y el cuidado, lo privado y cotidianamente femenino del cuidado.

Por fortuna, o quizá por destino, la inquietud siguió allí, esperando a que le diera lugar. Hoy contamos con extensa y variada bibliografía, investigaciones, artículos, debates, grupos de trabajo, foros, movimientos, blogs, observatorios. En la universidad hace ya más de tres décadas que mujeres investigadoras comenzaron a bucear y escudriñar los cómo y por qué de ciertas masedumbres, de ciertas resistencias, de ciertas explicaciones biológicas y biologizadas. Han logrado a fuerza de trabajo intelectual y político y a fuerza de persistencia un acopio interesante y sólido de producciones y debates. Se han abordado tópicos inesperados por el núcleo duro de la ciencia (siempre) explicativa y han sostenido una crítica a las ideas y opiniones y a cuestionar representaciones acerca de la subjetividad femenina y su “natural” orientación al cuidado, su natural disposición a satisfacer las necesidades ajenas.⁽²⁴⁾

Se ha puesto en tela de juicio otra idea muy naturalizada acerca de que esta disposición posibilita en las mujeres construir la realización y la confirmación personal. Sabemos que la naturalización es exactamente lo opuesto a la problematización, a la historización (y, por tanto, a una política del conocimiento) y que problematizar resulta indispensable para derribar verdades mayúsculas que resisten los tiempos. Saberes y decires nuevos fisuraron finalmente algunas ideas. Buena parte de los trabajos que relevé para este trabajo posibilitan recuperar esas voces que dentro de la academia han persistido en provocar fisuras para desactivar esta matriz socializante.

En la teoría feminista se sostiene que la condición femenina como condición de explotación, como principio no solo explicativo sino justificatorio de la división sexual del trabajo, resulta un modo de producción y reproducción pero también y, fundamentalmente, un modo de socialización, de subjetivación de mujeres y de hombres. No es la biología lo que las ha puesto allí, en ese lugar y en esa subjetividad de lo cotidiano. Es la densidad de lo socio-históricamente generalizado como exclusivo de lo femenino, materno, privado

(24) Izquierdo, M. J., “El cuidado de los individuos y de los grupos. Quién se cuida”, en *Intercambios, Papeles de psicoanálisis*, n° 10, 2003, pp. 70/82.

del cuidado concomitantemente relacionado a lo no reconocido, no valorado e invisibilizado. Es decir, la tarea fundante de lo humano, esencial a cualquier sociedad como es el cuidado, sigue siendo aún naturalizada como femenina y desvalorizada por ello.

Ocuparse de lo privado y lo doméstico, de lo no público, de lo no visible las ha puesto en invisibilidad, las ha hecho invisibles en su tarea. La crítica feminista y los estudios de la mujer han logrado abrir y volver visibles los múltiples invisibles de la actuación femenina. Estas luchas teóricas en el feminismo (acompañada siempre de la movilización) han posibilitado abrir preguntas y debates, abrir para desarmar argumentos y muros teóricos, políticos, ideológicos, culturales, los que aún necesitan seguir siendo discutidos.

¿Por qué siempre son mujeres (volviendo problemático lo que está naturalizado) y qué singularidades configuran el cuidado femenino cuando este está atravesado por la discapacidad?

Podría decir que la invisibilidad es un articulador posible. La discapacidad como producción social, como producto de la ideología de la normalidad invisibiliza sujetos, precariza vidas, vuelve invisibles a quienes la portan por diagnóstico o por imaginario. Como equipo hemos trabajado sobre estas subjetividades discapacitadas y los dispositivos y prácticas que operan en su producción. Decimos que la discapacidad es fundamentalmente una relación.⁽²⁵⁾ En consonancia con la perspectiva planteada por los *Disability Studies*, centralmente con los aportes de L. Barton y M. Oliver, podemos entenderla como relación de opresión a partir de la cual puede advertirse y analizarse las implicancias y el papel fundante del Estado, sus instituciones, políticas, agentes y saberes disciplinares en su producción y reproducción.

Se configura así un entramado de invisibles singularidades entre quienes cuidan y quienes son cuidados y cuidadas. Ambos términos de la relación resultan por tanto invisibilizados en su existencia y subjetividad: las mujeres y los discapacitados.

Los relatos que se juegan son relatos en primera persona que no es cualquiera sino que es mujer en tanto significativo político y no como esencia biológica y/o anatómica. Es además, mujer madre, es decir, porta y encarna la densidad de estas relaciones singulares que se dan consigo misma y con otros, y que las sitúa en cierta trama significativa. Ambas, mujer y madre, confluyen en las voces de estas mujeres como urdimbre de relaciones políticas, históricas e ideológicamente configuradas y configurantes. Mujer y madre se tejen en una tercera intersección, la discapacidad como relación de opresión. Así, en esta confluencia de mujeres madres y discapacidad se ha buscado entender la experiencia singular, comprender a estas mujeres concretas narrando(se) en su vida cotidiana⁽²⁶⁾ de cuidados de hijos e hijas discapacitados y discapacitadas.

El énfasis de todo el trabajo está puesto en las narrativas cotidianas en torno a la discapacidad, sus tramas, los desafíos cotidianos frente a diagnósticos y pronósticos profesionales, las batallas del diario vivir frente a destinos que se plantean muchas veces no solo implacables sino inapelables. En algún sentido, se buscó hacer visible el registro narrativo de estas mujeres que invisibilizadas como sus hijos e hijas han vuelto el escenario

(25) Rosato, A. y Angelino M. A., (coords.), *Discapacidad e ideología de la normalidad. Desnaturalizar el déficit*, Bs. As., NOVEDUC, 2009.

(26) Mujeres, madres y vida cotidiana: tres nociones culturales poderosas que hablan de la importancia política de localizar los micro actos de resistencia de un discurso propio, muchas veces imperceptibles en su potencialidad configuradora de sentido. Oberti, A. y Châneton J., *Un discurso propio. Discurso y Sociedad*, 1998, [en línea], www.ubp.ar/investigacion/revista7/art2html

cotidiano de invisibilidad en una suerte de trinchera y desde allí, como dice De Certeau,⁽²⁷⁾ “metaforizan el orden dominante y lo hacen funcionar en otro registro”. Por ello, conocer esta cotidianeidad femenina del cuidado en discapacidad ha implicado de algún modo dar relevancia a ese hacer cotidiano de estas mujeres ya que allí se juegan interesantes pistas para entender el complejo campo de la discapacidad y sus abordajes. Nuevos discursos habilitan nuevas representaciones de las cuales emergen nuevas manifestaciones que generarán nuevas cotidianeidades.

Esta nota buscó conocer, describir, comprender y caracterizar las representaciones y prácticas de cuidado, las vivencias significativas, las situaciones particulares y las formas de entender el mundo vital que ellas me (nos) narraron. El desafío fue ampliar el campo del debate teórico, político y ético con relación a la discapacidad como relación y como práctica social sobre determinada por un conjunto de intersecciones.

Como mujer entre mujeres, esta investigación resulta un compromiso ético con lo compartido por cada una de ellas y sus experiencias. Si la ética es dimensión fundante de lo humano, esta nos coloca en la necesidad del otro, nos pone al cruce de los devenires mutuos y sus miserias, los dolores que no siendo nuestros, lo son. Y también nos hace cruzar fronteras para vivir mejor.

Como sostiene hermosamente Judith Butler,⁽²⁸⁾ tenemos responsabilidades con aquello que nos toca y nos afecta pero también tenemos responsabilidades con quienes no conocemos ni conoceremos, con quienes no hemos acordado vivir y compartir nuestras vidas. Podemos llamarlo empatía o de cualquier otra manera, no importa si nos sabemos interactivos, interdependientes, interseccionados, indefectiblemente vulnerables y frágiles frente al mundo.

Si somos capaces de advertir aquí una oportunidad de reconstrucción de esta idea quizás seamos capaces de transformar algo más que las palabras. Transformar vidas. Dos oportunidades juntas. No siempre es posible.

8. Refundar interrogantes y apuestas

El modelo social de la discapacidad sin duda abre a nuevas posibilidades pero para que estas sean más que solo enunciados hay que ponerles el cuerpo. Corporizar, encarnar las investigaciones en nuestras universidades podría estar proponiendo una inversión epistemológica de la tendencia positivista en la producción de conocimiento científico que desde una pretendida objetividad ha eludido el debate político y ético acerca de qué, para qué y con quiénes investigar.

Cabe volver a preguntarnos cuál es el lugar de la Universidad en la formación de profesionales, cuán presente está el campo de la diferencia que permite ampliar la mirada, incluyendo tanto la perspectiva de género como la de la situación de las personas con discapacidad y otras transversalizaciones posibles como podrían ser niñez, culturas originarias, usuarios de la salud mental, entre otras. Desde allí se influiría y se generarían, desde cada campo profesional, prácticas que incidan en cada uno de los derechos que se explicitan en la Convención. Como ya dijimos, si la Universidad tiene la responsabilidad indelegable de formar profesionales, ¿cuál es el compromiso ético de visibilizar

(27) De Certeau, Michel, *La invención de lo cotidiano 1. Artes de Hacer*, México, Universidad Iberoamericana, 1999.

(28) Butler, Judith, *Vida Precaria. El poder del duelo y la violencia*, Fermin Rodríguez (trad.), Bs. As., Paidós, 2006.

la discapacidad en todas las carreras? ¿Por qué queda como el deseo de algunos y no como una cuestión social y de responsabilidad ciudadana? Desde dentro de la Universidad, no tomar la discapacidad como tema, sino con compromiso y responsabilidad. ¿Cómo difundir y sensibilizar, si aún hay una mirada que se asienta en la ilusión de la igualdad? Quizás ese sea ciertamente el desafío.

Bibliografía

- Angelino, M. A. y Almeida, M. E.**, “La violencia del saber. Discapacidad y producción de conocimientos en la universidad”, Ponencia presentada en las XII Jornadas de Investigación en Ciencias Sociales, Montevideo, ROU, septiembre de 2013, inédita.
- Barracos, D.**, *Inclusión/Exclusión. Historia con mujeres*, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2001.
- Caggiano, S.**, *El sentido común visual. Disputas en torno a género, “raza” y clase en imágenes de circulación pública*, Bs. As., Miño y Dávila, 2013.
- Castro Gómez, S.**, “Ciencias sociales, violencia epistémica y el problema de la invención del otro”, en E. Lander (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Bs. As., CLACSO, 2000.
- Dussel E.**, *Introducción a una filosofía de la liberación Latinoamericana*, Bogotá, Editorial Te-ixtli, 2000.
- Dussel E.**, *La pedagógica Latinoamericana*, Bogotá, Nueva América, 1980.
- Faur, E.**, *Desafíos para la igualdad de género en la Argentina*, Bs. As., Programa Naciones Unidas para el Desarrollo-PNUD, 2008.
- Fernández, A. M.**, “Las diferencias desiguales: multiplicidades, invenciones políticas y transdisciplina”, en *Nómadas*, n° 30, Universidad Central Colombia, abril de 2009.
- Guin, G. y Deneger, T.**, *Derechos Humanos y Discapacidad*, Naciones Unidas, 2002.
- López González, M.**, *Mujeres con discapacidad*, Madrid, Editorial Narcea, 2008.
- Lorenzo, M. L. F.** “**Que sepa coser**, que sepa bordar, que sepa abrir la puerta para ir a la universidad”. *Las académicas de la universidad de Buenos Aires en la primera mitad del siglo XX*, tesis de Maestría, Instituto de Altos Estudios Sociales Universidad Nacional de General San Martín, diciembre de 2009, defendida en junio de 2010.
- Mies, M.**, “Towards a methodology for feminist research”, en Bowles, Gloria y Klein, R. D. (eds.), *Theories of women's studies*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1983.
- Morris, J.**, *Encuentro con desconocidas*, Madrid, Editorial Narcea, 1996.
- Palacios, A.**, *El modelo social de la discapacidad*, Madrid, CERMI, 2008.
- Ramacciotti, K. I. y Valobra, M. A.**, “Género y Ciencia: hombres, mujeres e investigación científica en América Latina, siglos XVIII-XX”, en *AHILA*, n° 7, 2011.
- Rosato, A. y Vain, P.**, *La construcción Social de la Normalidad*, Bs. As., Novedades Educativas, 2005.
- Samaniego de García, P.**, *Aproximación a la realidad de las personas con discapacidad en Latinoamérica*, Madrid, CERMI, 2006.
- Samaniego de García P.**, *Personas con discapacidad y acceso a servicios educativos en Latinoamérica. Análisis de situación*, CERMI, Ecuador, 2008.

“MICROVIOLENCIAS” EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL RESPECTO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD QUE PADECEN VIOLENCIA FAMILIAR

¿UN CONTRASENTIDO SOLUCIONABLE O UNA PRÁCTICA ESTABLECIDA?

MABEL A. REMÓN ⁽¹⁾

La ciencia del derecho es considerada una disciplina eminentemente práctica que se expresa a través de los fallos de los jueces. Sin embargo, esos fallos e interpretaciones de las leyes logran, muchas veces, transformaciones sociales. La forma de convivir en nuestras sociedades es con reglas que permiten anticipar cuál será la conducta de los otros, y nos posibilitan buscar una solución a los conflictos que surgen en la sociedad. En consecuencia, es el derecho lo que regula la convivencia y mantiene la unión dentro de nuestra sociedad.

¿Qué ocurre cuando se quebranta el pacto tácito de buen comportamiento cívico? Más aún: ¿cómo refleja la persona con discapacidad ese pacto tácito? ¿Está, efectivamente, unida por dicho acuerdo a la sociedad? ¿A cuál?

Al respecto, son muchos los interrogantes que nos han surgido en este año y medio de labor; en principio hablaremos de un acto que provoca la intervención de la justicia: la violencia a un tercero, y en este caso a una persona con discapacidad.

No es posible definir con exactitud un significado de “violencia” que pueda abarcar y medir en plenitud la variedad de abusos que existen en todas y cada una de las culturas, cuyos grados de interpretación como “acto violento” varían de unas a otras, ni comprender totalmente los alcances y las delimitaciones entre la violencia simbólica y las agresiones físicas. No es mi intención clasificar tipos de violencia, sino más bien describir distintos actos en los que la violencia queda solapada por actos “socialmente” correctos, que constituyan prácticas de violencia pasiva.

(1) Perito intérprete de la Corte Suprema de Justicia de Argentina y de Juzgados Federales. Coordinadora nacional del Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS) del Ministerio de Justicia de Argentina. Creadora, fundadora y ex directora de Estudios del Instituto Superior “José A. Terry” (LSA), primer instituto latinoamericano incorporado a la enseñanza oficial. Ex Directora de Políticas contra la Discriminación del INADI. Docente del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) de Argentina.

1. Instancias judiciales y administrativas para la atención de casos de violencia

En nuestra sociedad las cuestiones derivadas de la violencia doméstica son un problema social que requiere la acción de políticas públicas efectivas y la intervención de la justicia mediante la denuncia. En muchos casos, las denuncias se efectúan directamente en los juzgados de familia. Estos intervienen básicamente en las cuestiones que hacen a las relaciones de los miembros de las familias: entre los temas de su competencia figuran los de protección de personas y denuncias de violencia familiar. También se reciben denuncias en la Oficina de Violencia Doméstica (OVD); aquí las personas que realizan denuncias reciben atención inmediata, y se les realizan las atenciones médicas necesarias para elevar el correspondiente informe al juez. Otro de los espacios de atención directa es a través del número del Programa “Las víctimas contra las Violencias” del Ministerio de Justicia y DDHH de la Nación. En otros casos se realizan en una dependencia policial, pero muchas veces no son tomadas.

Como se puede observar, existen diversos mecanismos desde el Estado para canalizar los conflictos entre personas relacionados con la violencia.

Dentro de estos espacios judiciales, la ley establece cómo se deben hacer las cosas, los protocolos de actuación en cuanto a las formas y etapas de intervención son claros. Cada miembro tiene asignadas sus funciones y responsabilidades jerárquicas. Dentro de estas funciones está la del equipo interdisciplinario, el trabajador social, el psicólogo y el médico que registrará las lesiones, si las hubiere.

Existen también otros actores que interactúan con el juzgado: asesorías de menores, cuerpo médico forense, fiscalías, peritos, etc.

Desde un juzgado de familia, se trabaja con toda la red de instituciones públicas nacionales, provinciales, municipales y con alguna instancia privada si fuera necesario. Para el caso de personas con discapacidad, el Poder Ejecutivo Nacional ha implementado el Programa Nacional de Asistencia para Personas con Discapacidad (ADAJUS) en la órbita de la Secretaría de Justicia de la Nación, para que provea la asistencia técnica para facilitar el desarrollo de la acción que debe realizar cada actor judicial en relación a las personas con discapacidad.

2. El encadenamiento de los actos “microviolentos”

En los comienzos de este artículo sugerí lo que, en términos de Pierre Bourdieu, se denomina **violencia simbólica**. Bourdieu nos habla de cómo naturalizamos e interiorizamos las relaciones de poder, convirtiéndolas así en incuestionables, incluso para los sometidos. Esta **violencia simbólica** no solo está socialmente construida, sino que también nos determina los límites dentro de los cuales es posible percibir y pensar.

Bajo esta perspectiva, desarrollaré el encadenamiento de actos “microviolentos” en algunos de los casos en los que he intervenido como perito judicial oficial; actos que no se pueden anular mediante un acto voluntario. Esto solo podría ocurrir si se produjese un cambio radical de las condiciones sociales, un cambio como el que propone la Convención sobre los Derechos Para las Personas con Discapacidad de la ONU (CDPCD).

Existe una violencia oculta, la violencia estructural; es la que no permite satisfacer las necesidades ni derribar las barreras que encuentran las personas con discapacidad.

Es la clase de violencia que, por su falta de evidencia, es la más difícil de desnaturalizar. La existencia de un conflicto en la que una de las partes es una persona con discapacidad produce, en algunas personas que deben mediar entre esas partes, una violencia moral en la que intervienen, a partir de su subjetividad, por un lado el deseo de protección ante "el discapacitado" (sic) y por el otro el desconocimiento producido por un alguien "diferente". Los hechos de violencia o abusos hacia personas adultas y niños y niñas con discapacidad son, en su mayoría, denunciados por un familiar o amigo cercano a las familias. Las personas que necesitaron asistencia han sido, en un alto porcentaje, aquellas que presentaban dificultades de comunicación (con o sin déficit auditivo).

3. Casuística

3.1. Caso 1

Se nos solicita —al Programa ADAJUS— la asistencia en la OVD porque en la misma se halla presente una mujer con discapacidad auditiva y no la comprenden.

Concurro a la OVD, observo la situación y veo a la señora sentada en la sala de espera. Una oficina, lamentablemente, siempre llena. Me dirijo a quien la había atendido y me expresa que no podía contener a la persona, que no le entiende y que eso: "Me pone muy nerviosa". Por otro lado, un hecho natural a pesar de que la función del funcionario de la oficina es, justamente, contener. Habituada a pedir datos, comenzando por el nombre y documentos, este acto que parece simple se transforma en una situación "violenta" para la empleada, y también para la persona con discapacidad. Me cuenta que siempre le dijeron que ante una persona con discapacidad auditiva debe hablar de frente, pero: "Ella no me entiende". "Dice cosas pero no le entiendo nada", me manifiesta.

Me dirijo a la señora, le explico que me desempeño en ADAJUS y que voy a asistirle en lo concerniente a este acto. Inmediatamente comienza a relatar lo que le ocurre, pero la interrumpo diciéndole que primero debemos hablar con quien la va a ingresar al sistema. Responde: "No, no. Ella no sabe nada, no entiende nada. Yo sorda y acá espera mucho, todos atienden y yo aquí espera, espera, espera... No me gusta".

La discapacidad auditiva le impide conocer qué ocurre en su entorno, información que se les da a otras personas y que también, los que oímos, incorporamos a nuestros conocimientos. Para ella la estaban dejando hacia el final y había llegado antes que muchos de los que estaban allí. No podía escuchar que algunas de las personas habían concurrido para retirar un papel o una dirección determinada. Lo vivió como un acto de violencia hacia su persona, por lo cual estaba enojada.

La asistencia proporciona información a una y otra "parte" y la entrevista se desarrolla fácilmente. Venía a denunciar al padre de su nieto por maltrato hacia su hija y el bebé. Se toma la denuncia y se le da fecha para que la asista un abogado.

En las fechas estipuladas se cita a la hija en el juzgado correspondiente. La joven de 19 años de edad concurre con su madre y el bebé, relata que está muy nerviosa porque tiene exámenes en la escuela y desea terminar su último año de la secundaria. Relata que vive en una casa a una cuadra de la de su mamá y que es parecida a un PH. Que su pareja quiere echarla de allí, pero que la que paga el alquiler es ella. Muchas veces le pegó, pero no sabía que podía denunciarlo, lo consideraba parte de las discusiones. Ella quiere que él no vuelva nunca más. Cuenta que en una oportunidad le sacó al bebé y que su suegra

no quería dárselo porque ella es sorda. Que todos la pelean mucho. Al preguntarle qué motivó la reacción de su madre, cuenta que ella tiene miedo por el niño, porque cuando tenía seis meses él lo agarró del brazo y lo “rompió” y tuvieron que enyesarlo. “Mi mamá no quiere que otra vez lo lastime”. Cuando le preguntan por qué no denunció ese hecho, dice que él no quiso “romper”, que solo lo tomó del brazo y lo sacudió porque lloraba y se lastimó.

La persona que toma la audiencia tiene, en ese momento, el poder: el poder que sobreviene del lugar de la pregunta, del lugar de la escriba, del lugar del que conoce cómo proceder y, por sobre todo, el poder de las palabras. Los tonos de su voz, que se modifican al repreguntar, evidencian tanto un dejo de censura por los actos omitidos como que no siente simpatía por la declarante. Por su parte, la declarante se siente presionada y eso, a su vez, la enoja; queda flotando una tácita pregunta, le piden una respuesta que no puede dar: ¿por qué no defendió a su hijo?

La situación entre ambas se tensa y la declarante quiere irse. Finalmente, cuenta que se refugia en casa de su madre, pero que la misma no quiere que vivan juntas puesto que vive con su otro hijo oyente, que además es adicto.

Se da por terminada la audiencia y la declarante quiere firmar el acta sin querer conocer el contenido: le da lo mismo. Es obligada a ver lo que está escrito y, luego, a firmar. La declarante me advierte que no puede venir cada vez que la llaman.

Este tipo de “microviolencia” es difícilmente codificable e inasible, ya que, como señala Rita Segato, es mucho más efectiva cuanto más sutil es. Muchas de las personas con dificultades en la comunicación oral decodifican el lenguaje corporal que para ellas, y en términos de Austin, es un acto de “habla”. Es a través de esa lectura que se generan tensiones sutilmente violentas y difíciles de registrar.

Se cita al papá del bebé y se realiza un pedido de restricción perimetral. El padre no se presentó ni en aquella ocasión ni en las dos citaciones posteriores.

Un mes después, la mamá se presenta nuevamente en la OVD, esta vez para denunciar a su exmarido —también con discapacidad auditiva—. Nuevamente se desarrolla una situación semejante a la anteriormente relatada: en este caso, ella es quien debe ser revisada y entrevistada por la trabajadora social y el psicólogo.

Advertida la persona sobre cómo continuaba el procedimiento, acepta quedarse. Luego de una prudente espera, se inquieta porque no es atendida y tiene que ir a buscar a su nieto. Ella está presente para cumplir con la denuncia y con su obligación de madre y abuela al mismo tiempo; eso la enoja y, con ese ánimo, ingresa a la entrevista.

Relata que fue a ver a su exesposo para solicitarle lo que cobra en el salario familiar como ayuda por hijo con discapacidad, que le corresponde a su hija. El exmarido le responde que es de él y que no le entregará nada. Luego de una discusión, ella se va. Al día siguiente se encuentran en un club. El exesposo la espera afuera y, en compañía de otro hombre, la enfrenta, discuten y la golpea. Relata que vive con su hijo oyente y que este es adicto, y que por eso no quiere que su hija y nieto vivan en el mismo domicilio: su hijo también las agrede y les pide dinero.

Los profesionales hacen las preguntas que requiere el caso, ella interrumpe para decirles qué les pasa a ellos. Ellos responden que nada, que van a realizar un informe y que deben retirarse porque ya terminó su turno, que concluirán los profesionales que ingresan en ese horario.

Pierre Bourdieu describe a la violencia simbólica como una "violencia amortiguada, insensible e invisible para sus propias víctimas, [que] se ejerce esencialmente a través de los caminos puramente simbólicos de la comunicación y del conocimiento o, más exactamente, del desconocimiento, del reconocimiento o, en último término, del sentimiento", y que se apoya en relaciones de dominación.

A una persona con discapacidad auditiva o a otra que se relacione con la lengua de habla mayoritaria, ciertas conductas propias de la burocracia le son, en muchos casos, absolutamente desconocidas y, por ello, percibidas como un acto de agresión hacia ellas.

Luego de esperar cerca de sesenta —largos— minutos, y sin almorzar, la denunciante ingresa al sitio donde una médica registrará sus lesiones. Para ello es necesario que se desvista; debe hacerlo ante la doctora y ante mí, ya que debo permanecer para facilitar la comunicación. Este hecho hiere su pudor y ella manifiesta claramente su vergüenza. No es necesario explicar que se procede con la mayor precaución y amabilidad posible. Se toman fotos de las marcas en su cuerpo, mientras describe cómo ha sido golpeada. Su tensión crece a medida que las fotos se suceden y ante las explicaciones que, en tanto necesarias, debe dar.

Luego se labra el acta correspondiente, y se le pregunta si "puede leerla". Ello le genera incomodidad, por lo que manifiesta que desea terminar e irse, que se siente mal por estar allí. Nuevamente se le pregunta si desea leer el escrito, a lo que responde que no lo entiende. La doctora pregunta si sabe leer y la respuesta es que sí, pero que no comprende el castellano escrito. Este último punto es, por lo general, muy poco comprendido por los técnicos auxiliares de la justicia. Requiere de una extensa explicación sobre el funcionamiento de la lectoescritura y las prácticas cotidianas del lenguaje que se utiliza para comunicarse.⁽²⁾

Aún queda la finalización de la, interrumpida, consulta con el equipo interdisciplinario. Se le explica a la señora que aún no ha concluido su denuncia. Y, nuevamente, la espera. La ansiedad por volver a su casa para cuidar a su nieto hace que camine por el pequeño espacio en el que estamos.

Finalmente, la llaman. Ya advertidos de que no oye, la buscan con la mirada y la llaman con la mano. Al ingresar comienzan nuevamente las preguntas ya que el equipo es distinto al de la mañana. Rita Laura Segato llama "**violencia moral**" a estos eficientes mecanismos de control social y de reproducción de desigualdades, que permiten su justificación por la amplia difusión y por prácticas cotidianas que, no siendo conscientes ni deliberadas, convierten en natural lo que es un ejercicio de desigualdad emanado de la autoridad que se le confiere al profesional actuante. Una persona con discapacidad siente un grado de violencia aún mayor por el desconocimiento que tiene de esas "habituales acciones sociales". Esta señora, la denunciante, las vivió como una descalificación intelectual hacia su persona; y, sin embargo, son actos a los que no se le puede oponer resistencia: "esto es así".

Ya finalizados todos los pasos correspondientes, la señora es recibida por la coordinadora del área, quien le pregunta si fue bien atendida. La señora responde que más o menos: "la gente parece buena y sonrío, pero yo muy mal, espera mucho". Surgen las explicaciones y algunas preguntas más, pero ella solo quiere escapar de allí.

(2) Pueden leerse algunas causales en el artículo de mi autoría: "¿Intérpretes o Peritos?", en Rosales, Pablo O. (dir.), *Discapacidad, Justicia y Estado. Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad*, Bs. As., Infojus, 2012, pp. 147/182.

En gran medida, los operadores, cuerpo técnico y auxiliares de la justicia desconocen la agresión emocional que pueden provocar en algunas personas con discapacidad. No siempre recurren a los expertos en intermediación comunicativa, cuya intervención colaboraría en disminuir el grado de violencia que puede producirse en estas personas.

3.2. Mismo caso. Parte dos

La joven mamá es citada por un juzgado de familia, adonde concurre con su madre y nuestra asistencia. El objetivo de la cita es, simplemente, acordar el día de entrevista con la jueza. Se le dice que la jueza determinó que, como intérprete de ambas, venga su hijo oyente. La señora les dice que su hijo también las agrede, que no puede intervenir, que el juzgado debe tener quien intermedie. La secretaria sale para consultar y dar respuesta al pedido.

Tengamos en cuenta que las personas que no oyen simplemente ven “desaparecer” a quien tenían delante sin más ni más. Los que oímos podemos oír el murmullo detrás de la puerta e inferir que se está preguntando cómo proceder. La señora dice, bastante enojada, que son muy maleducados. Le explico que las personas que siempre han oído difícilmente puedan comprender estos pequeños actos que producen una **suave violencia**, que esta no se está ejerciendo deliberadamente, que a ellos también hay que explicarles. Ocurre que a este tipo de violencia se le suman muchos actos de violencia igualmente sutiles que provocan una oscilación entre lo normal-necesario y el maltrato-cosificación.

Finalmente, regresa la secretaria trayendo una respuesta negativa: la señora debe venir con su hijo, a quien ella misma debe avisar. Llegado el día, concurre con su hija y su nieto; el hijo, simplemente, no quiso asistir. Obviamente, no pudo realizarse la audiencia ya que ninguno pudo entenderse. Una nueva postergación que la denunciante percibe como una agresión similar a los golpes recibidos en su cuerpo.

Por supuesto que, en el trabajo interdisciplinario, los profesionales técnicos pueden sugerir la necesidad de un sistema de apoyo para un buen desarrollo de la audiencia. Pero no basta con la demanda o con la decisión del trabajador social y del psicólogo para desarrollar el procedimiento adecuado para una persona con discapacidad; siempre la decisión final respecto de la intervención o no del profesional es del juez.

En este caso, para la propia jueza también fue un acto violento: no solo había resuelto, de forma errada, que intervenga un familiar que, a su vez, era parte del conflicto, sino que tampoco pudo comunicarse con los demandantes. Solo cuando se dio cuenta de que no podrían comprenderse ni por escrito solicitó ayuda. Cabe aclarar que no todos los juzgados tienen la misma modalidad de trabajo pero el marco legal es idéntico.

Dicho de esta manera, parecería que el papel y las posibilidades de los técnicos se verían mermadas en este espacio; sin embargo, no es así, si se tiene en cuenta el importante papel que desempeñan en cumplimiento de la CDPCD a favor de equilibrar los actos entre el Poder Judicial y las personas con discapacidad. Uno de los principales avances e innovaciones que trajeron consigo los juzgados de Familia, es la incorporación de un nuevo procedimiento o mecanismo de resolución no adversarial de conflictos, ya previsto en la Ley de Matrimonio Civil, llamado “mediación”, en los casos en los que la comunicación es la que determina el conocimiento de las normas sociales no escritas. Las normas y valores se parecen mucho: valores como la justicia, la libertad... se establecen mediante los usos y costumbres de cada grupo humano que los ejerce. ¿Cómo se “media” entre personas que difieren en esos valores? Estos valores son producto de la interacción social entre personas que comparten, usualmente, un registro similar del entorno, y difícilmente puedan ser compartidos por aquellas personas con

discapacidad que no han sido incluidas en esta relación. Las sanciones son generales e implícitas: la burla, la descalificación, el ridículo. Estos actos derivan en una revictimización hacia la persona con discapacidad.

La construcción de los símbolos requiere de una estructura: la del Estado, principal constructor de diacríticos. Los formularios a llenar, por ejemplo, están escritos en lengua castellana, la lengua que habla, por consenso, la mayoría de los habitantes de nuestro suelo. El Estado no puede funcionar en forma oral y es así como se crean los caminos puramente simbólicos de la comunicación en un largo trabajo histórico y continuo de reproducción en el que colaboramos todos, al tiempo que consolidamos estas acciones.

La denuncia efectuada por una persona con discapacidad, que pidió protección y justicia, provocó una disrupción simbólica en quien no estaba preparado para comprender la alteridad. Es una situación en la que las dos partes perciben violencia: unos quiebran los símbolos sociales de los otros.

La audiencia con la jueza se desarrolla en presencia de la letrada patrocinante y de una trabajadora social. La joven mamá habla en lengua de señas con su hijito, de un año de edad recién cumplido, y la trabajadora social se interesa por el modo en que se comunican y pregunta si el niño es sordo. La mamá responde que, lamentablemente, es oyente; la abuela dice que, por suerte, es oyente. La joven deja a su niño en el suelo para que pueda desplazarse libremente dentro de la sala, al tiempo que dice: "Es grande, ya tiene un año". La trabajadora social, mostrando un gesto de ternura, le dice que no, que aún es muy pequeño. La mamá responde que el nene oye, que ya camina, y que, entonces es grande para ir donde quiera ir.

Las demás personas presentes en la sala murmuran palabras de reprobación hacia esta mamá. No observan que existen múltiples factores que determinan a esta joven madre sorda, hija de padres sordos, a categorizar a su hijo como "grande". Realizan la comparación con sus propios valores realizando un análisis que no les permite explicar y comprender, en este caso, la dinámica de la discapacidad auditiva. Hacen un juicio de valor. Si bien la persona no oyó los comentarios, percibió la "sanción tácita" hacia su persona, aunque no comprendió el porqué de esta sanción. Se trataba de gestos corporales que no parecen decir nada y que, para una persona sorda, están llenos de significado. Nuevamente una microviolencia se sumó a la larga lista de violencia ya recibida. Hablaron en voz muy baja y yo solo escuché palabras aisladas; caso contrario hubiese comunicado a la mamá lo que se hablaba de ella, porque si yo puedo oír lo que se habla públicamente, ella lo debe saber. Se está ante un escenario de incomunicación y desconocimiento de las normas sociales entre las partes: ambas clasifican y categorizan a la otra de acuerdo a sus propias experiencias, simplifican siguiendo la ley del mínimo esfuerzo.

Finalizado el acto, se presenta la inquietud por la lectoescritura. Se prolonga la audiencia para conocer por qué, si acaba de terminar su escolaridad secundaria, la joven desea que se le explique el acta y no la lee por sus propios medios.

Una de las variables que explicaría tal situación condensa una paradoja social: aquello que impide una lectura adecuada proviene del sector educativo. En tal sentido, a decir de Bourdieu, no hay igualdad de oportunidades educativas, pues el éxito escolar se distribuye según la clase social y su relación con la cultura dominante. ¿Cuál es la relación con la cultura dominante si no hay escuelas inclusivas? ¿Cómo podrá la joven reproducir el modelo social de persona adulta que se espera de ella? Pasa por una aculturación de una cultura distinta de la que puede percibir y, luego, ya adulto, es "reprobado" por su desconocimiento.

Es conocido que en el campo jurídico se busca, muchas veces, alcanzar el lenguaje perfecto. Pero ese lenguaje está repleto de términos no accesibles para las mayorías de las personas. Con el agregado, en este caso, de que la joven no usa la lengua castellana en su vida cotidiana. Interviene la abuela del niño y le dice que firme así “vamos porque el nene tiene que comer”.

Se les comunica que si el padre del bebé va a su domicilio, den rápido aviso. La trabajadora social brindó su número de celular, violentando su privacidad en beneficio de las personas presentes, para que puedan denunciar cualquier cambio.

3.3. Mismo caso. Parte tres

La abuela se dirige nuevamente al despacho de la abogada que la patrocina para denunciar que se llevaron a su nieto de la casa de su hija. Relata que la abuela paterna fue a buscar a su nieto para llevarlo de paseo y no regresó. Desde este hecho, había transcurrido día y medio. Le preguntan por qué lo dejaron ir y ella responde que la hija le había dicho que, si es la abuela, está bien que lo lleve de paseo, pero que ahora quiere que vuelva y le dicen que el niño no está en la casa. Le recuerda a la abogada que el padre ya le rompió un bracito cuando tenía seis meses de edad. Nuevamente, se le pregunta por qué no lo denunció en aquella oportunidad, a lo que responde que ella no había visto lo que pasó y que solamente lo había llevado al hospital a pedido de su hija: “si no veo, no puedo denunciar”.

Esta categorización de comunicación anclada en la visión se contrapone al sentido de la lengua oral, y provoca una reacción de defensa ante quien observa que el otro ve al igual que ella y, sin embargo, no puede comprender que, solo viendo, se sabe. Lo que ella no percibe es cómo se oye.

Durante el mismo tiempo, su exesposo viola la orden de restricción: casi todos los días, y a veces por la noche-madrugada, toca timbre despertándola. Se le pregunta por qué le abre la puerta (pregunta usada frecuentemente en estos casos) a lo que ella contesta que, por ser sorda, debe abrir la puerta para ver quién es. Cuenta que el exesposo le exige que no le pida más el dinero de su hija, porque la hija es de él y él gasta el dinero en lo que quiere. Una madrugada fue en compañía de otra persona con discapacidad auditiva y la amenazaron con golpearla si la veían cerca de Tribunales. Le dicen que un sordo no puede denunciar a otro sordo. En su relato menciona que no quiere estar más con personas sordas porque son agresivas y no la comprenden; dice que por eso lo denuncia. Cuenta, en otras palabras, que siente que en el reparto de justicia, en la utilización de los recursos del Estado, se resolvió a favor de una de las partes en perjuicio de su persona, porque es una mujer sola.

El papá del bebé niega tener en su casa al niño; se percibe la tranquilidad de la secretaria al tener ante sí a una persona que tiene la misma modalidad comunicativa que ella: es oyente. El hombre declara su propia versión de los hechos, minimizando las acusaciones hechas por las dos mujeres y denigrando en forma permanente la condición intelectual de ambas, que atribuye a sus discapacidades.

Ante la insistencia de la abuela materna, con asistencia de la fuerza pública, se concurre al domicilio de la abuela paterna y se restituye bebé a su mamá. La abuela materna dice sentir que es la única persona que puede proteger a su hija porque los abogados no le quieren quitar la “paternidad” a él. Que quiere tener alguna herramienta para defenderla por si vuelve, que no puede avisar a la policía porque “cuando les hablo, creen que estoy loca”. Esta acumulación de eventos de agresión, efectuados hacia su hija y nieto, y hacia

su propia persona, por parte de personas cercanas al grupo familiar, sumada a la vivencia de diferentes grados de "microviolencias naturalizadas" en nuestra estructurada sociedad, torna agresiva a quien denuncia una agresión. La denunciante no es comprendida, atribuyéndosele esa incompreensión a la propia discapacidad.

Finalmente, ambas mujeres dicen que no van a denunciar más nada, que quieren mudarse solas y olvidarse de todo. La señora dice, además, que por suerte, el hijo oyente ya no vive con ella y que espera ver crecer a su nieto en paz.

Estas personas han vuelto a requerir la intervención de la justicia, pero la conclusión de estos episodios será material de otra edición.

4. La identificación social de las personas sordas

Muchas de las personas con discapacidad auditiva conocen su propio nombre pero no siempre se sienten identificadas con él. Si los apellidos son muy extensos, suelen olvidar alguna letra al escribirlos provocando la incredulidad de algunos de los actores de Justicia. Tal incredulidad genera, a su vez, una reacción defensiva —a veces, agresiva—: una respuesta al acto de violencia ejercido hacia su persona.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que las personas que oyen son llamadas por su nombre desde su nacimiento; luego, oyen su nombre en su vida escolar —cuando se lee el listado de asistencia; cuando oímos nuestro apellido, respondemos: "presente"—; se identifican plenamente con esa cadena de sonidos que, socialmente, sirve para la referida identificación. Salvo excepciones, no leemos veinte o treinta veces al día nuestro nombre y apellido escrito.

La persona sorda es llamada con un suave toque en su hombro o con un gesto hecho con la mano, si es llamada a distancia. Pretender que quienes se identifican a partir de rasgos visuales asimilen una conducta social oral y auditiva, es ejercer el poder asimétricamente mostrando una violencia pasiva.

5. Conclusión

El concepto de "género" y el de "discapacidad" son construcciones sociales que realizan categorizaciones, consideradas "necesarias", sobre los cuerpos. Las mujeres con discapacidad están más expuestas a ser objeto de agresiones y a actos de violencia. En algunos casos, como el precedente, se suma la violencia del poder de la "palabra". Quien domina el idioma, ejerce el poder. Estas conductas encadenadas —que parecen naturales debido a que los procedimientos no se modifican— ejercen gran presión ante quien no puede distinguir el origen de ese acto. Se trata de acciones que no surgen espontáneamente: son el resultado de prácticas cotidianas; acciones que concretamos a través del uso de un protocolo que, en realidad, puede modificarse fácilmente. Se considera violencia a aquello que aplica métodos fuera de lo natural, pero si se naturalizan las relaciones asimétricas, no podremos modificar estos rasgos dentro de la propia estructura.

La violencia hacia las personas con discapacidad, manifestada de diversas formas, es una realidad que se conoce, aunque poco difundida, a las que se le suman otras formas leves de violencia. La violencia de género es una violencia específica cuyos factores se hallan en el orden social, que se asocia al "maltrato" o "agresión" cuando esta es visible. Las mujeres con discapacidad atraviesan reiteradas formas de violencias morales y psíquicas en las innumerables barreras culturales que debe franquear. Como podemos

observar, la violencia directa y la agresión ha desarrollado mecanismos de represión y mecanismos punitivos, pero esta otra violencia, silenciosa y no intencional, demanda que obremos desde la concientización de todos los actores. Es por ello que debe analizarse la violencia hacia mujeres con discapacidad desde la perspectiva genérica de violencia, aunque posea características que la distinguen de otras. La mujer con discapacidad está en un plano asimétrico de poder y es esa misma desigualdad la que produce violencia. La brecha existente entre la legislación vigente en temas de discapacidad y las prácticas burocráticas en el ámbito de la justicia es muy grande.

Aún queda mucho por hacer. Desde la Secretaría de Justicia y el Ministerio de Justicia y DDHH de la Nación —más específicamente, mediante la herramienta que significa el programa Nacional de Asistencia ADAJUS—, estamos comprometidos a desarrollar los espacios y propuestas que posibiliten el cambio estructural necesario para adecuar las prácticas a los significados de la CDPCD.

En la actualidad, el desafío es “pasar de la tolerancia a la solidaridad, que no solo acepta que la gente puede ser diferente, sino que sostiene que la diferencia es algo bueno, que del contacto se aprende y todos salimos enriquecidos”, señala Zygmunt Bauman.⁽³⁾

(3) Bauman, Zygmunt, “Tenemos que pasar de la tolerancia a la solidaridad”, entrevista realizada por Juana Libedinsky, en *Diario La Nación*, Bs. As., 2006, p. 1.

EXPLOTACIÓN, VIOLENCIA Y ABUSO A NIÑOS/AS Y MUJERES CON DISCAPACIDAD

LILIANA RUSSO ⁽¹⁾ y JOSÉ LUIS LAELLA ⁽²⁾

En el art. 16 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPCD) se establece que los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia, abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género. Deben proteger a las personas con discapacidad de estos actos, tanto en el seno del hogar como fuera de él.

Para poder comprender la temática desde nuestra perspectiva, y dada la multiplicidad de abordajes existentes, creemos necesario definir los temas que desarrollaremos.

La violencia es una constante en la vida de gran número de personas en todo el mundo, y nos afecta a todos y a todas de un modo u otro. Para muchos/as, permanecer a salvo consiste en cerrar puertas y ventanas, y evitar los lugares peligrosos. Para otros/as, en cambio, no hay escapatoria, porque la amenaza de la violencia está detrás de esas puertas, oculta a los ojos de los/las demás. Y para quienes viven en medio de guerras y conflictos, la violencia impregna todos los aspectos de la vida.⁽³⁾

La violencia, la explotación, el abuso sexual, en todas sus manifestaciones, constituyen una de las más graves afectaciones a los derechos fundamentales de las personas, atendiendo particularmente contra los derechos a la vida, la libertad, la seguridad, la integridad física y psicológica, la libre expresión y libertad de circulación, y el libre desarrollo de la personalidad.

(1) Licenciada en Psicología (Universidad Argentina John F. Kennedy). Postgrado en el “Programa de Entrenamiento sobre Trata de Personas. Técnicas de Investigación, Organización Internacional para las Migraciones (OIM), Embajada de EEUU en Argentina” (2011). Actualmente, se desempeña como Referente del Área Capacitación y Formación, en el Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia del Ministerio de Justicia y DDHH de la Nación. Docente (Escuela Superior de Gendarmería Nacional Argentina y UBA). Expositora en numerosos seminarios y congresos.

(2) Lic. en Psicología (Universidad del Salvador). Especialista en Terapia sistémica (Escuela Sistémica Argentina).

(3) Dra. Gro Harlem Brundtland, Directora General, Organización Mundial de la Salud. Prefacio Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud, Organización Mundial de la Salud, 2002.

Las cifras de explotación, violencia, abuso sexual a Personas con Discapacidad (PCD) y la situación de las mismas en el marco de la realidad argentina e internacional nos muestran solo una parte de la altísima vulneración de los derechos humanos de niños, niñas, adolescentes, mujeres que son víctimas cotidianas de las violencias, abuso sexual, explotación en el marco de relaciones familiares, sociales, comerciales, de crimen organizado, etc.

El abuso sexual y la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes son los tipos más frecuentes de la violencia sexual. Cada tipo genera consecuencias físicas, emocionales y sociales diferentes, y cada persona y grupo familiar la experimentan de forma distinta. Por ello, dar respuesta a las necesidades especiales de las víctimas de violencia requiere conocimiento, preparación y una adecuada disposición personal para minimizar las posibles victimizaciones secundarias surgidas de los procesos de intervención.

Una de las experiencias que más retos presenta a los profesionales de salud, justicia, educación es la asistencia a personas que han sido víctimas de violencia sexual y explotación, debido a que ello no solo requiere de conocimientos técnicos específicos, sino también del despliegue de habilidades de comunicación, manejo de crisis y trabajo interdisciplinario. Se requiere, además, de una actuación articulada y no victimizante, que garantice la atención especializada para que la víctima recupere su autonomía, dignidad, salud física y emocional, y para que esta cuente con las garantías de protección y de acceso a justicia para que el delito no quede impune.

1. Definiciones

1.1. Violencia

La **violencia** hace referencia a cualquier tipo de conducta abusiva con una direccionalidad reiterada que va de los más fuertes a los más débiles. El vínculo abusivo comporta siempre un desequilibrio de poder; dicho desequilibrio está construido culturalmente e interiorizado por protagonistas concretos a partir de una construcción de significados. Implica el ejercicio desigual del poder, imponiendo la propia voluntad y anulando la voluntad del otro.

Las **conductas violentas** implican el empleo de la fuerza, que se constituye en un método posible para resolver conflictos interpersonales, intento de doblegar la voluntad del otro, de anularlo en su calidad de otro. La violencia implica una búsqueda de eliminación de obstáculos que se oponen al propio ejercicio del poder, mediante el control de la relación obtenido a través del uso de la fuerza. Para que la conducta violenta sea posible tiene que darse una condición: la existencia de un cierto desequilibrio de poder, que puede estar definido culturalmente o por el contexto o haberse obtenido mediante maniobras interpersonales de control de la relación. En el primer caso, la relación está claramente establecida por normas culturales, institucionales, contractuales, etc.; en el segundo, es resultado de contingencias ocasionales.

En las relaciones interpersonales, la conducta violenta es sinónimo de **abuso de poder**, en la medida en que el poder es utilizado para ocasionar daño a otra persona. Así, el vínculo entre dos personas caracterizado por el ejercicio de la violencia de una hacia la otra se denomina **“relación de abuso”**. Esta se define como la forma de interacción que, enmarcada en un contexto de desequilibrio de poder, incluye conductas de una de las partes que, por acción u omisión, ocasionan daño físico y/o psicológico al otro miembro de la relación.

Venimos de un proceso de naturalización de las conductas violentas, que han sido gestadas por quienes poseen y ejercen poder. Fue necesario que, en nosotros, operasen

procesos capaces de registrar como no naturales determinados comportamientos que hoy incluimos en el ámbito de la violencia jugada en los grupos de familia. Fue preciso que la idea de autonomía del sujeto se instalase, a comienzos del siglo XIX, para que la fuerza bruta, ahora descalificada y ya no más expresión del poder consagrado legítimamente, se considerase inconveniente, no normal y no recomendable.

Para ello fue necesario poder pensar en términos de diferencias y valorizar dichas diferencias entre los seres humanos, sin denigrarlas.

El ejercicio histórico de la violencia quedaba invisibilizado en tanto y en cuanto funcionaba como derecho de los poderosos —en particular, de la autoridad patriarcal—.

La violencia adopta varias formas, desde la violencia cotidiana, constitutiva de culturas de opresión-dominación estructuradas, hasta la violencia como espectáculo (según la usan los medios de comunicación) y la violencia “moralista”, dirigida prioritariamente contra los pobres y los miembros no queridos de la sociedad (como, por ejemplo, las etnias discriminadas).

La violencia está asociada con diversas y sutiles formas de dominación que intentan prevalecer en diversos aspectos de la vida social, frente a las cuales se instalan “resistencias cotidianas” donde se inscriben diversos movimientos sociales.

Una cultura de la opresión es aquella en la que aparecen valores dominantes (el consumismo, el mercado) y se introducen violencia y coerción como elementos constitutivos de un orden por el cual los poderosos, los que disponen de mando y poder, intentan mantener y fortalecer su posición superior. Aquí es cuando aparecen procesos de deshumanización; y quienes lo sobrellevan son los más vulnerables.

2. Tipos de violencia

La **negligencia** es entendida como la **omisión** de asistencia o ayuda a una persona que depende de ella, o a alguien con quien hay una obligación legal o moral de asistencia. La negligencia o abandono puede ser intencional o no. Puede ser **física** (no satisfacer las necesidades básicas) o **emocional** (negación de afecto, desprecio, aislamiento, incomunicación, etc.).

El **maltrato físico** consiste en la **comisión** de actos que perjudican el bienestar de la persona a partir de la producción de daño o lesión, o del forzamiento físico. Las **formas de presentación del maltrato físico** son: empujar; golpear; forzar a alguien a comer o beber algo; forzar a alguien a estar en una posición inapropiada; sujetar o atar; pellizcar; producir quemaduras, lesiones, heridas o fracturas óseas; propiciar estirones en el cabello; zanzanear, tirar o derramarle comida o agua.

El **abuso sexual** consiste en cualquier tipo de relación sexual no consentida o llevada a cabo cuando la persona no es capaz de dar su consentimiento. Tal el caso de la violación, acoso, incesto, exhibicionismo, prostitución forzada, etc.

El **maltrato psicológico** consiste en la **comisión** intencionada de actos que procuran diversas condiciones que originan malestar mental o emocional. Las **formas de presentación del maltrato psicológico** son: amenazas de abandono; acusaciones no justificadas; acoso; humillaciones; desprecio; manipulación o chantajes; intimidación física o verbal; tratar al otro en forma infantil; limitar los derechos de privacidad, decisión, información médica, voto, correo, comunicación con otros.

El **abuso económico** consiste en explotar los bienes de una persona, estafarla, chantajearla, así como en robar dinero o alguna pertenencia suya, en ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales del otro. Las **formas de presentación del abuso económico** son: el empleo de los recursos de la persona en beneficio propio; el chantaje económico; la apropiación de los bienes de la persona; la coacción para firmar documentos —como testamentos y aquellos vinculados a propiedades—; la limitación de los recursos, privación de medios para vivir dignamente, etc.

Es la situación de desconocimiento o “naturalización”, junto con la falta de creencia acerca de la posibilidad de que estos hechos puedan ocurrir, lo que atenta contra la erradicación de las situaciones violentas instaladas en el medio cotidiano.

3. Consecuencias de la violencia

3.1. Físicas

- *Homicidio.*
- *Lesiones graves.*
- *Embarazo no deseado.*
- *Enfermedades de Transmisión Sexual.*
- *Vulnerabilidad a las enfermedades.*

3.2. Psicológicas

- *Suicidio.*
- *Estrés postraumático.*
- *Ausencia de autoestima.*
- *Culpa.*
- *Desvalorización.*
- *Odio.*
- *Depresión.*
- *Ansiedad.*
- *Aislamiento.*

4. Estadísticas⁽⁴⁾

- *1 de cada 3 mujeres ha vivido o vivirá algún tipo de violencia a lo largo de su vida.*
- *1 de cada 5 mujeres ha sido o será víctima de violación o su intento.*
- *50% de mujeres víctimas de homicidio fueron asesinadas por sus parejas o exparejas.*
- *Se considera que en el 19% de mujeres entre los 15 y 44 años la violencia sería una de las principales causa de muerte y discapacidad.*
- *50% de mujeres sufren acoso sexual en sus lugares de trabajo.*
- *80% de víctimas de Trata de Personas son mujeres y niñas.*

(4) Fuente: Naciones Unidas, 2011.

- 8 de cada 10 mujeres con discapacidad son víctimas de violencia y abuso sexual, 4 veces más que la población en general.
- Niñas y niños con discapacidad sufren actos de violencia 4 veces más que aquellos sin discapacidad.

5. Violencia sexual

La Organización Mundial de la Salud entiende la violencia sexual como “todo acto sexual, la tentativa de consumir un acto sexual, los comentarios, insinuaciones sexuales no deseadas, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar, y el lugar de trabajo”.⁽⁵⁾

Se constituye además en un acto deliberado, consciente, intencional y racional; claramente instrumental y orientado a la consecución de unas metas a corto plazo que son deseadas por el sujeto agresor, sin tomar en cuenta las necesidades o derechos de quien es agredido. Al igual que otras formas de violencia, la violencia sexual pone en escena una serie de asimetrías de poder propias de una determinada estructura social, en medio de la cual es posible que unos individuos situados en una posición privilegiada efectúen ejercicios de poder y control sobre otros sujetos en desventaja, quienes ven transgredidos sus derechos y se ven enfrentados a asumir obstáculos potenciales para su desarrollo en virtud del ejercicio violento impuesto en su contra. De acuerdo con la OMS, la violencia sexual se produce en el marco de relaciones ecológicas entre distintos niveles de la realidad social (macrosocial-mesosocial-microsocial) y se expresa transversalmente a lo largo del continuo de la violencia de tipo interpersonal y colectiva.

6. Explotación Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes (ESNNA)

La explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes es una violación de sus derechos fundamentales. Comprende el abuso sexual por parte de un adulto y su remuneración económica o en especie, tanto para el propio niño o niña como para terceras personas. En tal sentido, es frecuente que redes delincuenciales, proxenetas o, incluso, las propias familias de los niños y las niñas sean los destinatarios de tales retribuciones.

Existen convenciones internacionales que contienen artículos que ofrecen protección a la infancia contra su explotación sexual con fines comerciales. Los Estados que han ratificado dichas convenciones están legalmente obligados a cumplir sus mandatos. La Convención que ha sido mayoritariamente ratificada, y la más conocida de todas, es la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN).

El art. 34 de dicha Convención insta a los Estados Partes a acometer las medidas apropiadas para impedir la incitación o coerción de los niños y niñas a realizar actividades sexuales ilícitas, así como su explotación en la prostitución, espectáculos o materiales pornográficos.

Por su parte, el art. 35 CDN emplaza a los Estados Partes a adoptar las medidas apropiadas para impedir el secuestro, la venta o el tráfico de niños y niñas con cualquier finalidad y en cualquier forma. En 2000 la Organización de las Naciones Unidas aprobó un Protocolo Opcional anexo a la CDN que trata, específicamente, el tema de la explotación sexual de la infancia.

(5) OPS - OMS, “Informe Mundial sobre la violencia y la salud”, publicación científico técnica n° 588, Washington, DC, 2003.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) incluye la explotación sexual comercial de la infancia en la Convención sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil (182).

La ESNNA puede ser considerada también como un trato degradante y como tal, una violación del art. 5º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Otros instrumentos internacionales que incluyen el tema de la ESNNA son la Convención para la Supresión del Tráfico de Personas, la Explotación, la Prostitución y Otros; la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres y la Convención Internacional contra el Crimen Organizado y sus Protocolos suplementarios.

7. Distintas modalidades

7.1. Explotación sexual: la “mal llamada” prostitución infantil

Si bien es un sintagma muy arraigado social y culturalmente, debemos comprender que se trata de una violación a los derechos humanos en la cual el cuerpo del niño es físicamente penetrado en forma vaginal, anal o bucal con cualquier objeto y sin que medie ningún tipo de consentimiento previo por parte de la víctima.

7.2. El turismo sexual de niños, niñas y adolescentes

Consiste en la oferta de niños, niñas y adolescentes para servicios sexuales a turistas.

Esta modalidad delictiva es llevada a cabo por personas que viajan desde su país de origen hacia otro con un nivel de desarrollo socioeconómico inferior, con el fin específico de involucrarse en actos sexuales con niñas, niños o adolescentes.

Las personas que trabajan ligadas al turismo, hoteles, transportes, agencias de viajes, etc., tienen que saber que es un delito grave, penado por la ley y no convertirse en cómplices de esta actividad ilegal.

7.3. La pornografía de niños, niñas y adolescentes

Los niños, niñas y adolescentes pueden ser utilizados para producir material pornográfico: fotografías o películas en las cuales se exhibe la totalidad o parte de sus cuerpos implicados en actividades sexuales reales o simuladas.

Esta modalidad delictiva adquirió en los últimos tiempos mayor incremento a través de su difusión vía Internet.

Es importante destacar que la misma se inicia fundamentalmente a través de engaños laborales de los cuales las y los adolescentes son víctimas, especialmente en función de la vulnerabilidad característica de este período vital y de la sociedad de consumo en la cual vivimos.

7.4. Trata de niños, niñas y adolescentes con fines sexuales

... el ofrecimiento, la captación, el transporte y/o traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación, se considerará trata de personas...⁽⁶⁾

(6) Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Todo tipo de actividad en que una persona usa el cuerpo de un niño o adolescente para sacar ventaja o provecho de carácter sexual, sobre la base de un relación de poder, ya fuera a cambio del pago en dinero, o especies, con o sin intermediación, es decir haya o no alguna forma de proxenetismo...⁽⁷⁾

Debemos entender la ESNNA como una relación de dominación-subordinación donde el explotador o explotadora se aprovecha del niño, niña o adolescente por su condición de menor de edad, de género (hay un alto porcentaje de niñas) y de la vulnerabilidad social de la víctima.

El cuerpo de la persona explotada se utiliza como mercancía para provecho del explotador y placer del usuario. Implica el sometimiento del cuerpo y la voluntad de las víctimas, despojándolas de sus más elementales derechos humanos.

Algunas definiciones incluyen el término **comercial**, pero sabemos que la veta comercial es constitutiva de la explotación.

La explotación sexual comercial constituye una forma de coerción y de violencia, y representa una de las peores formas contemporáneas de esclavitud. Implica prácticas que dañan, degradan y, en muchas ocasiones, ponen en serio riesgo la propia vida de los niños, niñas y adolescentes víctimas.

8. Factores de riesgo para el desarrollo de la ESNNA

- *Desestructuración familiar (violencia, abuso sexual, falta de comunicación, alcoholismo, drogadicción, autoritarismo familiar exacerbado).*
- *Abandono físico, material o afectivo.*
- *Rechazo al modo de vida y a los valores que la familia les propone.*
- *Pobreza.*
- *Redes de explotación sexual.*
- *Corrupción.*
- *Patrones culturales, consideración de la mujer y niños como objetos sexuales.*
- *Prejuicios sociales, debido a que se piensa que las víctimas desean estar en esa actividad.*
- *Temor al VIH, Sida o las enfermedades de transmisión sexual genera que se piense que la condición de los niños y niñas garantiza el no contagio.*
- *Inadecuada aplicación de marcos legales para sancionar a los abusadores y explotadores sexuales.*

9. Abuso Sexual Infantil (ASI)

El Código Penal Argentino establece, en el art. 119, que:

Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando esta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o

(7) Chejter S. (dir.), *La niñez prostituida: Estudio sobre Explotación Sexual Comercial Infantil en la Argentina*, Bs. As., UNICEF, 2001.

intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si:

- a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;
- b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;
- c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;
- d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;
- e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;
- f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

En cuanto al abuso, los tipos de contacto genital incluyen: penetración, intento de penetración, estimulación del área vaginal o rectal del menor por el pene, dedo, lengua o cualquier otra parte del cuerpo del abusador, o por un objeto usado por el perpetrador; y también incluye cualquier tipo de contacto genital o anal del perpetrador por parte de la víctima, tales como *fellatio*, masturbación e intromisión de cualquier tipo.

Debemos tener presente que la definición de ASI también engloba determinadas conductas o comportamientos sexuales, en los que no media contacto físico alguno entre el adulto y el menor: un adulto que duerme en una misma cama con el menor cuando el niño, niña o el adulto o ambos experimentan estimulación sexual; conversaciones y miradas seductoras a un menor de 18 años por los padres u otras personas que tienen poder sobre este y cuando dicha charla viola fronteras generacionales o personales; permitir o forzar al menor a observar películas o material pornográfico; inducir al menor a posar para fotografías sexualmente sugerentes; o inducir al niño o niña a tener relaciones sexuales con otros.

El abuso sexual de niños, niñas y adolescentes implica un abuso de poder, en tanto y en cuanto una persona mayor, más fuerte, saca ventaja de una persona más joven, más pequeña con el propósito de satisfacer sus propios deseos y sentimientos sin importarles los deseos y sentimientos de los mismos.

Si nos remitimos al abuso sexual —cuyo mayor número de casos se registra a nivel intrafamiliar, tanto por parte de los padres biológicos como de los familiares cercanos, incluyendo tíos, hermanos, abuelos, primos, etc.—, hay que señalar que las PCD no se encuentran exentas de esta situación. Entonces, nos preguntamos: ¿qué pasaría si el

abusador resultase ser el curador/a? (téngase en cuenta que, al tener un curador, la PCD deja de tener capacidad jurídica de ejercicio de sus derechos); ¿puede el sistema jurídico admitir capacidad jurídica en algunos casos y en otros no?; ¿otorga el sistema jurídico a la PCD capacidad jurídica para denunciar?

10. Mitos acerca del abuso sexual infantil

Existen diversos obstáculos que contribuyen a que el desconocimiento del abuso sexual infantil se perpetúe. Entre esos factores, los mitos ocupan un lugar destacado:

10.1. Mito: “el abuso sexual infantil es raro”

Los numerosos estudios indican que, al menos, uno de cada cinco niños/as es abusado por un familiar de confianza antes de los 18 años. Gran parte del ASI es de carácter incestuoso (más del 50%). La mayoría de los abusadores (aproximadamente, el 80%) son amigos, vecinos o parientes que no fueron brutales ni sádicos, y que usaron su autoridad o encanto para ganarse la confianza y cooperación del menor o, por lo menos, el asentimiento pasivo. Aún en los casos en que no se reportó un forzamiento abierto, no es difícil ver los elementos de coerción debidos a la diferencia de edad y de autoridad.

10.2. Mito: “el abuso sexual infantil es un problema de pobres y borrachos”

Es usual creer que este es un problema de los estratos sociales más bajos, asociándolo con carencias económicas y educativas.

Es sumamente importante destacar que una cuestión es la detección y otra muy diferente la ocurrencia de ciertos hechos: el abuso sexual se produce en todos los niveles sociales, pero existe mayor dificultad para diagnosticarlo e intervenir en las familias de clase media y alta, ya que la población de nivel socioeconómico más bajo es una franja poblacional más expuesta a la intervención de la comunidad.

Suele relacionarse al alcoholismo con el abuso sexual de menores. Sin embargo, este puede ser una manera en que se excusa o racionaliza la actividad por parte del ofensor, pero no un factor causativo.

10.3. Mito: “los niños son muy fantasiosos”

Todo es posible en las fantasías sexuales infantiles: el psicoanálisis se ocupó muy bien de describirlas. Hacia los 5 o 6 años, los niños pasan por una etapa en la que se enamoran del progenitor del sexo opuesto. No es raro que hablen de casarse con el padre o con la madre y de tener hijos con ellos. Elaboran hipótesis de cómo se conciben los bebés e inventan historias acerca de cómo nacen: algunos afirman que por el ombligo de la madre; otros, por la boca o el ano. No mencionan espontáneamente la fecundación ni el parto por vía vaginal. Desconocen la existencia del útero y la función de la vagina; creen que ser varón no es un impedimento para embarazarse.

Sin embargo, ni la más febril imaginación infantil alcanza para sustentar escenas que pueden relatar las víctimas.

Atribuir los hechos descritos en los relatos a las fantasías infantiles resulta efectivo para evitar que el oyente del relato se vea desbordado por las emociones. Lo más común es pensar: “No puede ser. Lo imaginó. O, quizás, lo vio en televisión. Cada vez cuidan menos el horario de protección al menor”.

¿Cómo saber si lo que relata un niño ha sucedido?

Habitualmente, los niños más pequeños desconocen por completo los detalles precisos de la sexualidad adulta y elaboran teorías acerca de cómo se hacen y cómo nacen los bebés. Estas teorías están basadas en sus propias experiencias corporales y suelen ser universales.

10.4. Mito: “los perpetradores son social y sexualmente desviados”

El “típico” agresor puede ser cualquiera. No hay un denominador común que nos permita conformar un perfil de personalidad característico o patognomónico del victimario. Pueden ser ingenieros, pediatras, jueces, abogados, comerciantes, policías, maestros, porteros, etc. Lo que los une son características emocionales (el interés sexual hacia los niños o las niñas y/o adolescentes), más que socioculturales, económicas o raciales. La respuesta a la pregunta de si una persona ha cometido o no una ofensa sexual no puede responderse por la clínica psiquiátrica y/o psicológica. No hay técnicas o test psicológicos que indiquen si alguien ha tenido una experiencia sexual con un niño. La entrevista con el ofensor es similar a la entrevista común, pero la validez de la información así obtenida es más susceptible de ser falsa. Las más tempranas teorías sobre este tema eran profundamente moralistas. “El abusador es un degenerado”: eran vistos como psicópatas, débiles mentales, degenerados físicos y morales, pero tales concepciones no duraron mucho a raíz de la evidencia empírica. Las investigaciones demostraron que la mayoría de los estereotipos eran falsos. Solamente una porción muy reducida de los ofensores sexuales eran psicóticos, seniles, con discapacidad intelectual. Solamente una minoría de los perturbadores de niños y niñas encarcelados —de un 25 a un 33%— tiene un interés primordial y relativamente persistente de tipo sexual hacia los niños (pedofilia).

Hace tiempo, el perturbador de niños se retrataba como un hombre viejo y frustrado sexualmente que rondaba por los parques públicos o los patios escolares buscando atraer algún escolar, ofreciéndoles dulces o dinero. Este estereotipo ha sido destruido de modo que hoy solo queda un vestigio de él —que, de hecho, queda debido a que la realidad es mucho menos agradable que el mito—.

El mito que muestra al perturbador de niños, niñas como un extraño es solamente una parte de un proceso mitologizante mayor, que cubre todo tipo de conductas antisociales. La gente que se preocupa por eventuales robos piensa que el mayor peligro viene del malhechor anónimo que anda por los callejones sin salida; y muchas mujeres estereotipan al violador como un hombre que no conocen, que las agarra en la calle o que se mete en sus casas. Y, no obstante, la mayoría de estos asaltos ocurren dentro de la familia o entre amigos, en las mismas casas de la gente; y la mayoría de las violaciones ocurren entre personas que muchas veces se conocen.

En general, la victimización sexual es un problema en la relación entre los hombres y los niños, niñas. Las vicisitudes del desarrollo psicosexual masculino, la naturaleza de la autoridad masculina en nuestra sociedad y el tipo de experiencia que los hombres tienen y no tienen con niños pueden explicar parcialmente este problema. Por supuesto, aun estas generalizaciones deben tomarse con una dosis apropiada de precaución.

10.5. Mito: “los niños, especialmente las adolescentes mujeres, son seductores, y por ello parcialmente responsables de ser abusados”

Muchos niños, niñas muestran sus sentimientos e impulsos sexuales a personas con quienes están emocionalmente ligados de manera inocente y exploratoria. Esto forma parte normal del desarrollo psicosexual infantil. Por ejemplo, aproximadamente entre los tres y los cinco años (y aun antes) aparece la preocupación por los genitales, por las diferencias

sexuales, los roles sexuales. Por lo tanto, son comunes en este período: la exploración de los propios genitales y la curiosidad sexual.

Algunos niños/niñas animan activamente a los adultos a un acercamiento sexual. Suelen tener relaciones afectivas muy pobres y obtienen, de este modo, atención y afecto que no logran de otra manera. Otros parecen colaborar con el ofensor al aceptar pasivamente su acercamiento. Son niños, niñas particularmente vulnerables, con problemas para relacionarse con otros niños, solitarios y cuya autoestima suele ser baja.

La idea de la “precipitación por la víctima” (que responsabilizaría al niño, niña como culpable por su propia “seducción”) refleja el punto de vista del adulto. Lo que pudo haber sido un gesto provocador o precipitador desde el punto de vista del ofensor (y/o del investigador, identificado con el agresor) pudo no haberlo sido para la víctima. De esta manera, colocan al niño, niña en un papel sexual adulto. Le atribuyen una intencionalidad que responde a la proyección de sus propios impulsos sexuales pedofílicos (derivados estos últimos de fantasías sexuales consientes o inconscientes).

Además, constituye uno de los argumentos rutinariamente utilizados como atenuante en la defensa del imputado. El o la menor (en particular, los/las adolescentes) pasa así a la categoría de copartícipe o de sospechoso de haber contribuido en su constitución de víctimas, lo que comporta una victimización adicional.

De todas maneras, es siempre responsabilidad del adulto ejercer un control adecuado en estas situaciones y no dejar actuar sus propios impulsos.

Pero, ¿por qué no es posible equiparar u homologar al niño con el adulto? ¿Dónde radican o cuáles son las diferencias? A diferencia del niño, el adulto tiene un saber acerca de la sexualidad, confronta con otras experiencias vividas, elige a ese “*partenaire*”. Ahora bien, en un niño, ¿es posible dicha elección?

Además, debemos tener en cuenta que el “placer”, la “zona de satisfacción” para el niño/niña es (por su propia constitución y desarrollo psicosexual) radicalmente distinta a la del adulto: es atraído por el adulto porque a cambio obtiene afecto, golosinas, paseos, regalos, dinero. Los niños perciben que hay un “plus” en dicha actividad —que, más tarde, en la adolescencia, resignifican—. La naturaleza del “placer” ha sido malinterpretada seriamente por ciertos terapeutas, lo que fue dañino para muchas víctimas. En efecto, si bien con frecuencia los niños/niñas no tomaron medida alguna para protegerse o prevenirse de la recurrencia, en la mayoría de los casos se sintieron confundidos, atemorizados, no alcanzaron a percibir las opciones que podían tener, o fueron engañados deliberadamente por el ofensor. En algunos casos, los niños/niñas experimentaron sensaciones físicas agradables, sentimientos y sensaciones confusas o ambivalentes, entremezclados con sentimientos de desprotección, culpabilidad o miedo. El placer incrementa la culpabilidad y el desvalimiento puesto que aumenta la confusión del niño/niña, quien no puede controlar sus propias emociones. El niño/niña que es sometido a una estimulación sexual no cuenta con canales de descarga adecuados, con el resultado de que la creciente excitación, que al comienzo puede ser placentera, puede llevarlo a frenéticos esfuerzos por librarse de ella. Así, la falta de descarga se experimenta como algo doloroso y estimula la agresión.

10.6. Mito: “los niños son molestados más frecuentemente por extraños que por alguien a quienes ellos conocen”

La mayoría de los abusos sexuales infantiles es perpetrado por miembros “confiables” de la familia (aproximadamente entre el 70 y el 80% del total). La oportunidad es favorecida por la accesibilidad y cercanía al niño.

Las experiencias con parientes (padres, madres, abuelos, tíos, primos, padrastros) con frecuencia involucran relaciones donde existe una gran cantidad de confianza y afecto. Estas son especialmente traumáticas dado que se destruye la confianza del niño/niña hacia una persona particularmente importante. Además, introduce una tensión secreta entre el niño, niña y el compañero mayor; y entre el niño, niña y otros familiares cercanos.

10.7. Mito: “los hombres no son de hierro”

Un abusador conversa con su terapeuta y admite: “sí, doctor. Yo sé que tiene solo 5 años. Pero la verdad es que parecía de... 6”. Hay bromas que sintetizan con humor negro ciertas realidades trágicas.

Sabemos que a los hombres que cometen actos violentos les resulta difícil admitir su responsabilidad en los hechos. La mayoría de los golpeadores de mujeres justifican lo que hacen porque “ella me provocó”, “ella nunca se da cuenta de que llego a mi casa nervioso, y no para de hablarme”, etc. Lo grave del asunto no es que ellos nieguen el rol que desempeñan como desencadenantes de la violencia, sino que la sociedad, en su conjunto, adhiera ciegamente a la racionalización de personas con serios problemas de personalidad. De esta manera, se vuelven a confundir las causas con sus consecuencias.

La afirmación de que “un hombre no es de hierro” es un intento más de depositar la responsabilidad en otros: en este caso, en la víctima que, supuestamente, lo “provocó”. Pero, para que sea una justificación eficaz, debe estar acompañada por otra premisa ideológica, socialmente compartida, según la cual los varones son incapaces de controlar sus impulsos sexuales. Esta creencia agrega otra pesada carga sobre los hombros de las mujeres: contener la “desenfrenada” sexualidad de los hombres. Entonces, el abuso sexual de los niños, niñas, adolescentes se justifica porque las esposas condenan a sus compañeros a una vida sexual o emocional insatisfactoria o porque los chicos se pasean en ropa interior por la casa, se pasan a la cama de los padres, desarrollan formas femeninas “provocativas” al crecer. Todo, frente a un pobre hombre que “no es de hierro”.

A modo ilustrativo de los prejuicios y mitos que, vinculados a la temática, circulan en la sociedad —y que se encuentran exacerbados en el caso de las personas con discapacidad—, nos parece oportuno presentar una nota publicada en el diario digital *Tiempo de San Juan*, del día 24 de junio de 2013. El copete de la nota era el siguiente: “El síndrome de Down traba la investigación del abuso de una nena de 12 años”. Dice la nota:

Una nena de 12 años habría sido víctima de un abuso sexual. Pero su drama es aún peor: como nació con el síndrome de Down, en la justicia se encontraron con la dificultad de no saber si la pueden o no someter al sistema rutinario para menores víctimas de delitos.

La complicación con las personas que nacieron con el síndrome de Down se da en las enfermedades que puedan tener asociadas: muchos sufren de esquizofrenia que los llevan a producir alucinaciones, entre otras cosas. Otra situación que los condiciona mucho es el ambiente familiar en el que fueron criados: cuando tienen apoyo, contención y educación pueden desarrollarse y se les puede potenciar sus talentos especiales. Pero, de lo contrario, su capacidad intelectual y mental se ve disminuida...

¿Por qué la justicia considera que debe ser “diferente” la evaluación de una niña con síndrome de Down que una niña sin discapacidad?

¿Por qué pensar que el síndrome de Down trae aparejada otra discapacidad mental como por ejemplo, dice la nota, “esquizofrenia”? Y de ser así, ¿se invalidaría su testimonio sobre los hechos?

Cuando una PCD —especialmente cuando se trata de niñas, niños y adolescentes— tiene que tomar el lugar de testigo para dar testimonio acerca de eventos traumáticos que pueden haberle ocurrido, particularmente en los casos de abuso sexual, el sistema judicial se encuentra con los siguientes interrogantes, alimentados por prejuicios, los cuales fueron mencionados con anterioridad: ¿los niños son mentalmente competentes para testificar?, ¿pueden brindar testimonio preciso acerca de hechos que han experimentado?, ¿pueden ser llevados a dar testimonios inexactos?, ¿cómo valorar el grado de veracidad del testimonio de un niño?

El alto número de registros de casos de violencia, abuso, explotación sexual a PCD trajo aparejado un incremento en la utilización del testimonio de dichas personas en los procesos judiciales que investigan los eventos traumáticos vividos. En estos casos —en los que no suele haber testigos y, en ocasiones, tampoco evidencias físicas visibles— tanto el veredicto, la convalidación del relato de la PCD como la aceptación por parte de su entorno y la contención emocional de la víctima dependen del conocimiento, comprensión y habilidades de los distintos profesionales (peritos, fiscales, jueces, defensores, entre otros) que deben asistirlos y resguardarlos.

Creemos que el proceso judicial debería adecuar el procedimiento a las distintas formas de comunicación y de comprensión —o sea, realizar los ajustes razonables de acuerdo a los requerimientos del caso— a fin de garantizar a las PCD el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos y libertades fundamentales.

De acuerdo al art. 2º de la Convención “la comunicación incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille (...) el lenguaje sencillo (...) Por lenguaje se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal...”.

Para que puedan brindar un relato de los hechos traumáticos acontecidos, las PCD, considerando en cada caso el tipo de discapacidad, tienen derecho a contar su propia historia con sus palabras, sus propios términos, sus tiempos, y se debe tomar en cuenta el lenguaje verbal y no verbal, ya que es indispensable diagnosticar los hechos sobre la base de la historia previa, el examen pericial (clínico-ginecológico) y el examen psiquiátrico-psicológico, incluyendo el relato de las víctimas.

En las entrevistas a personas con discapacidad mental e intelectual se debe tener en cuenta las siguientes pautas:

- *Abordar un tema por vez y ser lo más concreto posible en la conversación.*
- *Usar palabras y estructuras sencillas, hablar despacio y con claridad.*
- *Cuando se entreviste a niños o niñas mayores o adolescentes, usar un lenguaje apropiado a su edad.*
- *Darle suficiente tiempo al entrevistado para responder.*
- *Estar preparados para que las entrevistas lleven más tiempo.*
- *Evitar las palabras que puedan tener varios significados: utilizar palabras concretas.*

¿Por qué se da más la violencia en niños, niñas y mujeres con discapacidad? Factores a considerar:

- *Discriminación por discapacidad, pobreza y raza.*
- *Construcción cultural de lo que es abuso y de lo que no lo es.*
- *Falta de información que permita a las mujeres con discapacidad comprender el abuso y los mecanismos de denuncia existentes en su país. La desinformación es un potenciador de maltrato.*
- *El hecho de tener menos recursos para defenderse físicamente.*
- *Tener mayores dificultades para expresar los malos tratos debido a problemas de comunicación.*
- *El enfrentamiento entre los papeles tradicionales asignados a la condición de mujer y la negación de estos mismos a la mujer con discapacidad.*
- *Mayor dependencia de la asistencia y cuidados de otros.*
- *Miedo a denunciar el abuso por la posibilidad de la pérdida de los vínculos y la provisión de cuidados.*
- *Menor credibilidad a la hora de denunciar hechos de este tipo ante algunos estamentos sociales.*

Creemos pertinente realizar una reflexión acerca de la explotación sexual de niñas, adolescentes y mujeres: las mismas son vistas como “prostitutas” que “eligen” (su propia explotación), “lo hacen porque quieren”, “porque les gusta...”.

Se calcula que en todo el mundo se obliga anualmente a más de un millón de niños, niñas y adolescentes a prostituirse, se los compra y vende con fines sexuales, o bien se los utiliza en la industria de la pornografía infantil.

La prostitución nunca es voluntaria: sabemos que las víctimas ingresan al circuito delictivo por la fuerza, mediante engaños, que migran buscando una mejora económica o que se produce por otras circunstancias que pueden convertir la existencia de un menor o un adulto en un verdadero infierno.

Los clientes “prostituyentes” —en su mayoría varones de entre 40 y 50 años de nivel socioeconómico alto, profesionales, ejecutivos, u otros de menores recursos, viajeros, consumidores ocasionales— no solo buscan el placer en la relación sexual sino también en el abuso de poder. Toda forma de violencia implica abuso de poder: las mujeres, adolescentes, niñas, adolescentes, PCD, que son violados/as no eligen, no deciden.

Si creemos que toda mujer es dueña de su propio cuerpo y tiene el derecho de vivir su sexualidad dentro de relaciones de mutualidad, respeto y justicia, entonces la explotación sexual comercial es totalmente inaceptable.

Se llega a considerar a las víctimas como una mercancía; estas son denigradas y llevadas al plano de objeto de compra y venta, al servicio de un cliente que puede hacer con ellas lo que quiera. Son convertidas en objetos productores de placer y ganancia, tanto para quienes las ofrecen como para quienes solicitan el servicio, los clientes —esos seres anónimos, comunes e invisibles—. Si algo tienen en común los varones homo o heterosexuales (también pueden ser mujeres) que consumen prostitución es justamente eso: son invisibles. Estamos frente a la invisibilización de las demandas y de los demandantes

que se llaman género masculino, hombres o varones. No obstante, sabemos que no todo el género masculino está a favor de la explotación sexual ni todos los varones recurren a niñas, niños, adolescentes y mujeres en tal situación.

Citando a la Dra. Eva Giberti:

... parecería que la invisibilización del cliente es en realidad una estrategia proteccional, de donde denunciarlos nos convierte en subversivas del orden instituido, en tanto y cuanto produciríamos heridas en el cuerpo social tornándolo vulnerable. Si lo hiciésemos nosotras solas justificaríamos la fama de locas que durante siglos nos acompañó. Afortunadamente en este quehacer que aún está pendiente innumerables varones nos acompañan en las denuncias y en los proyectos destinados a cambiar. Para ellos visibilizar al cliente es un trago amargo que paulatinamente han comenzado a incorporar como proyecto moral (...) mientras estamos aquí miles de niñas y mujeres están siendo enhebrados en los circuitos de la explotación. Y miles de varones están disponiendo de ellas.⁽⁸⁾

Realizaremos una articulación entre el campo jurídico y la subjetividad, para lo cual tomaremos algunos desarrollos de Freud en sus escritos de corte social, como *El Malestar en la Cultura* y “Tótem y Tabú”, donde plasma su entendimiento de que lo que singulariza al ser humano es la pertenencia a una cultura y a un orden social.

El modo en que Freud aborda la relación entre la legalidad simbólica y la ley jurídica nos orienta en ese sentido. Es en el mito de los orígenes donde se expresa, para Freud, el comienzo de la historia de la humanidad. El análisis realizado por Freud de la historia del padre primordial y su asesinato nos permite situar una fundación simultánea del orden subjetivo, del orden social y la cultura. Mientras que en el orden subjetivo se tratará de la “ley simbólica”, condición necesaria para la fundación y estructuración del psiquismo, en términos de regulación social ubicamos una “ley jurídica”. Si nos remontamos al mito de los orígenes desarrollado por Freud en “Tótem y Tabú”, podemos esbozar el acto fundacional de la cultura, del orden social y del sujeto en el pasaje que se hace del momento del capricho del padre dueño de todas las mujeres como viniendo al lugar de nombrar la ausencia de la ley a la función del padre en tanto representación de la ley una vez asesinado. Freud plantea que es a partir del parricidio que se erige el totemismo “... sistema que en los pueblos primitivos (...) hace las veces de una religión y proporciona la base de la organización social...”. A modo de reparación, y por la culpa que el asesinato del padre les genera a los integrantes de la comunidad, estos se someterán a la ley que el tótem representa; ley esta que podríamos resumir en dos órdenes: por un lado, se tratará de la prohibición de matar al padre y, por otro, lo que se pone en juego es la efectivización de la ley de prohibición del incesto (prohibición de tomar a las mujeres del padre) que previene el comercio sexual entre los miembros del mismo tótem. A partir de esto se puede concluir que el acto fundante y original de la cultura es la instauración del registro de la ley (simbólica) que conlleva a la limitación pulsional siendo esta última el resultado de la eficacia de la ley social que viene a instaurar una imposibilidad. De este modo, la ley establece lo permitido y lo prohibido como fundamento de lazo social, a la vez que es campo de constitución subjetiva.⁽⁹⁾

(8) Giberti, E.; Garaventa, J. y Lamberti, S., *Vulnerabilidad, desvalimiento y maltrato infantil en las organizaciones familiares*, Bs. As., Noveduc, 2006.

(9) Freud, S., “Tótem y Tabú”, en *Obras Completas*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1973.

Consideramos necesaria la existencia de un orden establecido, de corte particular, moral, social para que se despliegue aquello que tiene que ver con lo universal, singular, propio del ser humano. Entendemos a la articulación entre el orden jurídico y el subjetivo como un entrecruzamiento que deviene en el lugar privilegiado para el ejercicio de los llamados “derechos humanos”. Desconocer alguno de estos órdenes permite que las llamadas violaciones a los derechos humanos puedan llevarse a cabo, abriéndose una disyunción entre los derechos como figura completamente separada e inarticulada de los sujetos, a quienes les son vulnerados esos derechos.

Consideramos que el resultado de que no se opere en el sentido de una legalidad social —es decir, que no se aplique sanción social alguna sobre los clientes, abusadores, explotadores, proxenetas— conlleva un no reconocimiento de lo simbólico, característica compartida por la humanidad, dejando a las víctimas, mujeres y niñas en situación de explotación, abuso, violencia, prostitución, a la deriva, deshumanizadas, convirtiéndolas en objetos de consumo, con el consecuente efecto de mercantilización de las mismas.

De esta manera, la necesaria sanción social sobre las prácticas de explotación sexual podrá formar parte de la responsabilidad jurídica que le concierne al ciudadano cliente de la prostitución. Ubicamos aquí una distinción entre la responsabilidad jurídica y la responsabilidad subjetiva ya que no podemos confundir la responsabilidad moral o social del ciudadano con la responsabilidad que implica al sujeto en su singularidad. Consideramos que si se efectiviza la sanción social, podría conducir a que el sujeto, desde una posición ética, se confronte a la responsabilidad subjetiva; que responda por sus actos. En tal sentido, se entiende que responsable es aquel de quien se espera una respuesta. Ahora bien, la ausencia de penas y de sanción inevitablemente da como resultado la sustracción del sujeto: no hay posibilidad alguna de que se abra una pregunta y, por lo tanto, no se hace necesaria ninguna respuesta.

Cabe destacar que, desde la psicología, no solo tenemos que entender a los clientes de la prostitución bajo el diagnóstico de perversión sexual; se tratará de evitar que el diagnóstico sirva de coartada para la sustracción del sujeto en cuestión.

Para concluir, valgan estas palabras de Volnovich en su artículo “Implicancias del lugar del cliente en la prostitución”:⁽¹⁰⁾

Ninguna duda cabe que la paidofilia es una grave infracción a la ley y un abuso intolerable pero el término “paidofilia” tanto como el de “perversión sexual” designan a una patología que podría suponer por derivación a los clientes que frecuentan prostitutas como desviados sexuales, como una anomalía con nombre propio dentro de la psicopatología, de manera que se evaporaría su carácter de abuso de poder y de violación de toda ética humana. Tanto si aceptamos la naturalidad de esta práctica como si consideramos al cliente como un enfermo mental nos equivocaríamos, estaríamos eludiendo la responsabilidad del usuario sostenida por el peso de las costumbres o por la psicología.

Bibliografía

(10) Publicado en el sitio web *El sigma*, 23/06/2004, [en línea] <http://www.elsigma.com/columnas/implicancias-del-lugar-del-cliente-en-la-prostitucion-2/5278>

- Barudy, J.**, *El dolor invisible en la infancia*, Barcelona, Paidós, 1998.
- Claramunt, M. C.**, *Situación de los servicios médico-legales y de salud para víctimas de violencia sexual en Centroamérica. Informe subregional*, 2003.
- Chejter, S. (dir.)**, *La niñez prostituida: Estudio sobre Explotación Sexual Comercial Infantil en la Argentina*, Bs. As. UNICEF, 2001.
- Chejter, S.**, *Lugar común. La Prostitución*, Bs. As., Eudeba, 2011.
- Freud, S.**, *Obras Completas*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1973.
- Giberti, E.; Garaventa, J. y Lamberti, S.**, *Vulnerabilidad, desvalimiento y maltrato infantil en las organizaciones familiares*, Bs. As., Noveduc.
- Giberti, E.; Fernández, A. M.**, *La mujer y la violencia invisible*, Bs. As., Sudamericana, 2006.
- Ferreira, Graciela B.**, *Hombres Violentos. Mujeres Maltratadas*, Bs. As., Sudamericana, 1992.
- Intebi, I.**, *Abuso Sexual Infantil en las Mejores Familias*, Bs. As., Granica, 2008.
- Intebi, I.**, *Proteger, Reparar, Penalizar*, Bs. As., Granica, 2011.
- Madanes, C.**, *Sexo, amor y violencia*, Barcelona, Bs. As., México, Paidós, 1993.
- Molina, M. L.; Barbich A. y Fontenla M.**, *Explotación Sexual. Evaluación y Tratamiento*, Bs. As., Librería de Mujeres Editoras, 2010.
- Organización Panamericana de la Salud, Organización Mundial de la Salud, Situación de los Servicios Médico- Legales y de Salud para Víctimas de Violencia Sexual en Centroamérica. Informe Subregional, Serie Género y Salud Pública 14, Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, y Nicaragua. San José, Costa Rica, 2003.
- Perrone, R. y Nannini, M.**, *Violencia y abusos sexuales en la familia*, Bs. As.-Barcelona-México, Paidós, 2007.
- Ravazzola, M. C.**, *Historias infames: los maltratos en las relaciones*, Bs. As., Paidós, 1999.
- Rosales, P. (comp.)**, *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378)*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2012.
- Rozanski, Carlos A.**, *¿Denunciar o silenciar?*, Bs. As., Crónica Actual, 2003.
- Velázquez S.**, *Violencias cotidianas violencia de género*, Bs. As., Paidós, 2004.
- Viar, R. y Lamberti, S. (comp.)**, *Violencia Familiar y Abuso Sexual*, Bs. As., Universidad, 1998.
- Volnovich J. C.**, *Ir de putas*, Bs. As., Topia, 2006.

LA NECESIDAD DE ADECUACIÓN DE LA LEY DE RÉGIMEN PARA LAS INTERVENCIONES DE CONTRACEPCIÓN QUIRÚRGICA, A LA LUZ DE LA CDPCD

AGUSTINA PALACIOS ⁽¹⁾

1. El ejercicio de derechos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

A más de cinco años de haber incorporado a nuestro ordenamiento jurídico la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad mediante ley 26.378 (en adelante, CDPCD), cabe analizar el grado de adecuación de nuestra normativa a la luz de un instrumento que tiene rango suprallegal, y que impone la necesidad de modificaciones, tanto en el ámbito legislativo como en el de nuestras prácticas —jurídicas y sociales—.

Como es sabido, la CDPCD aporta un cambio de mirada sobre la discapacidad: deja de conceptualizarla como una limitación de la persona para redefinirla desde la construcción de las relaciones sociales y desde las dinámicas de construcción y exclusión de “otros”, legitimadas en nuestras sociedades a través de barreras —arquitectónicas, comunicacionales, culturales, sociales y legales— que impiden el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad para las personas con diversidad funcional.⁽²⁾

La CDPCD sitúa la discapacidad en el discurso de los derechos humanos.⁽³⁾ Ello implica, entre muchas otras cuestiones, reconocer a la persona con discapacidad como sujeto de derecho, dejando atrás su consideración como “objeto” de políticas asistenciales. Significa, asimismo, abordar la discapacidad desde la idea de dignidad humana y sus valores y principios derivados.⁽⁴⁾ Implica, también, reconocer y respetar la discapacidad de una persona como un elemento natural de la diversidad humana, en el mismo sentido que la raza o el

(1) Abogada. Doctora en Derecho. Investigadora Adjunta del CONICET, Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos “Alicia Moreau”, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata. Relatora Argentina de la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

(2) Brogna, P., *Visiones y Revisiones de la discapacidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2009.

(3) De Asis Roig, R., *Sobre Discapacidad y Derechos*, Madrid, Dykinson, 2013.

(4) Campoy Cervera, I., “Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos”, en Slavin, P., y Bariffi, F., *Estado, Democracia y Derechos Humanos*, Mar del Plata, Ediciones Suárez, 2009.

género; y abordar desde dicho reconocimiento los prejuicios específicos de la discapacidad, las actitudes y demás barreras para el disfrute de los derechos humanos. Y, finalmente, significa ser conscientes de que el Estado y de la sociedad tienen la responsabilidad y el deber de asegurar que los derechos sean ejercidos sin discriminación por motivo de discapacidad.⁽⁵⁾

El tema que nos ocupa —la esterilización de las mujeres con discapacidad— no puede ser abordado si no se incluye esta mirada **desde y hacia** los derechos humanos. Y la CDPCD nos brinda una serie de herramientas y exigencias que ameritan un breve repaso de algunos conceptos claves que nos impone, como mínimo, una nueva lectura de la normativa mientras no se realice una reforma integral.

1.1. Sobre el concepto de persona con discapacidad

La Convención establece, en el inicio de su texto, una definición de persona con discapacidad que incluye, en un mismo pie de igualdad en cuanto al ejercicio de los derechos, a personas con diversidades de distinto tipo. Así, contiene a la diversidad funcional física, mental, intelectual o sensorial 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”.⁽⁶⁾

No se puede perder de vista que, según el art. 1 serán **todas** las personas con discapacidad, con independencia de su tipo y grado, quienes van a gozar en igualdad de condiciones de los derechos reconocidos en el Tratado. Por ende, cuando la CDPCD alude a cualquier derecho (derecho a la educación, a la salud, a la capacidad jurídica, a **mantener la fertilidad**, etc.) está incluyendo como sujetos de estos derechos a todo el universo de personas mencionadas en el art. 1º.

Asimismo, esto se refuerza en la CDPCD al establecer que cualquier distinción que pueda llevar a la restricción y/o limitación de un derecho basado en un tipo o grado de discapacidad será considerada discriminación “por motivo de discapacidad”.⁽⁷⁾

1.2. Sobre la garantía de no discriminación por motivo de discapacidad

La CDPCD establece un concepto de discriminación que es configurada como “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”.⁽⁸⁾

El Tratado Internacional pone el acento en el fenómeno de la discriminación más que en las características de la persona. Ello es importante porque descarta que pueda exigirse un determinado grado, tipo ni certificado de discapacidad para estar incluido dentro del ámbito protector de este instrumento.

Como se ha señalado en anteriores trabajos, ello significa que la CDPCD no solo protege a las personas con discapacidad, sino a cualquier persona que pueda ser discriminada

(5) Rosales, P. (comp), *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad comentada (Ley 26.378)*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2013.

(6) Ver art. 1º, párr. 2, CDPCD.

(7) Ver art. 2º CDPCD.

(8) *Ibid.*

“por motivo de” discapacidad —una persona que no tiene ella misma una discapacidad, pero es tratada de manera discriminatoria por quienes consideran que la tiene—.

En este sentido, la Convención ha adoptado un enfoque amplio en cuanto al marco protector del derecho a la no discriminación y a la igualdad de oportunidades, que salvaría limitar y/o supeditar los beneficios del derecho antidiscriminatorio a ciertos tipos de **discapacidad** o a ciertos grados. Dicha acotación podría tener sentido cuando de lo que se trata es de abordar cuestiones que tienen que ver con la determinación de posibles prestaciones sociales o económicas. Sin embargo, desde el punto de vista de la delimitación del concepto de discapacidad, perpetúa la visión médica de la discapacidad, separándose, por tanto, de la filosofía del modelo social.⁽⁹⁾

En el marco de este trabajo, y a los fines del presente apartado, cabe recordar asimismo que el concepto de discriminación incluye “todo tipo de discriminación”, incluso “la denegación de ajustes razonables”. Esto último es muy importante si se quiere respetar la especificidad de la discapacidad en el marco de un proceso (ya sea judicial, administrativo, terapéutico), dado que en determinadas circunstancias el derecho a la igualdad —y a la no discriminación— exige la adopción de dichos ajustes razonables, como así de los apoyos necesarios.⁽¹⁰⁾ Se volverá sobre este tema.

1.3. Sobre el derecho a la autonomía

La CDPCD brinda una protección especial a la autonomía, que no solo se encuentra protegida como derecho autónomo sino como principio rector.

Así, el art. 3.a) alude específicamente “al respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas...”.⁽¹¹⁾

El Tratado parte de la concepción de que la autonomía no es tanto un punto de partida como un punto de llegada, lo que supone reconocer que toda persona tiene diversidades e, incluso, limitaciones en el orden del conocimiento teórico y práctico. Y es precisamente en los casos en que la autonomía funcional pueda encontrarse restringida donde debe resaltarse el rol del derecho en cuanto a la garantía de desarrollo pleno del grado de autonomía existente, por mínima que fuera. La CDPCD exige asegurar el desarrollo y potenciar dicha autonomía a través de distintas garantías. Una de ellas es el sistema de apoyos que se establece a través del art. 12 y sobre el cual se volverá en el apartado 2 de este trabajo.

Otra faceta de la autonomía desde el reconocimiento de las personas con discapacidad como sujetos morales se encuentra a partir de la plasmación de uno de los principios básicos de la lucha de este movimiento y de la ideología inherente al modelo social, que se expresa bajo el conocido lema “nada sobre las personas con discapacidad sin las personas con discapacidad”.

Este importante principio se ha forjado pensando en mayor medida en la vida pública de las personas con discapacidad. Con ello se quería evitar que las decisiones respecto de las políticas que iban a ser diseñadas e implementadas fueran tomadas sin la participación de las propias destinatarias. Pero, asimismo, este principio comprende el ámbito de la

(9) Palacios, A., *El modelo social de discapacidad, Orígenes, Caracterización y Plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2008, p. 328 y ss.

(10) Ver arts. 2º y 12 CDPCD.

(11) Ver art. 3º, inc. a), CDPCD.

vida privada —y quizás con más fuerza incluso— en lo que atañe a las decisiones propias de estas personas.

Es posible decir que, por el gran cambio filosófico que implica y las repercusiones que supondrá en determinados ámbitos, este es el precepto que contiene la disposición más innovadora de la Convención, sobre todo respecto de ciertas personas que se encontraban en una situación de especial vulnerabilidad y discriminación para la toma de las propias decisiones, como son los hombres y mujeres con diversidades intelectuales y/o psicosociales.⁽¹²⁾

1.4. Sobre el reconocimiento como persona ante la ley y la no discriminación en el ejercicio de la capacidad jurídica

La CDPCD reemplaza —en materia de capacidad jurídica— el “modelo de sustitución en la toma de decisiones” por el “modelo de apoyo en la toma de decisiones”.⁽¹³⁾ Impone la cláusula de igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica, garantizando los apoyos necesarios frente a situaciones en las que las personas requieran asistencia para la toma de decisiones.

Ello implica el reconocimiento previo de la personalidad jurídica y tiene importantes consecuencias para el goce y ejercicio de todos los derechos por parte de las personas con discapacidad.

El inc. 2 del art. 12 CDPCD establece que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.”

Esta norma de vanguardia, mediante la cual se parte del reconocimiento de la capacidad jurídica en condiciones de igualdad entre personas (hombres y mujeres, con y sin discapacidad) en todos los aspectos de la vida, implica un cambio trascendental en materia de derechos humanos.⁽¹⁴⁾

De este modo, tanto la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer como la CDPCD brindan una doble garantía antidiscriminatoria, que impide restringir y/o vulnerar el reconocimiento de la personalidad jurídica o el ejercicio de la capacidad jurídica por razón de género y/o por razón de discapacidad.⁽¹⁵⁾

Ello, dada la implicancia que tiene la capacidad jurídica como puerta de acceso al goce y ejercicio de los derechos, que significa, entre muchas otras cuestiones trascendentales, la posibilidad de que se reconozca y respete el derecho a la identidad, el derecho a elegir con quien vivir, dónde vivir, de qué modo vivir, con quién/es construir nuestras relaciones

(12) *Ibid.*, p. 463 y ss.

(13) Palacios, A. y Bariffi, F. (coords.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Bs. As., Ediar, 2012.

(14) La garantía de igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica se refiere tanto a la capacidad de goce o de derecho, como también a la capacidad de obrar o de ejercicio.

Ello, si se tiene en cuenta los trabajos preparatorios del artículo 12 (las discusiones previas y la evolución de los debates durante el proceso de su elaboración), como asimismo el significado otorgado en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que es un instrumento con objetivos similares; y sobre todo si se parte desde el modelo filosófico que inspira la Convención 9 y su objeto, que no es otro que “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”.

(15) Art. 15 de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

personales —entre ellas, el derecho a formar una familia—, la posibilidad de participación ciudadana y democrática, y un largo etcétera que incluye diferentes condiciones necesarias para la construcción de un proyecto de vida propio y singular,⁽¹⁶⁾ y que, sin duda, incluye el ejercicio de derechos personalísimos que hacen a nuestra esencia como seres humanos.⁽¹⁷⁾

Una vez establecida la obligación de garantizar que las personas (mujeres y hombres) con discapacidad tengan capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás, se prevé que, ante la necesidad de apoyo para su ejercicio, los Estados brinden un sistema que garantice el acceso a dichos fines. Así, el inc. 3) establece que “Los Estados Partes adoptaran las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.⁽¹⁸⁾

Evidentemente, dicho apoyo deberá ser proporcional a las necesidades de la persona y deberá ser diseñado para cada caso teniendo en cuenta los requerimientos concretos según su situación.

El reconocimiento del derecho en igualdad de condiciones que las demás implica que el ejercicio de la capacidad jurídica no puede ser limitado ni restringido por motivo de género ni de discapacidad. Y para ello —esto es, para asegurar la no discriminación por motivo de género y/o discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica—, la mujer deberá tener garantizada la perspectiva de género, la accesibilidad universal y los ajustes razonables. Aquí entra a jugar el sistema de apoyos como parte de la accesibilidad universal (en el caso de que puedan ser previstos de manera previa) y de ajustes razonables (en el caso de que no hubieran podido ser previstos con anterioridad).

De este modo, la CDPCD ya no permite preguntar **si la persona con discapacidad tiene** la capacidad para ejercitar su capacidad jurídica, sino que redirecciona la pregunta a dilucidar **qué requiere** la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Esto implica la necesidad de una previsión importante, dado que la mayoría de los ordenamientos jurídicos no cuentan hoy en día con la posibilidad de ofrecer este sistema de apoyo, precisamente porque el viejo sistema se diseñó desde el modelo de sustitución en la toma de decisiones y sin tener incluida la perspectiva de género.⁽¹⁹⁾ Como se verá en el apartado 2, la ley 26.130 no escapa a esta consideración.⁽²⁰⁾

(16) Ver Palacios, A., “Igual reconocimiento como persona ante la ley y acceso efectivo a la justicia”, en *La transversalidad de género en las políticas públicas de discapacidad*, Madrid, Cinca, 2012.

(17) Rosales, P., “Capacidad jurídica de las personas con discapacidad y ejercicio de derechos personales y personalísimos”, en *Capacidad Jurídica...*, *op. cit.*, pp. 551/576.

(18) Art. 13, párr. 3, CDPCD.

(19) De la mano de dicha obligación, el inc. 4) del art. 12 establece la obligación de establecer un sistema de salvaguardas para prevenir el abuso en relación a las medidas que pudieran ser adoptadas en el marco de dicho apoyo. Ello tiene vital importancia en la vida de las mujeres con discapacidad, quienes sufren abusos y violencia en mayor medida que los hombres, y cuyos actos provienen, en muchas ocasiones, de quienes se supone deberían ejercer el apoyo. El inc. 4) establece que: “Los Estados Partes aseguran que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias aseguran que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

(20) Ley 26.13 de Régimen para las Intervenciones de Contraconcepción Quirúrgica, BO, 28/08/2006).

1.5. Sobre la situación de vulnerabilidad de la mujer con discapacidad y las barreras a la hora del ejercicio de derechos personalísimos

Las mayores dificultades que deben enfrentar las mujeres con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica de conformidad con lo estipulado por el art. 12 CDPCD son consecuencia de barreras comunicacionales —ausencia de accesibilidad en todo lo que atañe el proceso de comunicación a la hora de querer conformar y expresar deseos, necesidades y preferencias— y, sobre todo, barreras **actitudinales** que incluyen, en algunos casos, barreras legales como consecuencia de prejuicios y una determinada imagen de la mujer con discapacidad; sentencias judiciales que son consecuencia de interpretaciones legales basadas en dichos prejuicios y estereotipos; y ausencia de apoyos y de perspectiva de género, entre muchas otras.⁽²¹⁾

Si bien las mujeres con discapacidad deben enfrentar este tipo de barreras para el ejercicio de su capacidad jurídica para el goce de todos los derechos, hay dos ámbitos claros donde la normativa internacional ha puesto mayor énfasis.⁽²²⁾ El primero es en materia de derechos patrimoniales, donde ya hace décadas la Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer debió enfatizar una protección antidiscriminatoria como consecuencia de las vulneraciones de derechos que sufrían las mujeres en dicha esfera.⁽²³⁾

Ello tiene sentido dado su contexto histórico de elaboración, cuando las mujeres tenían restringida legalmente su capacidad a la hora del ejercicio de los derechos para las transacciones jurídicas, donde no podían disponer y, en determinados casos, tampoco administrar sus bienes. La CDPCD impone, asimismo, la obligación de adoptar todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y a velar por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Pero, en el caso de las mujeres con discapacidad, a dicha necesidad de protección se le suma otra que pretende eliminar la vulneración del ejercicio de la capacidad jurídica en lo que respecta al goce de sus derechos personalísimos. Es decir, aquellos derechos de la personalidad que están tan íntimamente unidos a la persona, que nacen con ella y no pueden separarse en toda su existencia, a riesgo de perderla o denigrarla.⁽²⁴⁾

(21) Sobre la resistencia judicial a la adopción del sistema de apoyos, ver el excelente trabajo de Villaverde, María Silvia, “Derechos humanos de las personas con discapacidad mental e intelectual. Sobre el poder de decir y de decidir,” tesis de posgrado defendida en el marco de la Maestría en Metodología de la Investigación Científica, Universidad Nacional de Lanús, 2003, [en línea], www.villaverde.com.ar

(22) Se sigue en este punto lo expuesto en Palacios, A., “Igual reconocimiento como persona...”, *op. cit.*

(23) Como se ha mencionado, la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ha hecho hincapié en la protección del ejercicio de la capacidad jurídica de la mujer en el ámbito de los derechos patrimoniales. La CEDM reconoce que, en materias civiles, la mujer tiene una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, se obliga a los Estados a reconocer a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y a dispensar un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.

(24) Rosales, P., “Capacidad jurídica de las personas con discapacidad...”, *op. cit.*

En el caso de las mujeres, la situación de discapacidad es, en muchas ocasiones, considerada de forma negativa para justificar la imposibilidad de ejercicio de estos derechos. Ello, porque existe un eje común que se resume en su consideración como mujeres débiles, asexuadas, aniñadas —sujeto/objeto de protección—, que deriva en la sustitución de su voluntad o, incluso, en medidas previas que impiden que las propias mujeres puedan descubrir cuál es su voluntad (porque el ejercicio de la libertad es un aprendizaje al que muchas mujeres con discapacidad no tienen la posibilidad de acceder).

Lo anterior conlleva a que hoy en día las mujeres con discapacidad sigan siendo discriminadas “por motivo de discapacidad” en el ejercicio de su maternidad, en decisiones autorreferentes que involucran la reproducción, en el ejercicio de su sexualidad, en la conformación de su identidad, en el derecho a la privacidad y un largo etcétera.

Teniendo en cuenta la situación de discriminación mencionada, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha puesto énfasis en garantizar determinados derechos personalísimos. Entre otros, el derecho a la dignidad; el derecho a la preservación de la identidad (art. 3º); el derecho a la imagen (art. 8º); el derecho a la libertad —que incluye el derecho a no sufrir explotación, violencia, ni abusos (art. 16)—; el derecho a su integridad física y mental (art. 17); el derecho a la identidad (art. 18); el derecho a la privacidad (art. 22); el derecho a formar una familia, a ejercer su maternidad, a mantener su fertilidad (art. 23) y el derecho a la salud sexual y reproductiva (art. 25).

Pero estos derechos serán meras utopías si no se incluye el género ni se cuenta con el ejercicio de la capacidad jurídica y las medidas de apoyo necesarias.

Mientras tanto, las mujeres con discapacidad enfrentan barreras legales en aquellos países en los cuales la propia ley permite que se las sustituya en la toma de decisiones que involucran su derecho a formar una familia. Asimismo, la propia ley permite que sean privadas de su libertad sin su consentimiento libre e informado (alcanzando el de sus representantes), o que sean sometidas a tratamientos médicos sin su consentimiento informado (alcanzando el de su representante). También, la propia ley permite que puedan ser sometidas a esterilizaciones forzosas (esto es, sin contar con su consentimiento libre e informado, bastando solo el de su representante legal). Precisamente, la ley 26.130 se enmarcaría dentro de esta norma. Se volverá sobre este tema en el apartado 2.

1.6. Sobre el derecho a la integridad personal y los derechos sexuales y reproductivos

Dentro de los derechos personalísimos, la CDPCD brinda especial protección tanto al derecho a la integridad personal como a los derechos sexuales y reproductivos.

Los derechos sexuales y reproductivos son “los derechos que garantizan la libre decisión sobre la manera de vivir el propio cuerpo en las esferas sexual y reproductiva; lo que implica el derecho de toda persona a decidir con quién, cuándo y cómo tiene o no relaciones sexuales o descendencia”.⁽²⁵⁾

El art. 25 CDPCD establece expresamente que las personas con discapacidad tendrán “acceso a programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de **la salud sexual y reproductiva**, y programas de salud pública dirigidos a la población”.⁽²⁶⁾

(25) Ver Peláez Narváez, A., “Derechos sexuales y reproductivos”, en *La transversalidad de género en las políticas públicas de discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2012, p. 260.

(26) Ver art. 25 CDPCD.

Y, más específicamente, el art. 23, inc. c), establece la garantía de que “las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Como señala Bariffi, este aspecto de los derechos de las personas con discapacidad no solamente ha sido objeto de tabú y de denegación sistemática a lo largo de la historia, sino que además posee un claro componente de género. Es decir, afecta principalmente a las mujeres y niñas con discapacidad.⁽²⁷⁾

Señala el autor citado que:

... la perspectiva de no discriminación de esta norma requiere la revisión de las prácticas usuales de esterilización de personas con discapacidad (principalmente mujeres y niñas) las cuales resultan contrarias a la CDPD en la medida en que no se realicen en el marco de un régimen legal que garantice la no discriminación (es decir diferenciación entre personas con y sin discapacidad) y con el debido consentimiento informado donde sea la propia persona quien toma de la decisión.⁽²⁸⁾

De este modo, para que se respete verdaderamente la no discriminación por motivo de discapacidad en materia de esterilizaciones, dicha práctica no podrá justificarse en la discapacidad de la persona, y además deberá contar con las mismas garantías que se brindan al resto de seres humanos sin discapacidad, sumado a la adopción de ajustes razonables y de promoción de sistema de apoyos cuando la persona así lo requiera.

Sin embargo, es común que los ordenamientos jurídicos vigentes exijan el consentimiento expreso y formal de la persona sujeta al mismo, pero que, seguidamente, se prevea la excepción y se habilite la sustitución de dicho consentimiento por la familia, el representante legal o un juez, cuando se trata de personas con discapacidad. Incluso, respecto de niños y niñas, la mayoría de los ordenamientos jurídicos vigentes no permiten a los representantes legales (padres o tutores) consentir este tipo de prácticas, salvo en situaciones de riesgo cierto e inminente para la vida del menor; pero, sin embargo, lo mismo es permitido sin necesidad de demostrar el riesgo en relación con personas con discapacidad, en clara violación, no solo de la CDPCD, sino también de la Convención sobre los Derechos del Niño.⁽²⁹⁾

Cabe destacar, asimismo, que la CDPCD recoge importantes disposiciones para garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho a la reproducción humana. El art. 23, inc. b) señala que los Estados Partes deberán asegurar que “se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos”.

Finalmente, la Convención expresa a través del art. 17 que “toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás”.⁽³⁰⁾

(27) Bariffi, F., *op. cit.*

(28) *Ibid.*

(29) *Ibid.*

(30) Ver art. 17 CDPCD.

1.7. Observaciones de Organismos Internacionales en la materia

La necesidad de una reforma legislativa que garantice la no discriminación de mujeres con discapacidad en materia de esterilizaciones ha venido siendo sostenida por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas en diversas Observaciones Generales. Estas han puesto el énfasis en la necesidad de que los Estados brinden las garantías de ejercicio de los derechos personalísimos sin discriminación por motivo de discapacidad y sin sustitución en la representación, como asimismo la protección de la integridad personal.

Entre otras, puede destacarse lo observado por el mencionado Comité respecto del Informe presentado por España al señalar “su inquietud por el hecho de que las personas con discapacidad cuya personalidad jurídica no se reconoce puedan ser sometidas a esterilización sin su consentimiento, otorgado libremente y con conocimiento de causa”.⁽³¹⁾

En la misma línea se expidió en su Observación respecto de Perú, al manifestar su preocupación respecto de “que la Norma técnica de planificación familiar N° 536/2005 - MINSA de 26 de julio de 2005 permita, como método anticonceptivo, esterilizar a las personas ‘mentalmente incompetentes’ sin su consentimiento libre e informado”.⁽³²⁾

El mismo argumento se reiteró respecto de China, cuando se señaló la inquietud en relación a “que tanto la legislación del Estado parte como su sociedad acepten la práctica de someter a las mujeres con discapacidad a la esterilización y el aborto forzados sin su consentimiento libre e informado”.⁽³³⁾

De vital importancia resulta destacar la Observación General del Comité respecto del Informe presentado por Argentina, que sostuvo:

31. El Comité lamenta que el representante legal de una mujer con discapacidad bajo tutela pueda otorgar el consentimiento a un aborto no punible en nombre de la mujer con discapacidad. Del mismo, modo **expresa su preocupación por la existencia de prácticas de esterilización de personas con discapacidad sin su consentimiento libre e informado.**

32. El Comité **recomienda al Estado parte a que modifique (...) así como el art. 3 de la Ley 26.130 de Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica, de conformidad con la Convención y tome medidas para ofrecer los apoyos necesarios a las mujeres sometidas a un régimen de tutela o curatela para que sean ellas mismas las que den su consentimiento informado para acceder a la práctica del aborto no punible o esterilización.**⁽³⁴⁾

(31) Observaciones del Comité de la ONU sobre Discapacidad respecto del informe remitido por el Estado español en cumplimiento de lo establecido en el art. 35 CDPCD, CRPD/C/ESP/CO/1, el 19/10/2011, párrafo 37.

(32) Observaciones del Comité de la ONU sobre Discapacidad respecto del informe remitido por el Estado peruano en cumplimiento de lo establecido en el art. 35 CDPCD, CRPD/C/PER/CO/1, el 16/05/2012, párr. 34. También el Comité se ha pronunciado en sentido similar respecto de Argentina, CRPD/C/ARG/CO/1, el 19/10/2012, párr. 31; o China, CRPD/C/CHN/CO/1, el 15/10/2012, párr. 33.

(33) Observaciones del Comité de la ONU sobre Discapacidad respecto del informe remitido por el Estado chino en cumplimiento de lo establecido en el art. 35 CDPCD, CRPD/C/CHN/CO/1, el 15/10/2012, párr. 33.

(34) Observaciones del Comité de la ONU sobre Discapacidad respecto del informe remitido por el Estado argentino en cumplimiento de lo establecido en el art. 35 CDPCD, CRPD/C/ARG/CO/1,

Cabe destacar, en este caso, la expresa alusión del Comité al art. 3º de la ley 26.130, que permite la realización de la práctica de la esterilización de una mujer con discapacidad en el marco de un proceso judicial, pero con el mero requerimiento del representante cuando la mujer es declarada incapaz. Esto no solo vulnera el art. 12, sino los arts. 17, 23 y 25 CDPCD descritos anteriormente.

La esterilización de personas con discapacidad ha llevado a que esta cuestión no solo se aborde desde el marco de los derechos mencionados, sino también en otro ámbito como es el vinculado a la protección contra la tortura. Así lo ha manifestado el Relator de la ONU quien, al posicionarse contra la tortura, señaló que “la esterilización forzada es un acto de violencia, una forma de control social y una violación del derecho a no ser sometido a torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.⁽³⁵⁾

1.8. Sobre el derecho a la accesibilidad universal, los ajustes y los apoyos para el ejercicio de los derechos

Las barreras que enfrentan las personas con discapacidad a la hora del ejercicio de sus derechos son la consecuencia del diseño de una sociedad pensada solo para una persona estándar (cuyo modelo, entre otras condiciones, suele ser caracterizado a partir de un hombre sin discapacidad). Para eliminar estas barreras, la CDPCD brinda algunas estrategias que requieren de una mirada amplia e inclusiva de la diversidad humana.

La principal estrategia es la accesibilidad universal, que es la condición que garantiza que todas las personas puedan, accedan, participen. Es una condición que se encuentra implícita para el ejercicio de los derechos, es decir, que forma parte del contenido esencial de cada uno de los derechos.⁽³⁶⁾

Para alcanzar esta condición de accesibilidad se cuenta con dos estrategias complementarias: el diseño universal (para todos y todas) y los ajustes razonables.

El diseño universal consiste en concebir o proyectar, desde el origen, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas. Mediante la técnica del diseño universal se aspira a la realización de la accesibilidad universal. Es un medio, un instrumento, una actividad dirigida al alcance de dicho fin.⁽³⁷⁾

Los ajustes razonables son aquellas medidas destinadas a adaptar el entorno a las necesidades específicas de ciertas personas que, por diferentes causas, se encuentran en una situación especial, que no ha podido ser prevista a través del diseño universal. Estas medidas tienden a facilitar la participación en igualdad de condiciones.⁽³⁸⁾ El concepto de ajustes razonables no debe restringirse ni al ámbito del género ni de la discapacidad, ya que cualquier persona puede (y es) sujeto de un ajuste razonable.

Teniendo en cuenta lo anterior, podríamos decir que la accesibilidad sería la situación a la que se aspira; el diseño universal, una estrategia previa a nivel general para alcanzarla; y los ajustes razonables, estrategias a nivel particular, que comenzarían a operar cuando la prevención del diseño universal no llega a asegurar la accesibilidad.

19/10/2012, párrs. 31 y 32. El resaltado me pertenece.

(35) A/HRC/22/53, 01/02/2013, párr. 48.

(36) De Asís Roig, R. y otros, *La accesibilidad Universal en el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2007.

(37) Ver art. 2º CDPCD.

(38) *Ibid.*

He expresado en anteriores trabajos que estos conceptos se encuentran suficientemente desarrollados en el ámbito de la accesibilidad arquitectónica y comunicacional; y, en menor medida, en el de la accesibilidad actitudinal. En el ámbito concreto que nos toca —el ejercicio de la capacidad jurídica de las mujeres con discapacidad—, se suma otra estrategia con vistas a concretar la accesibilidad universal: los sistemas de apoyo.⁽³⁹⁾

El modelo de apoyo estipulado en la CDPCD parte de la premisa de que la persona no necesita una medida de protección que la prive del ejercicio de su capacidad jurídica, sino que se requiere medidas de promoción destinadas a proporcionar los apoyos necesarios para potenciar el ejercicio de dicha capacidad jurídica. Ello supone crear y/o adaptar herramientas que garanticen la accesibilidad al ejercicio de la capacidad jurídica —es decir, a la toma de decisiones en nombre propio— con los apoyos necesarios en virtud de sus necesidades específicas (esto es, “un traje a medida”).⁽⁴⁰⁾

Es desde esta óptica que dichas medidas, que pueden ser de lo más variadas, no necesariamente tienen que solo estar previstas en la legislación civil, sino quizás también en el ámbito de leyes que regulan los servicios sociales y/o en normas que regulan el acceso a una práctica de la envergadura de la esterilización, como lo es la ley 26.130.

2. La situación de las mujeres con discapacidad en la ley 26.130

La ley 26.130 establece que toda persona mayor de edad tiene derecho a acceder a la realización de la práctica de contracepción quirúrgica en los servicios del sistema de salud.⁽⁴¹⁾ Si bien la ley abarca tanto las prácticas dirigidas a hombres como a mujeres, a los efectos de este trabajo nos centraremos en el análisis de la situación de la mujer respecto de la práctica denominada “ligadura de trompas de Falopio”.

La práctica mencionada se encuentra prevista para toda mujer capaz y mayor de edad que lo requiera formalmente, siendo requisito previo inexcusable que otorgue su consentimiento informado.⁽⁴²⁾ La norma, asimismo, aclara que no se requiere consentimiento del cónyuge o conviviente; y que no requiere autorización judicial.

(39) Palacios, A., “Igual reconocimiento como persona...”, *op. cit.* Ver, asimismo, Cisternas, M. S., “Las obligaciones internacionales para los Estados Partes en virtud del art. 12 de la CDPCD, vínculos con el art. 13 e impacto en el Derecho interno”, en Palacios, A., y Bariffi, F. (coords.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Ediar, 2012; Rosales, P. (comp.), *Discapacidad, Justicia y Estado: acceso a la justicia de Personas con Discapacidad*, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2012; Cuenca Gómez, P. (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español*, Madrid, Dykinson, 2010.

(40) Se hace necesario, asimismo, diferenciar entre diversos tipos de “apoyo”. Esta diferenciación debe establecerse, en un primer lugar, en relación con el tipo de acto, y en segundo lugar, en relación con el tipo de figura de apoyo adecuado. En relación con lo primero, es preciso diferenciar entre actos trascendentales para la vida (matrimonio, ejercicio de la maternidad, operaciones quirúrgicas, venta o compra de una casa, donación), y actos ordinarios de la vida común (compras cotidianas, ir de viaje, suscribirse a un club deportivo). En relación con lo segundo, es preciso poner a disposición de la persona diferentes tipos de figuras de apoyo, que se adapten a su situación particular. Un estudio en profundidad sobre el tema puede verse en Palacios, A. y Bariffi, F. (coords), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, *op. cit.* Ver, también, Bulit Goñi, L. G., “El proceso judicial de incapacidad y de inhabilitación y los derechos humanos. Deudas pendientes y necesidades urgentes”, en *Revista Jurídica El Derecho ED*, n° 12.102, 01/10/2008.

(41) Ver art. 1º de la ley 26.130.

(42) Art. 2º de la ley 26.130.

No obstante, para el caso en que se tratare de una mujer declarada judicialmente incapaz, es requisito ineludible la autorización judicial solicitada por el representante legal de aquella.⁽⁴³⁾

Desde esta perspectiva, podemos distinguir dos situaciones bien diferenciadas en la ley:

- 1) *La de las mujeres mayores de edad capaces*
- 2) *La de las mujeres mayores de edad declaradas judicialmente incapaces.*

Para las primeras se establece la regla —que consiste en el requerimiento de su consentimiento informado—; y para las segundas, la excepción —consistente en la autorización judicial, solicitada por su representante legal—.

2.1. Mujeres mayores de edad capaces

La regla se encuentra prevista en la ley para la mujer capaz mayor de edad. ¿Pero quiénes serían las mujeres mayores de edad capaces? Interpretando *a contra sensu* el art. 3º de la ley, estas serían todas las mujeres, salvo aquellas que tengan una declaración judicial de incapacidad.

Por ende, dentro de la categoría “mujeres mayores de edad capaces” se encontrarían incluidas también todas las mujeres con discapacidad (de cualquier tipo), mientras que no tengan limitada su capacidad jurídica **a través de una declaración judicial de incapacidad**. Es decir, que también se encontrarían incluidas bajo la regla aquellas mujeres que tuvieran una declaración judicial de inhabilitación.

Esta distinción es importante, dado que no debe confundirse el término ni las consecuencias de la “discapacidad”, que es una categoría que se establece a través de un procedimiento administrativo, con el de “incapacidad”, que es una declaración que se da en el marco de un proceso judicial. Ello debe aclararse a los efectos de una distinción legal, pero excede en ambos casos dichos ámbitos, dado que tanto la discapacidad como la incapacidad son construcciones —sociales y jurídicas, respectivamente—.⁽⁴⁴⁾

En este caso la ley es clara y exige, para la realización de la práctica, inexcusablemente el requisito de que la mujer sea capaz (con o sin discapacidad) de expresar su consentimiento informado.

Este punto ha sido reafirmado recientemente por un pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones de Mendoza mediante el cual se negó la autorización de realización de una ligadura de trompas a una mujer con discapacidad mental —intervención que había sido solicitada por sus padres, y otorgada por la jueza de Primera Instancia—. Si bien en el referido caso la mujer era, además, menor de edad, muchos de los argumentos tienen aplicación y consecuencias en el caso que nos ocupa.⁽⁴⁵⁾

El pronunciamiento citado es interesante, porque tanto la jueza Zanichelli como la jueza Politino ponen el acento en la imperiosa necesidad de garantizar el consentimiento

(43) Art. 3º de la ley 26.130.

(44) Ver Palacios, A., *El modelo social de discapacidad, op. cit.*, [en línea], <http://www.cermi.es/es-ES/ColeccionesCermi/Cermi.es/Lists/Coleccion/Attachments/64/Elmodelosocialdediscapacidad.pdf>

(45) “M., S. O. y A., E. S. p/ su hija menor M.P. A. p/ med. autosatisfactiva”, sentencia 404/12, 11/06/2013. En el caso, además, al momento de solicitarse la práctica, la mujer era menor de edad.

informado de la mujer con discapacidad sujeta al proceso judicial.⁽⁴⁶⁾ La sitúan como protagonista del proceso —un proceso en el que se está abordando nada más ni nada menos que el ejercicio de un derecho personalísimo—.

El fallo aborda, asimismo, la relación que debe existir entre el y/o la paciente y las instituciones de salud, en el marco de la ley 26.529, destacando la necesidad del derecho a ser asistido/a por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición. Asimismo, destaca el respeto a la autonomía de la voluntad del paciente, quien tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de voluntad.⁽⁴⁷⁾

Esta norma ha sido complementada por la ley 26.742, que refuerza el derecho del y/o la paciente al ejercicio de la autonomía de la voluntad y al consentimiento informado, que debe ser emitido luego de recibir una “información clara, precisa y adecuada...”,⁽⁴⁸⁾ al tiempo que establece que, incluso en el supuesto de incapacidad del y/o la paciente, “deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.

Es importante destacar el derecho a la participación del o la paciente incluso en este punto, porque si bien no nos estamos refiriendo en este apartado a la situación de la mujer que tiene una declaración judicial de incapacidad, sí estamos abordando la situación de la mujer con discapacidad intelectual y/o mental, quien deberá tener garantizada asimismo su participación a lo largo de todo el proceso sanitario, dado que si la norma lo prevé incluso para el primer caso, en mucha mayor medida lo hace para este último.

Asimismo, dentro de una lectura sistemática de la normativa aplicable, cabe recordar que la ley 26.529 ha sido reglamentada por el decreto 1089 que refuerza el derecho a la información sanitaria, estableciendo que el paciente debe ser informado incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión y competencia.⁽⁴⁹⁾ Esto último es importante al menos por dos cuestiones. La primera es que la norma indica la necesidad de que la persona sea informada “incluso en caso de incapacidad”, pero sobre esto se volverá en el siguiente apartado. La segunda cuestión a destacar es la fórmula legal que se utiliza respecto de que la información debe brindarse de modo adecuado a las posibilidades de comprensión y a la competencia de la persona. Aquí es donde entran a jugar las condiciones de accesibilidad, los apoyos y los ajustes razonables.⁽⁵⁰⁾

(46) Si bien las juezas no desarrollan la manera de garantizar que la mujer pueda ejercer su derecho al consentimiento informado a la luz de las exigencias legales actuales (me refiero concretamente a la CDPD).

(47) Ver art. 2º, inc. a) y e) de la Ley 26.629 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de Salud (BO 19/11/2009).

(48) Ver art. 2º de la ley 26.742, mayo de 2012.

(49) Ver art. 2º, inc. f), del decreto 1089: “En estos supuestos, el profesional debe cumplir también con informar al representante legal del paciente. Cuando el paciente, según el criterio del profesional de la salud que lo asiste, carece de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”.

(50) Ver Corte IDH, “Caso Furlán y Familiares vs. Argentina”, 31/08/2012, párr. 196.

Por tanto, retomando la ley 26.130, parece evidente que la norma no prevé la especificidad que requeriría la situación de la mujer con discapacidad (sobre todo, con discapacidad intelectual y/o psicosocial) respecto de las condiciones de accesibilidad (que conduce a la ausencia de barreras comunicacionales y actitudinales). Tampoco prevé la adopción de ajustes razonables, junto a la prestación de un sistema de apoyos cuando así fuera necesario, a fin de garantizar una verdadera participación y el derecho a contar con información sanitaria que permita brindar un verdadero consentimiento informado.

No obstante, el resto de normas mencionadas (como las leyes 26.529, 26.742 y el decreto 1089) refuerzan argumentos que justifican la imperiosa necesidad de que estén dadas dichas condiciones. A ello debe sumársele la Ley 26.657 de Salud Mental que impone tanto el abordaje interdisciplinario como la obligación de procurar la potencia de la autonomía personal en todo tipo de proceso (entre muchas otras garantías).⁽⁵¹⁾

Por ende, si bien la ley 26.130 establece expresamente que el consentimiento para estos casos no requiere autorización judicial previa, ello no significa que el consentimiento en estos casos —de mujer con discapacidad mental y/o intelectual— no requiera de la adopción de las medidas descriptas recientemente. Por ello, para que, como expresa el decreto 1089, la información se preste de “modo adecuado a las posibilidades de comprensión y a la competencia de la persona”, las pautas de la CDPCD proponen un camino que se inicia con la garantía de condiciones de accesibilidad.

Las condiciones de accesibilidad contienen el derecho de la persona a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión que puedan garantizar una verdadera comunicación. En este sentido, es importante tener en cuenta que la CDPCD entiende que la comunicación incluye “los lenguajes, la visualización de textos en Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, **el lenguaje sencillo**, los medios de voz digitalizada y otros **modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación**, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso”.⁽⁵²⁾ Y, por lenguaje se entiende “tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y **otras formas de comunicación no verbal**”.⁽⁵³⁾

Si con dichas condiciones no basta, es obligación adoptar los ajustes razonables en virtud de las necesidades específicas de la persona. Y si con dichas medidas no alcanza, probablemente entre en juego aquí el sistema de apoyos. Las tres medidas, no obstante, no deben ser consideradas excluyentes sino absolutamente complementarias, pudiendo coexistir durante todo el proceso sanitario.

En este sentido, la CDPCD es clara respecto de que las condiciones de accesibilidad referidas forman parte del contenido esencial del derecho a la salud sexual y reproductiva,⁽⁵⁴⁾ a la vez que forman parte del derecho a conservar la fertilidad en igualdad de condiciones con las demás personas,⁽⁵⁵⁾ como también forman parte del derecho a la integridad

(51) Ver Ley de Derecho a la Protección de la Salud Mental (ley 26.657) de diciembre de 2010. Ver, también, Kraut, A., *Salud Mental. Tutela Jurídica*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006; Famá, M.; Herrera, M. y Pagano, L., *Salud mental en el derecho de familia*, Bs. As., Hammurabi, 2008.

(52) Art. 2º, párr. 1, CDPCD.

(53) Art. 2º, párr. 2, CDPCD.

(54) Ver art. 25 CDPCD.

(55) Ver art. 23, párr. 1, inc. c), CDPCD.

personal.⁽⁵⁶⁾ Sin embargo, es importante que este mecanismo de garantía para el ejercicio del derecho por parte de la mujer con discapacidad se encuentre claramente delimitado en un instrumento normativo. Ello podría significar la reforma de la ley 26.130 o de las leyes que regulan los derechos del paciente. No obstante, mientras ello no suceda, entiendo que el derecho argentino actual obliga a garantizar este derecho de la mujer con discapacidad y brinda herramientas suficientes, desde esta lectura sistemática e integral.

No obstante lo afirmado, cabría preguntarse qué sucedería en el caso de una mujer con discapacidad intelectual y/o mental sin declaración judicial de incapacidad, a quien se le hubiera garantizado las condiciones de accesibilidad, se le hubieran provisto ajustes razonables, se le hubiera facilitado un sistema de apoyos para la toma de decisiones, y de quien, de todos modos, no resultara clara su voluntad respecto de ser sometida a la práctica. En este último caso, entiendo que la CDPCD nos obliga a replantearnos la posibilidad de un proceso judicial, siempre que tenga como fin potenciar el protagonismo de la mujer con discapacidad, brindándole las garantías y los apoyos necesarios a dicho fin.⁽⁵⁷⁾

2.2. Mujeres mayores de edad declaradas judicialmente incapaces

La ley 26.130 establece una excepción a la innecesidad de intervención judicial, como asimismo a la necesidad de que sea la propia mujer sujeta a la práctica quien exprese previamente su consentimiento informado. Es el caso de la mujer declarada incapaz judicialmente. En dicho caso, la norma prevé que es requisito ineludible la autorización judicial solicitada por su representante legal. En primer lugar, es importante destacar que la CDPCD prohíbe la declaración de incapacidad por motivo de discapacidad. Ello, a partir del art. 2º, párr. 3, referido en el apartado 1 de este trabajo, como asimismo, y sobre todo, a través del art. 12 que plantea en esta materia un profundo cambio de paradigma: pasa de un modelo de sustitución a un modelo de apoyos en la toma de decisiones. Bajo el entendimiento de quien escribe, a partir de la CDPCD la declaración de incapacidad solo sería factible cuando una persona se encontrara absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y de expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, y el sistema de apoyos previsto por la CDPCD resultase ineficaz.⁽⁵⁸⁾ Esta fórmula estaría destinada a cualquier persona en dicha situación —tuviera o no una discapacidad—. En dicho caso, el criterio pasa a ser objetivo, dado que no depende de un diagnóstico de la persona ni de su pertenencia a un grupo social, sino de una situación que se describe como de absoluta imposibilidad de interacción y/o comunicación por cualquier modo, medio o formato adecuado.

Sin embargo, y a pesar de que la CDPCD tiene rango supralegal, la mayor parte de los operadores jurídicos continúan rigiéndose por el Código Civil que habilita la incapacitación. Un Código que nació, en esta materia, con un criterio “biológico” desde el que se supeditaba directamente la necesidad de declaración de incapacidad a la presencia de la enfermedad.⁽⁵⁹⁾ Posteriormente, la ley 17.711 le introdujo un modelo “biológico-jurídico” al sumar la concurrencia del factor psiquiátrico —la enfermedad mental— y su incidencia en

(56) Ver art. 17 CDPCD.

(57) Ver el art. 12 CDPCD, ya mencionado.

(58) Este es el criterio adoptado por el Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial, en el art. 32.

(59) Cifuentes, Santos, *Código Civil Anotado y Comentado*, t. I, 3ª ed., Bs. As., La Ley, 2011, p. 158.

la vida de relación; ⁽⁶⁰⁾ y la ley 26.657 lo aligeró en sus efectos al introducir —a través del art. 152 ter— la exigencia de que las declaraciones de inhabilitación e incapacidad deban procurar que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.

Es de destacar que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas ha dejado claro su criterio respecto de la necesidad de reformar la legislación en esta materia y de reemplazar la figura de la incapacitación. Así, ha expresado en su Informe:

El Comité urge al Estado parte a la inmediata revisión de toda la legislación vigente que, basada en la sustitución de la toma de decisiones, priva a la persona con discapacidad de su capacidad jurídica. Al mismo tiempo, lo insta a que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplace el régimen de sustitución en la adopción de decisiones por el apoyo en la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. El Comité le recomienda además la puesta en marcha de talleres de capacitación sobre el modelo de derechos humanos de la discapacidad dirigida a jueces con la finalidad de que estos adopten el sistema de apoyo en la toma de decisiones en lugar de la tutela y la curatela.

(...)

El Comité insta al Estado parte a que el Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial elimine la figura de la interdicción judicial y que garantice en dicho proceso de revisión la participación efectiva de las organizaciones de personas con discapacidad. ⁽⁶¹⁾

Más allá de lo afirmado, el presente análisis no puede dejar de incluir la realidad de las mujeres con discapacidad que se encuentran en la situación prevista por la ley 26.130 al haber sido declaradas judicialmente incapaces, y cuya declaración se mantiene a pesar de los cinco años de vigencia de la CDPCD en nuestro país. En este caso, la excepción de consentimiento informado prevista por la ley vulneraría doblemente el ejercicio de un derecho personalísimo tan esencial como el reproductivo. La primera vulneración es la declaración de incapacidad y la sustitución a través de la figura del representante, y la segunda es que dicho representante pueda prestar un consentimiento sustituto en materia de derechos personalísimos. ⁽⁶²⁾

El hecho de que la norma requiera que la autorización judicial sea solicitada por su representante legal sin duda sitúa a la mujer declarada judicialmente incapaz como objeto del proceso, denegándole su condición de sujeto. La ley prevé expresamente, aunque en el marco de un proceso judicial, un consentimiento sustitutivo para la realización

(60) Tobías, José W., *Derecho de las personas*, Bs. As., La Ley, 2009, p. 197. La doctrina y jurisprudencia mayoritaria, al analizar el Código derogado, entendía que no era posible ni aconsejable pensar en “incapacidad o insania” sin la existencia acreditada e indubitada de una enfermedad o trastorno mental.

(61) Observaciones finales del Comité de Naciones Unidas sobre Argentina, CRPD/C/ARG/CO/1, de 26/09/2012, párrs. 20 y 22, respectivamente.

(62) Reitero que me estoy refiriendo al caso de mujeres con discapacidad que requieren de apoyo para la toma de decisiones y que, en vez de recibir dichos apoyos, han sido declaradas judicialmente incapaces. Diferente sería el caso de la mujer absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y de expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, en el caso en que el sistema de apoyos hubiese resultado ineficaz. En dicho caso se justifican los actos sustitutivos mediante representante mientras dure esta situación, aunque se mantienen las dudas sobre la sustitución en el ejercicio de derechos personalísimos.

de un acto —invasivo y con consecuencias definitivas o, al menos, permanentes— que afecta la integridad de la persona y uno de sus más básicos derechos personalísimos.

Gran parte de la doctrina sostiene que los derechos personalísimos no son factibles de ser ejercidos a través de terceros.⁽⁶³⁾ Sin embargo, luego de instituir la regla, suele establecerse la excepción cuando la persona a ser sustituida en su voluntad es una persona con discapacidad. En dicho caso, la doctrina suele justificar esta medida a partir de la consideración de que determinadas discapacidades inhabilitan la toma de decisiones y habilitan la representación sustitutiva. Reiteramos que esta interpretación es absolutamente contraria a la CDPCD.

Pero, asimismo, merece la pena preguntarse sobre las razones que suelen aducirse para justificar la necesidad de realizar estas prácticas en mujeres declaradas judicialmente incapaces. En su mayoría, la motivación se presenta en el marco de una necesidad terapéutica. Ahora bien, es necesario analizar si realmente el fin de la esterilización es terapéutico o, mejor dicho, si nos encontramos ante una práctica terapéutica. Así, señala Sambrizzi que en principio y salvo supuestos de excepción, la esterilización no constituye una acción terapéutica, por cuanto no previene una futura enfermedad, sino un futuro embarazo, lo que sin duda no constituye una enfermedad. En estos términos, la esterilización sería un procedimiento quirúrgico que se llevaría a cabo anulando el funcionamiento de un órgano sano. Así, puede afirmarse que “se consiente un procedimiento violatorio del derecho a la integridad física de la persona y al desarrollo de su personalidad, como también a su autonomía y dignidad”.⁽⁶⁴⁾ Evidentemente, así como la salud es un proceso y una construcción compleja e integral, el significado de lo terapéutico requiere asimismo de una mirada integral que supere lo meramente orgánico, por lo que la postura citada puede resultar extrema, pero sin duda válida de ser analizada en mayor profundidad.

Por lo antedicho, no cabe duda de que, al establecer como requerimiento el proceso judicial a pedido del representante, en este punto la ley 26.130 contraría claramente los lineamientos de la CDPCD vulnerando los derechos de las mujeres con discapacidad reconocidos y garantizados a través del Tratado. Como se ha mencionado, nuestro país ha sido advertido recientemente respecto de las violaciones de derechos humanos que se derivan de mantener la institución de la incapacidad para personas con discapacidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico, como asimismo de la posibilidad que prevé la ley de que la mujer con discapacidad pueda ser sujeta a una esterilización sin su consentimiento pleno e informado, que es reemplazado por el de su representante legal.

Sin embargo, es también dable destacar la tendencia normativa que viene siendo establecida a través de diferentes leyes en Argentina, que reconocen y amplían derechos. Estas han limitado las restricciones tanto en las declaraciones de incapacidad como en los efectos de dichas declaraciones, y han situado a la persona como eje y protagonista.

En este sentido, se entiende que una lectura de dichas leyes a la luz de los principios derivados de la consideración de la discapacidad como cuestión de derechos huma-

(63) Kemelmajer de Carlucci, A., “El derecho del menor a su propio cuerpo”, en Borda, G., (dir.), *La persona humana*, Bs. As., La Ley, 2001; Kemelmajer de Carlucci, A., *Bioética y Derecho*, Rubinzal-Culzoni, 2003; Medina, G.; “Bioética, libertad sexual y Derecho”, en *RDF*, n° 21, Lexis-Nexis, 2002; Tobias, J. W., *Derecho de las personas*, op. cit.

(64) Sambrizzi, E., “La cultura de la muerte”, en *Revista Jurídica La Ley*, 04/07/2008, *La Ley* 2008-D, p. 906.

nos permite, sin lugar a duda, afirmar —de hecho así se afirma a través de algunas de dichas normas, que imponen la información y la participación incluso en caso de incapacidad”—⁽⁶⁵⁾ que aun en los casos en que se solicite por su representante la esterilización judicial de una mujer declarada incapaz, el juez o la jueza deberá habilitar todas las garantías desarrolladas en el apartado anterior de este trabajo, transitando el camino que impone el principio de igualdad en la materia, y habilitando el cumplimiento de las condiciones de accesibilidad, la adopción de ajustes razonables y la prestación de medidas de apoyo.⁽⁶⁶⁾ De este modo, se amplía la regla general: parte del postulado de la persona como protagonista, que resuelve en base a sus deseos, preferencias, narrativa de vida, necesidades y potencialidades.

(65) Ver las leyes 25.529, 26.657, 26.742 y decreto 1089 citados.

(66) Ver Iglesias, M. G., “El juicio de capacidad ante los operadores jurídicos y sociales”, en *Capacidad jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos*, *op. cit.*

NOVEDADES

**OBSERVACIÓN GENERAL DEL COMITÉ
PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS
LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN
CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD,
SOBRE LA NECESIDAD DE INTERPRETAR
EL ARTÍCULO 1.2, INCISO B) IN FINE
DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA
PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS
LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN
CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD,
EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 12
DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES
UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

PRIMERA REUNIÓN EXTRAORDINARIA DEL COMITÉ
PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS
DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD

OEA/ Ser.L/XXIV.3.1

CEDDIS/doc.12 (I-E/11) Rev.1

28 abril 2011

Original: español

4 y 5 de Mayo de 2011

1. Antecedentes

Dentro del marco de la Primera Reunión de Grupos de Trabajo del CEDDIS, celebrada en octubre de 2010, los delegados presentes iniciaron un diálogo para atender la discrepancia normativa y conceptual existente entre la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al instituto de la interdicción y el régimen de curatela como mecanismo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Conforme al artículo I.2.b de la Convención Interamericana adoptada en 1999, la declaratoria de interdicción hacia la persona con discapacidad no constituye un acto discriminatorio, norma que en opinión del Comité resulta obsoleta tras la adopción de la Convención de Naciones Unidas de 2006. El proceso de reforma de la Convención Interamericana puede estar dotado de complejidades y trámites extensos, por lo que de manera momentánea los miembros del Comité presentes sugirieron diseñar otras propuestas más viables que pudieran ser aprobadas durante la próxima reunión del Comité. En este sentido, se sugirió que como Comité adopten un criterio de interpretación, el cual podría ser difundido masivamente.

Este criterio de interpretación debería anular, para efectos prácticos, esta primera parte del artículo I.2.b de la Convención Interamericana que es aclarativa, de modo de iniciar un proceso de transición toda vez que no se puede proponer un cambio inmediato ya que existe una cantidad considerable de personas interdictas. A este respecto, será necesario primeramente solicitar a los Estados que recopilen la información sobre el número de casos de interdicción decididos en las cortes nacionales.

A la par de este criterio de interpretación, se sugirió también la construcción de un sistema de apoyo alternativo, sustitutivo de la figura de la interdicción, dadas las serias implicaciones de esta institución, explicadas durante la presentación. Se comentó que un rasgo común en muchos de los países de la región es que los códigos civiles derivan del derecho romano o del Código Napoleónico que erróneamente consideraban interdictos a personas con discapacidades auditivas o de lenguaje, que hoy en día, con la ayuda de un intérprete, no tendrían por qué ser declarados interdictos.

El Comité está consciente de que una modificación de la normativa interna de los Estados parte de la Convención llevará un tiempo considerable, no obstante, ello no impide dejar claro, desde ahora, que efectivamente la figura de la interdicción constituye una discriminación para las personas con discapacidad y que debe abogarse no por un régimen de curatela sino por un régimen de representación. La afirmación de que este régimen sí es discriminatorio reposa sobre el hecho de que las personas con discapacidad, para poder tener una representación legal después de su mayoría de edad, deben ser declarados interdictos o insanos, por lo cual se sugiere encontrar un modelo de representación que no tenga que ver con la insania o la interdicción de modo que se asemeje al de cualquier otra persona.

Tras diversas intervenciones de los miembros del Comité acerca de las connotaciones que debían caracterizar la opinión a preparar, el representante de Argentina y segundo vicepresidente ante el Comité, Pablo Rosales, distribuyó en la Primera Reunión del Grupo de Trabajo del CEDDIS el Proyecto titulado “Opinión del Comité de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la OEA sobre la necesidad de interpretar el artículo I.2, inciso b) *in fine* en el marco del artículo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad ONU” que establece claramente que:

- *La vigencia de la Convención de la ONU de 2006 implica el cambio del paradigma de la sustitución de la voluntad (que caracteriza al modelo de protección de la mayoría de los Códigos Civiles de Latinoamérica) al nuevo paradigma basado en la toma de decisiones con apoyos y salvaguardas del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU).*
- *Que la mayoría de los Códigos Civiles, principalmente, de los Estados de la región, mantienen en sus normativas legales institutos jurídicos como la declaración de*

insania y la curatela como forma de representación legal de la personas con discapacidad, particularmente, personas con discapacidad auditiva y personas con discapacidad mental o intelectual y que dichas instituciones deben ser revisadas en el marco de lo establecido por el artículo 12 de la Convención de los Derechos de las personas con Discapacidad de Naciones Unidas por mandato del artículo 4.1, incisos a) y b) de dicha Convención.

- *Que la mayoría de los países miembros de la OEA han suscrito la Convención de Naciones Unidas y que por este motivo una de las primeras medidas que deben adoptar los Estados es el necesario examen a fondo de la legislación y de las políticas nacionales locales, a la luz del instrumento ratificado, que habrá de considerarse no solo artículo por artículo sino principalmente en su significado global, no bastando con reformar la legislación sino que es preciso acompañarla con medidas en el plano judicial, administrativo, educativo, financiero y social para hacerla operativa.*

2. Adopción de criterio de interpretación

Los miembros del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco de su primera Reunión Extraordinaria celebrada en mayo de 2011, en San Salvador, El Salvador, han revisado la propuesta presentada originalmente por Argentina, que fuese posteriormente revisada por Brasil, Costa Rica, Panamá y Perú, y tras el intercambio de opiniones entre los miembros del Comité presentes, deciden aprobar el siguiente criterio de interpretación:

Opinión del Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, sobre la necesidad de interpretar el artículo I.2, inciso b) *in fine* de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

RESULTANDO

Que el artículo I.2, de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la OEA establece que:

“2. Discriminación contra las personas con discapacidad

a) El término “discriminación” contra las personas con discapacidad” significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

*b) No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. **En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, esta no constituirá discriminación”.***

Que el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de la ONU establece una modificación en el criterio sustentado por la convención de la OEA ya que establece que “... Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”;

Que este nuevo paradigma es profundizado en cuanto a la capacidad de hecho de las personas con discapacidad, entendida como la capacidad de ejercer sus derechos, en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU que establece que:

“Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica:

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Que la mayoría de los Códigos Civiles, principalmente, de los Estados de la región mantienen en sus normativas legales institutos jurídicos como la declaración de insania y la curatela como forma de representación legal de las personas con discapacidad, particularmente, personas sordas y personas con discapacidad mental o intelectual y que dichas instituciones deben ser revisadas en el marco de lo establecido por el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad de la ONU por mandato del artículo 4.1 inciso a) y b) de dicha Convención;

Este Comité declara que el criterio establecido en el artículo 1.2, inciso b) *in fine* de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra

las Personas con Discapacidad de la OEA en cuanto establece que “En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, esta no constituirá discriminación” **guarda una seria contradicción con lo establecido por el artículo 2 y 12 de la Convención de Naciones Unidas y, en consecuencia, entiende que el mismo debe ser reinterpretado en el marco de la vigencia de este último documento.**

CONSIDERANDO:

Que la entrada en vigor de la Convención de la ONU a partir del 3 mayo del 2008 implica el cambio del paradigma de la sustitución de la voluntad (que caracteriza al modelo de protección de la mayoría de los Códigos Civiles de Latinoamérica) al nuevo paradigma basado en la toma de decisiones con apoyos y salvaguardas del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU);

Que el artículo 12 de la Convención sobre reconocimiento de la personalidad jurídica, y de la capacidad jurídica y de obrar reviste un carácter central en la estructura del tratado, por su valor instrumental para el disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad y su significación en el proceso de transformación de la legislación interna (de fondo y de forma, civil y penal) y que la mayoría de los países miembros de la OEA han suscripto la Convención de Naciones Unidas;

Por este motivo, y en el marco del artículo 4.1 inciso a) y b) citado y con la finalidad de aplicar adecuadamente la Convención una de las primeras medidas que deben adoptar los Estados es el necesario examen a fondo de la legislación y de las políticas nacionales locales, a la luz del instrumento ratificado, que habrá de considerarse no solo artículo por artículo sino principalmente en su significado global como *corpus iuris* del derecho internacional, teniendo como guía sus propósitos (artículo 1 de la Convención citada) y sus principios generales (artículo 3), siempre en el marco de una concepción integral de los derechos humanos —civiles y políticos, económicos, sociales y culturales— reconociendo su interdependencia e indivisibilidad (Preámbulo de la Convención).

De lo afirmado se sigue que, salvo en aquellos casos en que los derechos y principios del tratado ya estén protegidos por el Derecho interno, el Estado Parte tiene la obligación de introducir los cambios necesarios para garantizar su conformidad con la Convención de la ONU, en los planos normativo y operativo. Pues no basta con reformar la legislación sino que es preciso acompañarla con medidas en el plano judicial, administrativo, educativo, financiero y social, entre otros.

Por otra parte, el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —con anterioridad a la nueva Convención— reconoce “para todos” la personalidad jurídica, pero fue necesario un nuevo tratado específico referido a las personas con discapacidad con una disposición precisa (artículo 12) sobre tan trascendente cuestión, debido a la falta de efectividad y a la invisibilidad de las personas con discapacidad en el sistema de derechos humanos y en la sociedad.

El artículo 12 reafirma que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su capacidad jurídica, en sus dos sentidos, es decir como capacidad goce y como capacidad de ejercicio. Los Estados Parte reconocen la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, así como su capacidad jurídica y de obrar en igualdad de condiciones con los demás en todos los ámbitos de su vida. En los párrafos 3 y 4 los Estados se comprometen a proporcionar a las personas con discapacidad el

apoyo o asistencia que puedan necesitar para ejercer su capacidad jurídica, así como salvaguardias adecuadas y efectivas para evitar abusos.

En un reciente Informe de Naciones Unidas —“Estudio temático de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención”, identificado con el número A/HRC/10/48, de fecha 26 de Enero de 2009— se afirma que:

“Toda ley que prevea que la existencia de una discapacidad es motivo directo e indirecto para declarar la incapacidad jurídica entra en colisión con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad consagrado en el párrafo 2 del artículo 12” por lo que los Estados Parte deberán modificar o derogar las normas que violan el deber de los Estados de respetar el derecho humano a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Además, respecto de los párrafos 3, 4 y 5 del mismo artículo 12 habrán de adoptarse *“medidas que protejan y hagan efectivo ese derecho [...] Esto incluye lo siguiente: el reconocimiento jurídico del derecho de las personas con discapacidad a la autonomía; a disponer de medios alternativos y aumentativos de comunicación; a la adopción de decisiones asistida, entendida como el proceso por el que una persona con discapacidad está habilitada para adoptar y comunicar decisiones con respecto a cuestiones personales o jurídicas; y el establecimiento de normas que precisen las facultades de quienes prestan el apoyo y su responsabilidad”*.

En contraposición al respeto al derecho humano a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se halla el “asistencialismo” —reconocido como uno de los más arraigados obstáculos para implementar la Convención— que se caracteriza por la acción de quienes asumen la representación de otros a los que no consultan ni hacen partícipes, los “sustituyen”, siempre con “las mejores intenciones”, asumiendo que pueden decidir sobre sus deseos, elecciones y necesidades.

Lo que la Convención de la ONU exige es que el apoyo se sustente en la confianza, se proporcione con respeto, y en ningún caso en contra de la voluntad de la persona con discapacidad.

Muchas veces las personas con discapacidad necesitan apoyo, pero no sustitución, pero el apoyo contemplado por la Convención como “apropiado” es el que se centra en las capacidades (más que en las deficiencias) y en la eliminación de los obstáculos del entorno para propiciar el acceso y la inclusión activa en el sistema general de la sociedad (medio físico y cultural, justicia, vivienda y transporte, servicios sociales y sanitarios, oportunidades de educación y trabajo, vida cultural, gremial y política, deportes y recreación).

A diferencia de los sistemas de protección sustitutivos, que atrapan a las personas considerándolas un objeto a tutelar, el apoyo adecuado a la nueva normativa de derechos humanos se encamina a la liberación de las personas en sus propias vidas, a la ampliación de su esfera de actuación en la que decidan por sí mismas lo que quieran hacer y al reconocimiento del valor de su aporte a la sociedad que integran como ciudadanos y “como parte de la diversidad y de la condición humanas” (arts. 3.d, 8.1.c y 8.2.a) iii de la Convención).

Teniendo en cuenta que la adopción de un paradigma de capacidad jurídica universal, que incluye a todas las personas con discapacidad, fue objetado durante la elaboración de la Convención, porque se temía que no daría cuenta adecuadamente de los problemas

de aquellas personas con mayor necesidad de apoyo, se estableció en el inciso 3 del artículo 12 la obligación de los Estados Partes a proveer apoyos y en el inciso 4 se agregaron las salvaguardas frente a los abusos que se pudieran derivar de dichos apoyos. En efecto, si no se hubiese previsto en la nueva Convención con carácter central el sistema de apoyos y salvaguardas, las personas con discapacidad con mayor necesidad de apoyo hubieran corrido el riesgo de quedar excluidas del reconocimiento pleno de su personalidad y capacidad jurídica.

La Convención entiende a la discapacidad como un fenómeno social, pues contempla la situación de las personas con diversas deficiencias (físicas, sensoriales, mentales e intelectuales) que al interactuar socialmente se encuentran con diversos tipos de barreras (legales, judiciales, físicas, actitudinales, arquitectónicas, entre otras) que se erigen como obstáculos para el goce de sus derechos, en igualdad de condiciones con las demás. Por ello, se ha afirmado que para la aplicación plena y efectiva de la Convención es fundamental que en las legislaciones nacionales se considere a la discapacidad como un fenómeno social, lo que implica abandonar las definiciones de carácter médico únicamente, articuladas según el tipo de deficiencia, así como las basadas en la noción de actividades de la vida cotidiana, en las que la incapacidad para llevar a cabo esas actividades está asociada a la deficiencia.

Como mínimo, la Convención precisa que entre las personas con discapacidad figuran aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (artículo 1).

El modelo social (o de las barreras sociales) redefine el concepto de rehabilitación o normalización, estableciendo que estas deben tener como objetivo la transformación de la sociedad, y no de las personas. Desde este modo, tanto el diseño para todos y como la accesibilidad universal se tornan determinantes para la prevención de la discapacidad.

Sobre la pregunta en torno a si la Convención de la ONU garantiza la capacidad jurídica a todas las personas con discapacidad, sería necesario hacer notar que no se ha incorporado una definición de discapacidad en el artículo 2 de la misma: "Definiciones".

Sin embargo, una definición inclusiva se encuentra en el artículo 1. Esta definición incluye a las personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo. Evidentemente, la Convención ha utilizado la estrategia de enunciar explícitamente a ciertos grupos en la definición, con el objeto de enfatizar la mayor vulnerabilidad a sufrir discriminación a la que están expuestos, así como también la mayor necesidad de diseñar estrategias para fortalecer la capacidad de ejercicio y reclamo de derechos de estos grupos. Si se examinan las legislaciones nacionales y las prácticas de los estados, se constata que son precisamente a estos grupos a los que se les niega la capacidad jurídica. Las deliberaciones en torno a la Convención muestran que se sintió la necesidad de una Convención específica para las personas con discapacidad porque los tratados de Derechos Humanos ya existentes no eran incluyentes de la discapacidad y no proveían la justificación requerida para cuestionar las legislaciones nacionales excluyentes. A la luz de este compromiso global con la meta de inclusión en la Convención, resulta lógico concluir que el artículo 12 ha sido redactado en consonancia con este objetivo más amplio de la Convención.

Tras un examen de los trabajos preparatorios del tratado, puede constatarse que la adopción de un paradigma de capacidad jurídica universal, para todas las personas con discapacidad, fue objetada porque se temía que no daría cuenta adecuadamente de

los problemas de aquellas personas con mayor necesidad de apoyo. Fue justamente en atención a ese temor que el inciso 3 del artículo 12 obliga a los Estados Partes a proveer apoyos, y que el 4 requiere una serie de salvaguardas frente a los abusos que se pudieran derivar de dichos apoyos. Sin la previsión de estos apoyos y salvaguardas, el grupo de personas con mayor necesidad de apoyo podría haber quedado excluido del reconocimiento pleno de su personalidad y capacidad jurídica. Sin embargo, la lectura conjunta de la definición de discapacidad y la obligación de proporcionar apoyos conduce a la conclusión de que la redacción del artículo 12 incluye a todas las personas con discapacidad.

Desde esta aseveración el artículo 1.2 inciso b) *in fine* de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la OEA necesita ser reinterpretado a la luz del nuevo paradigma del artículo 12 citado.

No se trata solo de analizar la perspectiva de evaluar la legislación interna de cada Estado Parte en lo que respecta a la interdicción y curatela, sino también analizar, más allá de cuestiones jurídicas, las implicaciones prácticas de estas medidas estatales.

No debe confundirse el régimen de capacidad/incapacidad de ejercicio de los derechos en determinadas circunstancias, con la búsqueda de un modo de representación distinto de las personas con discapacidad que sostenga la autonomía de las mismas, reconozca su plena capacidad jurídica y personalidad jurídica, y proponga un modo de apoyos y salvaguardias, solo en los casos donde ello sea necesario. Es decir, partir de las capacidades de las personas, de aquello que pueden hacer por sí mismas, para luego determinar aquellas circunstancias que requieren de apoyos con salvaguardias.

RESOLUCIÓN

En cuanto al mandato de naturaleza jurídica el Comité resuelve

- 1) Instar a los Estados partes a que efectúen un estudio comparativo entre su legislación interna y el Derecho nacional de los demás Estados parte en la Convención Interamericana, en lo que respecta a las disposiciones sobre la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, a fin de asegurarse que efectivamente mantienen una regulación acorde con sus necesidades desde todos los estratos sociales, y con la realidad institucional del país, pero en el marco del artículo 12 de la Convención de la ONU.

En cuanto al mandato de naturaleza práctica el Comité resuelve:

- 2) Solicitar al Secretario General de la OEA disponer, a través de sus instancias jurídicas pertinentes, la revisión del artículo 1.2 inciso b) *in fine* de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, con el objeto de armonizarlo con el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de la persona con discapacidad de las Naciones Unidas, recomendando lo más conveniente, sea su inaplicación práctica, o su derogación
- 3) Instar a los Estados parte de la Convención Interamericana a tomar medidas, en consonancia con el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas, para garantizar el reconocimiento de la capacidad jurídica universal, incluyendo a todas las personas con discapacidad, independientemente de su tipo y grado de discapacidad, y en consecuencia con ello, iniciar en el más breve plazo un proceso de sustitución de la práctica de la interdicción, curatela o cualquier otra forma de representación, que afecte la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, a favor de la práctica de la toma de decisiones con apoyo.

Lo anterior significa tomar acciones en la siguiente dirección:

- 1) Capacitar a la población en general, con especial énfasis en los operadores del sistema judicial, sobre el nuevo paradigma vigente de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, incluso aquellas con discapacidades severas, mediante el recurso a sistemas de apoyo para la toma de decisiones.
- 2) Tomar medidas urgentes, de orden normativo, para asegurar que el sistema judicial no permita la aprobación de nuevos casos de interdicción, y para impulsar el desarrollo gradual de los sistemas de apoyo para la toma de decisiones así como para la regulación e implementación de instituciones y mecanismos de salvaguarda para prevenir los abusos.
- 3) Tomar medidas para facilitar el proceso de revisión de los casos de interdicción de personas con discapacidad, con el objeto de adecuarse al nuevo paradigma, con especial énfasis en aquellos que se presenten dudas sobre la existencia de abusos, manipulación de intereses, o abusos.
- 4) Informar a este Comité acerca de las medidas tomadas y los avances que se vaya logrando en este proceso.

DIAGNÓSTICO REGIONAL SOBRE EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

TERCERA REUNIÓN EXTRAORDINARIA DEL COMITÉ
PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS
DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD (CEDDIS)

21 y 22 de noviembre de 2013

San José, Costa Rica

OEA/Ser.L/XXIV.3.3

CEDDIS/doc.1(III-E/13)

21 octubre 2013

Original: español

—Relatoría del Sr. Pablo Oscar Rosales, Delegado Titular de Argentina ante el CEDDIS—

Resumen ejecutivo

La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, CIADDIS, adoptada en 1999 estableció en su artículo I.2, inciso b) que *“En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, esta no constituirá discriminación”*. Ocho años después la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CDPCD, introdujo un cambio radical en la interpretación del alcance del derecho al ejercicio de la capacidad jurídica al establecer que los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica y se reconoce su capacidad jurídica de ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

El Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, CEDDIS, que es la instancia encargada del seguimiento de la implementación de la CIADDIS, reconoció la inmediata necesidad de armonizar el artículo I.2 inciso b) de dicha Convención con el nuevo paradigma establecido por la CDPCD y, a tal efecto, decidió durante su Tercera Reunión en 2010 constituir un grupo de trabajo para

analizar este tema con mayor profundidad y presentar sus conclusiones durante la próxima reunión del Comité.

El grupo de trabajo se reunió en Washington en octubre 2010 y estuvo integrado por Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Panamá y Perú. Los integrantes de este grupo concordantemente concluyeron que, en efecto, el instituto de la interdicción y su correspondiente régimen de curatela no resultan apropiados para asegurar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, y eliminar las barreras de acceso a la justicia. Tras analizar diversos precedentes judiciales de juzgados locales, se evidenció que el instituto de la interdicción o curatela del modelo de representación, suele ser aplicado con demasiada amplitud; que en la mayoría de los casos el alcance de la restricción fijada en la sentencia es indeterminado; que el procedimiento judicial es extenso, oneroso y no ofrece en todos los casos garantía a una tutela judicial efectiva (habida cuenta de que no siempre se dispone de intérpretes o instrumentos probatorios en formatos accesibles); que predomina la ausencia de mecanismos de control de curatelas ya impuestas, entre otras cuestiones. Pero más allá de los problemas procedimentales de esta institución, hay un argumento de mayor peso que reclama la necesidad de que este régimen sea sustituido por otro modelo de reconocimiento de derechos, y es el cambio de paradigma conforme al cual, el relevamiento de la voluntad de la persona con discapacidad ante su curador, debe ser sustituida por el reconocimiento de la capacidad de ejercicio de los derechos de la persona con discapacidad por sí mismo con apoyos y salvaguardas si fuera necesario y que dichos apoyos solo se ha de materializar cuando sea efectivamente necesario y requerido por la propia persona con discapacidad. Ello es así, porque el simple hecho ser una persona con discapacidad no implica la imposibilidad de gestionar adecuadamente sus derechos y obligaciones, ni tampoco la incapacidad de realizar por sí mismo actos con plena trascendencia jurídica.

Así entonces, como forma de subsanar la contraposición existente entre ambas convenciones, y reconociendo la necesidad de armonizar la CIADDIS en este aspecto dada a su importancia para la región, el grupo de trabajo del CEDDIS acordó la realización de una observación general que fungiese como criterio de interpretación del artículo 1.2 b) de la CIADDIS, de modo de adecuarla al nuevo paradigma que surgiera tras la entrada en vigor de la CDPCD, dejando por sentado que el texto. *“En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción (...) esta no constituirá discriminación”* debe descartarse en futuras interpretaciones sobre el alcance del derecho al ejercicio de la capacidad jurídica. Esta decisión tomó como base varios precedentes judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina traídos a colación por el entonces Segundo Vicepresidente del CEDDIS, Sr. Pablo Oscar Rosales, conforme los cuales dicho tribunal declaró que son los Comités o la Cortes de los respectivos tratados internacionales, los legítimos intérpretes de los mismos, en consecuencia, era menester, con base a estos precedentes ejemplificativos, emitir un criterio de interpretación que permitiese dirimir la contradicción existente entre la CIADDIS y la CDPCD.

Con base a lo anterior el grupo de trabajo preparó un proyecto de observación general que fue presentada y aprobada por el CEDDIS durante su Primera Reunión Extraordinaria celebrada en mayo de 2011. Esta observación reconoce a la discapacidad como un fenómeno o barrera social y no médica, pues contempla la situación de las personas con diversas deficiencias (físicas, sensoriales, mentales e intelectuales) que al interactuar socialmente se encuentran con diversos tipos de barreras (legales, judiciales, físicas, actitudinales, arquitectónicas, entre otras) que constituyen obstáculos para el goce de sus derechos, en igualdad de condiciones con las demás.

La observación general indica que para la aplicación plena y efectiva de la CIADDIS es fundamental que en las legislaciones nacionales se aborde la discapacidad desde el modelo social, migrando desde el modelo médico-rehabilitador, lo que implica abandonar las definiciones de carácter médico únicamente, articuladas según el tipo de deficiencia, y reconocer que las personas con discapacidad aportan a la sociedad en la misma medida que las personas sin discapacidad, siendo que estos aportes está relacionados con dos conceptos básicos: la inclusión y aceptación de la diversidad y su valoración. Se describen así los argumentos jurídicos y sociales que ameritan un cambio de paradigma pasando del modelo del asistencialismo sustitutivo a un modelo de derechos humanos que de ninguna manera suprima la voluntad de la persona con discapacidad ni el ejercicio por sí mismo de sus derechos.

Bajo esta premisa, la observación general insta a los Estados Parte de la CIADDIS a implementar progresivamente estrategias de capacitación a los actores judiciales; a revisar los casos interdicción ya constituidos, y suspender las declaratorias de interdicción abogando por la toma de decisiones con apoyo.

En concreto, la observación indica lo siguiente con respecto al ejercicio de la capacidad jurídica:

3. Instar a los Estados parte de la Convención Interamericana a tomar medidas, en consonancia con el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas, para garantizar el reconocimiento de la capacidad jurídica universal, incluyendo a todas las personas con discapacidad, independientemente de su tipo y grado de discapacidad, y en consecuencia con ello, iniciar en el más breve plazo un proceso de sustitución de la práctica de la interdicción, curatela o cualquier otra forma de representación, que afecte la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, a favor de la práctica de la toma de decisiones con apoyo.

Lo anterior significa tomar acciones en la siguiente dirección:

1. Capacitar a la población en general, con especial énfasis en los operadores del sistema judicial, sobre el nuevo paradigma vigente de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, incluso aquellas con discapacidades severas, mediante el recurso a sistemas de apoyo para la toma de decisiones.

2. Tomar medidas urgentes, de orden normativo, para asegurar que el sistema judicial no permita la aprobación de nuevos casos de interdicción, y para impulsar el desarrollo gradual de los sistemas de apoyo para la toma de decisiones así como para la regulación e implementación de instituciones y mecanismos de salvaguarda para prevenir los abusos.

3. Tomar medidas para facilitar el proceso de revisión de los casos de interdicción de personas con discapacidad, con el objeto de adecuarse al nuevo paradigma, con especial énfasis en aquellos que se presenten dudas sobre la existencia de abusos, manipulación de intereses, o abusos.

4. Informar a este Comité acerca de las medidas tomadas y los avances que se vaya logrando en este proceso.

La Observación General del CEDDIS es de gran valor pues con ella no solo queda subsanada el texto final del inciso b del artículo I.2.b) de la CIADDIS, sino que además se incluyen

lineamientos para los Estados sobre las medidas que deben adoptar para garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio de su capacidad jurídica amplia. En ella se deja claro que es obligación del Estado garantizar el acceso a quienes necesiten un apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, con salvaguardias contra los abusos, y que tal apoyo lo debe seleccionar la persona con discapacidad. En la medida de lo posible, el apoyo debe sustentarse en la confianza, ser proporcionado con respeto y nunca en contra de la voluntad de la persona con discapacidad.

Lo anterior supone un gran reto para los funcionarios públicos, jueces, legisladores, para garantizar que esto se cumpla dentro de las leyes y en el dictado de las sentencias judiciales.

¿Cuáles son, en términos concretos, tales mecanismos de reconocimiento de la capacidad de ejercicio de los derechos con apoyos y salvaguardas que deben sustituir al régimen de la curatela?

La CDPCD sostiene que estos mecanismos deben respetar los derechos y la voluntad de la personas con discapacidad buscando soluciones adaptadas a las necesidades sociales y culturales de la persona, evitando conflictos de intereses, influencia indebida, o excesos que provoquen una situación similar a la de la interdicción. Sin embargo aún es incipiente el trabajo con directrices con ejemplos concretos sobre estos mecanismos que puedan ser tomadas en cuenta por legisladores y actores judiciales como una referencia fehaciente a la hora de legislar y dictar sentencia judiciales.

El CEDDIS se ha percatado de esta laguna y en consecuencia ha orientado sus esfuerzos en diseñar un manual instructivo para actores de gobierno sobre cómo aterrizar los mandatos que emanan de la observación general del CEDDIS y del artículo 12 de la CDPCD. A fin de realizar este manual, el primer paso fue realizar un mapeo integral en todos los Estados Miembros sobre todos los mecanismos que están siendo implementados para el ejercicio de la capacidad jurídica (sea la tradicionalmente curatela, o mecanismos emergentes de apoyo que no hayan sido divulgados aún) a fin de realizar un diagnóstico preliminar en la región sobre este tema y, tras identificar los avances y dificultades en la región para garantizar la capacidad jurídica amplia, se procederá a la construcción de un manual instructivo sobre apoyos y salvaguardas para lo cual se creará un grupo multidisciplinario integrado por representantes del CEDDIS, sociedad civil, y profesionales de diversas áreas (antropólogos, sociólogos, abogados, médicos, psicólogos, entre otros).

La presente relatoría comprende los resultados derivados de la compilación de respuestas de varios Estados Miembros de la OEA que constituyen en sí el primer diagnóstico regional sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad emanado de organismos oficiales de los Estados y de la región. La información analizada fue vaciada a través de un cuestionario distribuido a los países en 2012 con preguntas sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad; el marco jurídico existente; capacitación y sensibilización de los funcionarios judiciales; aplicabilidad y efectividad del régimen de curatela para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas interdictas, y el impacto en los países de la región tras el cambio de paradigma surgido en virtud del art. 12 de la CDPCD.

Al procesar la información reportada, el relator evidenció, como resultados poco favorables, que en su mayoría los Estados se basan en distintos criterios para determinar la discapacidad; que no existe una distinción o definición acorde de los conceptos de discapacidad mental y discapacidad intelectual; que no es claro el concepto de discapacidad psicosocial; que el modelo médico rehabilitador se mantiene muy arraigado en la actividad pública; que predominan las barreras de accesibilidad para las personas

con discapacidad en sedes judiciales; que la mayor parte de las páginas web estatales no son accesibles; que no hay evidencia de que los procedimientos judiciales en los que intervienen las personas con discapacidad, como justiciables, testigos o jurados, tengan adecuaciones específicas en todos los casos; que en ninguno de los Estados que contestaron el cuestionario la legislación nacional contempla mecanismos de sistemas o de apoyo a favor de las personas con discapacidad en términos del art. 12 de la CDPCD, y que no existen para las personas con discapacidad en situación de encierro, medidas especiales tendientes a facilitar su autonomía, entre otros resultados.

En contrapartida, el diagnóstico reveló algunos progresos como la capacitación de los operadores judiciales a través de actividades realizadas hacia el interior de los poderes judicial y ejecutivo en conjunto con las entidades nacionales rectoras de la discapacidad; que la oferta educativa de educación superior en la región, aunque no se informa el grado de inclusión en términos del artículo 24 de la CDPCD, se encuentra en crecimiento; que se promueven capacitaciones sobre las Convenciones ONU/OEA en discapacidad; que algunos Estados cuentan con peritos e intérpretes de lenguaje de señas de manera permanente, otros a solicitud de parte, entre otros.

Se presentan a continuación los principales argumentos esbozados por el Relator especial designado para este proyecto, Sr. Pablo Oscar Rosales, Delegado titular de Argentina ante el CEDDIS, del cual emanan las anteriores y otras conclusiones, a la luz de la información provista por los Estados Miembros de la OEA que participaron en este diagnóstico sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Se trata de un estudio pionero en la materia por la diversidad de países y actores involucrados, que dará pie al primer manual sobre mecanismos de apoyo y salvaguardas como aporte del CEDDIS no solo para la región sino para los países que integran el foro universal de la CDPCD a los que, se espera, dicho manual pueda servir de referencia.

I. Introducción

El Relator especial designado para el análisis de los resultados del “*cuestionario sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, los regímenes para el ejercicio de su capacidad jurídica y la debida aplicación del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*”, Pablo Oscar Rosales, presenta este informe al Comité de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (en adelante CEDDIS) solicitado por el mismo en la reunión de San Salvador del 4 y 5 de mayo de 2011.

En dicha reunión se aprobó la Observación General CEDDIS/RES.1 (I-E/11)⁽¹⁾ que funge como criterio de interpretación del artículo I.2.b) de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (en adelante CIADDIS), y que constituyó un gran logro para el Comité puesto que en ella se concretan los primeros esfuerzos de armonizar la Convención Interamericana con la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad de Naciones Unidas (en adelante CDPCD), quedando reflejada la necesidad de establecer sinergias entre ambas convenciones a fin de que no existan mandatos contrapuestos para los Estados que son miembros tanto de convención de la OEA como de la ONU. Todo ello en el marco del artículo 1 de la Carta de la OEA que establece que: “...*Dentro*

(1) El texto de esta Observación General puede ser consultado en el siguiente enlace: http://www.sedi.oas.org/ddse/documentos/discapacidad/CEDDIS_text_observaciones_rev.doc

de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos constituye un organismo regional...”.

La Observación General CEDDIS parte de la premisa del nuevo paradigma surgido tras la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad de Naciones Unidas en mayo 2008 según el cual la sustitución de la voluntad que caracteriza al modelo de protección de la mayoría de los Códigos Civiles latinoamericanos debe ser sustituido por uno nuevo basado en la toma de decisiones con apoyos y salvaguardas.

Siendo que el modelo de capacidad jurídica universal con salvaguardas que llega con la CDPCD no es congruente con la “discriminación positiva” a la cual se refiere la Convención CIADDIS, de allí la necesidad de adoptar una Observación General en la que el Comité interpretara el artículo I.2.b de la CIADDIS en el marco de la Convención ONU.

La mayor virtud de este documento es que más allá de explicar los antecedentes en cuanto a paradigmas conceptuales, e indicar las razones que justifican la armonización de ambas convenciones, establece también medidas efectivas que persiguen orientar a los Estados miembros de la CIADDIS hacia el camino correcto para garantizar el ejercicio pleno de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad particularmente en oportunidad de modificar las legislaciones vigentes actualmente dentro del modelo de representación.

Estas medidas o recomendaciones son entre otras:

- a) Revisión por los Estados parte de su propia legislación interna con respecto a la Convención de Naciones Unidas (Artículo 4 CDPCD).*
- b) Revisión los estados parte de su propia legislación interna con respecto al Derecho nacional de los demás Estados parte de la CIADDIS a fin de extrapolar ejemplos exitosos.*
- c) Implementación progresiva de estrategias de capacitación a los actores judiciales; revisión de casos interdicción ya constituidos, y suspensión del establecimiento de nuevos casos de interdicción, abogando por la toma de decisiones con apoyo.*

Culminado el debate de las delegaciones, la Observación general fue aprobada por unanimidad por todo el plenario.

Las conclusiones y mandatos de la Observación General de CEDDIS son los siguientes:

“En cuanto al mandato de naturaleza jurídica el Comité resuelve

1. *Instar a los Estados partes a que efectúen un estudio comparativo entre su legislación interna y el Derecho nacional de los demás Estados parte en la Convención Interamericana, en lo que respecta a las disposiciones sobre la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, a fin de asegurarse que efectivamente mantienen una regulación acorde con sus necesidades desde todos los estratos sociales, y con la realidad institucional del país, pero en el marco del artículo 12 de la Convención de la ONU.*

En cuanto al mandato de naturaleza práctica el Comité resuelve:

2. *Solicitar al Secretario General de la OEA disponer, a través de sus instancias jurídicas pertinentes, la revisión del artículo I.2 inciso b) in fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, con el objeto de*

armonizarlo con el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de la persona con discapacidad de las Naciones Unidas, recomendando lo más conveniente, sea su inaplicación práctica, o su derogación.

3. Instar a los Estados parte de la Convención Interamericana a tomar medidas, en consonancia con el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas, para garantizar el reconocimiento de la capacidad jurídica universal, incluyendo a todas las personas con discapacidad, independientemente de su tipo y grado de discapacidad, y en consecuencia con ello, iniciar en el más breve plazo un proceso de sustitución de la práctica de la interdicción, curatela o cualquier otra forma de representación, que afecte la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, a favor de la práctica de la toma de decisiones con apoyo.

Lo anterior significa tomar acciones en la siguiente dirección:

1. Capacitar a la población en general, con especial énfasis en los operadores del sistema judicial, sobre el nuevo paradigma vigente de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, incluso aquellas con discapacidades severas, mediante el recurso a sistemas de apoyo para la toma de decisiones.

2. Tomar medidas urgentes, de orden normativo, para asegurar que el sistema judicial no permita la aprobación de nuevos casos de interdicción, y para impulsar el desarrollo gradual de los sistemas de apoyo para la toma de decisiones así como para la regulación e implementación de instituciones y mecanismos de salvaguarda para prevenir los abusos.

3. Tomar medidas para facilitar el proceso de revisión de los casos de interdicción de personas con discapacidad, con el objeto de adecuarse al nuevo paradigma, con especial énfasis en aquellos que se presenten dudas sobre la existencia de abusos, manipulación de intereses, o abusos.

4. Informar a este Comité acerca de las medidas tomadas y los avances que se vaya logrando en este proceso”.

II. Puesta en práctica del mandato

1. Cuestionario

El 1 de febrero de 2012 se distribuyó a las Misiones de los Estados Miembros de la OEA un cuestionario dirigido a funcionarios de gobierno pertenecientes a las ramas del Poder Judicial, Legislativo y a los Ministerios, Consejos o Secretarías de Inclusión Social, Desarrollo Social, Infraestructura, u oficinas nacionales cuya misión o función organizacional se relacione con las políticas de discapacidad, en forma exclusiva o como organismo asesor del Estado (CONADIS o afines), con el fin de recabar la información necesaria para la creación de un diagnóstico y una propuesta preliminar de carácter regional que permita visualizar cuáles son las principales dificultades que revelan los países del continente americano que han ratificado la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, para aplicar el artículo 12 de dicha Convención sobre el ejercicio de la capacidad jurídica (indagando si tales obstáculos son de naturaleza legislativa, institucional, cultural o financiera).

Este cuestionario tuvo como génesis el nuevo cambio de paradigma surgido tras la entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas en Mayo 2008, según el cual la subrogación del ejercicio y goce de los derechos que caracteriza al modelo de representación de la mayoría de los Códigos Civiles latinoamericanos (que generalmente consiste en declaraciones de interdicción e imposición de curatelas para las personas con discapacidad intelectual o mental) debe ser sustituido por un nuevo sistema basado en la toma de decisiones con apoyos y salvaguardas. El cuestionario incluyó tres grupos de preguntas según el siguiente esquema:

Parte I: El acceso a la justicia personas con discapacidad en términos de:

- *Marco jurídico existente.*
- *Capacitación y sensibilización de los funcionarios judiciales.*
- *Accesibilidad arquitectónica de las instalaciones de los tribunales.*
- *Disponibilidad de herramientas para facilitar la comunicación.*
- *Existencia de procedimientos adecuados cuando una de las partes y testigos en el juicio sea una persona con discapacidad.*

Parte II: La aplicabilidad y efectividad del régimen de curatela para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas interdictas.

Parte III: Impacto en los países de la región tras el cambio de paradigma surgido en virtud del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas.

El Relator Especial procesará la información contenida en las respuestas a los cuestionarios a fin de identificar las mayores dificultades que están siendo afrontadas por los países de la región para garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio pleno de su capacidad jurídica.

El Relator especial presentó al CEDDIS un informe de avance sobre el estado de situación en la reunión de Santiago de Chile, Chile del 27, 28 y 29 de Noviembre de 2012 y expuso un resumen de los contenidos de los cuestionarios contestados en relación a los marcos normativos existentes para el acceso a la justicia de las personas con discapacidad; la capacitación y sensibilización de los funcionarios judiciales; la accesibilidad arquitectónica de las instalaciones de los tribunales; entre otras cuestiones. El Relator invitó a los delegados a participar en la elaboración del informe de relatoría, y solicitó impresiones a las autoridades y demás colegas.⁽²⁾

Las autoridades del Comité autorizaron al Relator Especial a trabajar conjuntamente con otros expertos u organizaciones de personas con discapacidad en la elaboración del informe, recomendándose expresamente trabajar con la Sra. María Soledad Cisternas Reyes, presente en la reunión como invitada especial en su carácter de Vicepresidenta del Comité de expertos de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —actual presidenta del comité ONU— y con la Fundación para las Américas. Las autoridades del Comité recomendaron asimismo que el informe tenga en cuenta las políticas actuales en discapacidad de los Estados y su aplicación efectiva, y solicitaron una redacción técnica que facilite su manejo a los destinatarios. El CEDDIS

(2) Informe final de la Cuarta Reunión del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CEDDIS), 27 al 29 de noviembre de 2012, Santiago, Chile.

recibió en dos oportunidades al “Trust para las Américas” que ha realizado un informe que se incorpora como fuente el presente. Se incorpora además como fuente consultiva los informes art. 35 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad ONU presentados por Estados Parte de la región y evaluados por el Comité ONU a la fecha de la presente relatoría.

Una vez culminado el diagnóstico preliminar con el texto final aprobado de la relatoría, el Comité CEDDIS resolverá sobre la constitución de un grupo de trabajo integrado por representantes del propio CEDDIS, sociedad civil, y profesionales de diversas áreas (antropólogos, sociólogos, abogados, médicos, psicólogos, entre otros) que se encargarán de elaborar un Manual Instructivo que permita la puesta en marcha en el plano real de la Observación General del CEDDIS sobre capacidad jurídica de las personas con discapacidad adoptada en la Primera Reunión Extraordinaria del CEDDIS en mayo 2011. Este manual instructivo estará dirigido a actores judiciales, legisladores y otros funcionarios públicos de los Estados de la Región para colaborar en el esclarecimiento del “cómo” en la constitución de apoyos e implementación de salvaguardas a los que se refiere el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas, atendiendo concretamente a las necesidades que serán relevadas a través de las respuestas de este cuestionario.

El informe establecerá un relevamiento de los tres ejes de preguntas contestadas en el cuestionario, complementadas con los informes regionales incorporados al CEDDIS en base al trabajo las Organizaciones de la Sociedad Civil y Organizaciones de personas con discapacidad, con énfasis en los siguientes ejes conceptuales:

- i) Capacidad jurídica y ejercicio de los derechos de las PCD e impacto en los países de la región del modelo del artículo 12 de la CDPCD de la ONU.*
- ii) Evaluación del estado de situación del modelo de representación de curatelas o interdicciones.*
- iii) Situación del acceso a la justicia de las personas con discapacidad en base Al marco jurídico existente, accesibilidad, existencia de procedimientos adecuados y capacitación de los funcionarios judiciales.*

2. Proceso y método aplicado

Para preparar el compendio el Relator Especial se basará en al menos dos tipos de información. En primer lugar, examinará las respuestas por escrito al cuestionario. En segundo lugar, a través de resultados de consultas a informantes clave de la región y documentos presentados ante el Comité CEDDIS, particularmente el informe de mapeo del Trust para las Américas.

Al asumir su mandato, el Relator especial consultó a numerosas personas, recabando consejos e intercambiando opiniones sobre la manera de abordar la recopilación de las mejores prácticas⁽³⁾. Su primera decisión fue centrarse en las “buenas” prácticas fundando esta decisión en la observación de que distintos métodos pueden ser igualmente buenos en diversos contextos y particularmente que conforme se determina en la Observación General CEDDIS nos encontramos inmersos en un proceso de transición entre un modelo médico-asistencial de abordaje de la discapacidad hacia un modelo social reflejado en el texto de dicho documento.

(3) El relator agradece la colaboración y asesoramiento de María Soledad Cisternas, Pamela Molina, Luis Miguel del Águila, Agustina Palacios y Luis Fernando Astorga.

El Relator Especial fundará su trabajo en el relevamiento de las respuestas del cuestionario, complementándolo con las consultas a referentes regionales e internacionales e informantes clave, tanto de la sociedad civil como gubernamentales, y documentos emanados de organizaciones de la OEA fundamentalmente el “Informe de mapeo acerca del ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad psicosocial en seis países latinoamericanos” realizado por el “Trust for the Americas” y presentado ante el Comité CEDDIS en las reuniones de San Salvador del 4 y 5 de Mayo de 2011 y en la cuarta reunión ordinaria en Santiago de Chile los días 27 a 29 de Noviembre de 2012.

El mapeo⁽⁴⁾ consintió en un análisis de los siguientes factores: Datos socio-demográficos sobre la población con discapacidad en general y sobre las personas con discapacidad psicosocial; la existencia de instituciones y políticas públicas relacionadas con la discapacidad psicosocial; el estado general de los derechos humanos del sector poblacional objeto del mapeo; marcos jurídicos nacionales e internacionales aplicables; iniciativas existentes en relación a la implementación efectiva de la Convención de la ONU y su artículo 12; identificación en cada país de liderazgos y actores claves comprometidos con el tema y desde un paradigma de derechos humanos, entre otros factores.

Como principales conclusiones del mapeo⁽⁵⁾ realizado se indicaron las siguientes:

- i) La ambigüedad conceptual, la imprecisión estadística y la ausencia de datos poblacionales es generalizada. La noción de discapacidad no es clara, no hay definición y reconocimiento de la discapacidad psicosocial, lo que genera invisibilidad y datos estadísticos incongruentes.*
- ii) Existen serias barreras socio-culturales y estigmatización. La definición que prevalece sobre personas con discapacidad sigue relacionada con enfoque médico y no se centra en el modelo social y de derechos humanos, al que se orienta la Convención de la ONU. La discapacidad psicosocial se ha erigido como una marca discriminante, excluyente, asociada a peligrosidad, rechazo, los abusos y graves violaciones de derechos humanos.*
- iii) Predomina el abuso, el maltrato, el abandono y la explotación, especialmente en el caso de personas con discapacidad institucionalizadas: Se hace necesario hacer estudios específicos sobre las violaciones de derechos humanos a las personas con discapacidad institucionalizadas, como se hizo en México y en Argentina.*
- iv) La familia de la persona con discapacidad puede ser un punto de apoyo de gran valor, pero también un factor que restringe sus derechos.*
- v) Los Jueces, fiscales y defensores públicos ignoran la norma internacional y se inclinan por aplicar las normas internas (contrarias al artículo 12 de la Convención de Naciones y a la Observación General del CEDDIS), que sostienen una visión patriarcal y asistencialista, protectora más del patrimonio de la persona, instaurando el sistema de “declaración de incapacidad”. Los operadores de justicia ignoran las Convenciones ONU-OEA en su aplicación práctica y en muchas ocasiones las desconocen por completo. No existen tampoco mecanismos fiscalizadores que realicen un seguimiento de las declaratorias de interdicción.*

(4) Informe final de la Cuarta Reunión del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CEDDIS), 27 al 29 de noviembre de 2012, Santiago, Chile.

(5) Las conclusiones son extraídas del informe final de CEDDIS de la reunión de Santiago de Chile de 2012 y del propio informe de mapeo.

A la luz de las conclusiones arrojadas, la Fundación para las Américas ha recomendado varias líneas de acción como el impulso de reformas a los Códigos Civiles que afecten la capacidad jurídica de las personas con discapacidad para armonizarlos con el nuevo paradigma de la Convención de la ONU; capacitación y formación a los operadores de justicia sobre las convenciones internacionales que rigen el tema; el desarrollo de campañas públicas para erradicar la discriminación asociada a la discapacidad psicosocial; el intercambio de experiencias relacionadas con los avances en la aplicación práctica de los mecanismos de apoyo contemplados en el artículo 12 de la Convención de la ONU; talleres de capacitación tanto presenciales como virtuales dirigidos a personas con discapacidad para concientizarlas sobre su identidad y derechos; la creación de un observatorio de los derechos de las personas con discapacidad para recoger denuncias sobre este tema; entre otras.

Por su parte, en la misma reunión del CEDDIS en Chile, participó la Vicepresidenta del Comité de Expertos de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, María Soledad Cisternas Reyes, —actualmente presidente del mismo— y compartió con el plenario que en el marco de Naciones Unidas, también están haciendo un esfuerzo de unificación de criterios para la aplicación del artículo 12 sobre capacidad jurídica que ha sido coloquialmente denominado el corazón de la Convención.

Explicó que desde el seno del Comité se creó un grupo de trabajo sobre capacidad jurídica en el que están trabajando distintas aristas del tema y para ello han recibido los aportes de diversos expertos, organizaciones de personas con discapacidad OPD, y ONG's, nacionales e internacionales, como también la visión de los Estados Partes, para consolidar directrices en el tema, a través de un “Comentario General”.

En este sentido se ofreció al CEDDIS poner a disposición del Comité de Naciones Unidas el Informe que como órgano regional elaboraren, el que representará la visión del continente americano. La Sra. Cisternas reiteró su ofrecimiento permanente de cooperar con el CEDDIS y su mejor disposición en recibir los insumos que dicho Comité tenga a bien remitirle sobre la situación global en la región.

La experta subrayó que la aplicación del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas es un “puente” para el ejercicio de otros derechos como el acceso a la justicia; la libertad y seguridad de la persona, la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes; la prohibición de la violencia, la explotación o el abuso; el derecho a vivir inserto en la comunidad; el derecho a formar una familia, a la integridad personal; el derecho político al voto, entre otros. El Comité de Naciones Unidas se ha ido pronunciando en estas materias, a través de Observaciones Finales que ha hecho a los Estados Parte que ya han presentado su informe sobre la Convención ONU, realizando el mecanismo de “diálogo constructivo” con el Comité. Dichas Observaciones contienen recomendaciones con respecto al artículo 12 de la Convención y otros conexos, todo lo cual puede servir como un insumo valioso para el trabajo del CEDDIS. La Sra. Cisternas Reyes señaló que su presentación es a título de experta individual, integrante del órgano del Tratado, ya que el Comité de ONU como tal, actúa como órgano colegiado.

3. Relevamiento de las respuestas generales al cuestionario

1) La metodología de relevamiento de las respuestas al cuestionario en primer lugar incluirá las respuestas generales sobre preguntas de fondo como marco jurídico

existente, situación del Estado frente a ambas convenciones, aplicación de las Reglas de Brasilia, etc. Luego se analizarán las respuestas relativas al artículo 12 de la CDPCD y en tercer lugar las respuestas complementarias que permitan elaborar un diagnóstico integral de la situación en la región.

- ii) El Cuestionario fue notificado por la secretaría del Comité CEDDIS, a través de sus representaciones, a los 34 Estados que forman la Organización de Estados Americanos (OEA), aunque solo 20 de ellos han suscripto y 18 de ellos ratificado la CIADDIS.⁽⁶⁾ A los efectos de la presente relatoría se ha tomado como fecha de corte de la información el 31 de enero de 2013.

Un total de 14 Estados presentaron su respuesta al cuestionario: México, Panamá, Costa Rica, Ecuador, Perú, Paraguay, Uruguay, Argentina, El Salvador, Bolivia, Chile, Brasil, Guyana y Bahamas.

De los Estados que contestaron el cuestionario, todos han suscripto y ratificado ambas convenciones, salvo Guyana que no firmo CIADDIS y tiene pendiente la ratificación de la Convención de la ONU y Bahamas que no ha suscripto ninguna de ambas convenciones. Brasil es el único estado que ha otorgado a la CDPCD el carácter de enmienda constitucional y El Salvador tiene vigente una reserva al artículo 12 de la CDPCD.

- iii) Las “100 Reglas de Brasilia de acceso a la justicia a personas en condiciones de Vulnerabilidad” tienen como objetivo “garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial”,⁽⁷⁾ entre los que se encuentran las personas con discapacidad. Siete de los 14 Estados informan que las mismas son de aplicación obligatoria en su territorio y de ellos 6 lo han materializado a través de acordadas o similares de las Cortes Supremas de los estados. En los demás estados se informa que en seis de ellos no son obligatorias porque no tiene la fuerza vinculante de normas jurídicas del derecho local o internacional, pero son aplicadas como “soft law”.⁽⁸⁾

En conclusión, las reglas de Brasilia, hasta la fecha de corte del cuestionario, solo son obligatorias en la mitad de los Estados que contestaron el mismo.

- iv) La mayoría de los Estados tienen normas que amparan a las personas con discapacidad en su acceso a la Justicia o a la población en general, incluso anteriores a la vigencia de la CIADDIS o de la CDPCD. Las mismas se incluyen en normativas específicas de derecho interno⁽⁹⁾ o surgen de las propias constituciones nacionales⁽¹⁰⁾ y en este caso se encuentran incorporadas como normas específicas o en el marco de regulaciones antidiscriminatorias.

(6) <http://www.oas.org/es/sedi/ddse/paginas/index-4.asp>

(7) XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en Brasilia entre el 4 a 6 de marzo de 2008, Sección primera, punto 1) de las mismas.

(8) Respuestas a la pregunta 1 del cuestionario.

(9) México, Uruguay, Panamá, El Salvador, Chile.

(10) Costa Rica, Argentina, Perú, Ecuador, Paraguay, Guyana, Bolivia, Brasil y Bahamas. En algunos casos son normas específicas, en otros se suman como un elemento en un listado de casos de no discriminación.

4. Cuestiones previas al abordaje de la capacidad de ejercicio de los derechos del artículo 12 de la CDPCD

A. Determinación de la discapacidad

Para analizar el régimen que regula la capacidad jurídica y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad en las normativas internas de los Estados, principalmente los códigos civiles, y su adecuación al art. 12 de la CDPCD en el marco de la Observación general CEDDIS, resulta útil evaluar cómo se determina o mide el concepto de discapacidad y en que encuadre se realiza el mismo.

La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIADDIS) establece en su artículo 1 que 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. Esta definición, cuyo eje es la deficiencia, aparece superada por el artículo 1 segundo párrafo de la CDPCD de la ONU que establece que: “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” estableciendo a las diversas barreras sociales como impedimentos para las personas con discapacidad que impiden su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Ni la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIADDIS) ni la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPCD) de la ONU establece clasificación alguna de medición o determinación de la Discapacidad. Sin embargo, el Comité de la ONU considera a la CIF como la clasificación más adecuada para la determinación de la discapacidad en el marco del modelo social de la discapacidad, aunque existen opiniones en contra de esta postura. Esta clasificación no es exclusiva de discapacidad, sino que es una clasificación de funcionalidad general, que define “estados de salud”.

La clasificación CIF define los componentes de la salud y algunos componentes “relacionados con la salud” del “bienestar” (tales incluidos en la CIF pueden ser considerados como dominios de salud y dominios “relacionados con la salud”). Estos dominios se describen desde la perspectiva corporal, individual y mediante dos listados básicos: (1) Funciones y Estructuras Corporales; (2) Actividades-Participación.⁽¹¹⁾

La introducción de la CIF nos ilustra sobre su metodología: “Como clasificación, la CIF agrupa sistemáticamente los distintos dominios⁽¹²⁾ de una persona en un determinado estado de salud (ej. lo que una persona con un trastorno o una enfermedad hace o puede hacer). El concepto de funcionamiento se puede considerar como un término global, que hace referencia a todas las Funciones Corporales, Actividades y Participación; de

(11) Estos conceptos reemplazan a los denominados anteriormente como “deficiencia”, “discapacidad” y “minusvalía” (que surgían representados en la clasificación CIDDIM) y amplían el ámbito de la clasificación para que se puedan describir también experiencias positivas. Se debe tener en cuenta que estos conceptos se utilizan con un significado específico que puede diferir del que se les da en la vida cotidiana.

(12) Un dominio es un conjunto relevante, y práctico de funciones fisiológicas, estructuras anatómicas, acciones, tareas o áreas de la vida relacionadas entre sí.

manera similar, discapacidad engloba las deficiencias, limitaciones en la actividad, o restricciones en la participación. La CIF también enumera Factores Ambientales que interactúan con todos estos “constructos”. Por lo tanto, la clasificación permite a sus usuarios elaborar un perfil de gran utilidad sobre el funcionamiento, la discapacidad y la salud del individuo en varios dominios”.

Dentro de las clasificaciones internacionales de la OMS, los estados de salud (enfermedades, trastornos, lesiones, etc.) se clasifican principalmente en la CIE-10 (abreviatura de la Clasificación Internacional de Enfermedades, Décima Revisión),⁽¹³⁾ que brinda un marco conceptual basado en la etiología. El funcionamiento y la discapacidad asociados con las condiciones de salud se clasifican en la CIF. Por lo tanto, la CIE-10 y la CIF, sostiene la introducción de la CIF, son complementarias,⁽¹⁴⁾ y se recomienda a los usuarios que utilicen conjuntamente estos dos elementos de la familia de clasificaciones internacionales de la OMS.

La CIE-10 proporciona un “diagnóstico” de enfermedades, trastornos u otras condiciones de salud y esta información se ve enriquecida por la que brinda la CIF sobre el funcionamiento (con las observaciones ya realizadas anteriormente). Explicando la metodología conjunta se puede afirmar que “la información sobre el diagnóstico unida a la del funcionamiento, proporciona una visión más amplia y significativa del estado de salud de las personas o poblaciones, que puede emplearse en los procesos de toma de decisiones”. Lamentablemente sigue habiendo una tendencia a que esta tarea la realicen juntas médicas o médicos prioritariamente o bien no se tome en cuenta —adecuadamente— la opinión de la interdisciplina.

Siguiendo con la presentación sucinta de esta clasificación, la CIF ha pasado de ser una clasificación de “consecuencias de enfermedades” (versión de 1980) a una clasificación de “componentes de salud”. Los “componentes de salud” identifican los constituyentes de la salud, mientras que las “consecuencias” se refieren al efecto debido a las enfermedades u otras condiciones de salud. La CIF es una clasificación diseñada con un propósito múltiple para ser utilizada en varias disciplinas y diferentes sectores.

Las respuestas del cuestionario señalan que en su mayoría los Estados utilizan distintas clasificaciones que muestran heterogeneidad entre las mismas, aunque un eje en común: que aún predominan las clasificaciones médicas de la discapacidad siendo la Clasificación Internacional de Funcionalidad (CIF) utilizada solo por la mitad de los Estados: Cinco Estados informan determinar la discapacidad con la clasificación CIF,⁽¹⁵⁾ dos de ellos

(13) Clasificación Internacional de Enfermedades y Problemas de Salud Relacionados, Décima Revisión, Vols. 1-3. Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 1992-1994.

(14) Existe una relación especial entre ambas clasificaciones, la CIE-10 y la CIF. Las dos clasificaciones comienzan por los sistemas corporales. Las deficiencias hacen referencia a las estructuras y funciones corporales, que habitualmente forman parte del “proceso de la enfermedad” y por lo tanto también se utilizan en el sistema de la CIE-10. Sin embargo, el sistema CIE-10 utiliza las deficiencias (tales como signos y síntomas) como partes de un conjunto que configura una “enfermedad”, o en ocasiones como razones para contactar con los servicios de salud; mientras que el sistema CIF utiliza las deficiencias como problemas de las funciones corporales asociados con las condiciones de salud. Dos personas con la misma enfermedad pueden tener diferentes niveles de funcionamiento, y dos personas con el mismo nivel de funcionamiento no tienen necesariamente la misma condición de salud. Por ello el uso conjunto aumenta la calidad de los datos dentro del ámbito sanitario. El empleo de la CIF no debe sustituir la utilización de los procedimientos diagnósticos habituales. En otros casos, la CIF puede utilizarse aisladamente.

(15) Argentina, Costa Rica, México, Paraguay y Guyana.

con la CIDDIM,⁽¹⁶⁾ otros dos utilizan la CIE10⁽¹⁷⁾ y los restantes determinan la discapacidad por otros medios.⁽¹⁸⁾ Como aspecto positivo surge que la mayoría de los Estados que no aplican al momento del informe la CIF manifiestan encontrarse en pleno proceso de capacitación y aplicación de esta clasificación.

B. Definiciones de discapacidad mental o intelectual. Concepto de salud mental

La pregunta 16 indaga sobre si los Estados tienen en su normativa interna alguna definición legal de discapacidad mental o intelectual, y en su caso, cual es dicha definición y si la normativa distingue entre diferentes tipos de discapacidad mental o intelectual y si tiene alguna norma legal de salud mental vigente.

Ninguno de los Estados ha informado tener en su normativa interna una definición que distinga claramente los conceptos de discapacidad mental y el de discapacidad intelectual y ninguno tiene determinado el concepto de discapacidad psicosocial.⁽¹⁹⁾ No obstante se informan distintas definiciones de discapacidad, sustentadas la mayoría de ellas en un modelo acorde con las modalidades de determinación de la discapacidad mencionada previamente y, en general, comparándola con parámetros de “normalidad”. Algunos Estados tienen leyes de salud mental específicas o incorporan el concepto de salud mental en otras normas generales.

Las definiciones de discapacidad informadas son las siguientes:

- i) *Argentina: Ley 22.431, Art. 2° - A los efectos de esta ley, se 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”. Esta ley es de 1981.*
- ii) *Perú: el artículo 2° de la ley 27.050, Ley General de la Persona con Discapacidad define a la persona con discapacidad como: “Aquella que tiene una o más deficiencias evidenciadas con la pérdida significativa de alguna o algunas de sus funciones físicas, mentales o sensoriales, que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad de realizar una actividad dentro de formas o márgenes considerados normales, limitándola en el desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades y oportunidades para participar equitativamente dentro de la sociedad”.*
- iii) *México: La Norma Oficial Mexicana NOM-173-SSA1-1998, para la atención integral a personas con discapacidad, establece que se entiende por “Discapacidad, a la ausencia, restricción o pérdida de la habilidad, para desarrollar una actividad en la forma o dentro del margen, considerado como normal para un ser humano” y entiende por “Discapacidad intelectual, al impedimento permanente en las funciones mentales consecuencia*

(16) Ecuador y Bolivia.

(17) Perú y El Salvador.

(18) Uruguay informa “no contar con criterios unificados de calificación de discapacidad” y Panamá “Actualmente estamos trabajando en el levantamiento de las normativas de discapacidad y, paralelo a ello, desarrollando Jornadas de Divulgación y Capacitación en el tema, para poder valorar y emitir la consecuente certificación; motivo por el cual en la actualidad no estamos otorgando el documento que certifique la discapacidad en la persona que así lo solicite y lo requiera” y Chile que “El sistema de Calificación de la discapacidad que se encuentra hoy vigente en Chile, proviene de la normativa anterior, esto es, la ley 19.284, la que no contempla la regulación CIF”. Brasil y Bahamas no informan sobre el criterio utilizado.

(19) Argentina informa que tiene incluido el concepto en la ley de salud mental.

de una alteración prenatal, perinatal, posnatal o alguna alteración que limita a la persona a realizar actividades necesarias para su conducta adaptativa al medio familiar, social, escolar o laboral”.

- iv) Panamá: “El artículo 517 del Código de la Familia y del Menor clasifica las discapacidades mentales e intelectuales así: “Artículo 517. Se entiende por discapacitado toda persona que sufre cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, ocasionado por una deficiencia en la forma o dentro del ámbito considerado normal por el ser humano; correspondiéndole al Estado establecer una coordinación intersectorial e interinstitucional que garantice su desarrollo integral y su inserción al medio social.
- v) El Salvador: La Ley de Equiparación de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, establece que son personas con discapacidad aquellas personas “que por diversas circunstancias, adquiridas o congénitas, es susceptible a la disminución de sus capacidades físicas, mentales, psicológicas y sensoriales, lo que crea una condición de desventaja con sus semejantes que les dificulta su integración plena a la vida social, por lo cual se hace necesario tomar medidas que permitan a las personas con discapacidad, incorporarse a la sociedad sin ninguna clase de discriminación”. De acuerdo con este concepto, las discapacidades se dividen en físicas, sensoriales, psicológicas e intelectuales.
- vi) Bolivia: La Ley 223 llamada ley General para Personas con Discapacidad en su Artículo 5, establece que la discapacidad “Es el resultado de la interacción de la persona, con deficiencias de función físicas, psíquicas, intelectuales y/o sensoriales a largo plazo o permanentes, con diversas barreras físicas, psicológicas, sociales, culturales y comunicacionales”.
- vii) Chile: La ley 18.600, que establece Normas sobre Deficientes Mentales, establece una definición: “Se considera persona con discapacidad mental a toda aquella que, como consecuencia de una o más limitaciones síquicas, congénitas o adquiridas, previsiblemente de carácter permanente y con independencia de la causa que las hubiera originado, vea obstaculizada, en a lo menos un tercio, su capacidad educativa, laboral o de integración social”. El Estado informa además que Ley 20.422, posterior a la anterior, establece una definición general para las personas con discapacidad, señalando que “Persona con discapacidad es aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.
- viii) Brasil: El Estado informa que al ratificar la convención de la ONU con carácter de enmienda constitucional se encuentra en un proceso de adecuación de la terminología legal interna a la establecida por la convención citada. El Decreto 3298/1999, modificado por el Decreto N° 5296/2004 define así en el artículo 4 persona con una discapacidad a la que se encuentra bajo las siguientes categorías: “Retraso mental: un funcionamiento intelectual significativamente inferior a la media, que se manifiesta antes de la edad de dieciocho años y limitaciones asociadas a dos o más áreas de habilidades adaptativas, tales como:
- a) la comunicación;
 - b) el cuidado personal;
 - c) las habilidades sociales;

- d) el uso de recursos de la comunidad;
- e) la salud y la seguridad;
- f) las habilidades académicas;
- g) el ocio, y
- h) los trabajos”

Brasil no informa ninguna otra definición de discapacidad.

ix) Finalmente, Costa Rica informa que “En el Código de Familia no se identifican diferentes tipos de discapacidad psicosocial o intelectual, si se aplican los convenios internacionales; Ecuador que “En la legislación nacional, no existe una definición legal sobre discapacidad mental o intelectual, salvo las que se ha adoptado y dispuestas por la Organización Mundial de la Salud” y Paraguay: “En la legislación interna vigente no existe actualmente definición legal de la discapacidad mental o intelectual”. Varios Estados informan tener normativas específicas de salud mental⁽²⁰⁾ y otros tienen incorporado el concepto en otras normativas relacionadas.⁽²¹⁾

En conclusión, a) El concepto “discapacidad” está definido en todos los Estados, b) la definición guarda relación con la modalidad de determinación de la discapacidad, en el marco del modelo médico y en relación a la “normalidad” como parámetro y en la mayoría de los casos no existe una distinción entre discapacidad mental (o psicosocial) y discapacidad intelectual y c) el concepto de salud mental se encuentra en crecimiento y desarrollo en la región.

(20) Ley de salud mental N° 26.557 de Argentina; Perú: “En el caso específico de salud mental, el artículo 1º de la ley 26.842, modificada por la ley 29.889, Ley General de Salud, establece que toda persona tiene derecho a la recuperación, rehabilitación y promoción de su salud mental. De tal manera que la atención de la salud mental es responsabilidad primaria de la familia y del Estado”; México: “El artículo 2 de la Ley de Salud Mental para el Distrito Federal define salud mental como: “... el bienestar psíquico que experimenta de manera consciente una persona como resultado de su buen funcionamiento en los aspectos cognoscitivos, afectivos y conductuales, que le permiten el despliegue óptimo de sus potencialidades individuales para la convivencia, el trabajo y la recreación, de manera que pueda contribuir a su comunidad”, pero no lo relaciona con el concepto de discapacidad”; Bahamas: “Sin embargo, conforme a la sección 2 (1) de la Ley de Salud Mental, los siguientes términos y definiciones correspondientes figuran: “Trastorno mental” se refiere a la enfermedad mental, desarrollo detenido o incompleto de la mente, el trastorno psicopático y cualquier otro trastorno o discapacidad mental, y “desordenado mentalmente” se entenderá en consecuencia; “Trastorno psicopático” significa un trastorno persistente o incapacidad de la mente (o no incluidos subnormalidad de inteligencia) que se traduce en una conducta anormalmente agresiva o seriamente irresponsable por parte del paciente, y requiere o es susceptible al tratamiento médico”.

Hasta la fecha, no existe una normativa de salud mental, pero existe la una regulación de salud mental (ACT) según se estipula en el Volumen III de la legislación subsidiaria de las Bahamas”.

(21) Panamá: “El tema de salud mental en Panamá está regulado en la Constitución Política, distintos códigos, leyes y resoluciones, en las cuales aparecen algunos tópicos...” y Chile: “En cuanto a la pregunta relativa a si Chile tiene una normativa nacional de salud mental, debemos señalar que se han dictado diversas leyes que regulan la materia... ley 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.... ley 18.600 que establece normas sobre deficientes mentales... Decreto Supremo N° 2505 de 1995 dictado por el Ministerio de Salud, que reglamenta la Evaluación y Calificación de la Discapacidad a que se refiere la ley 19.284 (Ley hoy derogada). Esta normativa, como puede apreciarse, regula básicamente los derechos y obligaciones de los pacientes y los tratamientos a que serán sometidos, pero no existe un tratamiento orgánico de la materia.

C. Estereotipos, imágenes circulantes, o percepciones negativas de las personas con discapacidad en el poder judicial

Podemos definir el “estereotipo” como “modelo, patrón o norma establecida de cualidades, conducta, etc.”.⁽²²⁾ o “Imagen o idea aceptada comúnmente por un grupo o sociedad con carácter inmutable” definición que incorpora un componente de *inmutabilidad*, que es una característica dominante del concepto.⁽²³⁾ Los estereotipos constituyen un conjunto de creencias sobre los atributos asignados a un determinado grupo social, son modelos de conducta que se convierten en esquemas profundamente arraigados en nuestras mentalidades al punto que los adoptamos como parte de la naturaleza humana. El uso más frecuente del término está asociado a una simplificación que se desarrolla sobre comunidades o conjuntos de personas que comparten algunas características. Dicha representación mental es poco detallada y suele enfocarse en supuestos defectos del grupo en cuestión. Se construyen a partir de prejuicios respecto a la persona que proviene de una cierta zona del mundo o que forma parte de un determinado colectivo. Dichos prejuicios no son expuestos a la experimentación y, por lo tanto, la mayoría de las veces ni siquiera son fieles al bagaje identitario del grupo al que se encuentran ligados. La pregunta 3 indaga sobre estas figuras, específicamente en el ámbito judicial y recoge una cantidad de elementos que permiten identificar y clasificar estereotipos vigentes.

Los Estados informan sobre la detección de una variada clase de estereotipos, imágenes circulantes o percepciones negativas que afectan a las personas con discapacidad en distintos ámbitos, incluido el judicial. Los mismos son ordenados en función de su prevalencia en las respuestas recibidas:

i) La presencia arraigada del modelo médico rehabilitador, que traslada a la persona con discapacidad la incapacidad de realización personal y la toma de decisiones que permitan hacer valer sus propios derechos, aparece como el más frecuente, en estos términos: “el concepto médico rehabilitador que traslada a la persona con deficiencia la incapacidad de realización personal y la toma de decisiones que permitan hacer valer sus propios derechos”⁽²⁴⁾ o “(aun) perduran elementos como la discriminación social, la carencia de oportunidades y el incumplimiento de leyes y normativas que buscan garantizarles acceso y estabilidad laboral”,⁽²⁵⁾ “se percibe que la sociedad en general aún no ha cambiado la percepción tradicional hacia las personas con discapacidad y se siguen presentando situaciones discriminatorias en todos los ámbitos de la sociedad, lo cual se refleja en las estadísticas de la Comisión Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED)⁽²⁶⁾ donde el tema de discapacidad ocupa el segundo motivo de quejas y reclamaciones... todavía existen algunas reglas que se basan en prejuicios sobre el papel de la persona con discapacidad en la familia o la sociedad, que tienen una visión asistencialista absoluta que niega la capacidad de decisión de la persona con discapacidad”.⁽²⁷⁾

ii) Inadecuado reconocimiento de la capacidad de ejercicio de los derechos: Aupado al concepto anterior, aparece el desconocimiento o reconocimiento parcial de la

(22) Entrada de “Gran Enciclopedia Universal Espasa Calpe”, 2005.

(23) Diccionario de la lengua Española, vigésima segunda edición, tomo 5.

(24) Perú.

(25) Ecuador.

(26) Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación de México (<http://www.conapred.org.mx/>).

(27) México.

capacidad de ejercicio de los derechos de las PCD por si mismos: “Aunada a estas reglas que establecen las causas de incapacidad jurídica, todavía existen algunas reglas que se basan en prejuicios sobre el papel de la persona con discapacidad en la familia o la sociedad, que tienen una visión asistencialista absoluta que niega la capacidad de decisión de la persona con discapacidad”⁽²⁸⁾. En algunos casos se describen estas situaciones en clave de propuestas políticas que implican buenas practicas: “El gobierno brasileño comenzó a desarrollar acciones que permitan la transformación del modelo de bienestar, que tradicionalmente limita las condiciones que permiten a las personas con discapacidad ejercer como los protagonistas de su emancipación y ciudadanía, contribuyendo así al desarrollo del país”⁽²⁹⁾ o en términos histórico-culturales que remiten a un abordaje distinto: “El Poder Judicial surge de la cultura y las personas surgen de la cultura. El Poder Judicial necesita formación y sensibilización”.⁽³⁰⁾

iii) Falta de conciencia de valor y respeto a la diversidad humana: El respeto a la diversidad y la transversalización de la temática surge tanto de la CIADDIS como de distintos artículos de la CDPCD. Es expresada por los estados desde varias ópticas: “... en lo que respecta a estereotipos y percepciones negativas, su erradicación total implica un trabajo sostenido en sensibilización y capacitación para lograr su eliminación total, al respecto cada una de las instancias encargadas de la capacitación en el Poder Judicial (...) han venido forjando el terreno para fomentar el pluralismo, la solidaridad el respeto a la diversidad y la eliminación de cualquier tipo de discriminación a través de la capacitación y sensibilización desde un paradigma respetuoso de los derechos humanos; con excelentes resultados”⁽³¹⁾ o desde una propuesta activa de trabajo: “Está pendiente en el Perú crear conciencia de valor y respeto a la diversidad humana, lo que involucra a los operadores de justicia que tienen a su cargo la administración de justicia”.⁽³²⁾ Los prejuicios y su dificultad para erradicarlos resulta informado por la mayoría de los estados, que se suma a la dificultad para reconocer y valorar la diversidad: “El prejuicio más importante para la práctica judicial, es pensar en la discapacidad como algo único o indiferenciado, como si se tratara de un bloque uniforme de problemas...”.⁽³³⁾ Como propuesta de buena práctica de erradicación de estos estereotipos o prejuicios surge el reconocimiento del valor de la diversidad que: “cada acción judicial o jurisdiccional ha de partir de las diferencias sociales, y de otra índole, existentes entre los seres humanos; deben considerarse sus necesidades, intereses, funciones y recursos, para definir el impacto que puedan tener en una u otra esfera y, de ese modo, eliminar todas aquellas prácticas y costumbres que parten de una supuesta neutralidad patriarcal y cuyo resultado es discriminatorio”.⁽³⁴⁾ Algunas propuestas apuntan a la necesidad de información adecuada: “En el Poder Judicial no existen estereotipos, imágenes o percepción negativa sobre las personas con discapacidad. Más bien existe desinformación, falta de conocimiento y ausencia de mecanismos óptimos y procedimientos adaptados a las necesidades de las personas con discapacidad. ...”.⁽³⁵⁾

(28) México.

(29) Brasil.

(30) Bahamas.

(31) Costa Rica.

(32) Perú.

(33) México.

(34) Panamá.

(35) Chile.

iv) *La necesidad de erradicación de la “invisibilidad”:* La invisibilidad de las personas con discapacidad se presenta como un resabio de la imagen de que la discapacidad es un problema inherente a la persona y a su entorno social como si se tratara de un bloque uniforme de problemas. Esta invisibilidad aparece referida principalmente respecto del ámbito laboral: “Se tiene claro que aún persisten signos que evidencian lo contrario sobretudo en el ámbito laboral en donde perduran elementos como la discriminación social, la carencia de oportunidades y el incumplimiento de leyes y normativas que buscan garantizarles acceso y estabilidad laboral. A pesar de esto, lo relevante de la situación ha sido la erradicación de la “invisibilidad”.⁽³⁶⁾ La invisibilidad también aparece relacionada con la falta de accesibilidad, y particularmente la movilización: “Es de mencionar que en el ámbito familiar, laboral y comunitario aún persisten estereotipos que generan discriminación y marginación de las personas con discapacidad; como por ejemplo no tomar en cuenta las necesidades de movilidad y comunicación...”,⁽³⁷⁾ a lo que se suma la dificultad de las PCD para ser reconocidos como trabajadores.

v) *Los procedimientos judiciales estandarizados e inexistencia de estudios oficiales sobre estas prácticas negativas:* La falta de accesibilidad y adecuación en los procedimientos judiciales, que tienden a ser estandarizados, constituyen un elemento de preocupación, pero también de propuesta de varios Estados: “los procedimientos judiciales estandarizados siguen siendo un problema a la hora de la intervención de las PCD en los procesos, pero se está trabajando en ello”.⁽³⁸⁾ Aunque la mayoría de los Estados manifiestan no tener estudios oficiales sobre los estereotipos, prejuicios y prácticas negativas que afectan a las PCD en el procedimiento judicial, varios señalan la creación de programas en este sentido o la incorporación a los programas de capacitación judicial ya existentes la situación de las PCD, que constituyen buenas prácticas progresivas.⁽³⁹⁾

D. Capacitación de los operadores judiciales. Contenido de la capacitación

Reconocidos los estereotipos y percepciones sobre las personas con discapacidad en el ámbito judicial, los estados responden en la pregunta 4 si los Jueces y/o el personal administrativo de los tribunales han recibido adiestramiento o capacitación sobre los derechos de las personas con discapacidad y la necesidad de que se reconozca su capacidad de acción y en su caso, cuál ha sido dicha capacitación.

La región promueve activamente la capacitación de los operadores judiciales a través de actividades realizadas hacia el interior del Poder Judicial o conjuntamente con programas u organismos del Poder ejecutivo (principalmente las CONADIS o similares).

(36) Ecuador.

(37) El Salvador y Argentina.

(38) Argentina.

(39) Costa Rica a través del “Programa Básico de Formación Judicial” de 2012, Ecuador mediante el programa de gobierno “Ecuador sin Barreras”, Panamá: “El Órgano Judicial de la República de Panamá, en el año 2009, elaboró un diagnóstico institucional denominado “Igualdad en el Acceso a la Justicia de las Mujeres, Personas con Discapacidad y Adolescentes en Conflicto con la ley en Panamá”. Este documento sentó las bases para la elaboración de la Política Institucional de Acceso a la Justicia y Género como una respuesta que transveraliza los principios de igualdad y no discriminación, desarrollados por los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos, incorporando la perspectiva de género”; Chile a través del Acta N° 165 de la Suprema Corte de Justicia que contempla el Reglamento sobre “Normas aplicables a personas con discapacidad que postulen a cargos del Poder Judicial”.

La misma presenta la forma de programas en colaboración con CONADIS,⁽⁴⁰⁾ incorporación transversal de la temática en las escuelas judiciales,⁽⁴¹⁾ talleres específicos,⁽⁴²⁾ Capacitaciones dentro del Poder judicial,⁽⁴³⁾ cursos centrados en accesibilidad⁽⁴⁴⁾ y en otros casos se aborda dentro de otros cursos en forma genérica⁽⁴⁵⁾. La mayoría de los Estados prevén nuevas opciones de capacitación a futuro y en el marco del artículo 4 de la CDPCD el “conocimiento de la gestión de la discapacidad y elaboración de políticas transversales a todas las vigentes”⁽⁴⁶⁾ y “La capacitación más apropiada para el personal judicial, es aquella que incorpora transversalmente la perspectiva de los derechos humanos como eje central para el acceso a la justicia de las personas en con discapacidad y en general en condición de vulnerabilidad”.⁽⁴⁷⁾

La pregunta 6 complementa la anterior requiriendo a los Estados que informen cuál consideran que debería ser el contenido de una apropiada capacitación para los funcionarios que trabajan con personas con discapacidad indicándose el orden de importancia de los contenidos principales propuestos. Los estados informaron cómo contenido prioritario de las capacitaciones el conocimiento de ambas convenciones de discapacidad. Los demás ejes propuestos están ordenados a continuación por orden de preferencia informada:

i) Conocimiento de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad del ONU, de la CIADDIS de OEA y de la normativa de discapacidad en general: La mayoría de los estados requieren que las capacitaciones incluyan el conocimiento

(40) Argentina y Perú: “El Poder Judicial en cumplimiento de la Resolución Administrativa N° 266-2010-CE-PJ, viene desarrollando un programa de modernización de los Servicios de Justicia, proyecto que incorpora la capacitación y sensibilización de los funcionarios del Poder Judicial, en la temática de discapacidad; actividades que vienen siendo coordinadas con el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS)”. Chile: “Se está generando mediante acciones conjuntas de Senadis con el Poder Judicial, el espacio para la capacitación, la que se pretende, sea entregada en los cursos de formación de jueces, como asimismo, como curso de capacitación a quienes ya integran el poder judicial. La Academia Judicial-corporación de derecho público dedicada a la formación y capacitación de los miembros del Poder Judicial impartirá, a partir de este año, en su programa de perfeccionamiento un curso denominado “Regulación Nacional y Convencional Internacional sobre personas con Discapacidad”, dirigido al Escalafón Primario de este servicio conformado, principalmente, por los Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia, Jueces y Secretarios”.

(41) “Programa Básico de Formación Judicial” en Costa Rica, y “existiendo una población que no cuenta con una conexión eficiente a Intranet o Internet, es una meta de Gestión Humana cubrirla por medio del proyecto Capacitate Móvil”.

(42) Costa Rica.

(43) México: “El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) impulsa desde 2010, un Programa Institucional de Accesibilidad para las Personas con Discapacidad” a los que se suman talleres de trabajo organizados por la Corte Suprema y la CONADIS y Paraguay “ya que desde el año 2010 el Poder Judicial, ha incluido en el calendario de actividades, a través de la Comisión de Acceso a la Justicia, diversas capacitaciones, seminarios, talleres, congresos y jornadas de sensibilización dirigida a jueces, fiscales, defensores, funcionarios de la administración de justicia y operadores”.

(44) El Salvador: “Asimismo, las áreas de personal de seguridad de los edificios reciben orientación para facilitar, de la manera más adecuada el acceso a las instalaciones de las personas con alguna discapacidad. En este sentido se cuenta con sillas de ruedas para facilitar el desplazamiento”.

(45) Uruguay.

(46) Argentina.

(47) Costa Rica.

del derecho internacional de la discapacidad (que incluye ambas convenciones), pero también el conocimiento del derecho interno de los estados y la jurisprudencia. Incluso se propone una política regional respecto de aquellos Estados que no han suscripto las convenciones: “Comprender el cumplimiento de la Convención para los países que no son parte del mismo, como por ejemplo Guyana, o que están considerando la posibilidad de adherirse a ella”⁽⁴⁸⁾ que se complementa con la decisión de CEDDIS de impulsar la suscripción de la CIADDIS por los Estados de la región que aún no han adherido.

ii) *Sensibilización y reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad y del modelo social de la discapacidad: Este contenido guarda relación con los objetivos expresados en la determinación de estereotipos y prácticas que afectan a las PCD y sugieren la necesidad de la difusión pública y amplia entre los operadores del Estado (no solo judiciales) que profundicen la sensibilización sobre la temática: “Divulgación de información sobre instituciones que promueven la autorrealización de las personas con discapacidad” y “sensibilización acompañada de (...) testimonios de vida y visitas de campo”⁽⁴⁹⁾ ...”,⁽⁵⁰⁾ “Normas a nivel nacional, cambio de paradigma respecto al modelo de la discapacidad”,⁽⁵¹⁾ y en términos del modelo social se ha propuesto “... se confirmaron dos circunstancias cruciales para el tema de los derechos de las personas con discapacidad: a) concepción errónea de lo que es una discapacidad (actitudes, estereotipos, imaginarios sociales); b) discriminación hacia estas personas desde el diseño urbanístico y de accesibilidad arquitectónica hasta el acceso real de este sector poblaciones al derecho al trabajo y la educación... una concepción humanizada de la discapacidad (menos clínica y más socio histórica)”.⁽⁵²⁾ En el mismo sentido se propone como etapa previa: “Identificar los mitos y conceptos erróneos arraigados que rodean a la discapacidad ya las personas con Discapacidad”.⁽⁵³⁾ Se propone también “... que la capacitación debería estar orientada a analizar y aplicar los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos en el contexto de la discapacidad, desde un enfoque social y de derechos humanos en los diferentes campos de especialización” y también la “... formulación de objetivos, metas ideales y posibles, indicadores de logros y desempeños, que permitan que todas las intervenciones públicas tengan efectividad en el avance de lucha contra la pobreza y exclusión social de las personas con discapacidad”.⁽⁵⁴⁾ A modo de conclusión, la necesidad de difundir los derechos de las PCD es reconocida ampliamente por todos los Estados, aunque hay escasas referencias a campañas amplias dirigidas a la población en general.”⁽⁵⁵⁾*

(48) Guyana.

(49) Uruguay.

(50) Costa Rica.

(51) Uruguay.

(52) El Salvador.

(53) Guyana y Chile.

(54) Perú.

(55) El artículo III.2.c de la CIADDIS se refiere a este tema en estos términos: “c) La sensibilización de la población, a través de campañas de educación encaminadas a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atentan contra el derecho de las personas a ser iguales, propiciando de esta forma el respeto y la convivencia con las personas con discapacidad”.

- iii) *Lucha contra los estereotipos negativos que las PCD tienen en el ámbito público y privado para permitir la valoración e inclusión de la diversidad y la identificación de acciones discriminatorias: Los Estados incluyen dentro de los contenidos de las capacitaciones la identificación de los mitos y conceptos erróneos arraigados que rodean a la discapacidad y a las personas con Discapacidad identificando además las acciones discriminatorias.*⁽⁵⁶⁾ *Se incluyen los estigmas y las percepciones negativas y en su mayoría, la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación a PCD. Como complemento de la identificación de mitos y estigmas se propone proactivamente un abordaje de las consecuencias de estas prácticas en la vida cotidiana de las personas: “Reconocer cómo estas ideas falsas se traducen en el lenguaje cotidiano y lo respetuoso que la Comunicación implica”,*⁽⁵⁷⁾ *proponiendo: “Proporcionar la información que necesita el personal para responder adecuadamente a los casos de discriminación incluyendo información sobre la legislación, los servicios disponibles, los derechos de las personas con discapacidad intelectual y la manera de responder solidariamente”.*⁽⁵⁸⁾
- iv) *Accesibilidad de las personas con discapacidad:*⁽⁵⁹⁾ *La accesibilidad se encuentra transversalizada en los contenidos propuestos para la capacitación, predominando la accesibilidad física. Aparece una preocupación e intereses de los Estados por la accesibilidad de los contenidos y la aplicación de las TICs. Este eje es incorporado como “Accesibilidad y participación”*⁽⁶⁰⁾ *desde el abordaje de “concepto y principales prácticas que la hacen efectiva”,*⁽⁶¹⁾ *necesidad de “accesibilidad universal”,*⁽⁶²⁾ *como “Capacitación al personal de ingeniería, mantenimiento y seguridad de instalaciones sobre señalización interna, abarcan las áreas científico-técnicas que puedan aportar soluciones a los problemas de accesibilidad a las instalaciones”,*⁽⁶³⁾ *la utilización de programas informáticos especiales “... el uso del traductor verbal “JAWS” para población no vidente, utilización del programa interface verbal “DUSBURY”, traductor Braille y LESCO”*⁽⁶⁴⁾ *y como elaboración de documentos sistematizados de trabajo: “Protocolos con estándares internacionales de diseño arquitectónico y accesibilidad*

(56) Chile.

(57) Guyana.

(58) Guyana.

(59) El artículo 9.1 de la CDPCD señala el contenido de este derecho, sin perjuicio que la accesibilidad se encuentra transversalizada en varios artículos, de la siguiente forma: “1. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a: a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo; b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia”.

(60) Perú.

(61) México.

(62) Uruguay.

(63) El Salvador.

(64) Bolivia.

física en recintos de atención de público: fiscalías y tribunales de justicia”.⁽⁶⁵⁾ En conclusión, podemos afirmar: a) la presencia de variadas propuestas actuales de los estados destinadas a la accesibilidad en las capacitaciones sobre los derechos para las PCD, b) Las distintas modalidades permitirán el intercambio de experiencias positivas regionales.

v) *Técnicas de talleres de trabajo: Estas técnicas específicas de capacitación son sugeridas por los Estados como facilitadoras del acceso a la comunidad y concretamente como mejora de la percepción entre el derecho y la práctica. La técnica de taller es incorporada en la mayoría de las capacitaciones de los programas del poder judicial*⁽⁶⁶⁾ como complementaria a capacitaciones de fondo.

E. Formación en las universidades - Educación Superior

La temática de la discapacidad en los currículos de la educación superior en las Facultades de Derecho, en principio, y en otras carreras tiene presencia en varios Estados y se encuentra en crecimiento en la región. La temática de la discapacidad aparece en carreras de grado y posgrado específicas o transversalizada en otras carreras, destacando psicología y trabajo social.

Existe actualmente una red regional de Universidades regionales en desarrollo cuya temática es la discapacidad. En la Cuarta Reunión del Comité CEDDIS del 27 al 29 de noviembre de 2012, Santiago de Chile, Chile,⁽⁶⁷⁾ fueron recibidos ante el mismo los académicos chilenos Alberto Madrid Rojas y María Paz Iturriaga que presentaron la “Red Interuniversitaria Latinoamericana y del Caribe sobre Discapacidad y Derechos Humanos”, integrada por instituciones académicas de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, México, Panamá y Uruguay⁽⁶⁸⁾ cuyo principal interés es el reconocimiento de los derechos humanos de las personas con discapacidad en el ámbito universitario y el impacto de la educación superior inclusiva en la calidad de vida de las personas con discapacidad.

(65) Chile.

(66) Costa Rica: “taller “Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad y Acceso a la Justicia”, con participación mixta de funcionarios (as) judiciales y personas con discapacidad, en ocho circuitos judiciales” en el marco del Programa Básico de Formación Judicial; Paraguay: “... en seminarios y talleres se instruyen metodologías y sugerencias para el tratamiento, atención y asistencia adecuados a las personas con Discapacidad”, El Salvador: “Talleres sobre ayudas técnicas informática, e incorporación de sonido a la página internet”; Bolivia propone un programa de capacitación en base a talleres comunitarios: “En primera instancia la capacitación estará coordinada con todos los servidores que trabajan dentro del Órgano Judicial y que están relacionados en el tema de Justicia un primer taller sería “Eliminando barreras, construyendo oportunidades”, donde se podría tomar temas conceptuales de que es discapacidad, tipos de discapacidad, modelos en la atención a personas con discapacidad... Un segundo momento enfocado en Talleres para la Validación de la Declaración de la Política de Accesibilidad, para las personas con discapacidad en el Poder Judicial... Un tercer momento Talleres de exigibilidad de los derechos de las personas con discapacidad” y Chile propone también la metodología general de talleres.

(67) Informe final de la reunión OEA/ Ser.L/XXIV.3.1, CEDDIS/doc.10 (VI-O/12) del 30-01-2013, página 25.

(68) Según surge del Acta de la reunión de CEDDIS en Chile. Actualmente la Red está formada por las siguientes universidades: Argentina: Comisión interuniversitaria nacional “Discapacidad y Derechos Humanos” y la Universidad Nacional de La Plata (que ejerce la coordinación), Brasil: Instituto Toledo de Ensino; Chile: Red de Educación Inclusiva; Colombia: Red Colombiana de Universidades por la Discapacidad; Costa Rica: Interuniversitaria de Acceso a la Educación Superior (CIAES); Panamá: Universidad Tecnológica de Panamá; Uruguay: ReTeDis; Venezuela: Universidad Pedagógica Libertador de Venezuela; Ecuador: Conadis y Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.

Las universidades regionales incorporaron la discapacidad a través de carreras de grado,⁽⁶⁹⁾ en su currículo o en materias transversales,⁽⁷⁰⁾ y a través de cursos de posgrado⁽⁷¹⁾ o maestrías.⁽⁷²⁾

En conclusión, puede afirmarse que la oferta educativa de educación Superior en la región, aunque no se informa el grado de inclusión y accesibilidad en términos del artículo 24 de la CDPCD, se encuentra en crecimiento y desarrollo y se expresa mediante oferta educativa local, a través de redes regionales de universidad o mediante la colaboración internacional.

F. Accesibilidad arquitectónica

La accesibilidad arquitectónica de los edificios judiciales constituye una deuda pendiente en la región ya que la mayor parte de los Estados informa que existen barreras de accesibilidad para las personas con discapacidad. En algunos casos la no accesibilidad es total, en otros se establece una diferencia entre edificios judiciales anteriores a la Convención ONU y los nuevos espacios que se construyen, que sí son accesibles. En algunos existe accesibilidad (sobre todo física a través de rampas), pero aún existen problemas de accesibilidad en procedimientos, espacios físicos, ascensores, baños y las herramientas informáticas y en algunos casos no existen espacios adecuados de estacionamiento o parking reservados para personas con discapacidad.

La accesibilidad en las instalaciones del Poder Judicial se ha venido promoviendo de forma paulatina, y en la actualidad los Estados que se encuentran en estos procesos informan que las nuevas edificaciones incluyen los estándares universales de accesibilidad. Varios Estados informan que se encuentran en proceso para que todo tipo de instalaciones públicas sean accesibles para las personas con discapacidad aunque, en general,

(69) México: “Carrera sobre la “Inclusión de personas con discapacidad” que imparte la Universidad Tecnológica de Santa Catarina en el estado de Nuevo León” y en las carreras de Derecho: “En la mayoría de las universidades que imparten la carrera de derecho, contemplan en su programa de estudios la materia de “Derechos Humanos” y “la Universidad Iberoamericana coordina el proyecto denominado “Construyendo Puentes” que se realiza a favor de los derechos de las personas con discapacidad intelectual” y Uruguay: “Nuestra Facultad de Derecho de la Universidad de la República, imparte cursos sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. También Facultad de Psicología entre otras” y Panamá: “El Órgano Judicial, la Secretaría Nacional de Discapacidad y el Instituto de Criminología de la Universidad de Panamá, impulsaron la creación del diplomado denominado “Derechos Humanos, Discapacidad y Victimización en el Acceso a la Justicia” y Bahamas: “La Facultad de Derecho de Jamaica ofrece un curso sobre las Personas con Discapacidad que está disponible en las Bahamas”.

(70) Bolivia: “En la Universidad Mayor de San Andrés de La Paz que es una de las más grandes y prestigiosas Universidades de Bolivia, se han creado las carreras de Fonoaudiología y Terapia Ocupacional, donde se forman estudiantes para realizar estudios específicamente de la discapacidad, en la currícula de estas carreras universitarias se tiene la materia de legislación de las personas con discapacidad, en el cuarto semestre de la carrera de terapia ocupacional, la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba ha puesto en funcionamiento el Centro de Investigaciones de las Personas con Discapacidad”.

(71) Argentina: “Argentina: “Las universidades nacionales tienen varias formas de ingreso a la temática. La Universidad de Buenos Aires tiene un posgrado en la facultad de Derecho sobre Discapacidad y la convención (ahora se agregaron temas como salud mental y envejecimiento), la Facultad de Ciencias sociales tiene un seminario de grado para sus cuatro carreras principales. Las universidades nacionales públicas están enlazadas por el programa Discapacidad y Universidad desde hace al menos 7 años y realizan una reunión nacional cada dos...”. En 2013 comenzó la licenciatura en “Interpretación y traducción en formas de comunicaciones no verbales” de la Universidad de Lanús (UNLa) tres provincias tienen carreras provinciales de intérprete de lengua de señas.

(72) Costa Rica: “el Sistema de Posgrado de la Universidad de Costa Rica, cuenta con una Maestría específica sobre Discapacidad”.

el Estado no cuenta con inventarios o informes detallados sobre accesibilidad de estas instalaciones.

G. Disponibilidad de herramientas que faciliten la comunicación

Las preguntas 8 y 9 del cuestionario evalúan la existencia de herramientas que faciliten la comunicación a las PCD.

En primer lugar, se pregunta si las páginas web del Estado en general ofrecen accesibilidad informática para personas con discapacidad, principalmente discapacidad sensorial (sordos, ciegos, disminución visual o auditiva). En su mayor parte las páginas web del Estado, en general, aun no son accesibles, pero resulta positivo que la mayoría tiene normativas que regulan la obligatoriedad de la misma.⁽⁷³⁾ Se informan que algunas páginas oficiales del gobierno y las relacionadas con discapacidad tienen accesibilidad aunque las demás se encuentran en proceso para ello. Al menos un 20% de los Estados no tiene aún accesibilidad web, pero manifiestan estar trabajando en ello.

Respecto a la intervención de intérpretes de lengua de señas y disposición de herramientas de lectura accesible para personas ciegas en el marco de los procedimientos judiciales y la capacitación específica de peritos o auxiliares ante la intervención de justiciables o peritados con discapacidad, los estados han avanzado en buenas prácticas desde diferentes abordajes. Casi todos ellos tienen alguna forma de regulación legal de estas herramientas.

Algunos Estados disponen de peritos de lengua de señas o herramientas de lectura accesible en forma permanente⁽⁷⁴⁾ (en estos casos en general se encuentran regulados a

(73) Argentina: “Muchas páginas Web del estado son accesibles para personas con discapacidad. La Resolución n° 69/2011 del gabinete de la Jefatura de Ministros del Poder ejecutivo aprobó una ‘Guía de Accesibilidad para Sitios Web del Sector Público Nacional’. La misma es pública y se recomienda su aplicación en todos los organismos del Estado. La Resolución 1162/2008 del COMFER aprueba la Primera Etapa del Plan de Implementación de la Resolución N° 679/2008, que implicará el progresivo incremento anual de la cantidad de horas de programación transmitidas con el sistema de Subtitulado Oculto Opcional (*Close caption*)”; Perú: “El Estado Peruano mediante ley 28530, Ley de Promoción de Acceso a Internet para personas con discapacidad y de adecuación del estado físico en cabinas públicas de Internet, dispuso condiciones y especificaciones técnicas de acceso al uso de Internet y de las tecnologías de información a las personas con discapacidad y la progresiva eliminación de las barreras físicas y tecnológicas que les impida su integración a la sociedad de la información y su inserción al mercado laboral”; Ecuador: “A través de Resolución 193-07-CONATEL - 2009 de 25 de mayo de 2009, el CONATEL aprobó la suscripción de Convenios entre la Secretaría Nacional de Educación Superior de Ciencia y Tecnología SENESCYT y las Escuelas Superiores Politécnicas del Litoral - ESPOL y del Ejército - ESPE, para el cofinanciamiento del proyecto “Sistema de administración de contenidos WEB de código abierto para la inclusión de personas con discapacidades visuales, a partir de una metodología de evaluación integral” y “El sitio web www.supertel.gob.ec está diseñado de conformidad con los estándares W3C (www.Consortium)”; México: “Todas las páginas web del poder ejecutivo federal cuentan con un nivel básico de accesibilidad, cumpliendo al menos con el nivel “A” establecido por el World Wide Web Consortium”; El Salvador: “los sitios web oficiales de las oficinas públicas, están siendo diseñadas con el objetivo de cumplir en un 100% las normas y pautas que están relacionadas con la parte técnica en las WAI (*Web Accessibility Initiative*) y WCAG (*Web Content Accessibility Guidelines*)”; Chile: “La mayoría de los sitios habilitados y con certificaciones de accesibilidad en Chile corresponden a sitios que tratan la temática de la discapacidad, como el sitio web del Servicio Nacional de la Discapacidad”.

(74) Argentina: “Existen peritos intérpretes de lengua de señas en la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en los Tribunales Federales. A fin de facilitar la accesibilidad de las personas con discapacidad como justiciables, abogados, testigos o cualquier parte en los expedientes judiciales el estado creó mediante decreto 1375/2011 el Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS) en la Secretaría de Justicia... También se incluyó en el Ministerio de Relaciones exteriores (cancillería) a los peritos intérpretes de lengua de señas para todos los actos oficiales desde 2012. Sin perjuicio de ello, todavía los Tribunales no

través de leyes o normas) y otros proveen estas herramientas de accesibilidad cuando son requeridas en cada caso particular,⁽⁷⁵⁾ contando con el financiamiento del Estado.⁽⁷⁶⁾ Otros Estados aún se encuentran en proceso de encuadre legal o de organización de estas herramientas incluso determinando algún área de Estado para la defensa de las PCD,⁽⁷⁷⁾ como la institución de la “procuraduría de discapacidades”. En algunos casos, se encuentra constituido un cuerpo de peritos en lengua de señas permanente.⁽⁷⁸⁾ Ningún Estado, por ahora, informa disponer de ambas herramientas en todo el Poder judicial, pero se reconoce la necesidad de desarrollo de las mismas.

H. Existencia de procedimientos adecuados

Las respuestas a las preguntas 10 a 15 del cuestionario buscan construir un mapeo de situación sobre la accesibilidad de los procedimientos judiciales en los que intervienen personas con discapacidad.

En principio, en todos los Estados, la regla es que cuando una persona con discapacidad interviene en un procedimiento judicial es representada por un tercero, en algunos casos

cuentan en su totalidad con intérpretes para la atención al público”; Costa Rica: “En el Poder Judicial es importante mencionar que se cuenta con un Reglamento para regular la función de las y los intérpretes, traductores, peritos y ejecutores en el Poder Judicial; asimismo, la Dirección Ejecutiva tiene una lista de intérpretes en Lengua de Señas Costarricense, debidamente inscritos y que son llamados para interpretar en las audiencias judiciales, corriendo el pago de estos intérpretes por cuenta del Poder Judicial... Para la atención primaria de las personas con discapacidad auditiva, la Sección de Capacitación del Departamento de Gestión Humana, ha desarrollado desde el año 2008 un programa permanente de capacitación en LESCO, que permite al día de hoy contar con más de 200 personas capacitadas en los cuatro primeros niveles, y que se encuentran ubicadas en los diferentes circuitos judiciales del país ...en todos los circuitos judiciales, se han instalado licencias del programa informático JAWS que convierte el texto en voz, para facilitar a las personas usuarias con discapacidad visual la lectura de los expedientes en los que se encuentran involucrados”; Perú: “El Estado Peruano, con fecha 21 de mayo de 2010 aprobó la ley 29.535, Ley que otorga reconocimiento oficial a la lengua de señas peruana... Por otro lado, mediante ley 29.524, Ley que reconoce la sordo-ceguera como discapacidad única ... mediante Resolución Ministerial N° 0325-2012-ED, de fecha 1 de setiembre de 2012, el Ministerio de Educación resolvió validar los sistemas de comunicación alternativos de las personas sordo-ciegas”.

(75) El Salvador: “no se cuenta con intérpretes de la Lengua de Señas contratados de planta, para asistir en los procesos judiciales a personas con discapacidad auditiva; por lo que recurren a contrataciones puntuales para este servicio. De igual manera en el caso de personas con discapacidad visual no se cuenta con los métodos de lectura y escritura accesibles...”. y Chile y Guyana: Se contratan los peritos para cada caso en particular en que participan PCD. Chile exige que “Tratándose de los peritos que deben periciar a personas con discapacidad, aquellos deben tener los conocimientos necesarios para relacionarse adecuadamente con personas con discapacidad, pues su misión es emitir una opinión fundada sobre ellos, basada en el conocimiento especial que poseen”.

(76) Ecuador: “El Ministerio de Inclusión Económica y Social, de conformidad con la ley, financiará los servicios de intérpretes de “Lengua de Señas Ecuatoriana” para las personas sordas que lo soliciten, para defensa de sus derechos, asuntos legales, eventos y otros de protección a los mismos y sus familiares en condiciones difíciles y la difusión de documentos en Braille para personas ciegas”.

(77) Ecuador: “El CONADIS, como medida de acción afirmativa, crea la Procuraduría de Discapacidades, Unidad formada por profesionales abogados, cuyo trabajo se desenvuelve para hacer cumplir los derechos de las personas con discapacidad y así otorgar las condiciones de igualdad en los diferentes procesos judiciales; han actuado frente a los administradores de justicia en diferentes áreas jurídicas (civil, penal, tránsito, niñez y familia, rentas, laboral, etc.). Este trabajo, lo ha realizado desde marzo de 2007 y a nivel nacional; actúan judicial y administrativamente en defensa de los derechos de las personas con discapacidad...”.

(78) México: “En México, hasta ahora contamos 45 intérpretes de lengua de señas mexicanas certificados bajo el Estándar de Competencia Laboral de prestación de servicios de interpretación de la lengua de señas mexicana al español y viceversa” y Paraguay, a través de designaciones permanentes.

llamado curador,⁽⁷⁹⁾ en otros tutor, en otros puede ser una persona cercana⁽⁸⁰⁾ o un organismo del Poder judicial.⁽⁸¹⁾

En todos los Estados relevados existe alguna forma de asesoramiento o patrocinio legal de las personas con discapacidad en el ámbito del Estado de carácter gratuito, pero que funcionan con diferentes modalidades. Algunos Estados tienen un área u organismo específico del estado⁽⁸²⁾ o del Poder judicial,⁽⁸³⁾ que realiza esta representación, por sí o

(79) Argentina: Existe el curador y la intervención obligatoria del Ministerio Público, aunque actualmente el Código Civil del país se encuentra en un proceso avanzado de modificación; Costa Rica: “no existe la representación obligatoria, lo que existe es la posibilidad de tener un tutor o curador, esta es una figura de orden público que recae en una persona privada, no la ejerce ningún órgano estatal, sino una persona particular...”; Perú: “El juez nombra curador procesal o confirma el propuesto por el incapaz relativo cuando una demanda sea dirigida contra persona un incapaz”; Ecuador: “en los procesos judiciales en los que se encuentran involucradas personas con discapacidad que requieran interdicción o curatelas, sí existe la obligación de contar con el Ministerio Público...”; México: “En el ámbito federal de México no existe Ministerio Público ni defensor público especializado para personas con discapacidad... Impera el modelo de la interdicción en donde el juez declara un tutor o curador que actúan a nombre y en representación de estas personas en todo acto jurídico, incluidos los procesos”; Paraguay y Uruguay; Panamá: Si bien no se aclara que se trate de un curador, la figura mencionada es el tutor, la modalidad de representación está vigente: “La autoridad competente tomará las medidas necesarias para asegurar el cuidado de las personas y de sus bienes hasta el nombramiento del tutor, cuando por ley no hubiesen otras personas encargadas de esta obligación”; Bolivia y Guyana: El representante es elegido por el juez, pero en el caso de Guyana puede ser incluso un abogado; Chile: Tiene también representación obligatoria mediante un curador general.

(80) Bahamas: Puede ser un amigo cercano o bien un tutor *ad litem*.

(81) El Salvador: “La Procuración General de la República está integrada en su estructura organizacional por diversas unidades de atención al usuario entre ellas la Unidad de Familia, Niñez y Adolescencia quien es la encargada dentro de sus funciones velar por la defensa de los derechos de las personas con discapacidad siendo que para tal efecto está integrada por diversos profesionales entre ellos defensores Públicos de familia, procuradores de familia, Psicólogos y trabajadores sociales quienes ante la solicitud de asistencia legal a favor de una persona con discapacidad en cualquiera de los Procesos Legales, intervienen en cumplimiento de sus funciones profesionales para valorar si amerita brindar la asistencia legal favoreciendo la libertad y autonomía de las personas a quienes se pretende declarar incapaz o prorrogar la representación legal de sus padres a través de la figura de restablecimiento de la autoridad parental”.

(82) Ecuador: A la procuraduría de las Discapacidades ya mencionada se suma “... la Defensoría Pública General, institución que cuenta abogadas y abogados para defender a personas que pertenecen al grupo de atención prioritaria definidos en la Constitución” ambos servicios gratuitos y que además de asesoramiento ofrecen patrocinio legal; Perú: “la Dirección de Asistencia Legal y Defensa de Víctimas a la Dirección de Defensa Pública y Acceso a la Justicia, órgano de línea encargado de conducir, regular, promover, coordinar, y supervisar el servicio de Defensa Pública”; México: “La Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad dispone que las personas con discapacidad tengan derecho a recibir asesoría y representación jurídica en forma gratuita en los procedimientos administrativos y judiciales; sin embargo aún no se determina a que órgano de gobierno o institución le compete brindar dicha asesoría. A la fecha no se ha implementado un mecanismo general que comprenda los tres órdenes de gobierno en cuanto al asesoramiento o representación legal gratuita para personas con discapacidad”; Bolivia: “... a nivel central la atención que se da es a través del Órgano Ejecutivo por los Ministerios principalmente de Justicia, Educación, Trabajo, Presidencia, Planificación, Comunicación, Culturas; en los Gobiernos Autónomos Departamentales se tiene el Comité Departamental de la Persona con Discapacidad (CODEPEDIS) y en los Gobiernos Autónomos Municipales se encuentran las Unidades Municipales de Atención a las Personas con Discapacidad (UMADIS)”.

(83) Argentina: El Ministerio Público en el ámbito del Poder Judicial ofrece asesoramiento y en determinados casos, patrocinio legal. A ellos se suma que “Los Colegios de Abogados de todo el país y los ámbitos judiciales deben proveer obligatoriamente asesoramiento gratuito mediante patrocinios letrados gratuitos”; El Salvador: “Centros Judiciales Integrados en Salvador, los que cuentan dentro de sus instalaciones con un delegado de los Juzgados, Procuraduría General de la República y Fiscalía General de la República, los que además cuentan con el apoyo de un Equipo Multidisciplinario integrado por Psicólogos y trabajadores sociales”; Brasil: El servicio se presta a través del Ministerio Público.

mediante convenios con otras organizaciones privadas⁽⁸⁴⁾ o a través de un área general de Gobierno.⁽⁸⁵⁾

En algunos casos realizan una representación activa de patrocinio jurídico y en otras se limita al asesoramiento⁽⁸⁶⁾ de las personas con discapacidad.

Respecto a la accesibilidad de los procedimientos judiciales en los que intervienen, como justiciables, testigos o jurados, personas con discapacidad ninguno de los estados informa tener adecuaciones específicas a los procedimientos procesales en estos casos. Los códigos procesales son aplicables a toda la población en general, aunque se establecen en cada caso algunas herramientas específicas cuando intervienen PCD. En algunos Estados se aplican las Reglas de Brasilia,⁽⁸⁷⁾ en casos penales el defensor puede gestionar un procedimiento especial de medidas de seguridad, el cual está contenido en el Código Procesal Penal,⁽⁸⁸⁾ o se establece un acompañamiento por profesional/es abogado/s de la Procuraduría de Discapacidades del CONADIS, a fin de precautelar el debido proceso durante todas las etapas judiciales que sean requeridos,⁽⁸⁹⁾ o se utilizan otros recursos como intérpretes o la asistencia necesaria en materia de estenografía proyectada,⁽⁹⁰⁾ ser asistido por un facultativo especialista⁽⁹¹⁾ o quedando a criterio de cada uno de los fiscales se busca garantizar de alguna manera la presencia y/o la participación de la persona con discapacidad, si es estrictamente necesario, por ejemplo, buscando sillas de ruedas, un intérprete, vehículo para transportarla hacia el lugar donde se realizará las diligencias judiciales o de investigación.⁽⁹²⁾

En resumen, se encuentra pendiente la adecuación integral de las normas de procedimientos judiciales en este sentido, aunque todos los Estados disponen algún tipo de herramientas de apoyo a las PCD en estos procesos.

La entrevista personal del Juez con el justiciable contribuye a la inmediatez con la justicia y el cuestionario indaga sobre si es obligatorio para los jueces escuchar o entrevistar personalmente a las personas con discapacidad intelectual en el marco de un juicio de interdicción para conocer sus preferencias personales.

(84) Chile: "SENADIS, ha suscrito convenios con entidades públicas y privadas, a nivel nacional, pretendiendo cubrir así las necesidades de las personas con discapacidad de todo el país. Así, se han suscrito convenios con entidades del ámbito privado, como la Fundación Pro Bono, el Colegio de Abogados de Concepción, la Universidad Central, y se seguirá ampliando esta red. Por otro parte, se han suscrito convenios con las Corporaciones de Asistencia Judicial (CAJ) a nivel nacional, con lo cual se busca atender a personas con discapacidad que requieran asistencia jurídica; capacitar a los profesionales y funcionarios de esas entidades en materia de discapacidad".

(85) Panamá: El Órgano Judicial cuenta con la Unidad de Acceso a la Justicia y Género, creada mediante Acuerdo N.º 806 de 11 de septiembre 2008" y la oficina de asistencia legal gratuita para toda la población.

(86) Uruguay: "El servicio es realizado de forma gratuita por el Programa Nacional de Discapacidad del Ministerio de Desarrollo Social (Pronadis)".

(87) Argentina lo manifiesta expresamente, pero se entiende aplicable por aquellos estados que aplican las Reglas según ya se mencionó.

(88) Costa Rica.

(89) Ecuador.

(90) México, Argentina, Bolivia.

(91) Paraguay.

(92) El Salvador.

Aunque la mayoría de los Estados tiene una norma legal que establezca esta obligatoriedad,⁽⁹³⁾ la mayor parte de los mismos promueven o bien una entrevista o al menos la presencia de la persona ante el Tribunal, principalmente en procesos de interdicción o insania.

En los procedimientos judiciales si el juez o el personal administrativo observase en una de las partes del proceso o testigo porta algún tipo de discapacidad física o intelectual, los estados toman medidas variadas. En primer lugar, las medidas a tomar por el Poder judicial tienen una relación directa con la mayor o menor visibilidad de la situación de discapacidad.⁽⁹⁴⁾ La más común de las medidas es la determinación respecto a si la persona requiere o no una representación,⁽⁹⁵⁾ suspendiéndose el proceso hasta la decisión: “En el caso de que sea parte se detiene el avance del proceso, para centrarse a determinar si tiene capacidad de actuar. Si no la tiene, el procedimiento se detiene definitivamente hasta que en el proceso de insania o interdicción se declare y se le designe un representante. Si se determinara que no carece de capacidad de actuar, el proceso continuará. ... Existe diferencia tratándose de una persona testigo con discapacidad física o con discapacidad intelectual o psicosocial”.⁽⁹⁶⁾ En ninguno de los Estados la legislación nacional contempla mecanismos de apoyo a favor de las personas con discapacidad en términos del art. 12 de la CDPCD. En algunos casos el “apoyo” solicitado es el de un perito o un médico.⁽⁹⁷⁾ En otros casos también se aplican las Reglas de Brasilia.⁽⁹⁸⁾

I. Personas con discapacidad en situación o condiciones de encierro

La situación de las personas con discapacidad en situación o condiciones de encierro⁽⁹⁹⁾ constituye una preocupación derivada de las dificultades que deben afrontar respecto de la accesibilidad, la comunicación, la provisión de medicamentos y tratamientos médicos, entre otros.

Interesa conocer cuál es el tratamiento dado si la persona con discapacidad se encuentra en situación de privación de la libertad o encierro y si existen en cárceles o prisiones o medidas especiales o de alguna naturaleza tendientes a facilitar la autonomía de las personas con discapacidad y en su caso, cuáles son esas medidas y mediante qué instrumento están determinadas.

La falta de medidas especiales tendientes a facilitar la autonomía de las PCD en este escenario constituye la realidad de todos los Estados, centralizadas en las personas con

(93) No existe esta obligación en Perú, México, El Salvador, Guyana, Bolivia, Bahamas; existe esta obligación en Argentina, Costa Rica, Ecuador, Paraguay, Uruguay, Panamá, Chile y Brasil y a solicitud de la persona ante el Tribunal Superior en Perú.

(94) Pregunta 14 del cuestionario.

(95) El Salvador: “Desde el momento de la introducción de la solicitud, el Secretario de Tribunal se da cuenta si entre las partes se encuentra una persona con discapacidad física o intelectual, por lo que, a petición del juez, se le remite a Medicina Legal para que se determine el grado de discapacidad. Así, posteriormente el juez determina su exoneración o el nombramiento de un representante”. Guyana, Chile y Bolivia presentan mecanismos similares basados en la percepción *in situ*.

(96) Costa Rica.

(97) México lo expresa directamente, pero en los estados donde se determina previamente si la persona debe ser interdictada, en la mayoría de los casos son los mismos profesionales quienes toman la decisión.

(98) Uruguay: “En caso de observar por parte del técnico jurídico algún tipo de discapacidad en una de las partes, puede solicitar un peritaje por especialistas de su confianza para determinar la magnitud de la misma. Rigen en el caso las pautas establecidas por las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia, pudiendo adoptarse las pautas y medidas allí establecidas”.

(99) Pregunta 15 del cuestionario.

discapacidad mental o psicosocial y personas con discapacidad sensorial (ciegos o sordos) y particularmente la falta de accesibilidad arquitectónica para personas con discapacidad motriz. Algunos estados han creado programas de acceso a la Justicia, específicamente a personas en situación de encierro⁽¹⁰⁰⁾ o se crearon protocolos de atención de las PCD en penitenciarias.⁽¹⁰¹⁾ Otras propuestas han sido centros específicos que trabajan con este colectivo.⁽¹⁰²⁾ Las dificultades que se mencionan son variadas:

- i) Los centros de detención no son aptos para la permanencia de personas con discapacidad.*
- ii) Los Centros Penitenciarios no cuentan con medidas o estructuras acondicionadas para las personas con discapacidad física.*
- iii) El federalismo regula facultades exclusivas de los estados provinciales que dificulta la homogeneidad de las propuestas.*
- iv) Desconocimiento de las condiciones en que se encuentran recluidas las PCD.*
- v) Ambientes en condiciones de hacinamiento, de infraestructura pequeña y en la mayoría de ellos se sobrepasa la cantidad de internos a su capacidad de recinto.*
- vi) Desventajas de las personas sordas que no pueden comunicarse con los demás internos y personal que los custodia porque en estos recintos en su generalidad se desconoce la lengua de señas para comunicarse con personas sordas.*

5. El régimen de capacidad jurídica y la aplicabilidad de los sistemas de representación de las personas con discapacidad⁽¹⁰³⁾

El artículo 12 de la CDPCD de la ONU, fuente de la Observación General del Comité CEDDIS mediante la cual se interpretó el artículo 2.I.b de la CIADDIS, establece:

Artículo 12 Igual reconocimiento como persona ante la ley

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

(100) Programa ADAJUS de Argentina.

(101) Perú: “Conforme a la Resolución Presidencial N° 411-2008-INPE/P, de fecha 18 de julio de 2008, se aprobó el “Manual de Derechos Humanos aplicado a la función penitenciaria”, el mismo que establece que las personas privadas de su libertad con discapacidad, deberán ser clasificados en la medida de lo posible en ambientes que les permita tener un desenvolvimiento cotidiano sin dificultades, los servicios de salud de los establecimientos penitenciarios deben atender con preferencia a los internos con discapacidad, brindándoles asistencia permanente en aquellos requerimientos que resulten necesarios como consecuencia de su discapacidad...”.

(102) Costa Rica: “En Costa Rica existe el Centro de Atención para Personas con Trastornos Mentales en conflicto con la Ley (inaugurado el 29 de julio del 2011), que en cierta forma vino a llenar un vacío permanente en el sistema penitenciario nacional” o Chile: “Gendarmería de Chile -institución encargada del orden, seguridad y cumplimiento de condenas en las prisiones- ha establecido a través de reglamentos que la población penal se encontrará separada en módulos, división que atiende a las características de cada condenado. Así, habrá un módulo especial para personas con discapacidad”.

(103) Preguntas 31 a 37 del cuestionario.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica:

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Este artículo, sumado al artículo 4, exige a los Estados Partes la revisión del sistema de representación del derecho interno de las personas con discapacidad y de las normas sobre interdicción o insania/ curatela, que sigue llamando “insanos” o “dementes” a las personas con discapacidad mental o con discapacidad psicosocial y personas con discapacidad intelectual y que establece la “declaración de interdicción” para que una persona con discapacidad deba ser representada legalmente. El artículo 12 de la CDPCD, al diseñar un modelo de toma de decisiones con apoyo y salvaguardias, hizo un esfuerzo innovador para reconocer las aspiraciones de todas las personas con discapacidad. La CDPCD reconoce el derecho de las personas con discapacidad a asumir sus propios riesgos en todas las actividades de su vida, sustentada en el reconocimiento de la personalidad jurídica y la capacidad amplia de ejercicio de los derechos de las PCD.

Por su parte el CEDDIS a través de la Observación General ha interpretado la CIADDIS en el marco del artículo 12 citado solicitando a los estados partes de la misma la adecuación de la legislación interna así como la de las sentencias judiciales en el sentido mencionado. Es sobre este encuadre y con objetivo de constituir para los estados partes una guía, que se realizó el cuestionario incluyéndose varias preguntas sobre capacidad a fin de obtener un mapeo regional en el marco del mandato de la Observación general y para facilitar y contribuir a la aplicación gradual de la misma.⁽¹⁰⁴⁾

La tercera parte del cuestionario indaga sobre el impacto en los países de la región sobre el cambio de paradigma que implica el artículo 12 de la CDPCD y la influencia en el modelo de representación de las PCD materializado principalmente con la institución de la interdicción o curatela.

(104) Se suma al informe de esta relatoría, las conclusiones transcritas del mapeo regional del “Trust para las Américas”.

A. Opinión sobre el reconocimiento de la capacidad de obrar amplia del artículo 12⁽¹⁰⁵⁾

La mayoría de los Estados se pronuncian por el acuerdo positivo al cambio que implica la vigencia del artículo 12⁽¹⁰⁶⁾ expresando la necesidad de aplicar gradualmente el mismo a fin de superar los estereotipos negativos que subsisten respecto a la capacidad de ejercicio de derechos de las PCD.⁽¹⁰⁷⁾

Los Estados, en el marco del artículo 4 de la CDPCD y la Observación general CEDDIS, expresan que la obligación establecida en el art. 12 requiere de modificaciones y adaptaciones a las normas internas de los Estados⁽¹⁰⁸⁾ y en consecuencia se encuentran en pleno proceso de modificaciones la legislación interna, sobre todo los códigos civiles, a fin de lograr este objetivo sin regresividad y gradualmente,⁽¹⁰⁹⁾ proponiendo en el ínterin su aplicación concreta como complemento interpretativo de las normas vigentes.⁽¹¹⁰⁾

En resumen, existe consenso en los Estados sobre la aplicación concreta del artículo 12, aunque se expresa también que es necesario modificaciones al derecho interno para su

(105) Pregunta 31 del cuestionario.

(106) Chile: "El artículo 12 de la Convención nos parece positivo, pues viene a reafirmar la capacidad jurídica que poseen los sujetos con discapacidad por el solo hecho de ser personas, en la misma medida que la tiene el resto de la sociedad; proclamándose el principio de igualdad ante la ley con prescindencia de cualquier circunstancia física o psíquica que pueda afectarles".

(107) Argentina: "El reconocimiento de la capacidad de obrar amplia que establece el artículo 12 de la CDPCD es un gran avance en el reconocimiento del ejercicio de los derechos de las PCD e implica un cambio en el paradigma de representación vigente"; Costa Rica: "Es un reconocimiento a la autonomía de las personas con discapacidad, a sus derechos como seres humanos, es una nueva concepción que obliga a tomar medidas para modificar el derecho de fondo y a cuestionarse la figura de la insania y la interdicción. Con esta sola norma se cambió el paradigma tradicional ubicándonos dentro del paradigma social y de derechos humanos"; México: "Dicho reconocimiento es necesario para dar un trato digno a la persona con discapacidad, dejando atrás la concepción que anulaba su personalidad jurídica y su capacidad de autodeterminación. Con este reconocimiento la incapacidad de obrar o la sustitución de voluntad de la persona con discapacidad queda como última ratio...".

(108) Perú: "Sin embargo, la capacidad de ejercicio, en el caso de determinadas tipologías de discapacidades requiere de adaptaciones y modificaciones necesarias a fin que, la persona con discapacidad, pueda manifestar su voluntad, y así ejercitar sus derechos en igualdad de condiciones que las demás personas. En la actualidad el Código Civil Peruano no contiene disposiciones que regulen la implementación de las adaptaciones y modificaciones que se señalan con el objeto de garantizar el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad... para evaluar e implementar las medidas necesarias que garanticen el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, a fin de corregir el modelo de sustitución en la toma de decisiones de las personas con discapacidad mental existente"; Bahamas: "Debe haber medidas especiales para garantizar que el artículo 12 de la CDPD sea adoptado".

(109) México: "Sin embargo, importa desafíos materiales importantes en el diseño del nuevo sistema de apoyos que se requiere para su efectiva aplicación, así como en la capacitación de los integrantes del sistema de impartición de justicia que deberán garantizar esa efectiva aplicación. Asimismo, importa un reto cuidar que el cambio de modelo no reporte un daño o menoscabo en la seguridad jurídica de terceros de buena fe".

(110) Uruguay: "Es un elemento necesario su aplicación por los ordenamientos jurídicos, de esa forma los aplicadores del derecho y toda persona que trabaja en la temática tiene una herramienta de poder para hacer valer los derechos reconocidos por las normas"; Bolivia: "Es muy importante ya que indistintamente tenga o no discapacidad todas las personas deben ser de igual reconocimiento como persona ante la ley, en caso de personas con discapacidad teniendo un trato preferente en igualdad de condiciones; en el caso de que los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, muy de acuerdo...".

mejor aplicación. Empero, las respuestas a la pregunta 33 del cuestionario,⁽¹¹¹⁾ referidas a la compatibilidad ambos sistemas, nos ofrecen un mapa complementario entre lo que establece el artículo 12 de la CDPCD y la dificultad en la percepción de la puesta en práctica del mismo en la realidad concreta.

B. Medidas legislativas y judiciales propuestas para la aplicación plena del artículo 12 de la CDPCD ⁽¹¹²⁾

A este consenso sobre la aplicación del art. 12, se suma la necesidad de realizar adecuaciones que impliquen cambios legislativos y de interpretación judicial y buenas prácticas para mejorar la sinergia de los operadores del derecho con el modelo social de la discapacidad que representa la Convención ONU. La modificación mayormente propuesta por los estados es la del Código Civil.

Los Estados expresan la necesidad de aplicar gradualmente algunas medidas que faciliten la aplicación efectiva del modelo del art. 12, expresadas en forma de prioridades que se resumen en las siguientes:

B.1 Medidas legislativas

- i) *Adecuación de los Códigos de fondo, principalmente el civil y el penal, con prioridad de la revisión de sus artículos en el marco del art. 12 de la CDPCD y de la Observación general Resolución CEDDIS /RES.1. I-b/11 de fecha 4 de Mayo de 2011.* ⁽¹¹³⁾
- ii) *Adecuación de los Códigos de procedimientos.* ⁽¹¹⁴⁾
- iii) *Revisión y modificación de las leyes generales, incluidas las de discapacidad, que establezcan que las PCD deban ejercer sus derechos en todos los casos mediante un representante legal.* ⁽¹¹⁵⁾

(111) Ver acápite 4.c de esta relatoría.

(112) Pregunta 32 del cuestionario.

(113) Argentina; Perú: “La legislación peruana no contempla la implementación de adaptaciones y apoyos a fin que la persona con discapacidad pueda ejercer ampliamente su capacidad de ejercicio, por lo que es imperativo la modificación del Código Civil Peruano”; Ecuador: “Se encuentra en proceso una propuesta para conocimiento del órgano legislativo ecuatoriano, para que se reforme y redefina las expresiones que utiliza el Código Civil, en especial en lo que se refiere a la capacidad legal de las personas, como tal es lo dispuesto en el artículo 1462 y siguientes, que expresa: “Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces (...)”. Incapacidad que debe determinarse a través de un proceso judicial, por tanto mientras no se ventile de esa forma, las personas son legalmente capaces para ejercer sus derechos y beneficiarse de ellos... (aunque) En la legislación ecuatoriana no se restringe la plena capacidad jurídica por razones de discapacidad.... la Procuraduría de Discapacidades del CONADIS hace hincapié en la salvaguardia efectiva de este modelo asistido, evitando que por el solo hecho de tener discapacidad, sea declarada interdicta, por el contrario ha procurado que las personas con discapacidad, no sean limitadas en la toma de sus decisiones y solamente se la declare cuando la discapacidad sea determinante e impida su capacidad para gobernarse o administrar por sí mismo”; México: “En cuanto a las medidas legislativas, debe revisarse el Código Civil Federal, los códigos civiles de las 32 entidades federativas y los códigos de procedimientos correspondientes. En ellos se regula la declaración de incapacidad y el nombramiento de tutores”. Guyana acompaña la necesidad de modificaciones legislativas y Bolivia menciona la necesidad de una revisión exhaustiva de la legislación interna priorizando la de capacidad de ejercicio: “En el ámbito del derecho civil, las leyes que regulan la incapacitación y la tutela deben ser una esfera prioritaria del examen y la reforma de las leyes”.

(114) Argentina.

(115) Argentina.

- iv) *Establecer legislativamente un régimen de apoyos: Instrumentar desde la ley políticas de apoyo a las personas con discapacidad en el sentido expresado en el artículo 12 de la CDPCD.*⁽¹¹⁶⁾
- v) *Adecuación del derecho provincial, incluidas las constituciones provinciales, a las normativas de la CDPCD.*⁽¹¹⁷⁾
- vi) *Eliminación de normas o leyes que inhabilitan a una persona para desempeñar un cargo o función debido a su discapacidad.*⁽¹¹⁸⁾

B.2 Medidas judiciales

- i) *Las sentencias judiciales deben interpretar los códigos y las leyes locales con el marco interpretativo del derecho internacional, principalmente el de los derechos humanos.*⁽¹¹⁹⁾
- ii) *Reducción hasta la eliminación completa de los procesos de interdicción o insania reemplazándolos por reconocimiento de la capacidad amplia y/o por sistema de apoyos con salvaguardias.*⁽¹²⁰⁾
- iii) *Medidas judiciales de interpretación del derecho vigente en el marco del artículo 12: Fortalecer la presunción legal de capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad, a partir del texto de la CDPCD, y sostener una interpretación rígida y restrictiva de las causas de incapacidad jurídica, así como un estándar probatorio que se base más en elementos que tomen en cuenta el entorno social y la situación concreta de cada persona, y no únicamente en el dictamen médico.*⁽¹²¹⁾

B.3 Otras medidas propuestas

- i) *Capacitaciones: Necesidad de incluir en esta capacitación a los peritos, para que a la hora de elaborar sus informes tengan claro que deben indicar, para que actos podría ser capaz una persona y para cuáles no, evitándose así rendir un informe que en forma general limite la capacidad de actuar de una persona para todos los actos.*⁽¹²²⁾

(116) Esta propuesta de México sugiere la conformación de un documento legal internacional que instrumente apoyos.

(117) Argentina.

(118) Bolivia.

(119) Argentina; México: "Jurisdiccionalmente, se pueden eliminar aquellos preceptos que anulen, sustituyan o alteren la decisión de la persona con discapacidad, estableciendo controles a la acción de los tutores o curadores, que los obliguen a actuar en el sentido que exige la CDPCD. Esto es posible porque así lo ordena y permite el artículo 1º constitucional, posterior a la reforma de junio de 2011, a partir del cual se reconoce el control *ex officio* de convencionalidad, la interpretación de la ley conforme con las convenciones internacionales y el *principio pro persona* en la aplicación de la ley".

(120) Argentina; Costa Rica: "Es necesaria una reforma legal para eliminar la figura de la curatela, e implementar una legislación acorde con la Convención como la que se propone en el Proyecto de Ley de Autonomía Personal que se encuentra en la Asamblea Legislativa y que fue redactado con la participación de diferentes instancias entre ellas por representantes del Poder Judicial, Poder Legislativo, Defensoría de los Habitantes, Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial, Consejo Nacional para la Persona Adulta Mayor, Hospital Nacional Psiquiátrico y Sociedad Civil con Discapacidad".

(121) Propuesta de México. Se complementa con "Legislar y emitir criterios jurisprudenciales que restrinjan la intervención de terceros en proporción a la necesidad de cada persona discapacitada y al tipo de acto que pretende realizar. Se necesitará diseñar todo un sistema de medios de apoyo y salvaguardias, tomando en consideración la experiencia de otros países que ya han adoptado este modelo".

(122) Costa Rica.

- ii) *Instrumentar un protocolo de atención a personas con discapacidad en la que se establezcan prácticas para concretar los apoyos y salvaguardias a la decisión de la persona con discapacidad. Estas podrían incluir a jueces, agentes gubernamentales e instituciones de atención a personas con discapacidad.*⁽¹²³⁾
- iii) *Panamá propone, en los términos del último párrafo del artículo 12, la adecuación de los reglamentos bancarios de superintendencia de Bancos, la adecuación de los reglamentos de seguros de la superintendencia de seguros y la adecuación de los reglamentos internos de ingresos a las universidades públicas y privadas.*

C. Alcance de la compatibilidad

entre la interdicción o curatela y el artículo 12 de la CDPCD

Se requiere a los Estados la opinión sobre que si la insania/interdicción y la curatela (como sistema de representación en la toma de decisiones de la persona) resultan compatibles con la CDPCD.⁽¹²⁴⁾ La cuestión lleva implícita también una observación sobre la sinergia entre el modelo jurídico vigente en la región respecto a la capacidad y la propuesta del art. 12 de la CDPCD que establece un nuevo modelo de derechos humanos y la relación entre dichos modelos y el funcionamiento actual de estos conceptos en la percepción de lo posible.

Una mayoría de los Estados expresan la incompatibilidad de ambos modelos con distintos argumentos, pero las posturas aparecen compartidas por quienes consideran que debe sostenerse también el modelo de representación de las PCD. Quienes consideran la incompatibilidad, por ejemplo, sostienen que el curador no solo representa a la persona con discapacidad, sino que anula su voluntad,⁽¹²⁵⁾ aunque se reconocen inconvenientes previos de tipo estructural que dificultan la aplicación del modelo de derechos humanos: “El problema es que se ha producido un cambio muy grande en el componente formal de la ley, pero no en el estructural, porque los jueces y juezas tienen una “mentalidad vieja” que se refleja en las sentencias que dictan y en el procedimiento en general, porque todavía a pesar de la Convención, la insania sigue viéndose como una muerte civil”.⁽¹²⁶⁾ Desde la misma postura se sostiene que “No es compatible, porque ese modelo de representación tiende a sustituir, total o parcialmente, la voluntad del que ha sido declarado incapaz, en detrimento de los principios de trato digno, autonomía individual e independencia de la persona con discapacidad”.⁽¹²⁷⁾ También se afirma, en este sentido, que “Si bien, la figura del curador fue establecida como un mecanismo de protección para las personas con discapacidad, no obstante, estas instituciones no refleja los avances normativos reconocidos en instrumentos de derechos humanos ratificados por Chile, por ello resulta evidente la necesidad de revisar la legislación interna en la materia”⁽¹²⁸⁾ que además entiende que cualquier decisión debe ser tomada previa consulta a la sociedad Civil.

Otros Estados consideran que la protección de los bienes o del patrimonio no es una razón para mantener el modelo de representación: “Si bien en algunas ocasiones, la

(123) México.

(124) Pregunta 33 del cuestionario.

(125) Costa Rica.

(126) Costa Rica.

(127) Brasil, Paraguay y Uruguay también encuentran incompatibles ambos modelos.

(128) Chile.

posibilidad de asumir las decisiones sobre su patrimonio u obligaciones en general, se ve limitada natural y funcionalmente para las Personas con Discapacidad mental, no hay razones que justifiquen la pérdida total de la autonomía... Porque hasta el momento si bien existe un avance normativo en Bolivia descrito en la parte superior del informe todavía se impiden a las Personas con Discapacidad el ejercicio de sus derechos civiles, políticos y económicos, por lo que la toma de decisión asistida es la opción para reemplazar el régimen vigente, ya que es concordante con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y por lo tanto respetuosa de los Derechos Humanos”.⁽¹²⁹⁾

Otros Estados encuentran cierta compatibilidad practica en los dos modelos, pero condicionada a la necesidad de concretar cambios: “...hay cierta compatibilidad, más hay que avanzar en la formulación de mayores salvaguardas que aseguren el ejercicio de la capacidad jurídica que respete los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas en igualdad de condiciones”.⁽¹³⁰⁾

Otra postura apunta a que la interdicción o curatela solo es válida cuando es dictada por un tribunal en protección de las PCD⁽¹³¹⁾ o bien porque en la práctica ha demostrado resultados positivos⁽¹³²⁾ y otros estados entienden que la propia convención ONU permite esta interpretación.⁽¹³³⁾

Algunos Estados proponen no eliminar la figura de la interdicción o curatela, sino mantenerla para casos muy puntuales: “El camino que debería adoptarse, no para eliminar la figura de curatela, toda vez que sí existen casos en que el otorgamiento de curaduría, es necesario pues la imposibilidad absoluta así lo requiere en la intención de administrar los bienes, por ejemplo. Lo que se debe legislar es un mayor control desde la administración de justicia para aquellos casos que se ha otorgado la curatela y para cuando esté en proceso, velar porque sea real la necesidad de otorgarla, contándose con informes previos, no solamente de facultativos designados por el Juez Civil, cuyos informes acarrearán responsabilidades penales y/o civiles, sino para tener mayor control y conocimiento de la condición de la persona y de su entorno que determine la necesidad de esa declaratoria”.⁽¹³⁴⁾

Para concluir, observamos que entre la aceptación positiva del modelo del artículo 12 y la percepción de su aplicación concreta subsiste aun un importante margen de espacio para la gradualidad y la superación de la inercia de las décadas de vigencia y consolidación del modelo fundado en la representación a través de la interdicción o curatela, que es aceptado en varios casos como un “modelo exitoso de protección” de las PCD.

(129) Bolivia.

(130) Ecuador.

(131) Panamá: “En nuestro país solamente por ministerio de la ley consideramos la interdicción judicial, la tutela y curatela como sistema de representación en la toma de decisiones de la persona, porque fueron declaradas mediante un procedimiento judicial para representar los derechos de las personas con discapacidad o personas enfermas, pero es muy limitado”.

(132) El Salvador: “...ya que, hasta este momento ha sido fructífero para garantizar a las personas declaradas incapaces la figura del curador para el seguimiento y el cumplimiento oportuno para la administración de bienes”.

(133) Guyana: “La Convención permite el pleno apoyo o sustitución de toma de decisiones con apoyos, que establecen que las decisiones que se harán a nombre de una persona, solo cuando tales acuerdos sean necesario, como último recurso y con sujeción a las salvaguardias. Es evidente que el artículo 12 permite sustituir y apoyar la toma de decisiones con apoyos en circunstancias apropiadas y de acuerdo con la ley”.

(134) Ecuador, respuesta a la pregunta 34 del cuestionario.

D. Reformas de fondo y de procedimiento hacia la eliminación de la figura de la interdicción y/o curatela: Cómo y con quién

La pregunta 34 del cuestionario solicita a los Estados que, en caso de que fueran necesarias reformas de fondo y de procedimiento, como consideran que debe realizarse el camino de la eliminación de la figura de la curatela o insania hacia el modelo de capacidad amplia del artículo 12 de la CDPCD determinando quiénes (actores políticos y técnicos claves) deben participar en el diseño de propuestas a cualquiera de dichos efectos.

Las propuestas son las siguientes:

D.1 Reformas de fondo y de procedimiento

- i) Modificaciones en las Constituciones Nacionales de los Estados a fin de adecuarlas a la Convención.⁽¹³⁵⁾*
- ii) Necesidad de promover cambios graduales y constantes en la legislación, comenzando con los códigos de fondo, principalmente el código civil.⁽¹³⁶⁾*
- iii) Los cambios deben realizarse gradualmente teniendo en cuenta la situación de partida: “El cambio debe efectuarse de manera gradual y con directrices claras.”⁽¹³⁷⁾*
- iv) Aún existen tutores designados, situaciones jurídicas creadas en el modelo anterior. Además falta infraestructura para operar a plenitud los apoyos y salvaguardias que deben aplicarse en el nuevo modelo.”⁽¹³⁸⁾*
- v) La capacitación de los (as) peritos es clave, porque son ellos (as) quienes definen qué actos puede realizar una persona y cuáles no.⁽¹³⁹⁾ En este mismo encuadre: “También en cuanto a fondo un cambio interesante es que se reforme para que la entrevista domiciliar o en la oficina, tenga carácter vinculante.”⁽¹⁴⁰⁾*
- vi) Analizar el marco jurídico vigente del proceso de interdicción (civil, procesal civil, penal y procesal penal) trabajando en coordinación con el poder ejecutivo (federal y estatales), legislativo y judicial.*
- vii) Necesidad de un presupuesto específico para la capacitación e infraestructura.⁽¹⁴¹⁾*
- viii) Campañas públicas: “Diseño de una campaña de difusión que tenga como temática los derechos de las personas con discapacidad, particularmente el de capacidad jurídica,*

(135) Costa Rica: “... una reforma de la Constitución Política porque actualmente establece en el artículo 90 que la ciudadanía se suspende por “interdicción judicialmente declarada”, que el informe sostiene que se trata de una norma “constitucional inconstitucional” (sic).

(136) Argentina.

(137) Uruguay: “El proceso de cambio debe ser lento, y dependiendo de las estructuras de cada legislación, en el mismo se debe obtener la voluntad de la mayoría de personas involucradas como técnicos y no técnicos vinculados a la temática. Los actores deben ser Legisladores, Juristas, Asistentes Sociales entre otros”.

(138) México.

(139) Costa Rica.

(140) Costa Rica.

(141) Perú: “Consideramos además que es necesario, contar con la disponibilidad de presupuestos oportuno y eficaces que permitan contar con profesionales especializados en la temática, así como la disponibilidad de infraestructura de atención de servicios, la disponibilidad de medicamentos; asistencia a la comunidad”.

para lo cual se requiere la colaboración con el poder ejecutivo y los organismos nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos”.⁽¹⁴²⁾

- ix) Las reformas en la actual legislación sobre la discapacidad, deben darse en el aspecto sustantivo y procesal: “Revisión gramatical de los términos inadecuados, reforma del sistema tutelar, Tutela institucional, Vigilancia y controles, creación de un sistema de apoyos eficaces, revisión a fondo del Código Civil, derecho de familia y sucesiones, intervención de las personas con discapacidad en actos y negocios jurídicos, competencia de jueces y tribunales, Al derecho de defensa del presunto incapaz, del contenido de la sentencia de la modificación de la capacidad, entre otras”.⁽¹⁴³⁾
- x) Necesidad de mejorar la relación entre la justicia y la ciudadanía: “Para su completa vigencia se requiere de mecanismos y medidas de fondo y forma, que mejoren las relaciones entre la justicia y la ciudadanía, para garantizar la seguridad jurídica de todos(as) los administrados en el tema de justicia”.⁽¹⁴⁴⁾
- xi) Luchar contra la discriminación e impulsar la vida independiente: “La accesibilidad de tipo jurídico no debe limitarse a la eliminación de las barreras ya mencionadas, porque esto de nada serviría, si se mantiene en la legislación normas que discriminen en razón de la Discapacidad, contrario sensu, la accesibilidad jurídica implica el ajuste de la normativa interna a los principios del nuevo paradigma, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la filosofía del Movimiento de Vida Independiente”.⁽¹⁴⁵⁾
- xii) Participación activa de la sociedad civil y del Estado en los cambios legislativos: “Toda modificación legal que se pueda plantear a este respecto, debe necesariamente fundarse en los resultados obtenidos de las consultas ciudadanas realizadas con la sociedad civil, que contempla la intervención y participación de las personas con discapacidad y de las instituciones relacionadas, como asimismo, la opinión y visión de todos los organismos del Estado involucrados en la elaboración de un proyecto consensuado y que represente las necesidades y adecuaciones necesarias para lograr una situación óptima que respete los derechos de las personas con discapacidad”.⁽¹⁴⁶⁾

D.2 Mantenimiento de la interdicción o curatela

- i) Mantener la interdicción o curatela, pero regulando un procedimiento que apunte a determinar las circunstancias de cada caso particular : “Lo que se debe legislar es un mayor control desde la administración de justicia para aquellos casos que se ha otorgado la curatela y para cuando esté en proceso, velar porque sea real la necesidad de

(142) México. Guyana por su parte propone: “Si las reformas sustantivas y de procedimiento son necesarios, la mejor manera de eliminar la tutela o el modelo de la insania es a través de la promoción y apoyo de la auto-promoción, utilizando los principales mecanismos para la protección de los mejores intereses de la persona, reemplazando la tutela tradicional por un sistema de apoyo de toma de decisiones (reconociendo que es necesario que haya un período de transición de la tutela de apoyo)”.

(143) El Salvador.

(144) Bolivia.

(145) Bolivia.

(146) Chile.

otorgarla, contándose con informes previos, no solamente de facultativos designados por el Juez Civil, cuyos informes acarrearán responsabilidades penales y/o civiles, sino para tener mayor control y conocimiento de la condición de la persona y de su entorno que determine la necesidad de esa declaratoria”.⁽¹⁴⁷⁾

ii) *Mantener la interdicción o curatela, pero reforzando lineamientos: “No consideramos que debe eliminar la figura de la curatela, sino por el contrario se tiene que reforzar acorde a los lineamientos de la capacidad jurídica y quiénes deben participar en el diseño de propuestas son las federaciones de asociaciones de padres y madres de personas con discapacidad y las federaciones de asociaciones de personas con discapacidad y demás organizaciones que defiendan los derechos de las personas con discapacidad y los actores para aprobar las propuesta sería a través del sistemas legislativos conformados por los diputados y técnicos claves que serían para orientar como los psicólogos, abogados y demás especialista”.*⁽¹⁴⁸⁾

Como conclusión, la aplicación plena del artículo 12 de la CDPD no aparece aun en la región como una alternativa plenamente consolidada frente al modelo de representación, respecto del cual por ahora parece existir cierto consenso de mantenerlo limitado a casos puntuales.

E. Previsión legislativa de apoyos⁽¹⁴⁹⁾

En este marco de propuestas de reformas, el cuestionario pregunta a los Estados si los tribunales de justicia prevén procedimientos de “adecuación de la capacidad jurídica de obrar”, (o de “provisión de apoyos para la toma de decisiones”), en el marco del artículo 12 y 13 de la CDPD y si han recibido a la fecha la capacitación que refiere el artículo 13, segundo párrafo de la CDPD.⁽¹⁵⁰⁾

E.1 Adecuaciones de procedimientos

En algunos casos, las modificaciones legislativas influyeron centralmente en las decisiones judiciales: *“El modelo de “adopción de decisiones sustitutiva” (tutela o curatela) del código civil fue morigerado por la adopción en Diciembre de 2010 de la ley 26.657 de salud mental que estableció por primera vez una modalidad más cercana al artículo 12 de la CDPD, varias de las cuales fueron receptadas por el proyecto de nuevo código civil que agregó un nuevo artículo al código civil hoy vigente, el 152 ter., que permitió que los Jueces adecuaran en la medida de lo posible sus sentencias a un esquema de reducción*

(147) Ecuador: “Quiénes deben diseñar y participar en las propuestas, son las organizaciones de personas que cuidan o bajo las cuales se encuentran las personas con discapacidad mental o intelectual para que al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos en el otorgamiento de curadurías o tutelas y que permitan garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás”.

(148) Panamá.

(149) Pregunta 35 del cuestionario.

(150) El artículo 13 de la CDPD establece: “Acceso a la justicia: 1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

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”.

de la institucionalización, le quitó a los jueces las facultad de internar (decidiendo que esa función sea de un equipo interdisciplinario) y la sentencia fueron gradualmente adecuándose a esta ley y a la ley 26.378".⁽¹⁵¹⁾

La previsión normativa surge en otros Estados en la misma constitución nacional⁽¹⁵²⁾ y también a través de documentos base sobre los que se trabajaron las capacitaciones.⁽¹⁵³⁾

En otros casos no se prevé legislativamente las adecuaciones, aunque ello no significa que las mismas no se realicen en función del rango supralegal de la Convención.⁽¹⁵⁴⁾

La estructura federal de algunos Estados funge como una dificultad al momento de incorporar las capacitaciones a nivel nacional,⁽¹⁵⁵⁾ pero no como un impedimento. Las Reglas de Brasilia son utilizadas por algunos estados como fuente para sus capacitaciones,⁽¹⁵⁶⁾ en otros los ajustes de procedimiento se realizaron desde lo jurisdiccional.⁽¹⁵⁷⁾

(151) Argentina.

(152) Ecuador: "La Constitución de la República del Ecuador, así mismo prevé la adopción de medidas afirmativas que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad (art. 11.2)". Argentina tiene incluida las acciones positivas en el art. 75 de la Constitución nacional desde 1994.

(153) Ecuador: "En la *Agenda para la Igualdad en Discapacidades*, se estableció tras los eventos que permitieron su emisión, que los Servicios de justicia no cuentan con adaptaciones técnicas y apoyos para personas con discapacidad; Ausencia de presupuesto específico para atender necesidades especiales de personas con discapacidad en todo el país; Poco recurso humano del sistema de justicia conoce sobre discapacidades; la formación de los profesionales de justicia no aborda temas relacionados a la discapacidad; escasa vigilancia, control y sanción, al cumplimiento de las políticas, marco legal y servicios judiciales que se otorgan a las personas con discapacidad; y, escasa difusión y promoción de los derechos de las personas con discapacidad dificulta el acceso a la justicia. En el 2009, recibieron capacitación los empleados y funcionarios de 41 Centros de Rehabilitación Social, especialmente dirigido a personal médico, abogados, de trabajo social y representantes de guías penitenciarios".

(154) Costa Rica: "No se prevén ni en el Código Procesal Civil ni en el Código de Familia; pero eso no quiere decir que no se pueda hacer... El Poder Judicial ha realizado esfuerzos para capacitar a su personal, buscando la eliminación de barreras sobre todo actitudinales y de comunicación, la Escuela Judicial y las Unidades de Capacitación del Ministerio Público, la Defensa Pública, el Organismo de Investigación Judicial, han tenido a su cargo esta tarea".

(155) México: "Los tribunales federales no han establecido procedimientos en el marco del artículo 12 y 13 de la CDPCD. Dado que rige un sistema continental, los tribunales no establecen procedimientos o reglas generales, salvo que estén expresamente regulados en la ley. Esto no es obstáculo para que dicten resoluciones de trámite o de fondo respetuosas del derecho internacional de los derechos humanos. En todo caso, se traducen en soluciones aisladas adecuadas para cada caso, pero que no constituyen la reglamentación o institución de un procedimiento. Existen criterios judiciales respecto a la garantía de audiencia en el procedimiento de declaración de incapacidad o interdicción, y relacionados con derechos asistenciales.... Sin embargo, el Poder Judicial de la Federación tiene un papel muy importante en la determinación de los criterios jurisprudenciales que determinen cuáles son las disposiciones legales o determinaciones judiciales que resultan acordes a la CDPCD, y por tanto también a la protección de los derechos humanos que exige la Constitución".

(156) Uruguay: "Los procedimientos que se prevén son los establecidos por las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia".

(157) Panamá: "La legislación y los acuerdos aprobados por la Corte Suprema de Justicia contemplan ajustes de procedimiento, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de las personas con Discapacidad como participantes directos e indirectos"; Bolivia: "Los Tribunales de Justicia cuentan con los procedimientos correspondientes para la adecuación de la capacidad jurídica de obrar, en base a informes de peritos y siguiendo el prudente criterio y sana crítica de los Jueces, progresivamente con algunas iniciativas aisladas se da la capacitación al personal del órgano judicial, no contándose con planes de capacitación oficiales".

E.2 Capacitaciones del artículo 13, 2do. párrafo de la CDPD

Algunos Estados tienen en funcionamiento capacitaciones puntuales para el ámbito penal: "... la misma se realiza en la Universidad de la Policía Federal desde hace varios años y en el Servicio Penitenciario Nacional se trabaja actualmente en capacitar a los médicos y carceleros en sus relaciones con personas en situación de encierro, entre otros con el programa ADAJUS".⁽¹⁵⁸⁾

Otra modalidad común en la región es la de capacitaciones puntuales a través de talleres con la comunidad;⁽¹⁵⁹⁾ algunos Estados trabajan con capacitación para la implementación de la CIF.⁽¹⁶⁰⁾

Otros Estados trabajan las capacitaciones en términos de acordar criterios generales: "Se realizan capacitaciones a nivel judicial y administrativo al personal del Órgano Judicial en cuanto a la aplicación de justicia equitativa, e incluso se realizan programas de comunicación o divulgación de la justicia a nivel nacional, adecuando las herramientas necesarias para el mejor entendimiento del acceso a la justicia que tiene todos los ciudadanos sin excepción alguna y que sean de fácil entendimiento para las personas con alguna discapacidad, incluso el trabajo se realiza en sus residencias";⁽¹⁶¹⁾ otros Estados trabajan con los estereotipos que generan situaciones de discriminación: "Existen procedimientos que ofrecen una propuesta de ejercicio de la capacidad jurídica o de medidas para apoyar la toma de decisiones en el marco de los artículos 12 y 13 de la CDPD. Debe ser señalado que la Ley de Personas con Discapacidad de 2010 también defiende los derechos constitucionales, y en particular las cláusulas antidiscriminatorias, para proteger a los ciudadanos de ser objeto de discriminación por motivos de su discapacidad".⁽¹⁶²⁾

En resumen, la mayoría de los Estados ofrecen capacitaciones, originadas en un mandato normativo o bien incorporado a los currículos de las Escuelas judiciales, específicamente respecto a apoyos o en otros casos incorporando trabajo con los estereotipos que generan conductas discriminatorias contra las PCD.

6. Buenas prácticas para la sustitución del modelo de representación para adecuarlo al modelo de capacidad amplia con apoyos y salvaguardias del artículo 12 CDPD⁽¹⁶³⁾

Respondiendo a la pregunta 36 del cuestionario, los Estados informan sobre ejemplos de buenas prácticas que permitan sustituir el modelo de representación o bien aplicarlo, pero limitándolo a casos particulares. Como ejemplo de estas prácticas se han sugerido:

(158) Argentina.

(159) Costa Rica: "la Comisión de Acceso a la Justicia ha desarrollado talleres dirigidos a la población civil con discapacidad en coordinación con el Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial y la Fundación Justicia y Género...".

(160) Perú: "Si bien es cierto que en la actualidad el Poder Judicial Peruano no prevé procedimientos de adecuación de la capacidad jurídica de obrar; sin embargo, podemos mencionar que desde el ejecutivo se viene trabajando un sistema de intervenciones multisectoriales articuladas que permitirán en base al marco conceptual de la discapacidad promovido por la Convención, implementar el CIF, y sobre ello desarrollar políticas que respondan a la real necesidad de las personas...".

(161) El Salvador.

(162) Guyana.

(163) Pregunta 36 del cuestionario.

- i) *Campañas masivas que trabajen para modificar los estereotipos negativos que afectan a las PCD y a sus derechos.*⁽¹⁶⁴⁾
- ii) *Transversalización de la discapacidad en todos los programas y políticas de Estado.*⁽¹⁶⁵⁾
- iii) *Promover la eliminación de estereotipos y eliminación de prácticas nocivas que afectan a los funcionarios públicos.*⁽¹⁶⁶⁾
- iv) *Difundir y sensibilizar a todos los jueces sobre la necesidad de fortalecer en sus criterios la presunción de capacidad jurídica de obrar que opera en favor de todas las personas con discapacidad, así como todas las implicaciones que ese fortalecimiento implica en la interpretación de la ley.*⁽¹⁶⁷⁾
- v) *Escuchar a las personas (o colectivos) con discapacidad.*⁽¹⁶⁸⁾
- vi) *Trabajar con las personas con discapacidad y sus grupos familiares a fin de acompañar los cambios de paradigmas hacia el concepto de autonomía y vida independiente afectado en todo la región por las prácticas enunciadas anteriormente.*⁽¹⁶⁹⁾
- vii) *Desalentar y limitar las medidas de seguridad, principalmente internaciones prolongadas, que afectan a las personas con discapacidad y a quienes padecen problemas de salud mental.*⁽¹⁷⁰⁾
- viii) *Limitar las interdicciones a casos extremos en el marco de instituciones estatales (unidades jurídicas) que participan activamente en la defensa de las PCD.*⁽¹⁷¹⁾ *Se propone*

(164) Argentina. México también propone: "Difundir información sobre los derechos de las personas con discapacidad dirigida hacia la población en general a través de los distintos medios de comunicación, públicos y privados".

(165) Argentina: En términos del artículo 4 de la CDPCD "Fortalecer la tarea de los Observatorios de la Discapacidad a fin de que se conviertan en referentes transversales para las políticas de estado".

(166) Argentina: "Trabajar con la eliminación de prácticas nocivas y percepciones de funcionarios de los tres poderes que superan muchas veces las propias normativas vigentes y se convierten en reglas que se aplican solo por la costumbre capacitando a quienes trabajan desde el estado con la discapacidad".

(167) México.

(168) Uruguay.

(169) Argentina.

(170) Perú: "La falta de reconocimiento del derecho de las personas con discapacidad mental a tomar sus decisiones sobre sus vidas podría derivar en una situación de institucionalización, es decir, al internamiento de la persona a un centro de salud mental sin su consentimiento y con vocación de permanencia violando su derecho a vivir en libertad y en comunidad, por ello, consideramos necesario que se debe promover la eliminación del modelo de sustitución en la toma de decisiones ya que es incompatible con el propósito de la Convención, por lo que únicamente debe ser válido el internamiento y no la institucionalización de personas con discapacidad mental en casos de urgencia grave es decir en casos de inconsciencia o crisis, sin embargo este internamiento debe ser revisado constantemente y tener un carácter temporal.... en el Perú bajo un modelo desarrollado en Suecia referida a un sistema de hogares tutelados donde las personas con discapacidad comparten vivienda con otras personas con discapacidad mental bajo el apoyo de profesional especializado, se viene dando una experiencia exitosa que ha permitido que personas con discapacidad que estuvieron institucionalizados en el Hospital Larco Herrera residan de manera independiente en una casa hogar ubicada en distrito de Pueblo Libre-Lima".

(171) Ecuador: "Un ejemplo claro que se mencionó anteriormente es aquel relacionado a la implementación de la procuraduría de Discapacidades al interior del CONADIS, unidad jurídica que previo al apoyo que es requerido para proceder con la interdicción de personas con discapacidad, se somete de parte de profesionales abogados y de trabajo social a realizar una exhaustiva investigación si realmente existe la necesidad de que se otorgue la interdicción o curaduría". México propone en

también: “Identificar los tipos de actos en los que debe darse mayor atención en el sistema de apoyos y salvaguardias, para que las instituciones involucradas con esos actos reciban capacitación prioritaria y diseñen protocolos de atención adecuados”.⁽¹⁷²⁾

ix) Inclusión en los planes de estudio los derechos de las personas con discapacidad y sobre la diversidad, concientizando a través del modelo educativo.⁽¹⁷³⁾

x) Capacitaciones no solo dirigidas a funcionarios públicos,⁽¹⁷⁴⁾ *sino también al sector privado.*

xi) Impulsar la intermediación y la escucha entre el poder judicial y las personas con discapacidad en los procesos judiciales.⁽¹⁷⁵⁾

7. Medidas de transición

La pregunta 37 del cuestionario solicita a los estados que informen, teniendo en cuenta que la CDPCD es una convención de derechos humanos, sobre si creen necesario adoptar una solución de transición mientras se revisa la legislación vigente o entienden que debe trabajarse inmediatamente en la modificación del cambio de paradigma, y en su caso, qué medidas deberían adoptarse para el “mientras tanto” y en qué casos especialmente.

Esta pregunta tiene relación estrecha con las dos anterior (nro. 35 y 36) y siguiendo el mismo esquema, dividiremos las respuestas entre la opción de la revisión de la actual legislación, y la opción de modificación inmediata del modelo de representación al de derechos humanos.

A. Propuesta de transición previa a la aplicación del modelo del art. 12 con revisión de la actual legislación

i) Algunos Estados proponen la adecuación de la legislación interna a la Convención: “En el país, se han producido grandes avances relacionados a ajustar la legislación nacional a la Convención de Naciones Unidas, tales avances están plasmados en la misma Constitución aprobada en octubre de 2008, así mismo, se encuentra en proceso de aprobación la nueva ley de discapacidades, que recoge precisamente las disposiciones de la Convención y en el ámbito de los Derechos Humanos”.⁽¹⁷⁶⁾

ii) Se propone también la necesidad de un proceso gradual de modificación del derecho interno como previo a la aplicación del modelo del art. 12: “Sí, es conveniente adoptar una solución de transición, mientras se aprueban las nuevas leyes que integren el modelo establecido en la Convención. La etapa de transición puede traducirse en el ajuste de los sistemas de tutela establecidos en México dándoles una interpretación conforme con la CDPCD, teniendo en cuenta el desarrollo institucional

el mismo sentido: “Interpretar las disposiciones que regulan la demostración de las causas de incapacidad, de manera restrictiva, con base en el modelo y definición de discapacidad contenido en la CDPCD... Restringir las funciones de representación derivadas de la tutela a los casos en que sea estrictamente necesaria atendiendo al tipo de acto que se pretende realizar y a la situación concreta de cada persona con discapacidad”.

(172) México.

(173) México.

(174) México: “Capacitación a personal del sector privado de la economía”.

(175) Chile.

(176) Ecuador.

de cada lugar y que los distintos derechos, incluso de terceros de buena fe, queden garantizados”.⁽¹⁷⁷⁾

iii) Otros Estados estiman necesario iniciar estudios legislativos previos: “La Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad forma parte del ordenamiento jurídico nacional, y en este sentido se estima relevante iniciar a la brevedad los estudios legislativos que permitan una compatibilización de la normativa legal vigente”.⁽¹⁷⁸⁾

B. Aplicación inmediata del modelo del artículo 12 de la CDPCD

i) “El sistema representativo de las PCD a través de curatelas e insanias presenta una fuerte inercia de décadas, que ha afectado no solo las normativas vigentes sino las practicas mencionadas (por ejemplo, solicitar curatelas para obtener derechos sociales, de salud, pensiones, etc.). Este sistema está arraigado en el estado, pero también en los profesionales, las instituciones y las propias PCD y sus grupos familiares. Debemos trabajar en forma inmediata con el cambio de paradigma en el marco del artículo 12 de la CDPCD y de la Observación general del CEDDIS citada”.⁽¹⁷⁹⁾

ii) Otros Estados señalan que en todos los casos debe aplicarse en forma inmediata el modelo del art. 12 debido a la jerarquía de la Convención en su derecho interno: “Debe aplicarse inmediatamente por el rango que ocupa la Convención en nuestro ordenamiento. La Convención para Costa Rica es vinculante y tiene un rango supra constitucional”.⁽¹⁸⁰⁾

iii) Para otros Estados, la aplicación inmediata del modelo del artículo 12 debe ir acompañado de capacitación adecuada junto con una amplia difusión y promoción de los derechos: “Debe trabajarse inmediatamente en la modificación de las disposiciones normativas que transgreden el reconocimiento de la capacidad de la persona con discapacidad, en los casos que correspondan... Asimismo, debe implementarse un sistema de difusión y promoción de los derechos de las personas con discapacidad a nivel nacional con participación de las Universidades, sociedad civil, programas de voluntariado social, redes educativas y de salud, empresa privada. Instituciones públicas y privadas y especialmente la comunidad y sus organizaciones de representación política y social”.⁽¹⁸¹⁾

iv) También se consideró innecesaria una transición al modelo social, sino entender que significa el mismo: “No es necesario una solución de transición, es necesario concientizar y generar capacidad en entender en qué consiste la discapacidad y las normas

(177) México.

(178) Chile. Bahamas comparte un criterio similar: “La formulación de una solución transitoria sería lo ideal, mientras que la legislación vigente sea revisada”.

(179) Argentina propone trabajar en forma inmediata en el paradigma del art. 12, aplicando la CDPCD y la Observación General, pero reconoce que debido a la prolongada vigencia del modelo de representación, algunas cuestiones requieren un abordaje gradual: “Sin perjuicio de ello, creemos que es conveniente un periodo de transición y gradualidad (en el marco del art. 4 de la CDPCD), que sea acompañado por las propuestas de la respuesta 36. Lo primero debe ser ir eliminando las curatelas e insanias como modalidad de “protección” de las PCD, por herramientas jurídicas basadas en apoyos y salvaguardias, que en la mayoría de los casos puede hacerse en forma inmediata reconociendo como regla la capacidad de ejercicio amplia. Es decir, trabajar con la desarticulación de presunciones que llevan a los operadores del derecho y a los funcionarios estatales a considerar a las PCD, a priori, como personas que deben ser representadas por terceros basándose en que son considerados incapaces de ejercicio absoluto”.

(180) Costa Rica.

(181) Perú.

que nuestro país aprobó, de esa forma se podrá cambiar el paradigma y aplicar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”.⁽¹⁸²⁾

- v) *El Salvador es el único país que contesta el cuestionario que tiene vigente una reserva al artículo 12 de la CDPCD y en este sentido argumenta que: “No es necesario adoptar medidas de transición, nuestro país está sujeto a la reserva con la que fue aceptada la referida convención y su protocolo, salvo que se siga el procedimiento del párrafo primero del número 34”.*

Resumimos en estas dos opciones la postura de los estados que las explicitaron dejando a salvo la opinión de aquellos que no emitieron una posición concreta o bien su posición no es consolidada.

III. Conclusiones de la relatoría

Como conclusión principal queremos hacer referencia a uno de los ejes del cuestionario que es el alcance del modelo de representación de las personas con discapacidad a través de representantes como curadores o tutores, y la real vigencia del modelo social de derechos humanos del artículo 12 de la CDPCD, que sostiene que las personas con discapacidad siempre son capaces de ejercer sus derechos por sí mismos, con apoyos y salvaguardas si fuera necesario. En la región subsiste aun con fuerza el modelo de representación, a través de las curatelas o insancias, considerado una forma de “protección” de las personas con discapacidad. Sin embargo, la intención manifestada respecto a la necesidad de la aplicación concreta del modelo del artículo 12 es positiva, aunque aún subsiste la convicción que o bien ambos modelos pueden coexistir limitando la representación a casos muy particulares o bien que debe existir un periodo de transición hacia el modelo del artículo 12.

El resto de las conclusiones generales son expresadas en los siguientes párrafos:

- 1) *El Cuestionario fue notificado por la secretaria general del Comité CEDDIS, a través de sus representaciones, a los 34 estados que forman la Organización de Estados Americanos (OEA), aunque solo 20 de ellos han suscripto y 18 de ellos ratificado la CIADDIS. A los efectos de la presente relatoría se ha tomado como fecha de corte de la información el 31 de enero de 2013.*
- 2) *Un total de 14 Estados presentaron su respuesta al cuestionario: México, Panamá, Costa Rica, Ecuador, Perú, Paraguay, Uruguay, Argentina, El Salvador, Bolivia, Chile, Brasil, Guyana y Bahamas.*
- 3) *De los Estados que contestaron el cuestionario, todos han suscripto y ratificado ambas convenciones, salvo Guyana que no firmo CIADDIS y tiene pendiente la ratificación de la Convención de la ONU y Bahamas que no ha suscripto ninguna de ambas convenciones. Brasil es el único estado que ha otorgado a la CDPCD el carácter de enmienda constitucional y El Salvador tiene vigente una reserva al artículo 12 de la CDPCD.*
- 4) *Las Reglas de Brasilia, hasta la fecha de corte del cuestionario, solo son obligatorias en la mitad de los estados que contestaron el mismo.*

(182) Uruguay: “Pero en la actualidad, la más recibida doctrina especializada ha concluido que no existe argumento más fuerte para demostrar que un derecho es inherente a la personalidad humana que el hecho de estar reconocido —con algunas variantes— en uno, dos o más tratados internacionales ratificados por la República. Por esto dicha regulación internacional permite disipar las dudas y atemperar los problemas que surgían al aplicar el artículo 72 de la Constitución Nacional”.

- 5) La mayoría de los Estados tienen normas que amparan a las personas con discapacidad en su acceso a la Justicia o a la población en general, incluso anteriores a la vigencia de la CIADDIS o de la CDPCD.
- 6) En su mayoría los Estados utilizan distintas formas de determinar la discapacidad mostrando heterogeneidad entre las mismas, aunque un eje en común es que aún predominan las clasificaciones médicas de la discapacidad siendo la Clasificación Internacional de Funcionalidad (CIF) utilizada solo por la mitad de los Estados: Cinco Estados informan determinar la discapacidad con la clasificación CIF, dos de ellos con la CIDDIM, otros dos utilizan la CIE10 y los restantes determinan la discapacidad por otros medios. Como aspecto positivo surge que la mayoría de los Estados que no aplican al momento del informe la CIF manifiestan encontrarse en pleno proceso de capacitación y aplicación de esta clasificación.
- 7) Ninguno de los Estados ha informado tener en su normativa interna una definición que distinga claramente los conceptos de discapacidad mental y el de discapacidad intelectual y ninguno tiene determinado el concepto de discapacidad psicosocial. No obstante se informan distintas definiciones de discapacidad, sustentadas la mayoría de ellas en un modelo acorde con las modalidades de determinación de la discapacidad mencionada previamente y, en general, comparándola con parámetros de "normalidad". Algunos Estados tienen leyes de salud mental específicas o incorporan el concepto de salud mental en otras normas generales. En resumen: a) El concepto "discapacidad" está definido en todos los Estados, b) la definición guarda relación con la modalidad de determinación de la discapacidad, en el marco del modelo médico y en relación a la "normalidad" como parámetro y en la mayoría de los casos no existe una distinción entre discapacidad mental (o psicosocial) y discapacidad intelectual y c) el concepto de salud mental se encuentra en crecimiento y desarrollo en la región.
- 8) Los Estados informan sobre la detección de una variada clase de estereotipos, imágenes circulantes o percepciones negativas que afectan a las personas con discapacidad en distintos ámbitos, incluido el judicial. Los principales estereotipos identificados por los informantes son: a) La presencia arraigada del modelo médico rehabilitador, b) Inadecuado reconocimiento de la capacidad de ejercicio de los derechos, c) Falta de conciencia de valor y respeto a la diversidad humana; d) la invisibilidad de las personas con discapacidad y e) Los procedimientos judiciales estandarizados e inexistencia de estudios oficiales sobre estas prácticas negativas.
- 9) La región promueve activamente la capacitación de los operadores judiciales a través de actividades realizadas hacia el interior del Poder Judicial o conjuntamente con programas u organismos del Poder ejecutivo (principalmente las CONADIS o similares). La misma presenta la forma de programas en colaboración con CONADIS, incorporación transversal de la temática en las escuelas judiciales, talleres específicos, Capacitaciones dentro del Poder judicial, cursos centrados en accesibilidad y en otros casos se aborda dentro de otros cursos en forma genérica. La mayoría de los Estados prevén nuevas opciones de capacitación a futuro.
- 10) Los estados informaron cómo contenido prioritario de las capacitaciones el conocimiento de ambas convenciones de discapacidad. Específicamente refieren también: a) Sensibilización y reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad y del modelo social de la discapacidad; b) Lucha contra los estereotipos negativos que las PCD tienen en el ámbito público y privado para permitir la valoración e inclusión de la diversidad y la identificación de acciones discriminatorias,

c) Accesibilidad de las personas con discapacidad y d) Capacitaciones basadas en técnicas de talleres de trabajo.

- 11) *La oferta educativa de educación Superior en la región, aunque no se informa el grado de inclusión en términos del artículo 24 de la CDPD, se encuentra en crecimiento y desarrollo y se expresa mediante oferta educativa local, a través de redes regionales de universidad o mediante la colaboración internacional.*
- 12) *La accesibilidad arquitectónica de los edificios judiciales constituye una deuda pendiente en la región ya que la mayor parte de los Estados informa que existen barreras de accesibilidad para las personas con discapacidad. En algunos casos la no accesibilidad es total, en otros se establece una diferencia entre edificios judiciales anteriores a la Convención ONU y los nuevos espacios que se construyen, que si son accesibles. La accesibilidad en las instalaciones del Poder Judicial se ha venido promoviendo de forma paulatina, y en la actualidad los Estados que se encuentran en estos procesos informan que las nuevas edificaciones incluyen los estándares universales de accesibilidad. Varios estados informan que se encuentran en proceso para que todo tipo de instalaciones públicas sean accesibles para las personas con discapacidad aunque, en general, el Estado no cuenta con inventarios o informes detallados sobre accesibilidad de estas instalaciones.*
- 13) *En su mayor parte las páginas web del Estado, en general, aun no son accesibles, pero resulta positivo que la mayoría tiene normativas que regulan la obligatoriedad de la misma. Se informan que algunas páginas oficiales del gobierno y las relacionadas con discapacidad tienen accesibilidad aunque las demás se encuentran en proceso para ello. Al menos un 20% de los Estados no tiene aún accesibilidad web, pero manifiestan estar trabajando en ello.*
- 14) *Algunos Estados disponen de peritos de lengua de señas o herramientas de lectura accesible en forma permanente (en estos casos en general se encuentran regulados a través de leyes o normas) y otros proveen estas herramientas de accesibilidad cuando son requeridas en cada caso particular, contando con el financiamiento del Estado. Otros Estados aún se encuentran en proceso de encuadre legal o de organización de estas herramientas incluso determinando algún área de Estado para la defensa de las PCD. Ningún Estado, por ahora, informa disponer de ambas herramientas en todo el Poder judicial, pero se reconoce la necesidad de desarrollo de las mismas.*
- 15) *Respecto a los procedimientos judiciales, en principio, en todos los Estados, la regla es que cuando una persona con discapacidad interviene en un procedimiento judicial es representada por un tercero, en algunos casos llamado curador, en otros tutor, en otros puede ser una persona cercana o un organismo del Poder judicial. En todos los Estados relevados existe alguna forma de asesoramiento o patrocinio legal de las personas con discapacidad en el ámbito del Estado de carácter gratuito, pero que funcionan con diferentes modalidades.*
- 16) *Respecto a la accesibilidad de los procedimientos judiciales en los que intervienen, como justiciables, testigos o jurados, personas con discapacidad ninguno de los estados informa tener adecuaciones específicas a los procedimientos procesales en estos casos. Los códigos procesales son aplicables a toda la población en general, aunque se establecen en cada caso algunas herramientas específicas cuando intervienen PCD. En resumen, se encuentra pendiente la adecuación integral de las normas de procedimientos judiciales en este sentido, aunque todos los Estados disponen de herramientas de apoyo a las PCD en estos procesos.*

- 17) En los procedimientos judiciales si el juez o el personal administrativo observase en una de las partes del proceso o testigo porta algún tipo de discapacidad física o intelectual, los estados toman medidas variadas. En primer lugar, las medidas a tomar por el Poder judicial tienen una relación directa con la mayor o menor visibilidad de la situación de discapacidad. La más común de las medidas es la determinación respecto a si la persona requiere o no una representación, suspendiéndose el proceso hasta la decisión.
- 18) En ninguno de los Estados la legislación nacional contempla mecanismos de sistemas o de apoyo a favor de las personas con discapacidad en términos del art. 12 de la CDPCD. En algunos casos el “apoyo” solicitado es el de un perito o un médico. En otros casos también se aplican las Reglas de Brasilia.
- 19) Respecto a las personas con discapacidad en situación de encierro, la falta de medidas especiales tendientes a facilitar la autonomía de las PCD en este escenario constituye la realidad de todos los Estados, centralizadas en las personas con discapacidad mental o psicosocial y personas con discapacidad sensorial (ciegos o sordos) y particularmente la falta de accesibilidad arquitectónica para personas con discapacidad motriz. Las dificultades que se mencionan son variadas: a) Los centros de detención no son aptos para la permanencia de personas con discapacidad, b) Los Centros Penitenciarios no cuentan con medidas o estructuras acondicionadas para las personas con discapacidad física, c) El federalismo regula facultades exclusivas de los estados provinciales que dificulta la homogeneidad de las propuestas, d) Desconocimiento de las condiciones en que se encuentran recluidas las PCD, e) Ambientes en condiciones de hacinamiento, de infraestructura pequeña y en la mayoría de ellos se sobrepasa la cantidad de internos a su capacidad de recinto, y f) Desventajas de las personas sordas que no pueden comunicarse con los demás internos y personal que los custodia porque en estos recintos en su generalidad se desconoce la lengua de señas para comunicarse con personas sordas.
- 20) Respecto a las capacitaciones del artículo 13 inciso 2 de la CDPCD, la mayoría de los estados ofrecen capacitaciones, originadas en un mandato normativo o bien incorporado a los currículos de las Escuelas judiciales, específicamente respecto a apoyos o en otros casos incorporando trabajo con los estereotipos que generan conductas discriminatorias contra las PCD.
- 21) En cuanto a la capacidad de obrar de las PCD, la mayoría de los Estados se pronuncian por el acuerdo positivo al cambio que implica la vigencia del artículo 12, expresando la necesidad de aplicar gradualmente el mismo a fin de superar los estereotipos negativos que subsisten respecto a la capacidad de ejercicio de derechos de las PCD. Existe consenso en los Estados sobre la aplicación concreta del artículo 12, aunque se concluye también que es necesario modificaciones al derecho interno para su mejor aplicación. La modificación mayormente propuesta por los estados es la del Código Civil. Sin embargo, los Estados expresan la necesidad de aplicar gradualmente algunas medidas que faciliten la aplicación efectiva del modelo del art. 12, expresadas en forma de prioridades indicadas en el punto 4.b.1., 4.b.2. y 4.b.3. de la relatoría.
- 22) Alcance de la compatibilidad entre la interdicción o curatela y el artículo 12 de la CDPCD una mayoría de los Estados expresan la incompatibilidad de ambos modelos con distintos argumentos, pero las posturas aparecen compartidas por quienes consideran que debe sostener también el modelo de representación. Otros estados encuentran cierta compatibilidad práctica en los dos modelos, pero condicionada a la

necesidad de concretar cambios. Otra postura apunta a que la interdicción o curatela solo es válida cuando es dictada por un tribunal en protección de las PCD o bien porque en la práctica ha demostrado resultados positivos y otros estados entienden que la propia convención ONU permite esta interpretación. Algunos Estados proponen no eliminar la figura de la interdicción o curatela, sino mantenerla para casos muy puntuales. Para concluir, observamos que entre la aceptación del modelo del artículo 12 y la percepción de su aplicación concreta subsiste aun un importante margen de espacio para la gradualidad y la superación de la inercia de las décadas de vigencia y consolidación del modelo fundado en la representación a través de la interdicción o curatela, que es aceptado en varios casos como un “modelo exitoso de protección” de las PCD.

23) Para el caso de que fueran necesarias reformas de fondo y de procedimiento, se les pregunta a los Estados como consideran que debe realizarse el camino de la eliminación de la figura de la curatela o insania hacia el modelo de capacidad amplia del artículo 12 de la CDPCD determinando quiénes (actores políticos y técnicos claves) deben participar en el diseño de propuestas a cualquiera de dichos efectos. Tres grupos de propuestas son indicadas: a) Reformas de fondo y de procedimiento, b) Mantenimiento de la interdicción o curatela (propuestas contrarias al artículo 12 de la CDPCD) divididas en dos grupos: a.1) Mantener la interdicción o curatela, pero regulando un procedimiento que apunte a determinar las circunstancias de cada caso particular; a.2) Mantener la interdicción o curatela, pero reforzando lineamientos. Como conclusión, la aplicación plena del artículo 12 de la CDPCD no aparece aun en la región como una alternativa plenamente consolidada frente al modelo de representación, respecto del cual por ahora existe cierto consenso de mantenerlo limitado a casos puntuales.

24) Varios estados consideran que es necesaria adoptar medidas de transición entre el modelo de representación hacia el modelo de capacidad amplia con apoyos del artículo 12 de la CDPCD. Estas medidas propuestas se reúnen los siguientes grupos: a) Propuesta de transición previa a la aplicación del modelo del art. 12 con revisión de la actual legislación. Se propone la necesidad de un proceso gradual de modificación del derecho interno como previo a la aplicación plena del modelo del art. 12. Otro Estado estima necesario iniciar estudios legislativos previos, b) Algunos estados proponen la aplicación inmediata del artículo 12, fundado en la jerarquía normativa de la CDPCD que debe ir acompañada de capacitación adecuada junto con una amplia difusión y promoción de los derechos. También se consideró innecesaria una transición al modelo social, sino entender que significa el mismo. Sin embargo, particularmente en esta pregunta del cuestionario, varios estados no emitieron opinión alguna.

25) Respecto a procedimientos de “adecuación de la capacidad jurídica de obrar”, (o de “provisión de apoyos para la toma de decisiones”), en el marco del artículo 12 y 13 de la CDPCD, en algunos casos, las modificaciones legislativas influyeron centralmente en las decisiones judiciales. La previsión normativa surge en otros Estados en la misma constitución nacional y también a través de documentos base sobre los que se trabajaron las capacitaciones. En otros casos no se prevé legislativamente las adecuaciones, aunque ello no significa que las mismas no se realicen en función del rango supralegal de la Convención. Sin embargo, ninguno de estados tiene regulados los apoyos a PCD en los términos del artículo 12 de la CDPCD.

26) Respecto a ejemplos de buenas prácticas que permitan sustituir el modelo de representación o bien aplicarlo, pero limitándolo a casos particulares, los estados proponen las siguientes como ejemplos de las mismas: a) Campañas masivas que trabajen para

modificar los estereotipos negativos que afectan a las PCD y a sus derechos, b) Transversalización de la discapacidad en todos los programas y políticas de Estado, c) Promover la eliminación de estereotipos y eliminación de prácticas nocivas que afectan a los funcionarios públicos, d) Difundir y sensibilizar a todos los jueces sobre la necesidad de fortalecer en sus criterios la presunción de capacidad jurídica de obrar que opera en favor de todas las personas con discapacidad, así como todas las implicaciones que ese fortalecimiento implica en la interpretación de la ley, e) Escuchar a las personas (o colectivos) con discapacidad, f) Trabajar con las personas con discapacidad y sus grupos familiares a fin de acompañar los cambios de paradigmas hacia el concepto de autonomía y vida independiente afectado en todo la región por las prácticas enunciadas anteriormente, g) Desalentar y limitar las medidas de seguridad, principalmente internaciones prolongadas, que afectan a las personas con discapacidad y a quienes padecen problemas de salud mental, h) Limitar las interdicciones a casos extremos en el marco de instituciones estatales (unidades jurídicas) que participan activamente en la defensa de las PCD. Se propone también: "Identificar los tipos de actos en los que debe darse mayor atención en el sistema de apoyos y salvaguardias, para que las instituciones involucradas con esos actos reciban capacitación prioritaria y diseñen protocolos de atención adecuados", i) Inclusión en los planes de estudio los derechos de las personas con discapacidad y sobre la diversidad, concientizando a través del modelo educativo, j) Capacitaciones no solo dirigidas a funcionarios públicos, sino también al sector privado y k) Impulsar la intermediación y la escucha entre el poder judicial y las personas con discapacidad en los procesos judiciales.

