

Discapacidad, Justicia y Estado

Acceso a la Justicia
de Personas con Discapacidad



ADAJUS

Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad
en sus Relaciones con la Administración de Justicia



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



Discapacidad, Justicia y Estado

Acceso a la Justicia
de Personas con Discapacidad

Carignano , Florencia

Discapacidad, justicia y Estado : acceso a la justicia de personas con discapacidad / Florencia Carignano y Agustina Palacios ; dirigido por Pablo Oscar Rosales. - 1a ed. - Buenos Aires : Infojus, 2012.

174 p. ; 16x23 cm.

ISBN 978-987-28449-5-0

1. Derecho. 2. Discapacidad . I. Palacios, Agustina II. Rosales, Pablo Oscar, dir. III. Título
CDD 346.013

Fecha de catalogación: 08/11/2012

ISBN: 978-987-28449-5-0

Discapacidad, Justicia y Estado

1ra. edición - Noviembre 2012

1ra. reimpresión - Noviembre 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@saij.gob.ar

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: www.saij.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.

DIRECTOR

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

Presentamos en esta ocasión un libro que se interna en una temática que, entendemos, resultará de gran interés para la sociedad en su conjunto y para los lectores especializados, quienes ya conocen el marco jurídico-ideológico de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU —ley 26.378— (CDPCD). Nos enorgullece iniciar la tarea de difusión a través de una publicación gratuita que contribuya al “acceso a la justicia” de las personas con discapacidad, conforme lo establece el art. 13 de la citada Convención.

En primer lugar, debemos comprender que un tratado internacional es un documento complejo, cuyas partes o artículos no deben ser evocados en forma individual sino como parte de un sistema integral. La Convención es el producto jurídico de discusiones y debates entre Estados y organizaciones de la sociedad civil conformadas por personas con discapacidad, en el marco ideológico de lo que se denomina el “modelo social de la discapacidad”. Este modelo reconoce a las personas con discapacidad como personas jurídicas pero, a diferencia de los Códigos Civiles derivados del Código napoleónico, garantiza la capacidad amplia y plena de ejercicio de los derechos en todos los casos, con apoyos y salvaguardias cuando sea necesario. Se trata de un modelo indudablemente distinto del de representación o subrogación, ejemplificado principalmente por la institución de la curatela o interdicción, ejercido por el curador.

En este libro abordamos, como ya ha sido expresado un tema central: el “acceso a la justicia” de personas con discapacidad garantizada por el art. 13 de la CDPCD. A fin de dar un marco teórico-jurídico general, Pablo O. Rosales desarrolla una extensa nota sobre el documento central: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, que se erige como un tratado de derechos humanos.

Por su parte, la Licenciada Carignano se centra en el concepto general de “acceso a la justicia”, materializado por el Estado nacional a través de los Centros de Acceso a la Justicia (CAJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, al tiempo que los demás autores analizan distintas cuestiones relacionadas con el mismo concepto.

La situación de las personas con discapacidad intelectual es abordada desde la mirada del estigma social, por Claudio Espósito. Asimismo, mientras el trabajo de Agustina Palacios propone un análisis acerca del “acceso a la justicia” desde la mirada de los estudios de género y, más específicamente, de la situación de las mujeres con discapacidad, María

Silvia Villaverde lo abarca desde la situación de los niños, niñas y adolescentes. Francisco Bariffi, por su parte, analiza en su nota un tema de actualidad y particular importancia: el Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, circunscrito al régimen de capacidad que éste incluye. Yael Hergenreder desarrolla, en su artículo, la temática poco usual del profesional con discapacidad y su trabajo cotidiano en el ámbito de la justicia y Mabel Remón nos presenta una nota sobre la disyuntiva entre intérpretes y peritos judiciales de personas con discapacidad auditiva y su rol en el proceso judicial.

Finalmente, dos trabajos de campo del programa ADAJUS nos acercan al “acceso a la justicia” desde otra perspectiva. En primer lugar, Emiliano J. Jorge propone un sondeo sobre el régimen legal para el ejercicio de la capacidad jurídica y del acceso a la justicia de las personas con discapacidad desarrollando un relevamiento del cuestionario realizado en el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires y sus respuestas, cuyos resultados nos habrán de proporcionar mucha información valiosa sobre cómo el Poder Judicial de la provincia más grande del país interpreta la Convención. En segundo lugar, otro trabajo novedoso es presentado por el equipo de ADAJUS con el adelanto de una encuesta denominada “Los derechos de las Personas con Discapacidad en situación de encierro, una política de inclusión social intramuros”, realizada en tres cárceles federales: Ezeiza, Villa Devoto y Salta.

Para concluir, esperamos que esta novedosa propuesta de la editorial INFOJUS, impulsada por el propio Estado Nacional —Secretaría de Justicia de la Nación— y la calidad de las colaboraciones de esta publicación contribuyan tanto a la difusión de las múltiples aristas que presenta un tema tan complejo como el “acceso a la justicia” de las personas con discapacidad, como al conocimiento del primer tratado de Derechos Humanos del siglo XXI que, no por casualidad, la ONU dedicó a la discapacidad.

La Dirección

ÍNDICE

página

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Una introducción al marco teórico y jurídico de la discapacidad y los Derechos Humanos. Pablo Oscar Rosales	1
1. Presentación	1
2. Los modelos de abordaje de la discapacidad.....	3
3. Análisis de la Convención ONU y sus derechos.....	6
4. Principales derechos y definiciones de la CDPCD.....	7
5. Conclusiones finales.....	24
¿Qué es el acceso a la justicia? Florencia Carignano.....	25
Género, discapacidad y acceso a la justicia. Agustina Palacios	29
1. Introducción	29
2. Dificultades y barreras para el ejercicio de los derechos y el acceso a la justicia	30
3. Accesibilidad, ajustes razonables y medidas de apoyo para la toma de decisiones y el acceso a la justicia.....	35
4. El derecho al acceso a la justicia en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	39
5. Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad	42
6. Un camino fértil.....	44
Participación en el proceso de niñas, niños y adolescentes con discapacidad. Garantías adicionales del debido proceso. María Silvia Villaverde.....	49
1. Perfil actual del debido proceso	49
3. Derecho de niñas, niños y adolescentes con discapacidad a ser oídos y a ser tenidos debidamente en cuenta	53
4. Centralidad de los derechos de niñas y niños en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad	55

5. Ajustes adecuados al procedimiento y adecuados a la edad	56
6. Capacitación adecuada como garantía de efectividad y de no repetición	57
7. Derechos habilitadores o inclusivos.....	59
8. Avanzando.....	64
Acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual. De la estigmatización al ejercicio de los derechos. Claudio F. A. Espósito	67
1. El acceso a la justicia como derecho humano	67
2. El acceso a la justicia en el Sistema Universal y Regional de Protección de Derechos Humanos.....	68
3. Restricciones, limitaciones e impedimentos al acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual	70
4. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	73
El Régimen de Incapacidad del Código Civil argentino a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Francisco J. Bariffi	75
1. Introducción	75
2. Evolución del marco regulatorio del régimen de incapacidad en el CC: la estrategia de modificar pero sin alterar	75
3. Sobre el carácter restrictivo del sistema de atribución de incapacidad del CC	78
4. Sobre el carácter discriminatorio del sistema de atribución de incapacidad del CC	82
5. Pronunciamientos oficiales de órganos internacionales de derechos humanos en relación con el art. 12 de la CDPD	87
6. Conclusiones.....	93
La discapacidad y el ejercicio profesional del Abogado/a. Yael Hergenreder	95
1. Vida independiente: La base del desarrollo de vida de las personas con discapacidad.....	95
2. La carrera como una cuestión de elección.....	98
3. Barreras del sistema judicial.....	99
¿Intérpretes o peritos? Mabel Remón.....	103
1. Labor interpretativa en los procesos judiciales	103
2. Modalidad basada en la escritura.....	105
3. Psicología forense	105
4. Intereses.....	108
5. Comentario al fallo de la Cámara en lo Criminal de la Provincia de Córdoba.....	109
6. Ejemplo de informe pericial	120
7. Competencia comunicativa	121

8. Déficit lingüístico.....	122
9. Estructura profunda y superficial según Chomsky.....	123
10. Prevaricación	124
11. Lengua.....	124
12. Semiosis.....	125

Sondeo sobre el régimen legal para el ejercicio de la capacidad jurídica y el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Avances del cuestionario en el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires. Coordinador Emiliano José Jorge..... 129

1. Introducción.....	129
2. Objetivos del Cuestionario de Acceso a la Justicia en el Poder Judicial.....	130
3. Etapas del sondeo	131
4. Lineamientos generales del cuestionario	131
5. Metas del cuestionario.....	132
6. Avances del informe final sobre las respuestas de los ámbitos judiciales de la Provincia de Buenos Aires	132
7. Encuesta de capacidad y acceso a la justicia a personas con discapacidad (art. 12 y 13 de la ley 26.378)	138
8. Observación General del CEDDIS sobre la necesidad de interpretar el art. I.2, inc. b) in fine de la CIADDIS en el marco del art. 12 CDPCD	142
9. Opinión del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, sobre la necesidad de interpretar el art. I.2, inc. 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 art. 12 CDPCD	145

Los derechos de las personas con discapacidad en situación de encierro, una política de inclusión social intramuros. Equipo de ADAJUS

1. Un cambio de paradigma	152
2. Relevamiento de población con discapacidad dentro del Servicio Penitenciario Federal.....	154
3. Estructura del cuestionario.....	158
4. Comentarios finales.....	161

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

UNA INTRODUCCIÓN AL MARCO TEÓRICO Y JURÍDICO DE LA DISCAPACIDAD Y LOS DERECHOS HUMANOS

PABLO OSCAR ROSALES⁽¹⁾

"En un mundo perfecto, los derechos enumerados en la Declaración Universal de Derechos Humanos serían suficientes para proteger a todos. Pero en la práctica, a ciertos grupos, como las mujeres, los niños y los refugiados, les ha ido mucho peor que a otros y las convenciones internacionales tienen por objeto proteger y promover los derechos humanos de tales grupos. Del mismo modo, los 650 millones de personas discapacitadas —alrededor del 10% de la población mundial— carecen de las oportunidades que tiene la población en general." ONU⁽²⁾

1. Presentación

En el año 2008 se suscribe, ratifica y aprueba en tiempo récord la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPDC) como el primer tratado de Derechos Humanos de la ONU en el Siglo XXI y el primero que Argentina ratifica en ese período. Este documento se convertirá en la ley 26.278, que junto con la ley 25.280 ponen a nuestro país en la vanguardia de los compromisos jurídicos y políticos con las personas con discapacidad y sus organizaciones.

El objetivo de esta nota es, en primer lugar, presentar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, y en segundo lugar generar un marco teórico-jurídico que nos permita comprender el nuevo paradigma del modelo social de la discapacidad materializada en este sustancial tratado internacional. Este modelo, que nos acompañará a lo largo de todas las publicaciones de esta revista, es presentado en forma amigable, pero detallada y precisa, a fin de complementar el tema central de cada publicación.

(1) Abogado (UBA). Magíster en “Sistemas de Salud y Seguridad Social” (Universidad ISALUD). Exper-
to independiente designado por Argentina ante el Comité contra Todas las Formas de Discriminación
contra las Personas con Discapacidad de la OEA y vicepresidente segundo del Comité CEDDIS de la
Convención Interamericana de Discapacidad (CIADDIS). Director del “Programa de Actualización y
Profundización en Discapacidad, Salud Mental y Envejecimiento” de la Facultad de Derecho (UBA)

(2) Ver texto en: [en línea] www.un.org

Argentina tiene vigentes dos convenciones sobre discapacidad: La “Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad” (CIADDIS) de la OEA, suscripta en 1999 y que se encuentra incorporada al derecho interno por la ley 25.280. Su objetivo es la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad propiciando su plena integración en la sociedad. Y recientemente se incorpora la “Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPCD)” de la ONU, que es la que comentaremos en esta nota.

La primera es una Convención regional, la segunda es una Convención Internacional. La CIADDIS tiene como objetivo central la lucha contra la discriminación a personas con discapacidad; la CDPCD es amplia e integral y desarrolla un nuevo paradigma de abordaje de la discapacidad: el llamado modelo social de la discapacidad. Su propósito es promover, proteger y asegurar el goce pleno, en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente, sumando a ello una multiplicidad de derechos ya receptados en otras convenciones, aunque con énfasis en la situación de las personas con discapacidad.

En el mes de diciembre de 2006 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el proyecto de Informe Final del Comité Especial encargado de preparar una Convención Internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, que se convertiría en la primera Convención Internacional integral sobre esta temática.

La Asamblea General de la ONU estableció en el año 2001 un Comité Especial para negociar el proyecto/borrador de la Convención. La primera reunión se llevó a cabo en agosto de 2002 y la redacción del texto comenzó en mayo de 2004. En agosto de 2006, el Caucus llegó a un acuerdo en torno al texto. Los delegados del Comité Especial representaban a las organizaciones no gubernamentales, a los gobiernos, a las comisiones nacionales de derechos humanos y a las organizaciones internacionales. Fue la primera vez que las organizaciones no gubernamentales participaron activamente en la formulación de un tratado de protección a los derechos humanos,⁽³⁾ incluso ejerciendo una gran influencia en los propios Estados y sus representantes.

El texto aprobado de la Convención estuvo abierto a la firma y sujeto a la ratificación de los Estados miembros desde el 30 de marzo de 2007 en estricto cumplimiento de la resolución A/RES/61/106 aprobada históricamente por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. La Convención entró en vigor una vez que fue ratificada por veinte países. El 31 de marzo de 2007, en una ceremonia especial, 82 países se convirtieron en signatarios de la Convención y 45 firmaron también el protocolo opcional. Jamaica fue el primer país en firmar y ratificar al mismo tiempo la Convención y su protocolo.

Se necesitaron 20 países que la ratifiquen para que entrara en vigor y se proceda a constituir e instalar el Comité Supervisor, es decir, deberá elegirse a los integrantes de dicho Comité, tal como lo exhorta la resolución A/RES/62/170. El 3 de abril de 2008, Ecuador se convirtió en el vigésimo país que ratifica la histórica Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Las sucesivas ratificaciones de los Estados hicieron posible que la Convención entrara en vigencia el 3 de mayo de 2008. A su vez, el Protocolo facultativo requería 10 ratificaciones para su entrada en vigor, número que se alcanzó el 8 de febrero de 2008. La

(3) Ver texto en [en línea] www.un.org

ratificación del Protocolo Facultativo ha suscitado mayores resistencias, pues posibilita que el Estado parte pueda ser denunciado ante el órgano de vigilancia por las violaciones a los derechos de las personas con discapacidad y puede ser juzgado por este incumplimiento. Argentina fue uno de los países que suscribió y ratificó tanto el texto de la Convención como el del Protocolo Facultativo.

Sin perjuicio de estos tratados que obligan a los Estados partes, no fueron estas convenciones los primeros documentos sobre discapacidad en el derecho internacional, pero si el primero con el que los Estados firmantes se obligarán con las características de un tratado.⁽⁴⁾

Uno de los primeros documentos internacionales sobre discapacidad fueron las “Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad” (1993), adoptadas por las Naciones Unidas, que han servido de documento modelo para muchos países. Empero, las Normas Uniformes no son un instrumento jurídicamente vinculante y los defensores de las Personas con discapacidad ya advirtieron que sin una Convención no se podrían equiparar los derechos de estas en la disparidad de los Estados nacionales existentes. Por otra parte, el modelo asistencial de estos documentos hoy necesita ser reinterpretado en el nuevo escenario del modelo social de la Convención que describe a la discapacidad como la suma de una deficiencia más una barrera social. Sobre este punto avanzaremos más adelante.

La nueva Convención ONU tiene dos importantes características respecto a la CIADDIS/OEA: a) admite a diferencia, de esta, la presentación de personas físicas o jurídicas residentes en cualquier de los Estados parte a denunciar el incumplimiento de la misma (la Convención Interamericana no permite las denuncias individuales, sino de Estados a otros Estados) y b) tiene un Protocolo Facultativo que establece las reglas para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas.

2. Los modelos de abordaje de la discapacidad

A los efectos de caracterizar los distintos modelos de abordaje de la discapacidad, y en el conocimiento que debemos ser sumamente restrictivos por razones de espacio, proponemos dos miradas: una jurídica, que nos proporciona Agustina Palacios,⁽⁵⁾ y otra dada a partir desde la sociología, elaborada por Patricia Brogna,⁽⁶⁾ para lo cual describiremos el modelo de la encrucijada.

(4) En este sentido es útil consultar a jurisprudencia de nuestra CSJN, “Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo”, 20/12/2006 sentencia 730. XL. originario; “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, 03/05/2006, Sentencia 856. XXXVIII; recurso de hecho –Recurso de hecho interpuesto por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), representado por Horacio Verbitsky, patrocinado por el Dr. Rodrigo Diego Borda, Tribunal de origen: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Tribunales que intervinieron con anterioridad: Tribunal de Casación Penal, Sala III de la Provincia de Bs. As.— en este último caso el Alto Tribunal profundiza una jurisprudencia anterior de autos: CSJN, “Cafés La Virginia SA”, 13/10/1994, dictado en un marco jurídico anterior al de la Reforma constitucional de 1994.

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

(6) Patricia Brogna (comp.), “Las representaciones de la discapacidad: La vigencia del pasado en las estructuras sociales presentes”, en *Visiones y revisiones de la discapacidad*, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 157/187.

El primer abordaje describe tres modelos:

2.1. Modelo de prescindencia

Un primer modelo, que se podría denominar de prescindencia, considera 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 presenta a su vez dos submodelos:

- *Eugenésico: las personas con discapacidad es un ser cuya vida no merece ser vivida y entonces el exterminio aparece como solución (infanticidio).*
- *Marginación: exclusión social de la personas con discapacidad como objeto de compasión, o por temor, o por rechazos por considerarlas objeto de maleficios o advertencia de un peligro. El resultado es el aislamiento o encierro.*

2.2. Modelo médico-rehabilitador o modelo médico-asistencial⁽⁷⁾

El segundo modelo es el denominado médico-rehabilitador. 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 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 resumen, las características del modelo médico-rehabilitador son:

- *Las causas de la discapacidad pasan de religiosas a científicas (la discapacidad⁽⁸⁾ se predica en términos de salud o enfermedad).*
- *Las personas con discapacidad ya no serían inútiles, pueden aportar en la comunidad, pero a condición de que sean “reabilitadas” o “normalizadas”.*
- *Se promueve el fortalecimiento de la “educación especial” (dirigida a las capacidades “residuales”) y de la “rehabilitación” en el sentido mencionado, y con ello se fomenta e impulsa la institucionalización y el empleo protegido, en lugar del empleo legítimo (es decir, el empleo con aportes a la seguridad social, obra social, derechos laborales y sueldo/salario y no peculio) como modelo de “protección”.*

(7) La definición de “modelo médico rehabilitador o asistencial” es agregada por quien escribe —no se encuentra en la descripción de Palacios— a fin de graficar el impacto enorme que ha tenido específicamente en el modo de abordaje de la discapacidad en el campo de la salud sobre todo, después de la segunda guerra mundial. La CDPCD si bien incluye el concepto de “deficiencia” no basta por si solo para configurar la situación de discapacidad.

(8) Palacios en este punto se refiere a un concepto español de “diversidad funcional”— usado en España como sinónimo de discapacidad— que no compartimos porque nos parece impreciso, porque no solo no es el que la CDPCD estableció en su art. 1º. Además esta definición funciona, en nuestra opinión, del mismo modo que lo hace la expresión “capacidades diferentes” o “necesidades especiales”, generando confusión sobre la referencia.

- En este modelo se produce una identificación de la discapacidad con el concepto de enfermedad.
- La asistencia social pasa a ser el principal medio de subsistencia de las personas con discapacidad a través de la proliferación de jubilaciones, pensiones, subsidios etc. como solución predominante.⁽⁹⁾
- Excesivo énfasis en el diagnóstico clínico (el problema aparece cuando el médico o el sistema de salud no solo determina el diagnóstico clínico, sino que a través de él, la forma de vida de la Personas con discapacidad).

2.3. Modelo social de la discapacidad

Finalmente, un tercer modelo, denominado modelo social, es aquél 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. El eje ideológico de este modelo está descripto en el art. 12 CDPCD que abordaremos más adelante.

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 ni tiene presente a las personas 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 otra parte, Patricia Brogna elabora un modelo que nos parece muy interesante como explicación previa a la elaboración de políticas públicas. Esta autora explica lo que denomina el “modelo de la encrucijada” en estos términos: “históricamente la discapacidad fue entendida como “algo que le sucedía a alguien”. Generalmente se lo relacionaba a un problema de salud o de desviación de la norma, de lo “normal”. Sin embargo, antes de avanzar es necesario puntualizar que la discapacidad, como construcción social, se halla en la encrucijada de tres elementos que se interdefinen: en primer lugar, la particularidad biológica o de conducta de un sujeto, en segundo lugar, la organización económica y política, y por último, el elemento cultural normativo. En la confluencia de estos tres elementos es donde cada sociedad (en un tiempo y espacio específico) “determina quién será un discapacitado⁽¹⁰⁾ y cómo deberá ser tratado”. Este modelo de la encrucijada

(9) No discrepamos enteramente con estas propuestas en general, sino en particular en que sean las únicas opciones posibles.

(10) En este punto vale aclarar que la autora adhiere al modelo social explicado desde la perspectiva de explotación de la persona por la sociedad. En este marco, y aunque la CDPCD defina el concepto de “personas con discapacidad”, el modelo social inglés prefiere hablar de “discapacitado” dando a entender que es la sociedad la que discapacita a la persona. Sin perjuicio de esta aclaración, hoy la forma en que las dos convenciones y la normativa moderna define y como las propias PCD se han descripto, corresponde la terminología “persona con discapacidad”.

resulta una forma distinta de abordar una mirada distinta de la discapacidad en el nuevo paradigma social de la discapacidad.

Entonces, según el “Modelo de la Encrucijada” hay tres elementos que se interrelacionan para conformar la discapacidad como situación y posición social y que se conjugan para la protección, promoción y garantía de los derechos humanos de las personas con discapacidad:

- a) *La particularidad biológica y de conducta de una persona.*
- b) *La organización económica y política.*
- c) *La cultura y la normatividad de la sociedad en la que viven las personas con discapacidad.*

Sostiene esta autora que la particularidad biológica y de conducta queda vinculada actualmente a la noción de déficit, de disfuncionalidad en relación con una norma, a un único modo concebido socialmente como “normal” de ser o hacer. Esta particularidad “hace referencia a una enorme variedad de deficiencias de funciones o estructuras corporales, etiologías (de causas adquiridas o congénitas), duración (permanentes, progresivas, transitorias), gravedad (leves, moderadas, severas), etc., que se combinan de los más variados modos y hacen imposible definir un “tipo único” de discapacidad.

La organización económica y política queda determinada por la relación entre el tipo de organización económica y política de una sociedad (en un tiempo y espacio determinado), con el modo en que se significarán y tratarán cada tipo de particularidad biológica y de conducta de una persona.

Con respecto a cultura y normatividad, se pueden dar dos supuestos en esta desarmonización: uno es cuando surgen cambios en las normas para que se adecuen a los cambios culturales y otro, cuando se hacen evidentes las contradicciones y ambigüedades entre la una y las otras, sin que se produzca ningún cambio. La discapacidad, desde la perspectiva que propone el “Modelo de la Encrucijada”, es una construcción teórica compleja en la que los tres elementos que menciona dicho modelo se determinan unos a otros y no pueden analizarse por separado sino en su interrelación.

3. Análisis de la Convención ONU y sus derechos

La CDPDCD es ante todo un Tratado de Derechos Humanos y reconoce en su preámbulo que sus objetivos son destacar los derechos de las personas con discapacidad en el derecho internacional vigente para todas las personas⁽¹¹⁾ enmarcándolo en ese colectivo. Si bien muchos sostienen que el preámbulo de los tratados no constituye una norma jurídica obligatoria, la importancia del mismo reside en los reconocimientos que los Estados fir-

(11) El punto d) del preámbulo afirma: “Recordando el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares” y claramente en el punto w) afirma: “Conscientes de que las personas, que tienen obligaciones respecto a otras personas y a la comunidad a la que pertenecen, tienen la responsabilidad de procurar, por todos los medios, que se promuevan y respeten los derechos reconocidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos”. Este texto nos permite destacar que la Convención viene a complementar los tratados anteriores obviamente vigentes también para las personas con discapacidad.

mantes realizan respecto de la situación de este grupo social en los mismos y constituye una declaración de principios que dan lugar a los artículos posteriores de la Convención.

La Convención es extensa, tiene 50 artículos, y encontramos en ella derechos ya reconocidos en otros instrumentos internacionales y derechos reconocidos específicamente respecto de las personas con discapacidad. Nos detendremos en el segundo grupo, ya que los restantes ya fueron receptados por el derecho internacional e incluso por el derecho interno de nuestro país, resultando además acotado el espacio de este trabajo para desarrollarlos todos. Sin perjuicio de ello, recogeremos algunos conceptos y derechos como el trabajo, la educación, entre otros, en esta nota introductoria a las de los autores que amplían algunos de estos temas.

El preámbulo recoge varias cuestiones que son tomadas en cuenta en el texto de la Convención y que son vitales para la comprensión de la misma. La primera es 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” (inc. e). Esto significa que la discapacidad no está definida por el diagnóstico médico de la deficiencia, sino que dependerá de las barreras sociales que impidan el ejercicio de los derechos y ello a su vez dependerá del género, del nivel educativo y de tener accesos a tratamientos médicos a la educación, de tener o no un grupo familiar y social continente, el lugar de residencia, etc. Lo que significa no solo que el diagnóstico médico inicial no define a la discapacidad, sino que esta evoluciona según muchas variables y también que no todas las personas con discapacidad son iguales, sino que aún en la misma situación de deficiencia, sus circunstancias se definen en la individualidad de cada caso y por las variables que transversalizan la vida de cada persona (el inc. i se refiere a la diversidad de las personas con discapacidad). La transversalización de los derechos, y sobre todo en el inc. s la convención exige “Subraya(r) 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”, con particular atención a la situación de las mujeres y niñas y niños con discapacidad.

En el art. 1º, la Convención describe sus objetivos de esta forma: “El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”. Tres verbos que definen la progresividad y la publicidad de estos derechos que no pueden reducirse ni limitarse como así también la obligación de amparar, promover y defender estos derechos por parte del Estado y por sobre todo, asegurar el efectivo cumplimiento de los mismos y no su mera declamación.

4. Principales derechos y definiciones de la CDPDC

Desarrollar los conceptos que surgen de un texto amplio como la Convención nos llevaría un libro. Abordaremos en esta nota marco las principales cuestiones que el documento nos presenta.

4.1. Definición de personas con discapacidad

La Convención en la segunda parte del art. 1º no define el concepto de “persona con discapacidad” sino describe el alcance del mismo: “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”.⁽¹²⁾ La definición que asume la CDPCD mantiene —en parte— el marco conceptual del modelo médico manteniendo el concepto de deficiencia, pero el nuevo eje se centra en las barreras sociales como concepto complementario al anterior, y ambos, no solo el primero describen el concepto “discapacidad”.

La definición establece que esas deficiencias deben ser “a largo plazo”, concepto amplio que parece exigir una cierta cronicidad, y que en el derecho interno argentino no se encuentra limitado a ella.

La CDPCD no define explícitamente el vocablo “discapacidad”; es más, en el Preámbulo se reconoce que la “discapacidad” es un concepto que evoluciona —apartado e)—. Tampoco se define “personas con discapacidad”. Su definición es más bien descriptiva, en el sentido que se desarrolla el art. 1º. Al reconocer que “discapacidad” es un concepto que evoluciona, se acepta el hecho de que la misma no es estática. En consecuencia, la Convención no impone un concepto rígido de “discapacidad”, sino que adopta un enfoque dinámico que permite adaptaciones a lo largo del tiempo y en diversos entornos socioeconómicos.

También es importante destacar que la Convención da relevancia a que es la interacción con las diversas barreras sociales (físicas, culturales, etc.), la que define la situación de discapacidad; que en sentido contrario implica que la inexistencia de estas barreras o la superación de las mismas, conlleva la superación de la limitación o impedimento al menos en un concepto utópico experimental que tardaremos mucho en llegar.

4.2. Discriminación por motivos de Discapacidad

La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIADDIS) ya desde 1999 define, como lo hace la Convención que comentamos, qué se entiende por discriminación por motivos de discapacidad.⁽¹³⁾ La Convención Internacional dice 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 huma-

(12) El art. 1º de la Convención Interamericana define a la discapacidad en los siguientes términos: “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” y la ley 24.901 en su art. 9º define a sus beneficiarios: “Entiéndese por persona con discapacidad, conforme lo establecido por el art. 2º de la ley 22.431, a toda aquella que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables su integración familiar, social, educacional o laboral”. En ambos casos, se define a la discapacidad principalmente desde la deficiencia o diagnóstico médico, para referirse después a la relación de esa persona con su entorno. Estas definiciones se encuadran principalmente en el modelo médico rehabilitador de la discapacidad.

(13) El art. 2º de la Convención Interamericana dice: “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”.

nos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

La Convención define a estos ajustes razonables en el mismo art. 2º: “Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

Lo interesante de esta Convención es que incorpora este último concepto de “denegación de ajustes razonables” como una forma de discriminación que entendemos debe aplicarse a: 1) a la obligación de adecuar la legislación vigente a la situación de este grupo social en cada Estado Parte, incluso la de la propia Convención, siempre en el marco determinado de la progresividad de los Derechos Humanos en el art. 4º; y 2) la obligación del Poder Judicial (en la estructura jurídica de nuestro país)⁽¹⁴⁾ y del Estado Nacional y provincial de interpretar la normativa vigente en función de dichos ajustes razonables de la legislación a la situación de este grupo social protegido (art. 75, inc. 23 CN) y ampliamente vulnerado.

Los ajustes razonables son definidos en la CDPCD como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. La institución de los ajustes razonables lleva en sí misma su propio límite. No todos los ajustes resultan obligatorios, dice la Convención, sino aquellos que sean razonables. Las personas con discapacidad pueden precisar adaptaciones o adecuaciones específicas del entorno para hacer posible el acceso o el ejercicio efectivo de sus derechos, más allá de las obligaciones generales de no discriminación y accesibilidad universal y hasta donde se trate del diseño para todas las personas, todo ello con el fin de situarlos en una situación de igualdad análoga a los restantes miembros de la comunidad. Mas no todas esas eventuales adaptaciones terminan siendo jurídicamente obligatorias, por más justas que puedan parecer, sino únicamente aquéllas que sean razonables.

La CDPCD define “diseño universal” como el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El “diseño universal” no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten.

“Diseño universal”⁽¹⁵⁾ es un paradigma del diseño que dirige sus acciones al desarrollo de productos y entornos de fácil acceso para el mayor número de personas posible, sin la necesidad de adaptarlos o rediseñarlos de una forma especial. El concepto surge del

(14) Roberto Gargarella, respecto a la pregunta sobre cómo han reaccionado los jueces en general frente al disenso, frente a los críticos del poder, cita a John Elly, un importante constitucionalista, símbolo de la visión “pluralista” dentro de la teoría constitucional moderna, que considera que la principal tarea de los jueces debe ser exactamente la opuesta a la que surge del fallo “Schifrin” de la Casación (comentario enmarcado en la obra citada que analiza el rol de los Tribunales frente a los llamados “piqueteros”). Para Elly los jueces deberían, ante todo dedicarse a dos tareas esenciales: a) proteger a las voces de los grupos más desventajados y aislados (lo que llama “discrete and insular minorities”) y b) “mantener abiertos los canales del cambio político, lo que significa mantener siempre abierta la posibilidad de crítica al poder”.

(15) Este concepto es abordado en varios artículos de la convención, entre ellos el 9º, 12 o 20, entre otros.

diseño sin barreras, del diseño accesible y de la tecnología asistida de apoyo. A diferencia de estos conceptos, el diseño universal alcanza todos los aspectos de la accesibilidad, y se dirige a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, ya que la CDPCD no lo limita este colectivo.

En resumen, en el caso de los ajustes razonables se refiere a situaciones preexistentes, que en base a las indicaciones del artículo, deben ser ajustadas o modificadas para permitir el acceso a las personas con discapacidad a sus derechos. Por ejemplo, instalar una rampa en un lugar donde existe una barrera como una escalera. En el segundo caso, se trata de diseñar desde el inicio para todos/as. Por ejemplo, pensar el diseño de un inmueble para que sea accesible para todos antes de construirlo o diseñar un entorno informático accesible para el trabajo al momento de pensarlo y al instalarlo.

4.3. Principios generales de la Convención

El art. 3º de la Convención enumera una serie de principios generales que forman el fundamento de la misma. Siguiendo a Ronald Dworkin,⁽¹⁶⁾ definimos a los “principios” en sentido genérico como todo el conjunto de estándares que no son normas. Dworkin indica que “cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido”.⁽¹⁷⁾ Estos principios incorporados en una norma como el art. 3 receptan tanto criterios como obligaciones de los Estados Parte.

La Convención menciona en el art. 3º los principios en que se funda: 1) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas; 2) la no discriminación; 3) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; 4) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; 5) la igualdad de oportunidades; 6) la accesibilidad; 7) la igualdad entre el hombre y la mujer; y 8) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Más allá de los principios ya incluidos en otras convenciones, rescatamos el principio de autonomía individual y vida independiente, libertad de tomar decisiones e independencia de las personas (opuesto a la consideración habitual de las personas con discapacidad como objetos de atención/cuidado y no como sujetos de derecho, casi tratados como niños/as aún en los casos en que pueden decidir sobre aspectos importantes de su vida); el respeto a la diferencia y diversidad humanas (principio básico y previo al reconocimiento de otro/a en su individualidad y por ende el respeto a sus propias convicciones y decisiones) y la mirada de género de la Convención y la consideración de los niños/as con discapacidad como sujetos de derecho en evolución y su identidad individual, distinta de sus padres o representantes legales (en tanto exige la preservación de su identidad propia). Indudablemente, estos principios deben complementarse con

(16) Dworkin, Ronald, “Los derechos en serio”, Barcelona, Planeta-Agostini. 1993; citado por Rosales, Pablo O., “El cupo laboral para las personas con discapacidad en la mirada de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: ¿Cuál es el rol de los Tribunales ante los derechos sociales de las personas con discapacidad?”, *Revista Lexis Nexis*, Buenos Aires, nº 12, diciembre, 2006, p. 1366. Que a su vez lo cita de esta fuente: Gargarella, Roberto, *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta*, Siglo Veintiuno editores, 2006, p. 46.

(17) *Ibid.*, p. 77.

buenas prácticas, sin las cuales muchas veces se desvirtuan los mismos o directamente se los desconoce.

Los principios que la Convención enuncia deben ser tomados seriamente y no solo como una mera recopilación de buenas intenciones, porque indudablemente sobre la mirada de los derechos de grupos sociales sistemáticamente vulnerados como el de las personas con discapacidad, aparecen explícita e implícitamente preconceptos, estereotipos o estigmas respecto de las personas con discapacidad que se asientan en estructuras sociales⁽¹⁸⁾ y en estructuras inconscientes de las personas que forman nuestra sociedad.⁽¹⁹⁾

El concepto de “lo siniestro” de Freud es explicativo de la mirada social hacia grupos sociales como las personas con discapacidad. Freud hace un estudio de lo siniestro, que define como aquello que “(...) causa espanto precisamente porque no es conocido, familiar, aunque aclara que no todo lo novedoso, lógicamente, resulta siniestro, sino que a lo desacostumbrado, a lo innovador, tiene que sumársele algo para que se convierta en siniestro”. Sigue sus investigaciones en busca de eso que se agrega a lo nuevo y empieza a sospechar que lo siniestro es “todo lo que debía permanecer oculto, secreto, pero que se ha manifestado”.

Lo siniestro vivenciado es lo que, según Freud, se refiere a cosas antiguamente familiares y, luego, reprimidas que regresan. En esta categoría entra lo siniestro que procede de complejos infantiles reprimidos y fantasías intrauterinas y también lo siniestro que procede de la omnipotencia del pensamiento (por ejemplo, la creencia de que lo que uno piensa se va a cumplir: pensar la muerte de alguien, o la propia muerte, o cualquier otro hecho), lo siniestro que procede de las fuerzas ocultas, lo siniestro que procede del retorno de los muertos, etc. En el caso de los complejos infantiles o de las fantasías intrauterinas, se produce la represión de un contenido psíquico que luego retorna. En los otros casos citados, lo que regresa y había sido reprimido (superado) no es un contenido psíquico, sino antiguas creencias que sobreviven en nosotros y se mantienen al acecho, a la espera de que algo les permita reaparecer. Así lo explica Freud: “... lo siniestro en las vivencias se da cuando complejos infantiles reprimidos son reanimados por una impresión exterior, o cuando convicciones primitivas superadas parecen hallar una nueva confirmación”.

Existe en el discurso médico-psiquiátrico y en parte de algunos discursos jurídicos (que comparten la hegemonía y el poder que definir lo normal y lo patológico⁽²⁰⁾) la percepción de las personas con discapacidad como enfermos irrecuperables, y en un nivel mucho más prosaico, como pacientes cuya atención insume costos desmedidos al promedio del sistema. Esto conlleva muchas veces a una mirada de lástima, o a situaciones de abandono de las PCD, y también la percepción de que de “eso no se habla”.

Por ello nosotros consideramos clave, sobre todo en nuestra región, el art. 8º titulado “Toma de conciencia”, en cuyo texto se evidencia la trascendencia de la lucha contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida,

(18) En el *habitus* social que desarrolla Pierre Bourdieu.

(19) Argumentación tomada a propósito del fallo Cambiaso de Rosales, Pablo O., “La CSJN y la discapacidad: obligación de las empresas de medicina prepaga de cumplir con la ley 24.901”, Lexis Nexis, *Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, junio 2008.

(20) Parafraseando el famoso título de la tesis de Canguilhem, el gran maestro francés de Michel Foucault. Ver Canguilhem, George, *Lo normal y lo patológico*, México, Siglo XXI, 2005.

a fin de promover percepciones positivas y una mayor conciencia social respecto de las personas con discapacidad.

La concienciación promovida por la nueva Convención es determinante en el proceso de comprensión social de las necesidades de las personas con discapacidad, lo que redundará en respuestas sociales apropiadas.

4.4. Obligaciones de los Estados (art. 4º)

El art. 4º determina las obligaciones de los Estados de las que destacamos:

- *La Convención exige a los Estados: "Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad", y como contrapartida de esta obligación, la Convención determina que el Estado debe "Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella". Esto significa que la discapacidad deberá ser un tema transversal de todas las áreas de gobierno y del Estado, obligación que exigirá la determinación de un presupuesto específico. La Convención exige escuchar y hacer participar a las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.*
- *La Convención también incorpora la obligación del Estado parte de "Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discriminen por motivos de discapacidad" (inc. e), convirtiéndolo en garante de ello.*
- *La Convención impone obligaciones a los Estados, principalmente en el ámbito de las nuevas tecnologías (TICs). Así deberán emprender o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal; emprender o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones; y entre otros, proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad.*
- *La Convención incorpora una cláusula muy poco usual respecto a la capacitación de quienes trabajen con personas con discapacidad. El inciso i) del art. 4º dice que los Estados deben "Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos". Una cláusula similar a esta fue incorporada por primera vez en la CIADDIS⁽²¹⁾ con la diferencia que en esta Convención que comentamos los Estados se comprometen a la formación activa de profesionales, es decir, asumen una obligación activa de promoción de los derechos de la Convención a través de la formación de multiplicadores.*
- *La Convención, sin embargo limita las obligaciones de los Estados hasta el máximo de los recursos disponibles, imponiendo una obligación de cumplimiento progresivo,⁽²²⁾ pero*

(21) El art. III, 1 d) de la Convención Interamericana de Discapacidad dice que los Estados se comprometen a: "d) Medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la presente Convención y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitados para hacerlo". Esta norma se encuentra actualmente vigente ya que Argentina incorporó esta Convención al derecho interno argentino desde el año 2000.

(22) La Convención determina que "2. Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles

con una advertencia: “4. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan figurar en la legislación de un Estado Parte o en el derecho internacional en vigor en dicho Estado”. Esto es muy importante tenerlo en cuenta, porque Argentina tiene una importante legislación, que en algún caso podría superar lo determinado por la Convención y en este caso, la regla es que se debe respetar la normativa que facilite en mayor medida el ejercicio de un derecho.⁽²³⁾ Una medida útil en este sentido sería una política de Estado que, a diferencia de lo que sucede hasta ahora, obligue a su cumplimiento (Ej.: el cupo laboral, las coberturas de salud privada, los accesos a la educación, etc.).

- Se exige a los Estados partes la realización de medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para que la sociedad tome conciencia de la situación de la discapacidad: a) Sensibilizar a la sociedad en el tema (a través de campañas efectivas de sensibilización pública tratando de obtener actitudes receptivas, percepciones positivas y mayor conciencia social y el reconocimiento de capacidades y habilidades de las personas con discapacidad) ; b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida (alentando a los medios de comunicación para ello) y c) Promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.

4.5. Grupos especiales protegidos

La Convención establece dos grupos especiales protegidos de personas con discapacidad: los niños/as y las mujeres. Estos dos grupos sociales coinciden con dos de los cuatro grupos protegidos, por la Constitución Nacional reformada de 1994 que exige respecto de ellos al Estado acciones positivas⁽²⁴⁾ (los otros dos son los ancianos y las personas con discapacidad, pero en este caso ambos grupos se subsumen dentro de esta última clasificación).

Respecto de las mujeres se compromete a la igualdad de condiciones y a la potenciación de su participación respecto de los niños/as exige respetar el Interés Superior del Niño y exigir el compromiso de los Estados de garantizar 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. Asimismo el Estado deberá garantizar que estos grupos y a recibirán asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho. A lo largo de la Convención hay un eje común que aparece en varios artículos. Los derechos a formar una familia y a los derechos sexuales y reproductivos (art. 23), los relacionados con estereotipos negativos (art. 8º), el que protege el derecho a la vida (art. 10), el art. 12

y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional”.

(23) Art. 4º, pto. 4, *in fine*: “No se restringirán ni derogarán ninguno de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos o existentes en los Estados Partes en la presente Convención de conformidad con la ley, las convenciones y los convenios, los reglamentos o la costumbre con el pretexto de que en la presente Convención no se reconocen esos derechos o libertades o se reconocen en menor medida”.

(24) Art. 75, inc. 23 CN.

en tanto reconoce la capacidad amplia de ejercicio de los derechos, y los de protección de la violencia y abusos (art. 15, 16, 17) así como el derecho a la salud y la educación (arts. 25 y 24) que afectan principalmente, aunque no exclusivamente, a este grupo. Por otra parte, el reconocimiento de la diversidad y la transversalización del género en toda la Convención explican varios de estos artículos. La CDPDC menciona solo en dos oportunidades a los ancianos, situación que podría llamar la atención, aunque tiene que ver con el proyecto de una Convención de Personas de Edad (aún muy en borrador) que se dedicaría a este grupo.

4.6. Reconocimiento de la personalidad jurídica y acceso a la justicia

Luego de afirmar en el primer párr. del art. 12 que “las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”, la Convención avanza sobre la forma de lograr este objetivo:

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.

Este artículo, sumado al art. 4º, exige a los Estados Partes la revisión del sistema de representación de las personas con discapacidad y de las normas sobre interdicción o insania/curatela e inhabilitación establecidas en los cuales los Códigos Civiles, sigue llamando “insanos” o “dementes” a las personas con discapacidad mental o con discapacidad psicosocial⁽²⁵⁾ y personas con discapacidad intelectual y exige la “declaración de interdicción” para que una persona pueda ser representada legalmente.

El art. 12 de la CDPDC, 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 CDPDC sostiene 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 las personas con discapacidad. Riesgo que, por otra parte, es asumido por todas las personas en su vida cotidiana y que no es reconocido adecuadamente en la práctica diaria de las personas con discapacidad. La capacidad amplia puede ser complementada con un apoyo. No son apoyos ni los curadores, ni el Ministerio Público, ni personal del equipo técnico de un Tribunal ni la familia de la personas con discapacidad. Los apoyos los elige la propia persona con discapacidad, y aunque es un concepto difícil de aceptar en una paradigma de representación y subrogación como el que establece el Código Civil (y la mayoría de los Códigos civiles del mundo) y que hoy sigue la inercia de décadas de vigencia, el apoyo es un complemento de la capacidad, no una regla ni tampoco una sustitución.

(25) Un concepto que no surge de la Convención, pero que es cada vez más utilizado por las organizaciones de personas con discapacidad.

A diferencia de la perspectiva asistencialista de los sistemas de protección social o del modelo tutelar de la privación de la capacidad jurídica que sustituye a la persona con discapacidad en la toma de decisiones, alentando la pasividad y la dependencia, generando situaciones de impotencia personal que la dejan a merced y bajo el control total de otro como un objeto a tutelar, la nueva protección basada en el modelo social de la discapacidad, encamina a la ampliación de su esfera de actuación en la que han de decidir por sí mismas lo que quieren hacer —en cada caso, con los apoyos necesarios para el ejercicio de su capacidad jurídica y salvaguardias adecuadas para evitar los abusos (arts. 7º y 12), reconocimiento de sus aportes a la sociedad que integran— no como especiales, sino “como parte de la diversidad y de la condición humana”.

Nos preguntamos por qué es obligatoria la aplicación del derecho internacional, y de las observaciones o recomendaciones de los Comités y Comisiones como así también de los fallos de las Cortes internacionales. Respecto tanto de los tratados como de las observaciones o recomendaciones generales, los fallos judiciales u opiniones consultivas de las Cortes de los tratados, la CSJN ha reconocido a los “órganos de los tratados” como únicos “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 deben adecuarse a dicha interpretación. Esto incluye todos los artículos de la CDPCD y particularmente el art. 12.

La Convención exige en su art. 13 que los Estados Partes garanticen el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de la comunidad y para ello el compromiso es promover “la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario”.

El art. 13 CDPCD reconoce el derecho de acceso a la justicia a personas con discapacidad a fin de asegurar que las mismas tengan acceso este derecho en igualdad de condiciones que las demás personas. Para ello requiere que los procedimientos judiciales sean ajustados razonablemente (art. 2º, párr. 2) y que además sean adecuados a la edad de éstos. El acceso a la justicia está inescindiblemente ligado al reconocimiento de la capacidad de ejercicio amplia de las PCD que estable el art. 12, como la mayoría de los derechos que surgen de la CDPCD.

Para que se posibilite el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás personas, el art. 13 exige algunas condiciones:

- *Reconocimiento de los derechos del art. 12. Si a las personas con discapacidad no se les reconoce previamente la capacidad amplia de ejercicio de derechos, el acceso a la justicia se torna difícil o imposible.*
- *Ajustes razonables en los procedimientos judiciales. Esto se refiere a la necesidad de hacer accesibles los procesos judiciales partiendo de la adecuación de los códigos de procedimientos, que permita que las audiencias, las pruebas, las actas judiciales, los accesos a los tribunales, los expedientes y documentación sean accesibles para personas con discapacidad. La accesibilidad no es solo la informatización de los procesos y los expedientes, sino también la adecuación de pruebas anacrónicas como la de posiciones (o confesional) o la redacción de actas judiciales que sean comprendidas por personas sordas o la lectura de los derechos en forma comprensible que cumpla con la manda constitucional o la dificultad para tomar vista de expedientes o participar en audiencias.*
- *Adecuación de los procedimientos en razón de la edad. Los procesos deben ser accesibles para los niños, niñas y adolescentes, así como para las personas mayores, y deben*

adecuarse a los distintos estadios madurativos y educativos de las personas. Esto ya está establecido en la Convención de los derechos de los Niños y en la ley 26.061 de niños, niñas y adolescentes de Argentina. La CDPCD se opone a toda modalidad de representación de la persona con discapacidad por medio de terceros a través de instituciones como la interdicción o la curatela.

- *Facilitar la participación directa o indirecta en los procedimientos. Las personas con discapacidad no solo son justiciables, pueden ser testigos, imputados, abogados litigantes, empleados de tribunales o jueces. El art. 13 exige que la accesibilidad exista “en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares”. En este último punto se podría agregar también, la mediación judicial obligatoria que establece la ley 26.589 en Argentina, que es un procedimiento prejudicial de solución de controversias, donde la comunicación accesible y el reconocimiento de la capacidad son indispensables.*
- *Los apoyos. La obligación genérica de las personas (funcionarios, asesores, legisladores, jueces, etc.) que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario” que surge del art. 4º, junto con el 12 y el 3 (referido a los principios generales), constituyen uno de los ejes ideológico-jurídico de la CDPCD. El art. 13 reedita estas obligaciones específicamente para el ámbito de la administración de justicia, centralizando en dos áreas que los países firmantes han vislumbrado como centrales, que son el personal policial y el personal penitenciario. La razón para ello es que, sin duda, las personas con discapacidad que se encuentren detenidas o condenadas y en situación de encierro se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad⁽²⁶⁾.*

4.7. Protección contra la explotación, la violencia y el abuso

La Convención busca garantizar los derechos de las personas con discapacidad “tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género” (art. 16). Para ello “(...) los Estados Partes asegurarán que todos los servicios y programas diseñados para servir a las personas con discapacidad sean supervisados efectivamente por autoridades independientes”. Este deber de supervisión, que no existe actualmente en forma expresa en ninguna legislación argentina relacionada con la discapacidad que conozcamos, es en esta Convención una obligación expresa para los Estados.

Se podría decir que en nuestro derecho surgiría del deber de garantía del Estado reconocido ampliamente en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, pero aunque no define a qué refiere con “autoridades independientes”, términos ambiguos y hasta contradictorios, entendemos que no se tratan de ONGs (exige “autoridades” que definen más lo gubernamental que a la sociedad civil). Para lograr estos objetivos los Estados

(26) Ejemplos de estas barreras de accesibilidad son la lectura de derechos o la voz de alto para las personas sordas que no las pueden escuchar; la detención de personas sordas esposándolas a la espalda, lo que implica incomunicarlas; la aplicación lineal de los procedimientos judiciales, por ejemplo en audiencias, sin tener en cuenta las características personales del justiciable, testigo o del profesional que actúa en representación de un justiciable; la falta de peritos de lengua de señas o la falta de capacitación adecuada a los peritos en general respecto a las PCD y sus necesidades. La falta de accesibilidad de las redes informáticas judiciales para el acceso a la información, por ejemplo, para personas ciegas o con disminución visual respecto a presentación de expedientes o vistas de los mismos. También los mostradores de los juzgados como barreras de accesibilidad tanto para profesionales como justiciables de baja talla o en sillas de ruedas; inaccesibilidad arquitectónica de los espacios judiciales: baños, pasillos, ascensores y salas de audiencia, entre otras.

deberán “(...) adoptar legislación y políticas efectivas, incluidas legislación y políticas centradas en la mujer y en la infancia, para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra personas con discapacidad sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados”. La Convención parece priorizar a estos dos grupos sociales, pero nuestra Constitución Nacional incorpora como grupo protegido a los ancianos con discapacidad, que sin duda presentan la mayor vulnerabilidad (ya que, muchas veces el grupo familiar, suele desentenderse).

4.8. Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad

El art. 19 de la Convención incorpora una de las figuritas difíciles de las prácticas sociales y políticas: el reconocimiento y promoción de la autonomía y vida independiente de personas con discapacidad. Este es un artículo atado al cumplimiento del art. 12 ya que sin el reconocimiento de la capacidad de ejercicio de los derechos amplia con apoyos y salvaguardias es muy difícil pensar autonomía y vida independiente.

La Convención determina el derecho de las personas con discapacidad a que tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia, y dónde y con quién vivir, para que no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico; la CDPDC también determina que tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad —incluida la asistencia personal— asimismo señala que las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y que tengan en cuenta sus necesidades. Este artículo refiere, a que la persona con discapacidad tiene derecho a no ser internada o institucionalizada o que se le imponga una modalidad de vida, a vivir con su familia, solo o con otra persona y que esta decisión (nuevamente en el marco del art. 12) pertenezca solo a la persona con discapacidad. En una sociedad controlante y como en la que vivimos, muchas veces se impone a las personas con discapacidad una forma de vida más conveniente para quien la ordena (como las internaciones compulsivas que se vuelven en muchas ocasiones abusivas o responden más bien a necesidades sociales o de vivienda) que para la propia persona, que además si es una persona con discapacidad intelectual o mental y/o psicosocial suele ocurrir que ni siquiera es escuchada.

Este punto está relacionado con el siguiente art. 20 referido a la libertad de expresión y de opinión y acceso a la información de este grupo: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho a la libertad de expresión y opinión, incluida la libertad de recabar, recibir y facilitar información e ideas en igualdad de condiciones con las demás y mediante cualquier forma de comunicación que elijan”.⁽²⁷⁾ La Convención promueve expresamente todas las formas de comunicación accesibles, en particular el lenguaje Braille y la lengua de señas, y no tiene mención alguna a la “oralización” ni a la necesidad de conocer la lengua del país donde residen —bilingüismo— respecto de las personas con discapacidades auditivas.

(27) En particular en los términos de la definición de comunicación del art. 2º: “La ‘comunicación’ incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el 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. Por ‘lenguaje’ se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal”.

4.9. Cuestiones de familia - Salud sexual y reproductiva

La Convención 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 resistidas en algunos ámbitos, incluso entre las propias personas con discapacidad y sus familias, ya que refirieren a derechos sexuales y reproductivos dando cuenta de que muchos de los estigmas y prácticas nocivas en adolescentes y adultos con discapacidad se evidencia primero en la negación del carácter de seres sexuados o de niños/as eternos.

El art. 23 establece: a) 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) 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 (claramente refiere a la salud sexual y reproductiva y a la utilización de métodos anticonceptivos)⁽²⁸⁾ y; c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas,⁽²⁹⁾ mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás personas (esto debe ser leído como un expreso reconocimiento a que este grupo social ha sido históricamente víctima de la eugenésica en el marco de políticas de población). En los tres casos implica un expreso y debido reconocimiento de la sexualidad de las personas con discapacidad.⁽³⁰⁾ Este artículo tiene un tema importante que tiene que ver con el derecho a la identidad, de enorme raigambre jurídico-político en nuestro país:

4. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.

Estas separaciones, sobre todo de las madres con discapacidad respecto de sus hijos (en la Provincia de Buenos Aires existe la institución del “abrigó”) culminan muchas veces en la sustitución de la identidad de estos niños/as y pérdida de toda relación con su familia de origen.

4.10. Educación

La Convención toma una postura concreta 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,

(28) El art. 25 a) referido a Salud dice: “[Los Estados] Proporcionarán 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”.

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

(30) Las personas con discapacidad, de acuerdo a su situación, son titulares de los derechos que surgen de la Ley 25.673 de Salud Sexual y Procreación Responsable. El art. 23.2 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”.

los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida” con un objetivo: “Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre”, sobre todo en una temática tan particular como el acceso a la educación. Para ello los Estados deberán asegurar que “las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad” y que puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que viven comprometiendo a los Estados a realizar los ajustes razonables en función de las necesidades individuales.

El mismo derecho es reconocido respecto del acceso a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás.

En relación con las personas sordas, se pide facilitar el aprendizaje de la lengua de señas y la promoción de la “identidad lingüística” de las personas con discapacidades auditivas y en particular que respecto de los niños y ciegos/sordos o sordociegos se imparta en los lenguajes y los modos y medios de comunicación más apropiados para cada persona y en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo académico y social.

La Convención aboga por la educación inclusiva y desalienta la educación especial así como las escuelas especiales. Desde la educación el modelo social de la discapacidad presenta algunas particularidades que vale la pena reseñar, sobre todo porque la educación es muy refractaria a los cambios y porque la escuela especial, en muchos países de la región está muy arraigada como la “escuela de los niños/as con discapacidad”:

- *La educación inclusiva no es modificación de la organización de la escuela, sino un cambio en la “ética” de la escuela. No se necesitan “superescuelas” sino cambios en la modalidad de abordaje de la educación desde los valores. La mirada de género y la diversidad real de los alumnos/as lo exigen.*
- *No se requiere que los maestros adquieran nuevas habilidades, sino que se necesita un compromiso personal y profesional con la educación inclusiva.*
- *Sin embargo, no alcanza con la aceptación de la diferencia o diversidad sino se valoriza esa misma diferencia y diversidad en la educación.*
- *Necesidad de compromiso moral con la inclusión de todas las personas en un mismo modelo educativo, como parte de un compromiso más amplio que aspira a la inclusión de todas las personas dentro de la sociedad.*

4.11. Derecho a la Salud

El reciente “Informe mundial sobre la discapacidad de la OMS”⁽³¹⁾ de 2011 establece que más de mil millones de personas viven con algún tipo de discapacidad; es decir, alrededor del 15% de la población mundial (según las estimaciones de la población mundial en 2010). Esta cifra es superior a las estimaciones previas de la Organización Mundial de la Salud, correspondientes a los años 1970, que eran de aproximadamente un 10%. La mayoría de las encuestas o censos de discapacidad de la región habían determinado esta población (entre el 2% al 15%, dependiendo de los países). Según la Encuesta Mundial de

(31) Ver texto en [en línea] http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/es/index.html

Salud, cerca de 785 millones de personas (15,6%) de 15 años y más viven con una discapacidad, mientras que el proyecto sobre la Carga Mundial de Morbilidad estima una cifra próxima a los 975 millones (19,4%). Lamentablemente, este informe mundial tiene pocas referencias a Latinoamérica, que parece seguir siendo el patio trasero del mundo, para organismos internacionales que presentan informes con pretensión de “mundiales”. Según sostiene el informe en todo el mundo, las personas con discapacidad tienen peores resultados sanitarios, peores resultados académicos, una menor participación económica y tasas de pobreza más altas que las personas sin discapacidad. En parte, ello es consecuencia de los obstáculos que entorpecen el acceso de las personas con discapacidad a servicios que todos consideramos básicos, en particular la salud, la educación, el empleo, el transporte, o el acceso a la información. Esas dificultades se exacerbaban en las comunidades menos favorecidas.

El art. 25 CDPCD tiene una redacción amplia cuando define el concepto de salud y se enrola en el modelo social de la discapacidad: “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”, concepto que tiene grandes similitudes con la definición de Salud de la OMS.⁽³²⁾

La Convención refiere a este derecho y a los deberes de los Estados en forma muy clara: “[Los Estados] Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando estos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable” y agrega “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”.

El artículo establece la obligación de los Estados de realizar programas y atención de la salud gratuita 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. El artículo refiere en forma positiva a que el Estado debe “proporcionarlos”, no solo garantizarlos, es decir, debe asegurar el acceso y el goce concreto del derecho.

Los Tribunales del país están repletos de reclamos derivados de negativas de cobertura o bien coberturas deficientes de las obras sociales y prepagas (sobre todo estas últimas que actúan como empresas de mercado no regulados pese a la vigencia de la ley 26.682) únicamente en razón de la discapacidad del reclamante. Este tema había sido resuelto⁽³³⁾ por la Corte Suprema de Justicia al momento de resolver el conocido caso “Cambiasso”,⁽³⁴⁾ en que impuso a las empresas de medicina prepaga el deber de cubrir la discapacidad según la ley 24.901.

(32) Salud es el “Estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedad” (1946).

(33) Porque todavía no existe ninguna ley marco de empresas de medicina prepaga y sigue siendo este un poderoso e influyente mercado de exclusión sistemática de las personas con discapacidad. Ver nota sobre el fallo Cambiasso: Rosales, Pablo, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Discapacidad: obligación de las empresas de medicina prepaga de cumplir con la ley 24.901”, *Jurisprudencia Argentina*, 2008-II, Suplemento jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pp. 41/55.

(34) CSJN, “Cambiasso Péres de N., Celia María Ana y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”, 28/08/2007, C.595. XLI Recurso de Hecho.

4.12. Derecho al Trabajo

La Convención establece que “Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y entornos laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad”. La forma propuesta en que se establece es: a) Prohibiendo la discriminación por motivos de discapacidad; b) Protegiendo los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo y sus derechos sindicales; c) Empleando a personas con discapacidad en el sector público (un notable fracaso en nuestro país⁽³⁵⁾ por falta de voluntad política y por el rechazo a considerar a las personas con discapacidad como trabajadores) o promoviendo el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes.

4.13. Participación en la vida política y pública

La Convención garantiza en el art. 29 la participación de las personas con discapacidad en la vida política y pública a fin de que “... puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas”. Se reconoce así ampliamente el derecho a la vida política incluso la garantía de la libre expresión de la voluntad como electores o elegidos. La Convención alienta a los Estados a “... promover activamente un entorno en el que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la dirección de los asuntos públicos, sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás, y fomentar su participación en los asuntos públicos”, es decir concretamente, a ser protagonistas de y en su propia sociedad, en forma individual o como integrantes de asociaciones, y al Estado le toca garantizarlo. Esperamos pronto contar con espacios políticos en el congreso y funcionarios, incluso funcionarios judiciales que tampoco abundan, ocupados con personas con discapacidad.

4.14. Recopilación de datos y estadísticas

La Convención insta en el art. 31 a los Estados a recopilar información adecuada, incluidos datos estadísticos y de investigación, que les permita formular y aplicar políticas, una actividad que todavía resulta una deuda en buena parte de nuestra región sobre todo en esta temática. La información es poder, dicen, y nunca mejor dicho que en las temáticas sociales. Respecto de las estadísticas adecuadas, regulares y analizadas, la Convención responsabiliza a los Estados de difundir estas estadísticas y asegurar que sean accesibles para las personas con discapacidad y para otras personas, es decir, para la comunidad en general.

Los Estados, además, deberán facilitar la cooperación en la investigación y el acceso a conocimientos científicos y técnicos en discapacidad. “Facilitar” funciona —en nuestra opinión— en este párrafo como un eufemismo de “promover y financiar”, es decir utilizar los fondos existentes o que se puedan crear en líneas de financiación para la

(35) Ver sobre este punto: Rosales, Pablo O., “El cupo laboral para las personas con discapacidad en la mirada de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: ¿Cuál es el rol de los Tribunales ante los derechos sociales de las personas con discapacidad?”, *Revista Lexis Nexis*, Bs. As., nº 12, diciembre 2006, p. 1366.

investigación y el acceso a la información científica en discapacidad, una deuda todavía no asumida por Argentina ni debidamente por la Universidad en general.

4.15. Aplicación y Seguimiento de la Convención

El art. 33 establece que los Estados deberán asumir un rol interno activo de seguimiento del cumplimiento de esta Convención y para ello “... designarán uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la presente Convención y considerarán detenidamente la posibilidad de establecer o designar un mecanismo de coordinación para facilitar la adopción de medidas al respecto en diferentes sectores y a diferentes niveles”. La sociedad civil también tendrá su rol de acuerdo a la Convención: “La sociedad civil, y en particular las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan, estarán integradas y participarán plenamente en todos los niveles del proceso de seguimiento”.

El Poder Ejecutivo Nacional mediante el decreto 806/2011 estableció que “*La COMISIÓN NACIONAL ASESORA PARA LA INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, será el organismo gubernamental encargado de las cuestiones relativas a la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, ratificada por la Ley Nº 26.378*” y en el art. 3º establece: “*Créase el OBSERVATORIO de la DISCAPACIDAD en el ámbito de la Comisión Nacional Asesora para la Integración de las personas con discapacidad, el que tendrá como cometido generar, difundir, actualizar y sistematizar la información que se recopile de las distintas fuentes, tanto públicas como privadas, en la materia y efectuar el seguimiento de la aplicación y cumplimiento en los distintos ámbitos, de las cláusulas de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, ratificada por la ley 26.378*”, siendo este observatorio el primero establecido y funcionando de toda América.

4.16. Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad Informes presentados por los Estados Partes

La Convención crea un Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como órgano ejecutivo. Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes, que tomarán en consideración una distribución geográfica equitativa, la representación de las diferentes formas de civilización y los principales ordenamientos jurídicos, una representación de género equilibrada y la participación de expertos con discapacidad.

Los Estados Partes presentarán al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, un informe exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la presente Convención y sobre los progresos realizados al respecto en el plazo de dos años contado a partir de la entrada en vigor de la Convención en el Estado Parte de que se trate. Posteriormente, los Estados Partes presentarán informes ulteriores al menos cada cuatro años y en las demás ocasiones en que el Comité se lo solicite.⁽³⁶⁾ La Convención establece un procedimiento exhaustivo de desarrollo de estos informes. El Comité informará cada dos años a la Asamblea General y al Consejo Económico y Social sobre sus actividades y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y datos recibidos de los Estados Partes en la Convención.⁽³⁷⁾ Finalmente, los Estados Partes se reunirán

(36) Ver art. 35, pto 1 y 2 del Proyecto.

(37) Ver art. 39.

periódicamente en una Conferencia, a fin de considerar todo asunto relativo a la aplicación de la presente Convención.⁽³⁸⁾ El mecanismo, como se puede observar, es similar al de la mayoría de las convenciones.

Finalmente, junto con la firma de la Convención, se invitará a los Estados a suscribir un Protocolo Facultativo de la Convención (nuestro país lo firmó junto con la Convención), por el cual el Estado reconoce la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación, cometida por ese Estado Parte, de cualquiera de las disposiciones de la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas (no se recibirán denuncias de un Estado que no sea parte).

Este Protocolo constituye, en la práctica, un nuevo tratado distinto de la Convención, pues habilita la vía ejecutiva del Comité para evaluar el cumplimiento o incumplimiento de la Convención y, lo más importante (a diferencia de la Convención CIADDIS de la OEA) se constituye en un instrumento que permite que las personas físicas o jurídicas se presenten y denuncien los incumplimientos del Estado (acción imposible de llevar adelante en la CIADDIS).

4.17. Entrada en vigor de la Convención. Reservas

Correspondiente para cada Estado y organización regional de integración⁽³⁹⁾ que ratifique la Convención, adhiera a ella o la confirme oficialmente una vez que haya sido depositado el vigésimo instrumento, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado su propio instrumento.

Las sucesivas ratificaciones de los Estados hicieron posible que la Convención entrara en vigor el 3 de mayo de 2008. A su vez, el Protocolo facultativo requería 10 ratificaciones para su entrada en vigencia, número que se alcanzó el 8 de febrero de 2008.

Los arts. 46, 47 y 48 refieren a tres situaciones que pueden plantearse respecto del texto de la Convención: a) reservas realizadas a algún artículo, b) enmiendas al texto de la Convención o c) la denuncia de la misma en su totalidad.

La Convención de Viena sobre derechos de los tratados⁽⁴⁰⁾ define estos tres conceptos. El art. 2, inc. d) define “Reserva” a “(...) una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”.

El art. 46 de la CDPCD establece que los Estados partes podrán formular reservas al tratado, salvo cuando sean incompatibles con el objeto y el propósito de la presente Convención. Este cuestionamiento recibió México,⁽⁴¹⁾ que suscribió y ratificó la Convención,

(38) Ver art. 40.

(39) Por “organización regional de integración” se entenderá una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada a la que sus Estados miembros hayan transferido competencia respecto de las cuestiones regidas por la Convención y el Protocolo.

(40) U.N. Doc A/CONF. 39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980, Viena, 23 de mayo de 1969.

(41) La mencionada reserva sugerida —plasmada en la página 1 del Dictamen del Senado del 27 de septiembre de 2007 por medio del cual se aprobó la Convención— hace alusión al párr. 3 del art. 1º de la Constitución que prohíbe la discriminación y en el párrafo siguiente, señalan: “Consecuentemente,

pero realizó una reserva al art. 12 de la misma. Esta decisión fue muy objetada por la comunidad internacional de juristas, ya que se entendió que una reserva en un art. como el 12 era incompatible con el objeto y propósito de la CDPCD. Finalmente México, mediante un decreto, desistió de la reserva formulada.

4.18. Formato accesible del texto de la Convención

El texto de la Convención debe difundirse en formatos accesibles. De acuerdo a ella, la “comunicación” incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el 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.⁽⁴²⁾

5. Conclusiones finales

La CDPCD de la ONU resulta un inestimable avance en el derecho internacional de los Derechos Humanos, ya que constituye un instrumento concreto de derecho y un compromiso vinculante de los Estados que lo suscriban. El Protocolo que la acompaña abre una puerta muy importante a las personas con discapacidad ya que no solo les otorga voz en el ámbito internacional, sino además una concreta oportunidad para exigir a los Estados Parte el cumplimiento de los compromisos asumidos por este instrumento.

La Convención es muy minuciosa en su texto, casi reiterativa de otros instrumentos similares (la Convención de Derechos del Niño, la de Derechos de la Mujer o la Convención Contra Todas las Formas de Discriminación), sin embargo incorpora cuestiones específicas de este colectivo social como: la exigencia de que los Estados generen políticas y programas concretos, reales y efectivas en discapacidad; que en ellos y en su discusión e implementación participen con voz y voto las personas con discapacidad; la protección de la identidad lingüística de lenguajes como el Braille y el de señas; las consideraciones de género que atraviesan todas las temáticas; la protección de colectivos vulnerables como las mujeres y los niños/as (aunque con una lamentable omisión de los ancianos); la exigencia al Estado de un control amplio del cumplimiento de la Convención; el fuerte impulso a la promoción de la vida independiente de las personas con discapacidad y a sus derechos sexuales y reproductivos.

sin menoscabo de su absoluta determinación por proteger y promover los derechos de las personas con discapacidad, los Estados Unidos Mexicanos aplicarán el párrafo segundo del Artículo 12, siempre que no sea en detrimento de normas de su legislación interna específicamente diseñadas para brindar protección legal, salvaguardar la dignidad y asegurar la integridad física y psicológica de las personas”. Ver texto en [en línea] <http://www.riadir.net/>

(42) Ver art. 2º.

¿QUÉ ES EL ACCESO A LA JUSTICIA?

FLORENCIA CARIGNANO⁽¹⁾

Como es de imaginar, el concepto de acceso a la justicia, al igual que la mayoría de los conceptos de índole “político-jurídica”, ha ido variando a lo largo de la historia. Sus primeros antecedentes datan de la Revolución Francesa, donde comenzó a asociarse esta idea a la de acceso a la jurisdicción. Es decir, en un proceso de avance de la nueva clase dominante y de construcción de su nueva estructura legitimante en oposición a las monarquías absolutas caracterizadas por los abusos y la arbitrariedad, la idea de tener la posibilidad de ser juzgado por un juez imparcial, que además debía garantizar el derecho del acusado a ser oído y a defenderse, se consolidó y fortaleció. Con el transcurso del tiempo y la evolución de la historia, la idea de acceso a la justicia fue mutando, incorporando algunas aristas superficiales, pero en términos generales conservó su esencia ligada a la práctica misma consistente en que cada persona pueda someter a conocimiento de un juez las cuestiones que de algún modo lo afectan. Esta conceptualización, con matices, aún hoy persiste en importantes sectores del Poder Judicial y en buena parte de lo que algunos llaman “sociedad civil”, nos referimos al universo de organizaciones no gubernamentales.

Desde nuestra perspectiva, la evolución del proceso histórico tanto en materia económica como social impone una seria reformulación del concepto mismo de acceso a la justicia. No caben dudas de que las condiciones imperantes actualmente varían sustancialmente respecto de aquéllas en las que comenzó a estructurarse la idea de acceso a la justicia. En efecto, el modelo de Estado monárquico absolutista prácticamente desapareció por completo —solo queda hoy un único Estado organizado de ese modo, el Vaticano—, el proceso económico consolidó a la nueva clase dominante y modeló sociedades estratificadas, segmentadas y caracterizadas por la profunda concentración económica.

En este contexto, el Estado dejó de ser esa fuerza omnímoda que avasallaba derechos individuales para pasar a ser la única instancia de contención y freno a la voracidad de las corporaciones multinacionales. Es decir que el rol que ocupaba el Estado se modificó por completo para constituirse en la única instancia que permite a los individuos defenderse de algún modo del proceso de apropiación y sometimiento perpetrado por los sectores de la economía concentrada sobre recursos naturales y sociales, e incluso sobre las mismas personas.

(1) Directora Nacional de Promoción y Fortalecimiento para el Acceso a la Justicia.

En sentido inverso a lo que se vino pregonando en las décadas anteriores, el mercado —libre de interferencias— consolidó un ámbito de prevalencia del más fuerte y sometimiento de los débiles e inorgánicos. Y esta dinámica estatal —en tanto Estado que elige ausentarse de determinados lugares pero presentarse en otros, como los salvatajes a los grandes grupos financieros—, es decir, esta dinámica del mercado libre de intervención estatal conformó la estructuración de sociedades caracterizadas por la convivencia de gigantescos universos de personas imposibilitadas de acceder a elementos vitales básicos para su subsistencia, junto con pequeñas minorías con privilegios de magnitudes inasibles. Indudablemente, este “modelo” configuró el escenario de mayor vulneración de derechos de la historia reciente, con el agravante de que, paradójicamente, en paralelo se multiplicaban los derechos consagrados en tratados internacionales incorporados a los cuerpos constitucionales.

En este marco, analizar el contenido del concepto de acceso a la justicia implica, de por sí, posicionarse primero respecto de la idea misma de justicia. Sucede que estos términos tan abarcativos, que algunos autores denominan como nominalizaciones —porque no tienen un contenido unívoco—, pueden inducirnos a error. La justicia, la libertad, la igualdad, el bienestar general, en abstracto, son conceptos que gozan de aceptación por su mera enunciación, pero que muchas veces son utilizados sin referir previamente cuál es su contenido real y concreto, qué significado tiene ese significante. Para nosotros, decir de qué estamos hablando cuando hablamos de justicia es indispensable para que se pueda comprender el concepto. Y para nosotros, hablar de justicia en un contexto como el que se refirió es hablar, en primer lugar, de vigencia concreta y efectiva de los derechos elementales que permiten a cualquier habitante de nuestro suelo proponerse un plan de vida y ejecutarlo. Es decir, justicia implica para nosotros, autodeterminación de las personas, y autodeterminación en términos de poder elegir qué clase de vida llevar adelante en condiciones de dignidad. De allí que, en nuestra opinión, la desnutrición, el hambre, las adicciones, el analfabetismo entre muchos otros flagelos, configuran los enemigos principales de “nuestra” justicia.

Porque nadie puede darse un plan de vida si no tiene resuelta la cena para su familia; ni puede transitar su existencia dignamente si desconoce lo elemental, no puede leer ni escribir ni acceder a la infinidad de universos que la alfabetización concede. Esa es básicamente la injusticia construida por el mercado, y los cimientos de esa injusticia son los obstáculos concretos que cotidianamente configuran ese estado de cosas. Las imposibilidades económicas, sociales y culturales que, indudablemente, cargan de contenido a la política de la injusticia.

Contra esa política, el acceso a la justicia es para nosotros la remoción de todos aquellos obstáculos que de cualquier modo impiden el goce efectivo y material de los derechos consagrados constitucionalmente. El acceso a la justicia es la política que se opone a la política de la injusticia. Y lo formulamos de este modo porque, a diferencia de aquellos que aún hoy continúan asociando el acceso a la justicia a la jurisdicción, no tenemos ninguna duda respecto de que el de acceso a la justicia es un concepto esencialmente político que no solamente tiene implicancias o expresiones jurídicas, sino también sociales y económicas. Y esto no quiere decir que despreciamos el acceso a la jurisdicción como herramienta eficaz para garantizar la vigencia efectiva de derechos; pero tampoco quiere decir que vamos a conformarnos solo con eso, porque resulta a todas luces insuficiente. Y mucho menos perder de vista que, con la breve interrupción del período 1949-1957, desde el año 1860 hasta el año 1994 la Constitución fue prácticamente la misma y la vigencia efectiva de los derechos varió sustancialmente según la época. Y esa variación no tuvo

ninguna vinculación con lo jurídico, sino que tuvo exclusivamente que ver con el proceso político que imperó, y con la decisión o no, de poner el Estado al servicio de quienes más lo necesitaron.

El acceso a la justicia es entonces para nosotros acceso a la justicia social, en términos de Arturo Sampay y de la Constitución de 1949.

Retomando el mandato que el ex presidente Néstor Kirchner nos propuso en el discurso de apertura de su mandato en el 2003, de volver a militar y trabajar por una Argentina más justa para todas y todos los argentinos, donde todos podamos tener las mismas posibilidades, es que elegimos a los Centros de Acceso a la Justicia (CAJ) como herramientas para transformar la realidad de las personas que más lo necesitan aún hoy, después de años de crecimiento sostenido y generación de empleo de la mano de Néstor y Cristina Kirchner. Estos CAJ son la materialización unificada de la acción estatal en los barrios. Los mismos están ubicados en las villas y barrios más empobrecidos de nuestro país. Cuentan con abogados, psicólogos, trabajadores sociales, administrativos y además, incorporan en su plantel a jóvenes de los propios barrios para enriquecer la mirada. En los centros se intenta hacer abordajes interdisciplinarios, que se nutren de saberes diversos que son indispensables para responder a situaciones muchas veces dramáticas y profundas. Se pretende romper la tradicional compartimentación estatal, acompañando a nuestros consultantes a transitar el Estado para remover los obstáculos que impiden el acceso a los derechos. La obtención del documento de identidad para nacionales y extranjeros, la tramitación de la Asignación Universal por Hijo, el acceso a las pensiones por discapacidad, junto con la asistencia psicológica y el asesoramiento respecto de los recursos del Estado para responder a las diferentes problemáticas. Y por eso elegimos los barrios más empobrecidos, porque para comprender realmente la magnitud del problema hay que estar ahí, con mucha humildad y disposición para aprender de la gente del lugar, que la mayoría de las veces conoce mucho más, y para de algún modo, invertir la dinámica tradicional del Estado liberal de trasladarle el “problema” —que en realidad es un derecho vulnerado, una obligación incumplida del Estado— al consultante.

En síntesis, el acceso a la justicia, entendido como justicia social, es acceso a la dignidad y a la vigencia material, concreta y efectiva de los derechos.

GÉNERO, DISCAPACIDAD Y ACCESO A LA JUSTICIA

AGUSTINA PALACIOS⁽¹⁾

1. Introducción

El acceso a la justicia es un derecho humano fundamental, cuyo contenido esencial engloba el acceso efectivo de las personas “a los sistemas, procedimientos, información y lugares utilizados por la administración de justicia”.⁽²⁾

Dicho acceso efectivo no solo se refiere a la persona en su carácter de administrada, sino también para formar parte de dicha administración. Históricamente, las personas con discapacidad —y, en especial, las mujeres— han encontrado denegado su acceso a la justicia y al igual tratamiento por parte de Cortes, Tribunales, operadores jurídicos, el sistema penitenciario, y demás cuerpos involucrados en la administración de justicia.

Ello no solo a la hora de querer acceder a la justicia buscando reparación, sino también a la hora de aspirar a formar parte del ámbito de la administración de justicia. Esto es consecuencia de barreras que no solo limitan la posibilidad de utilizar el sistema de justicia, sino que también limitan y/o impiden su posibilidad de contribuir con la administración de justicia, la sociedad y la comunidad.⁽³⁾

El acceso a la justicia tiene una doble vertiente. Además de ser un derecho autónomo, es un derecho instrumental para la efectivización de los demás derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Por ello, expresa Ana Lawson, que cuando el derecho a la justicia es denegado, el resultado es la “muerte civil” de la persona.⁽⁴⁾

(1) Abogada. Doctora en Derecho. Relatora Argentina de la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Coordinadora del Área Discapacidad, Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos “Alicia Moreau” (Universidad Nacional de Mar del Plata). Directora de Promoción y Protección de Derechos Humanos de la Municipalidad de Gral. Pueyrredón.

(2) Ortoleva, S., “Inaccessible justice: Human Rights, Persons with disabilities and the legal system”, en *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 17:2.

(3) *Ibid.*

(4) Lawson, A., “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?”, 34 *Syracuse J. Intl. L.& Com.* 563, 2007, p. 573.

Este derecho de acceso a la justicia sufre una mayor vulneración cuando quienes pretenden ejercerlo son personas con discapacidad. Y esta vulneración se acrecienta si dichas personas, además, son mujeres.

Las dificultades para identificar la discriminación múltiple sufrida por las mujeres con discapacidad apuntan, fundamentalmente, a dos hechos. El primero, que las necesidades y las demandas de las mujeres con discapacidad han sido consideradas como las de un grupo en situación de vulnerabilidad dentro de otro colectivo en situación de vulnerabilidad (personas con discapacidad), habiendo sido ignoradas por ambos. En segundo lugar, porque los factores de género y discapacidad han sido contemplados aisladamente por los propios movimientos de mujeres y de personas con discapacidad, los cuales han venido manteniendo una gran distancia entre sí.⁽⁵⁾

El movimiento feminista en términos generales ha seguido un patrón dominante de mujer que no incluye a mujeres de minorías, como las mujeres con discapacidad, las cuales tienden a agruparse de modo adyacente en subgrupos referidos a mujeres en situación de exclusión. Por su parte, el movimiento de la discapacidad tampoco ha considerado la discriminación múltiple que sufre la mujer con discapacidad, puesto que, por lo general, sus esfuerzos se han focalizado en un grupo homogéneo y su lucha contra la discriminación es idéntica para todos sus miembros.

De igual modo, los instrumentos normativos referentes a la discriminación por razón de género y los correspondientes a discapacidad revelan que no ha existido una articulación entre estos dos enfoques, pese al importante desarrollo en estos ámbitos de intervención.⁽⁶⁾

En el presente trabajo se pretende poner el acento en la necesaria **transversalidad** del enfoque de género y discapacidad a la hora de garantizar el acceso a la justicia. Se aclara que si bien el género, al ser una construcción social excede la problemática de la mujer, en este caso el análisis se ceñirá exclusivamente a la situación concreta de la mujer con discapacidad en el acceso a la justicia.

2. Dificultades y barreras para el ejercicio de los derechos y el acceso a la justicia

El acceso a la justicia va de la mano del ejercicio de los derechos. Es parte necesaria para dicho ejercicio. En el caso de muchas personas con discapacidad, la imposibilidad de acceder a la justicia es la consecuencia de la imposibilidad de ejercer sus derechos de manera autónoma. Esto nos obliga a pensar en un paso previo, que es el reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica. Reconocimiento que conlleva la necesaria garantía de un sistema de apoyos que promueva dicho ejercicio. En el caso de las mujeres con discapacidad, ese apoyo requiere de una ineludible perspectiva de género.

2.1. Principales barreras que enfrentan las mujeres con discapacidad en el ejercicio de los derechos

Existen varias clasificaciones de barreras.⁽⁷⁾ En este trabajo distinguiré entre barreras arquitectónicas, barreras comunicacionales, y barreras **actitudinales**, pero siempre

(5) Ver Pelaez, Ana y Villarino, Pilar (coords.), *Manual la transversalidad de género en las políticas públicas de discapacidad*, Madrid, Cinca, 2012, p. 38 y ss.

(6) *Ibid.*

(7) Un desarrollo del concepto y clasificación de barreras puede consultarse en: De Asis Roig, R., et. al., *La accesibilidad universal en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2008.

teniendo en cuenta que dichas barreras suelen estar presentes y actuar de manera interdependiente.⁽⁸⁾ A modo de ejemplo, si pensamos en el ámbito del transporte, las barreras abarcan el aspecto físico pero no se agotan allí, sino que se presentan como diferentes eslabones de una larga cadena. La eliminación de barreras incluirá la accesibilidad de los medios concretos de transporte (autobús, tren, avión, barco, etc.), pero asimismo el proceso de comunicación e información (los medios de comunicación de dicho transporte deben ser accesibles, estar a disposición en formato Braille, contando con intérprete de lengua de señas, formato de lectura fácil, etc.) y además, el proceso de atención debe estar exento de barreras **actitudinales** (que las personas que presten el servicio se encuentren capacitadas sobre las necesidades y derechos de las personas con discapacidad, que sepan tratar con la diversidad de caso y las diferentes circunstancias).

En el ámbito de la capacidad jurídica, sucede lo mismo. El recorrido es una cadena compuesta por diferentes eslabones. No obstante, los mayores obstáculos que deben enfrentar las mujeres con discapacidad para su ejercicio, se relacionan con 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, con barreras **actitudinales**, que incluyen, en algunos casos, barreras legales que manifiestan prejuicios y una determinada imagen de la mujer con discapacidad; sentencias judiciales que son consecuencia de interpretaciones legales basadas en dichos prejuicios y estereotipos; ausencia de personal capacitado, ausencia de apoyos y de perspectiva de género para el ejercicio de la capacidad jurídica, entre muchas otras.

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 de protección.

El primero tiene que ver con los derechos patrimoniales, donde ya hace décadas la Convención Internacional para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDM) debió enfatizar una protección antidiscriminatoria como consecuencia de las vulneraciones de derechos que sufrían las mujeres en dicha esfera.⁽⁹⁾

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 podrían disponer y, en determinados casos, tampoco administrar sus bienes. Décadas después, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD) 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 porque las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Pero en el caso de las mujeres con discapacidad, a dicha injusticia se le suma otra: 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 se encuentran

(8) Este punto se encuentra inspirado en un trabajo anterior de mi autoría, titulado “Igual reconocimiento como persona ante la ley y acceso a la justicia”, en *Manual la transversalidad del género en las políticas públicas de discapacidad*, op. cit., pp. 143/180.

(9) Art. 15 CEDM.

tan íntimamente unidos a la persona, que nacen con ella, y no pueden separarse en toda su existencia, a riesgo de perderla o denigrarla. Están conformados, entre otros, por el derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la intimidad, al honor, al nombre, a la propia imagen, al estado civil, y al propio derecho a la dignidad.⁽¹⁰⁾

El derecho internacional de los derechos humanos ha puesto el acento y brindado cláusulas normativas de garantía de estos derechos, que serán meras utopías si no se incluye la perspectiva de género, ni se da cuenta del ejercicio de la capacidad jurídica y las medidas de apoyo necesarias.

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. En la actualidad, mujeres con discapacidad son discriminadas “por motivo de discapacidad” en el ejercicio de su maternidad, en decisiones que involucran la reproducción, el ejercicio de su sexualidad, la conformación de su identidad, el derecho a la privacidad y un largo etcétera.

Existe un eje común, violatorio de estos derechos en lo que ataña a la mujer con discapacidad, que tiene su origen en la consideración de ellas 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 damas 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).

De este modo, 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. Como así también 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). O la propia ley permite que puedan ser sometidas a esterilizaciones forzosas (esto es, sin contar con su consentimiento libre e informado y alcanzando el de su representante).⁽¹¹⁾

Sumado a las barreras legales mencionadas, las mujeres con discapacidad enfrentan barreras **actitudinales** cuando las sentencias judiciales no las consideran como sujetos de derecho; cuando no cuentan con los apoyos necesarios para empoderarse y poder conocer y ejercer su derecho a la toma de decisiones; cuando no se garantizan medidas de apoyo para la prevención de situaciones de explotación, violencia y/o abusos o frente a dichas situaciones las mujeres no están acompañadas con apoyos diseñados según sus necesidades; o cuando los mecanismos y servicios previstos no tienen en cuenta dichas necesidades, ni que en muchas ocasiones, la explotación, la violencia y/o el abuso proviene de cuidadores de estas mujeres.

(10) Bidart Campos, G. J., *Teoría General de los Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 79.

(11) En este último sentido, se ha expedido recientemente el Comité Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuando en el mes de septiembre del 2011 instó a España a eliminar esta práctica por ser contraria a la CDPD. Ver, Comité Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad, Sexto Periodo de Sesiones, 19 de septiembre de 2011, CRPD/C/ESP/CO/1, Examen de los informes presentados por los Estados Parte en virtud del art. 35 de la Convención, Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, párrs. 37 y 38. Ver texto en: http://www.convenciondiscapacidad.es/Noticias_new.html

Ello no solo sucede en el marco de la familia, sino que la responsabilidad se extiende a los y las profesionales de la salud, de la justicia, del ámbito de la educación, quienes desde discursos dogmáticos y posiciones de poder, sustituyen la voluntad de las mujeres con discapacidad.

2.2. Principales barreras que enfrentan las mujeres con discapacidad en el acceso a la justicia

Siguiendo la clasificación adoptada en el apartado anterior, es posible afirmar que las mujeres con discapacidad enfrentan diferentes barreras arquitectónicas, barreras comunicacionales y barreras **actitudinales**, que en muchas ocasiones se traducen en la vulneración del derecho al acceso a la justicia. Dichas barreras emergen⁽¹²⁾ cuando:

- a) *Las mujeres con discapacidad buscan información o quieren aprender cómo funciona el sistema de justicia. La información sobre derechos humanos, el sistema legal, y la manera en que se pueden reivindicar dichos derechos raramente se encuentran diseñadas con perspectiva de género, ni se encuentran disponibles en formato accesible para mujeres con discapacidad.*
- b) *Las organizaciones de personas con discapacidad defienden los derechos relativos a la discapacidad. El lema “nada sobre nosotros y nosotras sin nosotros y nosotras”, que se encuentra reflejado expresamente en la CDPD, no logra plasmarse en los procedimientos, políticas y leyes relativas al acceso a la justicia en lo que se refiere a las mujeres con discapacidad. Ello como consecuencia de la falta de medidas que garanticen la participación del colectivo en estos procesos, como así también la falta de enfoque de género en aquellos pocos casos en que las asociaciones acceden a dicha participación.*
- c) *Enfrentan barreras como justiciables de manera individual. Disponibilidad, asequibilidad y adaptabilidad son los tres principales desafíos para la obtención de asistencia legal que deben enfrentar las personas en situación de vulnerabilidad. Una cuarta barrera en este caso es la falta de conocimiento por parte de los y las profesionales del derecho respecto del modo de trabajar con clientes con discapacidad, y la falta de conocimiento respecto de las cuestiones legales que enfrentan las mujeres con discapacidad (generalmente en las facultades de derecho no se tiene presente de manera transversal las cuestiones de género, ni se capacita a los y las estudiantes respecto del Derecho de la Discapacidad ni tampoco sobre el modo de tratar a clientes con discapacidad). Sumado a ello, el componente de la pobreza, que es bastante común a mujeres con discapacidad, impide el acceso a la justicia porque no pueden afrontar los gastos que ello implica. De este modo, el acceso a la justicia desaparece si no hay acceso a una asistencia legal gratuita.*
- d) *Actúan en calidad de abogadas. Si bien es cierto que no se cuenta con muchas abogadas con discapacidad debido a la exclusión histórica que ha sufrido este colectivo en el ámbito educativo y mucho más el universitario (falta de accesibilidad, de ajustes razonables en razón de género y de discapacidad, entre otras circunstancias); este camino de discriminación y exclusión se mantiene a la hora del ejercicio de la profesión.*

(12) Se sigue en este punto a Ortoleva, S., *op. cit.* Si bien la autora describe la mayoría de estas barreras para el colectivo de personas con discapacidad en general, muchas de ellas se acrecientan notablemente cuando a la discapacidad se le suma el hecho de ser mujer.

- e) Son excluidas de la posibilidad de actuar como jurados. La responsabilidad de actuar como jurado es un derecho fundamental en la mayoría de los países. Cuando a una persona con discapacidad se le deniega dicho derecho se le está denegando la oportunidad de servir a su comunidad. En este ámbito existen barreras de todo tipo (comunicacionales, arquitectónicas, **actitudinales**, etc.).
- f) No pueden acceder a los edificios en los que se imparte justicia por la falta de accesibilidad física, lo que representa a los mismos un problema mayúsculo, que además simboliza algo muy grave.
- g) Se encuentran privadas de libertad. Ni las cárceles ni el resto del sistema penitenciario se encuentra accesible ni se adoptan los ajustes razonables que requiere la condición de género y de discapacidad, a fin de garantizar que las mujeres con discapacidad no sean discriminadas dentro del sistema penal.⁽¹³⁾
- h) Son víctimas de un crimen. Los pocos datos con los que se cuenta no dejan duda de que las mujeres no solo se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad como víctimas de crímenes, sino que una vez que ello sucede el sistema policial y de justicia está lejos de remediar dicha situación.⁽¹⁴⁾ Inaccesibilidad, falta de capacitación para tratar a mujeres víctimas con discapacidad, falta de perspectiva de género, falta de disponibilidad de intérprete de lengua de señas, de medios alternativos de comunicación y un largo etcétera, demuestran una situación de clara discriminación y de doble victimización manifiesta.
- i) Son víctimas de violencia de género o de abusos. Las mujeres con discapacidad tienen mayor predisposición a sufrir violencia de género y abusos, y mayores dificultades para acceder a la información y para denunciar dichas situaciones.⁽¹⁵⁾ Esa dificultad o imposibilidad no se debe solo a barreras arquitectónicas y/o comunicacionales, sino también a razones psicológicas, porque en muchas ocasiones la persona que maltrata es quien ejerce el papel de cuidadora y/o asistente. El sistema de recepción de este tipo de denuncias debe encontrarse preparado para incluir esta especificidad, y las herramientas que brinde deben incluir la perspectiva de discapacidad. Esto incluye, entre muchas otras cuestiones, que las casas de acogida de víctimas de este tipo de violencia sean accesibles tanto desde el aspecto arquitectónico como desde el comunicacional y el **actitudinal** referido a la capacitación de personal.

(13) Ortoleva destaca dos importantes documentos elaborados por las Naciones Unidas, que abordan la necesidad de comprender que hay personas privadas de su libertad que requieren que se adopten medidas y estrategias para alcanzar que dicha privación de libertad sea en condiciones de dignidad, sin discriminación y con respeto a la diversidad e identidad. Que para ello, entre muchas otras cosas, se hace necesario garantizar la accesibilidad y la adopción de ajustes razonables. Ver: ONU, "Handbook for prison managers and policymakers on women and imprisonment", Criminal Justice Handbook Series 2008; y ONU, "Handbook on Prisoners with Special Needs", Criminal Justice Handbook Series, 2009. Ver textos en [en línea] <http://www.unodc.org/unodc/en/justice-and-prison-reform/index.html?ref=menuaside>

A pesar del nombre del Manual, el documento informa que en realidad las y los prisioneros con necesidades especiales son la gran mayoría. Se destaca que en varios países, entre el 50% y el 80% de las personas que están en prisión tienen una discapacidad mental.

(14) Harrell, E. y Rand, M. R., "Crime against people with disabilities", U.S. Department of Justice, Bureau of Justice, Stat, 2007, [en línea] <http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/pub/pdf/capd07.pdf>

(15) Ver Reviriego Picon F. y Fernández, S. P., "Violencia de Género y Discapacidad", [en línea] <http://www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/comision%20IV/4-reviriego.pdf> (enero de 2012).

j) *Las sentencias judiciales que no tienen en cuenta la perspectiva de género, ni el modelo social de discapacidad e ignoran el contenido de los derechos reconocidos en la CDPD y la CEDM. En este caso, las disposiciones que expresan dichas sentencias son barreras **actitudinales** muy fuertes, que terminan dejando obsoleto lo previamente adquirido momento del compromiso de otras instancias estatales en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, es importante destacar que las obligaciones asumidas a través de un Tratado internacional de derechos humanos son autoejecutables y si no pueden ser aplicadas de manera instantánea, los Estados deben adoptar las medidas legales o de otro carácter —y entre esas medidas de otro carácter están las sentencias judiciales— que permitan trasladar a la realidad dichos compromisos.*⁽¹⁶⁾

3. Accesibilidad, ajustes razonables y medidas de apoyo para la toma de decisiones y el acceso a la justicia

Las barreras que enfrentan las mujeres 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 evitar estas barreras, se cuenta con 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, acceder, participen. Es una condición que se encuentra implícita en el ejercicio de los derechos, que forma parte del contenido esencial de cada uno de los derechos.

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.⁽¹⁷⁾ 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.⁽¹⁸⁾

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.⁽¹⁹⁾ Estas medidas tienden a facilitar la participación en igualdad de condiciones. Al igual que

(16) Cea Egaña, J., *Los tratados de derechos humanos y la constitución política de la República*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Talca, Ius et Praxis, 1997, pp. 81/92.

(17) La CDPD lo define en su art. 2º como “el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El ‘diseño universal’ no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten”.

(18) De Asís Roig, R. y Palacios, A., *Derechos humanos y situaciones de dependencia*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 63.

(19) La CDPD los define en su art. 2º como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

sucede en materia de accesibilidad, 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.⁽²⁰⁾

Teniendo en cuenta lo anterior, podríamos decir que la accesibilidad sería la situación a la que se aspira, el diseño universal una estrategia a nivel general y previa, para alcanzarla; y los ajustes razonables una estrategia a nivel particular y a posteriori, cuando la preventión del diseño universal no llega a asegurar la accesibilidad.⁽²¹⁾

Estos conceptos se encuentran suficientemente desarrollados en el ámbito de la accesibilidad arquitectónica y comunicacional; y, en menor medida, respecto de la accesibilidad **actitudinal**. En el ámbito concreto que nos toca, al ejercicio de la capacidad jurídica de las mujeres con discapacidad, se suma una estrategia a la hora de aspirar a la accesibilidad universal: los sistemas de apoyo. ¿Qué son estos apoyos? El modelo estipulado en la CDPD 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 las medidas de protección estén destinadas a proporcionar los apoyos necesarios para poner a la persona con discapacidad en un pie de igualdad con los demás. Ello supone crear o adaptar herramientas que garanticen la accesibilidad universal a personas con discapacidad intelectual o psicosocial el ejercicio de la capacidad jurídica, es decir, a la toma de decisiones en nombre propio con los apoyos necesarios para cada persona. Desde esta óptica, es fácil presagiar que dichas medidas, que serán de lo más variadas, no necesariamente tienen que estar previstas en la legislación civil, sino quizás también en el marco de leyes que prevean prestaciones y/o servicios sociales, como puede ser una Ley sobre Asistencia Personal.⁽²²⁾

No obstante lo anterior, es necesario ser conscientes de que los apoyos que prevé la CDPD se componen de un sistema complejo, que no solo requerirá de reformas legales, sino también, y sobre todo, de una acción política del Estado que garantice, entre otras cuestiones, educación y recursos financieros adecuados. Asimismo, para que el sistema de apoyos cumpla su cometido y resulte efectivo, debe adaptarse a las diferentes situaciones personales y sociales de la mujer con discapacidad. Y para que ello sea posible, es necesario distinguir entre diferentes tipos de apoyo. Esta distinción debe establecerse, en 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 mujer diferentes tipos de figuras de apoyo, que se adapten a su situación particular. Por ejemplo, la posibilidad de un/a asistente personal, o la de un familiar, o una persona de confianza, o la de un grupo de amistades, o la de una asociación, o la de un *ombusperson*, entre muchas otras opciones.

Es importante dejar sentado que la accesibilidad, el diseño universal y los apoyos siguen teniendo grandes asignaturas pendientes respecto de la mujer con discapacidad. Un claro ejemplo es el caso de la asistencia personal. Aun en países donde se regula este

(20) Art. 2º CDPD.

(21) Art. 2º CDPD.

(22) Ver 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, 2010, p. 317 y ss.

derecho, se lo hace pensando en la discapacidad, pero con una clara ausencia de perspectiva de género. El caso de España puede ser representativo ya que, al regular la figura de asistencia personal, no se tienen presentes las necesidades específicas de las mujeres con discapacidad en ningún aspecto; ni siquiera para el ejercicio de la maternidad (tema nada menor).⁽²³⁾ La ley se ha centrado en un tipo de asistencia que permite el empleo asalariado u otras actividades ajenas al hogar. Pero no podemos olvidar que para las personas con discapacidad –tanto hombres como mujeres– la vida independiente supone tanto la posibilidad de mantener sus relaciones privadas como la de participar en el mundo público del trabajo.⁽²⁴⁾ Es por ello que resulta de suma importancia que en este momento de desarrollo de los sistemas de apoyo en los diferentes Estados (a través de legislaciones, experiencias piloto, sentencias judiciales, etc.) se tenga muy presente la perspectiva de género.

Ahora bien, el contenido esencial del derecho de acceso a la justicia es más amplio que la accesibilidad, los ajustes razonables y las medidas de apoyo para ejercitarlo, pero no debe obviarse que les incluye.

La accesibilidad, en sus diversas facetas, es una condición esencial para el acceso a la justicia. Ortoleva plantea al derecho desde dos perspectivas. Como una forma de opresión y como una forma de liberación. Esto es así para las mujeres con discapacidad (en mayor medida aun en relación a las mujeres sin discapacidad y a los hombres con discapacidad). En algunos casos, el derecho actúa como remedio frente a la injusticia y la discriminación (liberación) y en otros, el derecho actúa perpetuando dicha injusticia (como opresión). Por ejemplo, una mujer con discapacidad que considera que ha sido discriminada por dicho motivo en su derecho al trabajo, puede recurrir a la justicia en búsqueda de un remedio. No obstante, si el sistema falla no adoptando ajustes razonables o a través de cualquier otra forma de discriminación, entonces la denegación de acceso al sistema de justicia también implica la denegación de protección de su derecho al trabajo. Esto refleja que el derecho al acceso a la justicia, el reconocimiento de la capacidad jurídica y, en definitiva, el resto de los derechos humanos son indivisibles, interdependientes y se encuentran interconectados.⁽²⁵⁾

En un sentido inverso, la restricción de otros derechos afectará el derecho al acceso a la justicia. Así, si la mujer no cuenta con transporte accesible le resultará muy difícil llegar al sitio donde se imparte justicia. Si la mujer no tiene reconocido el ejercicio de su capacidad jurídica y no cuenta con los apoyos y ajustes razonables apropiados, no podrá peticionar ni accionar por el derecho a la justicia. Por ello, una correcta interpretación del derecho al acceso a la justicia implica una directa conexión con el art. 12 CDPD, en cuanto la garantía procesal debe considerar por esencia la capacidad jurídica de las mujeres y hombres con discapacidad en la manifestación de su voluntad ante los Tribunales de Justicia e instancias colaterales, extendiéndose a los respectivos sistemas de apoyo.

Dada la situación de dependencia en la que se encuentran muchas mujeres con discapacidad respecto de la persona encargada de su asistencia, que es también, en ciertas ocasiones, la que le agrede y abusa de ella, resulta imperioso asegurar formas

(23) Arts. 2º y 19 de la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y de Atención a las Personas en situación de Dependencia, del 14/12/2006.

(24) Morris, J. (ed.), *Encuentros con desconocidas. Feminismo y discapacidad*, Madrid, Narcea, 1996, p. 20.

(25) Ver Ortoleva, S., *op. cit.*

independientes de comunicación, a fin de ofrecer posibilidades de denuncia y acompañamiento durante todo el proceso, como asimismo la derivación inmediata a centros de atención integral de manera transitoria, hasta resolver judicialmente el caso. Para ello, en primer lugar se debe garantizar que las mujeres con discapacidad cuenten con las condiciones básicas de accesibilidad, a lo que se suma contar en cada fase del proceso con los sistemas y tecnologías de apoyo a la comunicación oral que ellas elijan, incluida la presencia de intérpretes de lengua de señas o guías intérpretes para personas sordociegas, a fin de garantizar su correcta comunicación con el personal policial y judicial.⁽²⁶⁾

De este modo, los servicios disponibles para las mujeres en general (incluidos los de violencia contra la mujer y atención a la infancia) han de ofrecerse en todos los lenguajes, formas y formatos posibles de manera fácil y segura. Cuando dichos servicios se ofrezcan a través de atención telefónica o teleasistencia, deberán ser también accesibles para mujeres sordas y sordociegas.⁽²⁷⁾ Los documentos relativos a las mujeres y niñas con discapacidad y sus derechos deben ser comprensibles y estar disponibles en lenguas vernáculas, en lengua de signos, Braille, formatos aumentativos y alternativos de comunicación y todos los demás modos, medios y formatos de comunicación accesibles, incluidos los electrónicos.⁽²⁸⁾ Todos los servicios específicos y materiales concretos dirigidos a las mujeres y niñas tienen que ser accesibles también que presenten con discapacidad intelectual. La lectura fácil, el uso de pictogramas o contar con una persona de apoyo para la comunicación, cuando sea necesario, son recursos que deben ser contemplados para su correcta atención.⁽²⁹⁾

Es por ello que la garantía de las condiciones de accesibilidad forma parte del contenido del derecho a la justicia. Y lo mismo sucede con los ajustes razonables. Si bien las adecuaciones normativas de acuerdo a los procedimientos existentes en cada ordenamiento jurídico nacional corresponden al legislador; será la judicatura la encargada de aplicar los ajustes de procedimiento que contemple la ley. No obstante, como destaca Soledad Cisternas, la pirámide jurisdiccional se verá imperada directamente en la aplicación del art. 13 en otros dos sentidos. El primero de ellos será de carácter regulatorio, ya que en virtud de las facultades de los poderes judiciales, tienen la potestad de dictar normativas de carácter interno que reglamenten el funcionamiento de los Tribunales de Justicia. En este aspecto, la autoridad judicial podrá ir complementando los ajustes de procedimientos contemplados en la ley, con autorregulaciones de acuerdo a la práctica cotidiana de sus respectivas competencias. En un segundo sentido, será directamente el juez o la jueza quien deberá disponer de adecuaciones que emanen del sentido común en un caso concreto del cual esté conociendo, aun cuando no estén contempladas en la ley o en las autorregulaciones del Poder Judicial. La casuística suele ser amplia y puede ocurrir que algunas diversificaciones no alcancen a estar reguladas exhaustivamente en forma previa, en cuya instancia el papel que asuma el juez o jueza para el caso individual será determinante en esta materia.⁽³⁰⁾

(26) Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), *Manifiesto de los Derechos de las Mujeres y Niñas con Discapacidad de la Unión Europea*, Institución de la Procuradora General del Principado de Asturias, 2011, sección 5.6, pp. 57 y 58. Ver texto completo [en línea] http://autismodiario.org/wp-content/uploads/2011/10/segundo_manifiesto_mujeres_discapacidad.pdf

(27) *Ibid.*, sección 3.10, p. 43.

(28) *Ibid.*, sección 3.13, p. 44.

(29) *Ibid.*, sección 3.12, p. 44.

(30) Cisternas Reyes, S., “Las obligaciones internacionales para los Estados Partes en virtud del artículo 12 de la CDPD, vínculos con el artículo 13 e impacto en el Derecho interno”, en A. Palacios y F. Bariffi (coords.), *op. cit.*, p. 237 y ss.

En todo este proceso, sin duda, el hecho de contar o no con un sistema de apoyos para la toma de decisiones condicionará que la mujer se atreva o no a traspasar el desconocido y temido muro que muchas veces se le presenta a la hora de pensar en recurrir al sistema de justicia.

4. El derecho al acceso a la justicia en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Por su necesidad e interdependencia, este derecho de acceso a la justicia se encuentra reconocido en todos los Tratados de derechos humanos.⁽³¹⁾ Las cláusulas de dichos Tratados y su interpretación por los Comités pertinentes, han sido la guía de base del art. 13 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad desde donde se ha buscado dar respuesta a la histórica exclusión de las personas con discapacidad del sistema de justicia, mediante la siguiente fórmula:

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".⁽³²⁾

(31) La Declaración de Derechos Humanos ha receptado el derecho al acceso a la justicia en varias disposiciones, aunque no lo ha etiquetado de manera individualizada. El art. 7º sobre igualdad bajo la ley; el art. 8º al establecer el derecho a un remedio efectivo, y el art. 10 que recepta el derecho a un juicio justo tanto para los procedimientos criminales como civiles. La Convención sobre Derechos Civiles y Políticos recepta dicho derecho a través del art. 14, al establecer que todas las personas deben ser iguales frente a las Cortes y los Tribunales. El art. 14.2.f establece en relación a los procedimientos criminales el derecho a contar con asistencia gratuita de un intérprete si la persona no puede comprender o hablar el lenguaje utilizado en la Corte. El art. 16 establece el derecho de toda persona a ser reconocida como persona bajo la ley. El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 13, reconoce la importancia de la comunicación en el proceso judicial cuando una persona no puede comprender una lengua. Si bien la Convención Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales no contiene una cláusula específica sobre acceso a la justicia, la Observación Gral. N° 9 reconoce la necesidad de un remedio judicial o administrativo. La Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer también reconoce en su art. 15 el derecho a la igualdad bajo la ley y las Cortes entre hombres y mujeres. El Comité del mencionado Tratado, en su Observación Gral. N° 21, explica la importancia fundamental de los derechos de la mujer en el sistema de justicia. Por ejemplo, la CEDM reconoce que sin acceso a la justicia, no hay manera de abordar medidas para contrarrestar y/o remediar la violencia de género. El Comité para la eliminación de toda forma de Discriminación Racial ha abordado en su Observación Gral. N° 20, relativa al art. 5 de la Convención el derecho a ser tratado bajo el principio de igualdad ante los tribunales. Sumado a ello, en su Observación Gral. N° 25 ha ilustrado el significado de la múltiple discriminación basada en la raza y otras condiciones. Así, ha expresado que la discriminación racial no afecta de igual modo a hombres y mujeres. La Convención Interamericana para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra las Personas con Discapacidad aborda la eliminación de la discriminación en el ejercicio del derecho y la administración de justicia en su art. III. La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales protege el derecho de toda persona a un recurso efectivo.

(32) Art. 13. de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Como señala Soledad Cisternas,⁽³³⁾ el verbo rector utilizado es “asegurar”, lo que implica que la garantía obliga a los Estados Partes a realizar todo lo necesario para que el sujeto de derecho pueda acceder a las distintas fases de conocimiento, consideración y juzgamiento que envuelve un proceso judicial. Por un lado, esta prescripción impera particularmente a la aplicación del principio de accesibilidad y sus disposiciones de implementación. Ello obliga tanto a la eliminación de barreras como al diseño de políticas y medidas que den cobertura a tal mandato, significando Tribunales cuya infraestructura, distribución de sus espacios, mobiliarios, instalaciones y señalizaciones sean acordes a las necesidades de hombres y mujeres con discapacidad, de igual modo que la información, las comunicaciones, la tecnología y también el transporte a través del cual se llega a los recintos judiciales y policiales. También se hace aplicable la asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a los Juzgados y Cortes.

Por ello, se podría afirmar que la noción de acceso a la justicia del art. 13 CDPD se proyecta en, al menos, tres dimensiones: legal, física y comunicacional.⁽³⁴⁾

En lo que respecta a la dimensión legal, los Estados Partes deben asegurar que todas las personas con discapacidad tengan legitimación activa y pasiva para acceder efectivamente a los procedimientos judiciales en nombre propio. Esto se vincula directamente con el art. 12 sobre la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica.⁽³⁵⁾ En la dimensión física, los Estados Partes deberán asegurar que las instalaciones judiciales o las oficinas públicas de reclamación de derechos, sean accesibles para las personas con discapacidad. Esto se vincula directamente con el art. 9º sobre accesibilidad.⁽³⁶⁾ Finalmente, en lo que respecta a la dimensión comunicacional, los Estados Partes deberán asegurar que toda la información relevante que se provea en el curso de un proceso judicial sea accesible para las personas con discapacidad en formatos alternativos de comunicación. Esto se vincula directamente con los arts. 2º y 21 del citado Tratado.

De este modo, como señala Soledad Cisternas,⁽³⁷⁾ los ajustes en el campo del acceso a la justicia pueden ser de variada índole.

Es importante destacar que la CDPD estipula la obligación de “... facilitar el desempeño de las funciones efectivas de las personas con discapacidad...”. Ello implica no restringir a la persona con discapacidad a una participación procesal meramente formal; sino que, además de poder desarrollar cualquier rol en el proceso, tenga reales alternativas de eficacia en su gestión jurídica. El centro de este segmento de la garantía necesariamente nos sitúa frente a una persona con discapacidad que expresa su pensamiento, opiniones y apreciaciones, de una manera adecuada a su diversidad y que ello sea convenientemente recogido en un proceso judicial.

(33) Cisternas Reyes, S., *op. cit.*

(34) Bariffi F., “*Implementing the UN Convention on Disability in the European Union and Member States: A review of Substantive Obligations and Examples of Good Practices*”, [en línea] <http://www.era-comm.eu/dalaw/uncrpd.html>

(35) Ver Palacios, A. y Bariffi, F. (coords.), *op. cit.* Ver, asimismo, Bariffi, F. J., “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU”, en L. C. Pérez Bueno (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2009.

(36) De Asís Roig, R., et. Al., *La accesibilidad universal en el Derecho*, *op. cit.*

(37) Cisternas Reyes, S., *op. cit.*

Esta participación debe garantizarse “en todos los procedimientos judiciales, incluida la etapa de investigación y otras etapas preliminares”. La garantía excede el marco de los procesos penales y civiles a que se refiere el PIDCP. El art. 13 CDPD se hace extensible a todo otro procedimiento contemplado en las legislaciones nacionales; de familia, comerciales, tributarios, laborales, aduaneros, administrativos, arbitrales y de mediación, entre otros. Además involucra a los procedimientos que se desarrollan en diversos tipos de tribunales, partiendo de la base de la pirámide jurisdiccional, llegando a las más altas Cortes, pasando también por Tribunales *ad hoc* si estos fueran contemplados en las legislaciones nacionales. La garantía se extiende asimismo a etapas anteriores a la existencia de un proceso judicial, incluyendo las diligencias policiales iniciales y otras medidas prejudiciales.

El punto 2 tiene vital importancia porque establece que: “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”. Esta prescripción tiene una gran significación, ya que dichos agentes especializados deberán aplicar ajustes de procedimiento contemplados en la ley y en las regulaciones del Poder Judicial, incluyendo sistemas de apoyo y salvaguardias con base en el principio de la justicia, entendida como dar a cada cual lo que le corresponde o lo que merece.

En este punto, se hace necesario que las y los funcionarios aludidos, profundicen en el sentido intrínseco de la CDPD, su propósito, los principios, obligaciones, derechos y libertades que aborda, de tal manera de otorgar una correcta atención a las personas con discapacidad que se presenten ante la judicatura, comprendiendo que, dentro de la garantía del acceso a la justicia, resultará indispensable la correcta aplicación del art. 12 CDPD.

La CDPD, asimismo, enumera una serie de obligaciones para los Estados Parte e incorpora una dinámica de derechos que se encuentran interrelacionados y que tienen que ver con el derecho a la igualdad, tales como la importancia de eliminar los estereotipos, garantizar la accesibilidad, y el igual reconocimiento como persona bajo la ley. Se ha aludido a estos derechos en los apartados anteriores.

A la lectura y aplicación de este artículo debe sumársele el art. 6 de la CDPD, en cuanto prevé de manera específica la necesidad de tener presente la situación de la mujer con discapacidad, cuando establece:

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.

Sumado a este artículo específico que pretende dar visibilidad a la múltiple discriminación de mujeres con discapacidad, la Convención tiene una mirada de género transversal en muchos artículos claves, entre los que deben destacarse el art. 8º, relativo a la toma de conciencia; el art. 16, relativo a la protección contra la explotación, la violencia y los abusos; el art. 25, sobre derecho a la salud; el art. 28, sobre nivel de vida adecuado

y protección social; y el art. 34, que establece la conformación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.⁽³⁸⁾

5. Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad

Las Reglas de Brasilia fueron adoptadas en el seno de la XIV Cumbre Iberoamericana realizada en esa ciudad entre los días 4 al 6 de marzo de 2008. Son un conjunto de estándares mínimos que sirven de orientación a las y los operadores de los sistemas de justicia a fin de garantizar y facilitar el acceso a personas que comúnmente sufren limitaciones y/o vulneraciones de su derecho de acceso a la justicia.⁽³⁹⁾ Si bien son un instrumento de *soft-law*, es decir, que no tienen carácter vinculante, son una guía de actuación muy importante para quienes integran el sistema de justicia.⁽⁴⁰⁾

A fin de abordar la cuestión relativa a la “vulnerabilidad” resulta importante formular una precisión conceptual que, lejos de ser una mera cuestión semántica, conlleva consecuencias sustanciales en la práctica.

Ni las mujeres, ni las personas con discapacidad son vulnerables a raíz de sus limitaciones individuales, sino que son personas en “condición o situación de vulnerabilidad”, a raíz de construcciones sociales y procesos de exclusión que se dan cuando determinadas características –como el género o la diversidad funcional– no son tenidas en cuenta a la hora del diseño de la sociedad. En otras palabras, la “situación de vulnerabilidad” es, en realidad, el fruto de la discriminación a la que histórica y generalizadamente han sido o son sometidas tanto las mujeres en particular, como las personas con discapacidad en general.

Sin embargo, las Reglas consideran en condición de vulnerabilidad a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Y por causas de vulnerabilidad, comprende entre otras, al género y la discapacidad.⁽⁴¹⁾

Asimismo, define a la discapacidad como “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”.

Si bien la definición intenta abordar a la discapacidad desde el modelo social no logra separarse por completo del modelo médico, al otorgarle un valor central a la limitación personal.⁽⁴²⁾ De este modo, para las Reglas la discapacidad se deriva de la condición individual

(38) Ver Palacios, A., y Bariffi, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*, Madrid, Cinca, 2007, p. 87 y ss.

(39) Ver Martínez Alcorta, J. A., “Las Reglas de Brasilia y el acceso a la justicia de las personas con discapacidades mentales o adicciones graves”, en A. Sojo Lorenzo (dir.), *El Derecho*, Cuaderno de Familia, octubre de 2011. Ver texto [en línea] <http://www.scribd.com/doc/69117891/El-Derecho-Cuaderno-de-Familia-de-Octubre-del-2011>

(40) Se sigue en este punto el criterio asumido en “Acceso a la justicia y discapacidad”, en J. M. Nogueira y H. Schapiro (coords.), *Acceso a la justicia y grupos vulnerables. A propósito de las Reglas de Brasilia*, Editora Platense, 2012.

(41) Ver Regla 1.

(42) Ver 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.

de la persona, lo cual se diferencia de la situación contextual. Cuando eso lo intentamos aplicar al contexto de la mujer con discapacidad nos genera algunos inconvenientes.

El modelo social de discapacidad parte de la premisa de que la discapacidad es, en gran parte, el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con diversidad funcional. Asimismo, apunta a la autonomía de la persona con diversidad funcional para decidir respecto de su propia vida, y para ello se centra en la eliminación de cualquier tipo de barrera, a los fines de brindar una adecuada equiparación de oportunidades.

Si no partimos desde esta visión social de la discapacidad, las soluciones o respuestas legales y políticas tendentes a garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad pueden derivar en medidas asistencialistas o excesivamente protecciónistas cuyo resultado final supone mayores barreras y restricciones a la tutela de los derechos individuales.⁽⁴³⁾

Al concepto de discapacidad se le suma una garantía que se especifica en el apartado 8 en cuanto se “procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación”.

Se trata de una formulación general pero que recoge elementos a tener en cuenta. En primer lugar, las Reglas hablan de accesibilidad a los “servicios judiciales”, es decir, no solo el acceso formal a un procedimiento judicial, sino más bien el acceso efectivo a todas las instancias y medidas disponibles por la administración de justicia. En segundo lugar, las Reglas hablan de garantizar la “seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación” de la persona con discapacidad. Claramente esto se encuentra íntimamente relacionado con lo anteriormente señalado, es decir, accesibilidad universal a la justicia, mediante la existencia de servicios, mecanismos, o dispositivos que garanticen la igualdad efectiva en todos los ámbitos referidos.

Pero el gran valor del apartado 8 no se agota en sí mismo, sino que sirve como referente y marco de interpretación de las diferentes medidas estipuladas a lo largo de los capítulos III y IV de las Reglas.

Por ejemplo, todas las Reglas relativas al acceso a la asistencia legal y defensa pública deben prever que las personas con discapacidad pueden requerir de métodos alternativos de comunicación como el Braille, la lengua de señas, o la utilización de tecnologías para la comunicación. Asimismo todas las reglas relativas a la celebración de actos judiciales, deberán prever que las personas con discapacidad pueden requerir de un entorno físico o edilicio accesible que garantice la utilización de formas alternativas de movilidad (sillas de ruedas, perros guías, etc.) o de formas alternativas de acceso a la información

(43) 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*, op. cit. El Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad ha dicho al respecto: “... la mayoría de los Códigos Civiles, principalmente, de los Estados de la región mantienen en sus normativas legales institutos jurídicos como la declaración de insanía y la curatela como forma de representación legal de las 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 inciso a) y b) de dicha Convención...” (OEA/ Ser. L/XXIV.3.1, CEDDIS/doc.12 (I-E/11) Rev.1, 28/04/2011).

(lenguaje sencillo, mayor tiempo de procesamiento de la información, etc.). Finalmente, y aunque las reglas no lo aluden directamente, la garantía de acceso a la justicia debe prever y asegurar que todas las personas con discapacidad, incluso aquellas que tengan discapacidad intelectual o mental, puedan acceder y tomar decisiones procesales en nombre propio en todas aquellas medidas o procedimientos judiciales que la involucren.

A lo atendido, este instrumento le suma una fuerte protección antidiscriminatoria en materia de género, mediante la cláusula 18 que entiende por discriminación contra la mujer: “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.⁽⁴⁴⁾ Sumado a ello, las Reglas siguientes ponen el énfasis necesario en la concepción de violencia contra la mujer (Regla 19)⁽⁴⁵⁾ y las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia (Regla 20).⁽⁴⁶⁾

Evidentemente de la interpretación sistemática y correcta articulación de las Reglas es posible conferir una importante protección a la mujer al momento de ejercer su derecho de acceso a la justicia, mucho más teniendo en cuenta que, si bien las Reglas no mencionan expresamente a la situación de la mujer con discapacidad, brindan un *plus* de protección cuando las situaciones de vulnerabilidad son múltiples. Así, establece el apartado 17 que: “la discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurre alguna otra causa de vulnerabilidad”,⁽⁴⁷⁾ como sería el caso de sumar la condición de discapacidad.

6. Un camino fértil

El camino es fértil. Argentina ha venido adoptando normativas y diseñando e implementando programas de acceso a la justicia tanto para mujeres como para personas con discapacidad.

Entre las normas y recientes cabe destacar la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el año 2008, a través de la ley 26.378. La promulgación de la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en todos los ámbitos que desarrollen sus relaciones interpersonales (26.485) en el año 2009.⁽⁴⁸⁾ La promulgación de la Ley Nacional de Salud Mental (26.657) en el año 2010.

(44) Ver Reglas de Brasilia, apartado 18.

(45) Reglas de Brasilia, apartado 19: “Se considera violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica”.

(46) Reglas de Brasilia, apartado 20: “Se impulsarán las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones. Se prestará una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna”.

(47) Reglas de Brasilia, apartado 17.

(48) Reglamentada mediante decreto 1011/2010.

En el ámbito de las medidas institucionales, la Defensoría General de la Nación a partir del año 2005 ha puesto en marcha un Plan de Fortalecimiento institucional en el ámbito de las Curadurías Públicas, organización que presta servicio en la Ciudad de Buenos Aires.⁽⁴⁹⁾ En el año 2011 se creó la Unidad de Letrados del art. 22 de la ley 26.657, cuya principal función consiste en ejercer la defensa técnica de aquellas personas usuarias del servicio de salud mental que se encuentran internadas, siempre que no hayan designado un abogado o abogada de su confianza.⁽⁵⁰⁾ A dichos fines, sus integrantes se encuentran facultados para instar las acciones necesarias para garantizar la efectiva protección de los derechos de sus asistidos y asistidas.⁽⁵¹⁾ Sumado a ello, la Unidad de Letrados de personas menores de edad del art. 22 tiene como función garantizar una defensa técnica especializada para niñas, niños y adolescentes que se encuentren internados por razones de salud mental y/o adicciones en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, en el marco de la protección integral reconocida, entre otras normativas, por la ley 26.061 y la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23.849).⁽⁵²⁾

Asimismo, en el año 2011, la Defensoría General de la Nación ha dividido a las y los Curadores Públicos en dos grupos: curadores provisionales y curadores definitivos. Ello persiguiendo una reasignación de roles que diferencie a quienes funcionan como apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica (provisorios), de quienes se desempeñan en su rol de curadores representantes o curadores asistentes, según la sentencia haya decretado la interdicción o la inhabilitación.⁽⁵³⁾ Muy recientemente (el 10 de septiembre de 2012) se ha modificado parcialmente la anterior resolución especificando los ámbitos de actuación de las y los curadores definitivos según se trate de una curatela de representación o de una curatela de apoyo. Asimismo, se establece la obligación para ambos grupos de curadores definitivos de instar y tramitar la revisión de las sentencias de declaración de inhabilitación o incapacidad, a fin de que se especifiquen las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, promoverán que dichos procedimientos respeten las debidas garantías y que las sentencias se adecuen a la situación de sus asistidas y asistidos.⁽⁵⁴⁾

El Poder Ejecutivo Nacional creó la Dirección Nacional de Salud Mental en abril del 2010, organismo dependiente de la Secretaría de Determinantes de la Salud y Relaciones Sanitarias del Ministerio de Salud de la Nación.⁽⁵⁵⁾ Entre otras acciones, puso a disposición del servicio de justicia sus equipos técnicos para la elaboración de los peritajes interdisciplinarios que exige el nuevo art. 482 del Código Civil y el procedimiento de internamiento involuntario que establece la ley 26.657.

En el año 2011, los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos y de Salud dispusieron la creación de PRISMA: “Programa Interministerial de Salud Mental Argentino” con el objeto de tratar la problemática de aquellas mujeres y hombres alojados tanto en las instalaciones de los establecimientos penitenciarios especializados en materia psiquiátrica del

(49) Ver Martínez Alcorta, J. A., *op. cit.*

(50) Mediante resolución DGN 841/11 de agosto de 2011.

(51) Mediante resolución DGN 1102 de agosto de 2012.

(52) Mediante resolución DGN 516/12, de 1 de junio de 2011.

(53) Ver resolución DGN 841/11.

(54) Ver resolución DGN 40135/12.

(55) Ver decreto 457/10.

Servicio Penitenciario Federal como en otras Unidades del Servicio, que cumplan con los criterios de admisión establecidos en programa.⁽⁵⁶⁾

La Corte Suprema de Justicia de la Nación creó en el año 2007 la Comisión Nacional de Acceso a la Justicia, con el objeto de “promover e incentivar el acceso a la justicia a través de programas educativos y de la sugerencia de modificaciones legislativas a otros poderes del Estado a fin de orientar y disminuir la litigiosidad judicial”. En la línea de este objetivo, en el año 2009 adhirió expresamente a las Reglas de Brasilia.⁽⁵⁷⁾

Asimismo, y en el ámbito del género, en el año 2008 se creó en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Oficina de Violencia Doméstica, que persigue, entre sus principales objetivos, facilitar el acceso a justicia de las personas afectadas por la violencia doméstica que actualmente desconocen las vías de entradas al sistema, racionalizando a la vez los recursos por la indudable mayor eficiencia que implican las oficinas comunes a diversos tribunales.

Por otro lado, en el año 2011 se creó la Comisión Nacional Coordinadora de Acciones para la Elaboración de Sanciones de Violencia de Género (CONSAVIG).⁽⁵⁸⁾

También es importante resaltar la apertura de 30 centros de acceso a la justicia en distintos puntos del país que impulsó el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a través de la Dirección Nacional de Promoción y Fortalecimiento para el Acceso a la Justicia con el objeto de brindar asesoramiento y orientación profesional a la comunidad, y para garantizar el pleno ejercicio de los derechos y la igualdad de oportunidades.⁽⁵⁹⁾

Finalmente, cabe destacar también en la órbita de la Secretaría de Justicia, la creación del Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS), que tiene como objetivo fundamental asegurar el respeto de la dignidad inherente de las personas con discapacidad, a fin de facilitar la comunicación y la obtención de la información necesaria para el efectivo acceso a la justicia⁽⁶⁰⁾

Estas normas, programas y acciones resultan de vital importancia y son un paso fundamental para promover el acceso a la justicia. De su mano, para poder garantizar que las mujeres con discapacidad puedan ejercer sus derechos y no sean discriminadas por motivo de su género ni de su discapacidad, es necesario que todas las personas involucradas de manera directa o indirecta en el sistema de justicia, se encuentren sensibilizadas, formadas y suficientemente capacitadas. La misma CDPD ha siendo consciente de esta carencia, y ha previsto una norma específica, que se refiere la toma de conciencia.⁽⁶¹⁾

(56) Ver resolución conjunta 1075/11 y 1128/11 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y del Ministerio de Salud de la Nación.

(57) A través de la acordada 5/2009.

(58) Ver resolución ministerial 1592, firmada 20/10/2011.

(59) La Dirección Nacional de Promoción y Fortalecimiento para el Acceso a la Justicia se creó mediante el decreto 1755/08. Depende de la Subsecretaría de Relaciones con el Poder Judicial de la Secretaría de Justicia de la Nación.

(60) Ver decreto 1375/2011.

(61) Así, su art. 8º establece: “1. Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para: a) Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas; b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos

La toma de conciencia y la capacitación es la primera medida para la eliminación de barreras **actitudinales**. Para ello, se requiere de una reforma institucional de fondo, que supone asegurar que la investigación y el análisis legal incluyan el enfoque de género y de discapacidad conforme los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en especial, la CDPD y la CEDM). Que se revise la legislación a través de dicha mirada. Que se eliminen las prácticas, las políticas, las regulaciones y la legislación discriminatoria que de manera directa o indirecta, intencionada o no, restrinja o impida que las mujeres con discapacidad actúen en calidad de testigos, jurados, abogadas, juezas.⁽⁶²⁾ Que se capacite a profesionales y auxiliares de la justicia. Que se incluya de manera transversal el Derecho de la Discapacidad y la perspectiva de género en los programas de formación, capacitación y desarrollo profesional judicial y también policial y penitenciario.

Contamos con las normas necesarias, los programas, el compromiso de quienes integran el sistema de justicia. Probablemente, el mayor desafío sea la articulación de las acciones y programas ya existentes, para fundir ambas perspectivas, la de género y la de discapacidad. Estas reflexiones aspiran a poner el acento en la imperiosa necesidad de incluir ambas miradas.

los ámbitos de la vida; c) Promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad. 2. Las medidas a este fin incluyen: a) Poner en marcha y mantener campañas efectivas de sensibilización pública destinadas a: i) Fomentar actitudes receptivas respecto de los derechos de las personas con discapacidad; ii) Promover percepciones positivas y una mayor conciencia social respecto de las personas con discapacidad; iii) Promover el reconocimiento de las capacidades, los méritos y las habilidades de las personas con discapacidad y de sus aportaciones en relación con el lugar de trabajo y el mercado laboral; b) Fomentar en todos los niveles del sistema educativo, incluso entre todos los niños y las niñas desde una edad temprana, una actitud de respeto de los derechos de las personas con discapacidad; c) Alentar a todos los órganos de los medios de comunicación a que difundan una imagen de las personas con discapacidad que sea compatible con el propósito de la presente Convención; d) Promover programas de formación sobre sensibilización que tengan en cuenta a las personas con discapacidad y los derechos de estas personas".

(62) Ver Ortoleva, S., *op. cit.*

PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CON DISCAPACIDAD

GARANTÍAS ADICIONALES DEL DEBIDO PROCESO

MARÍA SILVIA VILLAVERDE⁽¹⁾

"Sin garantías efectivas, no hay derechos" Morello

1. Perfil actual del debido proceso

Cuando pensamos en el perfil actual del debido proceso resulta innegable que los tratados de derechos humanos han sido determinantes en su conformación. Nuevos principios y garantías procesales dan cuenta del carácter evolutivo del proceso, a cuya regulación local, tanto legal como constitucional, se ha sumado la supranacional del derecho internacional de los derechos humanos.

Sencillamente, cabe recordar entonces que el plexo de contenidos que configuran el debido proceso abarca no solamente en el art. 18 de la Constitución Nacional y en las disposiciones de las constituciones provinciales, sino también en los instrumentos internacionales de derechos humanos, que constituyen un verdadero régimen común de protección: La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. XVIII derecho de justicia), la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 8º, 9º, 10 y 11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2º, ap. 3, incs. a, b y c, y art. 14) y la Observación General N° 32 del Comité de Derechos Humanos (ONU), la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 8º y 25) y la jurisprudencia de los intérpretes autorizados de los tratados en los planos universal y regional americano (órganos de los tratados de Naciones Unidas o Comités y la Corte y Comisión Interamericanas de Derechos Humanos, respectivamente).

Sobre el *corpus iuris* de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos ha expresado que se halla integrado por “un conjunto de instrumentos internacionales

(1) Abogada y Contadora Pública Nacional (UBA). Jueza del Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia N° 3 del departamento judicial de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, desde 1996. Especialista en Metodología de la Investigación Científica del Departamento de Humanidades y Artes (UNLA). Docente de la Facultad de Ciencias Económicas y de la Facultad de Derecho (UBA). Coordinadora del módulo salud mental del programa de actualización de posgrado en Discapacidad, Salud Mental y Envejecimiento (UBA).

de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha determinado un impacto positivo en el derecho internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones”.⁽²⁾

Básicamente, los contenidos insoslayables del debido proceso en la actualidad son:

- *derecho a ser oído, entendido como el acceso a la justicia con independencia de condiciones personales o económicas*
- *derecho al proceso*
- *derecho al plazo razonable*
- *derecho al juez natural, competente, independiente e imparcial, y*
- *derecho al efecto útil de la sentencia*⁽³⁾

A los contenidos básicos, en observancia del principio de igualdad —tanto formal como sustancial— y de su corolario —la prohibición de discriminación—, y por la propia naturaleza y funciones de las garantías procesales destinadas a proteger, asegurar y afirmar el goce o el ejercicio efectivo de un derecho, se han ido adicionando otras protecciones del debido proceso para corregir situaciones de desventajas reales en las que se encuentran determinadas personas en el procedimiento.

2. Derecho de niñas, niños y adolescentes a ser oídos y a ser tenidos debidamente en cuenta

Respecto de niñas, niños y adolescentes, el derecho a ser oído como elemento de todo proceso ha sido desarrollado recientemente por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “Atala Riff y Niñas c/ Chile” (2012),⁽⁴⁾ en el cual se condenó al Estado por violación de los arts. 8.1 (Garantías judiciales) y 1.1 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en perjuicio de tres niñas.

En el párr. 196, la Corte afirma que niñas y niños son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el art. 19 del Tratado, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto.

En el presente caso, el Tribunal afirmó que el art. 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos.

Afirma el Tribunal interamericano que dicho derecho debe ser interpretado a la luz del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU), el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho de las niñas y los niños a ser escuchado, con el objeto de que la intervención de este niño se ajuste a sus condiciones y no redunde en perjuicio de su interés genuino.

(2) Corte IDH, OC-16/99, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco del debido proceso”, 01/10/1991, párr. 115.

(3) Gozaíni, Osvaldo A., *El debido proceso*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 39.

(4) CIDH, “Caso Atala Riff y Niñas c/ Chile”, 24/02/2012.

Específicamente, la Corte Interamericana remite a la Observación General N° 12⁽⁵⁾ de 2009 del Comité de los Derechos del Niño, órgano de Naciones Unidas y órgano de expertos creado en virtud del tratado sobre el cual nuestra Corte Nacional ha expresado que es el “intérprete autorizado de la Convención sobre los Derechos del Niño en el plano internacional” (fallos “Maldonado” de 2005 y “G., M. G. s/ protección de persona” de 2008).⁽⁶⁾

En el párr. 197 de la sentencia citada, se señala que en la Observación General N° 12, el Comité

... resaltó la relación entre el “interés superior del niño” y el derecho a ser escuchado, al afirmar que ‘no es posible una aplicación correcta del art. 3 (interés superior del niño) si no se respetan los componentes del art. 12. Del mismo modo, el art. 3 refuerza la funcionalidad del art. 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida.

En este punto cabe recordar, que en la Observación General N° 5, el Comité de los Derechos del Niño había identificado, como Principios Generales de la protección instituida en la Convención sobre los derechos del Niño “basada en derechos”, a los arts. 2º (obligación de no discriminación, especificando como motivo prohibido la discapacidad), 3º (interés superior del niño como consideración primordial en todas las medidas), 6º (derecho a la vida y obligación estatal de garantizar la supervivencia y el desarrollo integral) y 12 (derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones). Respecto del art. 12, el Comité había explicitado en esa oportunidad que este principio “pone de relieve la función del niño como participante activo en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos” y que “se aplica igualmente a todas las medidas adoptadas por los Estados para aplicar la Convención.”

Luego de haber analizado exhaustivamente el caso a la luz de la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que:

... la Corte Suprema (de Chile) se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad, pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, más aun si se tiene en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y las niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño (supra párr. 197). Por lo anteriormente indicado, la Corte (Interamericana de Derechos Humanos) concluye que la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia (de Chile) violó el derecho a ser oídas de las niñas y ser debidamente tomadas en cuenta consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en perjuicio de las niñas M., V. y R.

(5) CRC/C/GC/12, 20/07/2009.

(6) Recuérdese que la CSJN considera a los Comités creados en virtud de los tratados del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas como “los intérpretes autorizados de los tratados en el plano universal”: “Aquino” (Fallos: 327:3753), “Vizzoti” (Fallos: 327:3677), “Maldonado” (Fallos: 328:4343), “Torrillo” (Fallos: 332:709, 31/03/2009), G., M. G. s/ protección de persona, 16/09/2008.

Cabe agregar, en este punto de la exposición, que el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 12, a la que recurrió la Corte Interamericana para analizar el alcance y contenido de las garantías procesales establecidas en el art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en particular el derecho a ser oído de toda persona, insta a los Estados a:

... evitar los enfoques meramente simbólicos que limiten la expresión de las opiniones de los niños o que permitan que se escuche a los niños pero no que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones. Hace hincapié en que permitir la manipulación de los niños por los adultos, poner a los niños en situaciones en que se les indica lo que pueden decir o exponer a los niños al riesgo de salir perjudicados por su participación no constituyen prácticas éticas y no se pueden entender como aplicación del art. 12.

En el párr. 28 el Comité expresa que es necesario tener “debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez”:

Estos términos hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido sus opiniones en el resultado del proceso. El art. 12 estipula que no basta con escuchar al niño; las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio.

En el párr. 45, el Comité puntualiza que “[d]ado que el niño tiene derecho a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, el encargado de tomar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio. La información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia”.

En el párr. 47, el Comité afirma que “[s]i el derecho del niño a ser escuchado se vulnera en relación con procedimientos judiciales o administrativos (art. 12, párr. 2), el niño debe tener acceso a procedimientos de apelación y denuncia que ofrezcan vías de recurso para las violaciones de derechos. Los procedimientos de denuncia deben proporcionar mecanismos solventes para garantizar que los niños confíen en que al utilizarlos no se exponen a un riesgo de violencia o castigo”.

En el párr. 134 el Comité considera, como una de las condiciones básicas para la observancia del art. 12, que todos los procesos en que sean escuchados los niños sean “incluyentes”:

La participación debe ser incluyente, evitar las pautas existentes de discriminación y estimular las oportunidades para que los niños marginados, tanto niñas como niños, puedan participar. Los niños no constituyen un grupo homogéneo y es necesario que la participación prevea la igualdad de oportunidades para todos, sin discriminación por motivo alguno.

Control de convencionalidad: Finalmente, la Corte Interamericana reitera su doctrina del control de convencionalidad,⁽⁷⁾ al afirmar que:

... los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Por lo que, en el párr. 284 se afirma que “con base en el control de convencionalidad, la interpretación judicial y administrativa y la aplicación de las garantías judiciales deben adecuarse a los principios establecidos en la jurisprudencia de este tribunal en el presente caso”.

3. Derecho de niñas, niños y adolescentes con discapacidad a ser oídos y a ser tenidos debidamente en cuenta

En el caso de niñas, niños y adolescentes con discapacidad, si bien les resulta plenamente aplicable la Observación General N° 12, los restantes instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia referida previamente, el Comité de los Derechos del Niño (ONU) elaboró la Observación General N° 9⁽⁸⁾ en el 2007, titulada “Los derechos de los niños con discapacidad”, que atiende a las dificultades y obstáculos estructurales con los que tropiezan cotidianamente en el ejercicio de sus derechos.

Las niñas y niños con discapacidad son uno de los grupos más marginados y excluidos: son víctimas de violaciones generalizadas de sus derechos que vulneran su dignidad, su identidad, su capacidad, su derecho al proyecto de vida e, incluso, su derecho a la vida.

El objeto de la Observación General N° 9 consiste en

... ofrecer orientación a los Estados Partes en sus esfuerzos por hacer efectivos los derechos de los niños con discapacidad, de una forma general que abarque todas las disposiciones de la Convención. Por lo tanto, el Comité en primer lugar hará algunas observaciones relacionadas con los arts. 2 y 23, y a continuación se extenderá sobre la necesidad de prestar atención especial a esos niños con discapacidad dentro del marco de medidas generales para la aplicación de la Convención.⁽⁹⁾

Ha de observarse que el Comité reconoce la importancia de los arts. de la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU), dado que fueron las primeras disposiciones expresas referentes a los niños con discapacidad en el sistema de protección de derechos:

a) *el art. 2 sobre la prohibición de discriminación, en el que prohíbe expresamente la discriminación por motivos de discapacidad, y*

(7) Receptada por la CSJN en el caso “Mazzeo” (2007) y creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Almonacid Arellano c/ Chile” (2006), perfeccionada en dos casos posteriores: “Trabajadores Cesados del Congreso c/ Perú” (2006), en el que se estableció el control de convencionalidad “de oficio”, y “Cabrera c/ México” (2010) el control de convencionalidad “difuso”.

(8) CRC/C/GC/9, 27/02/2007.

(9) Párr. 6.

b) el art. 23 en el que se establece, como principio rector de la protección de los derechos de niñas y niños con discapacidad:

... el disfrute de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad. Las medidas que adopten los Estados Partes en cuanto a la realización de los derechos de los niños con discapacidad deben estar dirigidas a este objetivo. El mensaje principal de este párrafo es que los niños con discapacidad deben ser incluidos en la sociedad.⁽¹⁰⁾

Sin embargo, en el párr. 5 el Comité aclara que la aplicación de la Convención con relación a los niños con discapacidad no debe limitarse a esos arts. específicos y advierte sobre las graves dificultades que experimentan los niños con discapacidad y sobre los múltiples obstáculos con que tropiezan para el pleno disfrute de todos los derechos reconocidos en la Convención.

En virtud de ello, el Comité:

... insiste en que los obstáculos no son la discapacidad en sí misma, sino más bien una combinación de obstáculos sociales, culturales, de actitud y físicos que los niños con discapacidad encuentran en sus vidas diarias. Por lo tanto, la estrategia para promover sus derechos consiste en adoptar las medidas necesarias para eliminar esos obstáculos.

La transcripción de estos párrafos da cuenta de una coincidencia entre la Observación General N° 9 del Comité de los Derechos y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que se explica por la simultaneidad en la preparación de ambos instrumentos, pertenecientes al Sistema de Derechos Humanos de Naciones Unidas: consagran las aspiraciones sociales inclusivas resultantes de un nuevo paradigma en materia de protección de derechos de las personas con discapacidad, la “discapacidad social”, y despliegan una estrategia común con vocación transformadora.

Como se expresa en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad, “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debida a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

La estrategia del Comité de los Derechos del Niño, explicitada en el párr. 5 de la Observación General N° 9, consistente en “eliminar los obstáculos”, es precisamente la misma que adopta la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuyo “propósito” establecido en el art. 1º es el “goce pleno” y “en igualdad de condiciones con los demás” de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, ya reconocidos a todas las personas en los tratados de derechos humanos previos a la Convención.

Para el logro del propósito, una vez identificados los obstáculos y las barreras que pudieran entorpecer la participación social, plena e igualitaria de las personas con discapacidad, los Estados se comprometen a implementar medidas eficaces para removelos, adaptándose y ajustándose así la sociedad a la diversidad inherente a la condición humana (art. 3º, inc. d).

(10) Párr. 11.

Concebido como un instrumento jurídico para la “consecución del objetivo de una sociedad y un modelo de desarrollo inclusivos”,⁽¹¹⁾ en el texto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se reafirman todos los derechos humanos y libertades fundamentales ya reconocidos a todas las personas en otros tratados, y se definen las medidas específicas que los Estados partes deberán adoptar para asegurar a las personas con discapacidad el ejercicio pleno e igualitario de sus derechos, respetando los valores específicos introducidos en el art. 3º sobre Principios Generales.

En conclusión, tanto el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 9 sobre “los derechos de los niños con discapacidad”, como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, elaborados ambos en la misma época, comparten la misma estrategia: la obligación asumida por los Estados Partes de tomar medidas para eliminar los obstáculos al ejercicio de los derechos y a la participación social, plena e igualitaria, de las personas con discapacidad, ya sean niños, niñas, adolescentes o personas mayores de edad.

4. Centralidad de los derechos de niñas y niños en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

Por su parte, como ya hemos señalado previamente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no incorpora derechos adicionales a los ya reconocidos en el sistema de derechos humanos para todas las personas:

... los derechos humanos tienen carácter universal y se aplican a todos los seres humanos. Sin embargo, impone importantes obligaciones adicionales a los gobiernos, que han de adoptar medidas para suprimir los obstáculos que dificultan la realización de los derechos. También adopta el modelo social de discapacidad y se aplica a las personas “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” (art. 1).⁽¹²⁾

La centralidad de la preocupación por la desventaja social de niñas y niños con discapacidad se evidencia en su Preámbulo —q) y r)— y en las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la que se incluye un artículo dedicado a niñas y niños con discapacidad (art. 7), donde se establecen las obligaciones estatales de adoptar las medidas necesarias para asegurar la realización de todos los derechos de niñas y niños con discapacidad en igualdad con los demás niños y niñas, de promover la protección del interés superior del niño, y de garantizar su “derecho a expresar su opinión libremente en todos 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”.

(11) A/67/281, 9/8/2012: Informe del Secretario General de Naciones Unidas a la Asamblea General sobre la situación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.

(12) A/66/230, 3/8/2011: Informe del Secretario General de Naciones Unidas a la Asamblea General sobre la situación de la Convención sobre los Derechos del Niño, prestando especial atención a la realización de los derechos de los niños con discapacidad.

En el art. 3º, titulado Principios Generales, la Convención incorpora el respeto de la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad (inc. h), y en el art. 4º sobre Obligaciones Generales a cargo del Estado, se establece la obligación general de celebrar consultas con los niños y las niñas, a través de las organizaciones que los representan, al formular las leyes o políticas pertinentes.

5. Ajustes adecuados al procedimiento y adecuados a la edad

En el art. 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, titulado “Acceso a la justicia”, un aspecto destacado de la disposición son los “ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas” de las personas con discapacidad “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”.

Respecto de los “ajustes de procedimiento y adecuados a la edad” requeridos en el art. 13.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, remito nuevamente al Comité de los Derechos del Niño que en la misma Observación General Nº 9 manifiesta su preocupación respecto de las características de los Sistemas de Justicia de Menores y recomienda a los Estados medidas específicas en el trato con los niños con discapacidad que (presunta o efectivamente) han infringido la ley (párrs. 73 y 74).

En este tema, el Comité enfatiza que los procedimientos, las entrevistas y el trato con los niños con discapacidad debe estar a cargo de profesionales, “tales como los agentes de orden público, los abogados, los trabajadores sociales, los fiscales y/o jueces, que hayan recibido una formación apropiada al respecto”.

En el Sistema de Justicia de Menores, a los niños con discapacidad les son aplicables las garantías establecidas en los arts. 40, 37 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño —a la luz del art. 23 sobre los niños con discapacidad— y “las demás disposiciones y garantías pertinentes contenidas en la Convención, por ejemplo, en el ámbito de la atención de la salud y la educación”.

Pero, además, los Estados deben adoptar, “cuando sea necesario, medidas específicas para asegurar que los niños con discapacidad estén protegidos en la práctica por los derechos mencionados y se beneficien de ellos”.

Asimismo, en virtud del “alto grado de vulnerabilidad de los niños con discapacidad”, los Estados han de tener en cuenta elementos de trato específicos:

- *Entrevista utilizando lenguajes adecuados y trato por profesionales, “tales como los agentes de orden público, los abogados, los trabajadores sociales, los fiscales y/o jueces, que hayan recibido una formación apropiada al respecto”*
- *Desarrollo y aplicación de medidas sustitutivas ajustadas a la capacidad y aptitudes individuales del niño para evitar la utilización de las actuaciones judiciales y los procedimientos jurídicos habituales. “En esos casos hay que desplegar esfuerzos especiales para informar al niño del procedimiento de la justicia de menores y de sus derechos de acuerdo con este”.*

Asimismo, el Comité recomienda que los niños con discapacidad que efectivamente hayan infringido la ley penal “no deben colocarse en un centro de detención general para menores, ya sea como detención preventiva o como sanción”.

Se insiste en la excepcionalidad de la privación de libertad, que “debe aplicarse únicamente si es necesaria para ofrecer al niño un tratamiento adecuado y ocuparse de sus problemas que hayan conducido a la comisión del delito”.

En el caso de que la privación de la libertad sea necesaria conforme al criterio explicitado, “el niño debe ser colocado en una institución dotada de personal especialmente formado y otros centros que ofrezcan tratamiento específico”.

Para reforzar los elementos de trato específicos recomendados, el Comité reclama a los Estados que: “Al adoptar decisiones de esta índole la autoridad competente debe asegurarse de que se respetan plenamente los derechos humanos y las garantías jurídicas”.

6. Capacitación adecuada como garantía de efectividad y de no repetición

En el párrafo segundo del art. 13, se estipula que: “A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a las justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario”.

Sin “la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario”, no hay acceso efectivo a la justicia, aunque se cuente con las mejores leyes y las mejores intenciones de los operadores, en general formados en concepciones de la sociedad y del Derecho superadas por los nuevos paradigmas de protección de derechos, en particular por el modelo de la discapacidad social incorporado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La capacitación para la aplicación e interpretación del Derecho desde los enfoque de derechos humanos, de género, de la discapacidad —entre otros incorporados por los instrumentos internacionales de derechos humanos a nuestro sistema jurídico en las últimas décadas— constituye un aspecto determinante para asegurar la efectividad del acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes con discapacidad. Más aún en estos casos en que la discriminación por motivos de discapacidad resulta invisible a los operadores jurídicos formados en lógicas excluyentes, como “la lógica de la normalidad” que sustentó una concepción de lo social cuyas aspiraciones resultan incompatibles con el respeto de la diversidad humana, en particular con la inclusión y participación de las personas con discapacidad en la toma de decisiones.

Aún hoy, en algunos países se mantienen leyes por las que se declara que ciertas categorías de niños son “incapaces de ser educados” o en virtud de las cuales se transfiere la responsabilidad de la educación de los niños con discapacidad a ministerios distintos del Ministerio de Educación, con lo que se termina segregando y marginando a los niños.⁽¹³⁾

En general, en esta materia los actos de exclusión se relacionan con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica sufrida por las personas con discapacidad, particularmente en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno no revisado para adaptarlo al derecho internacional de los derechos humanos.

(13) A/66/230, 3/8/2011, párr. 31.

Por ello, la “capacitación adecuada” de los operadores judiciales, incluido el personal policial y penitenciario, constituye una garantía de efectividad al acceso a la justicia y de no recurrencia de prácticas que se erigen ante las personas con discapacidad, como barreras insuperables, con consecuencias devastadoras en los proyectos de vida de niñas, niños y jóvenes.

La “vocación transformadora”⁽¹⁴⁾ de la capacitación tiene como objetivo cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación de las personas con discapacidad, por parte del poder judicial.

En este punto, el art. 8º titulado “Toma de conciencia” resulta orientador respecto de las metas y de los contenidos que han de incluirse en la formación permanente de capacidad institucional, para que redunde en la efectiva garantía al acceso:

- *sensibilizar y “fomentar el respeto de los derechos y de la dignidad” de las personas con discapacidad,*
- *superar “estereotipos, perjuicios y prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género y en la edad”,*
- *“promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad”,*
- *“fomentar actitudes receptivas” respecto de sus derechos,*
- *“promover percepciones positivas y una mayor conciencia social respecto de las personas con discapacidad”*
- *“promover el reconocimiento de las capacidades, los méritos y las habilidades de las personas con discapacidad y de sus aportaciones”.*

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 9 sobre los Derechos de los Niños con Discapacidad explica este problema, asociándolo al desconocimiento del derecho que precisamente contribuye a elevar las barreras que impiden u obstaculizan el acceso a la justicia, potenciado en situaciones de analfabetismo y pobreza.⁽¹⁵⁾

En este sentido, sostiene en el párr. 26 que: “El conocimiento de la Convención y sus disposiciones especiales dedicadas a los niños con discapacidad es un instrumento necesario y poderoso para garantizar la realización de esos derechos”.

(14) Ver fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “González y otras c/ México” y “Atala Riff y Niñas c/ Chile” párrs. 265/272, entre otros. En estos casos, los actos discriminatorios que dieron lugar a la condena del Estado se relacionaron con prácticas judiciales de reproducción de estereotipos asociados a la discriminación estructural e histórica, sufrida por las mujeres (“Campo Algodonero”, párr. 450) o por las minorías sexuales (“Atala”, párr. 267).

(15) Villaverde, María S., “La respuesta judicial a las personas con discapacidad (El señorío de la llamada del otro a mi responsabilidad respecto a él)”, en JA 2002-II-1421. Afirma la autora: “El condicionante socioeconómico y Equipo Técnico judicial: Las personas con discapacidad son, las más de las veces, las víctimas de los daños más variados; sobre todo en aquellos casos en que el entorno socioeconómico agrava la incidencia de la discapacidad. Así, entre las familias con ingresos superiores, la incidencia de la discapacidad es menor, y va acrecentándose en la medida en que disminuyen los ingresos familiares (...) En la vertiente formativa, se ha observado que si el cabeza de familia es analfabeto, la incidencia de la discapacidad aumenta, disminuyendo si tiene estudios superiores. Estos condicionantes elevan la barrera jurídica, pues la carencia cultural se traduce en el desconocimiento de las vías idóneas para exigir el cumplimiento del mandato constitucional y de la legislación específica, acrecentándose así la victimización mediante la exclusión judicial”.

Por ello recomienda a los Estados, entre otras medidas, adoptar, “la organización de campañas sistemáticas de concienciación, la producción de materiales apropiados, tales como versiones para niños de la Convención⁽¹⁶⁾ impresas y en Braille y la utilización de los medios de comunicación para fomentar actitudes positivas hacia los niños con discapacidad”.

En el párr. 27 trata el tema de la formación de los profesionales que trabajan con niños con discapacidad y recomienda a los Estados que los programas de formación de dichos profesionales que trabajan para los niños con discapacidad deben incluir una educación específica y centrada en sus derechos, como requisito previo para la obtención del diploma.

Entre “los profesionales que trabajan para los niños con discapacidad”, el Comité menciona, “aunque no exclusivamente, [a] los encargados de formular políticas, los jueces, los abogados, los agentes de orden público, los educadores, los trabajadores sanitarios, los trabajadores sociales y el personal de los medios de comunicación, entre otros”.

Asimismo, el Comité denuncia la falta de mecanismos que posibiliten el acceso a la justicia o algún sistema de queja eficaz en los casos de niños con discapacidad que son víctimas de abuso, sea mental, físico o sexual en todos los entornos, incluidos la familia, las escuelas, las instituciones privadas y públicas el entorno laboral y la comunidad en general. Señala, en tal sentido, “la falta de acceso a un mecanismo funcional que reciba y supervise las quejas propicia el abuso sistemático y continuo” (párr. 42).

7. Derechos habilitadores o inclusivos

En este punto es preciso detenernos para considerar un tema de enorme relevancia para pensar en el efectivo acceso a la justicia de niñas, niños o jóvenes con discapacidad, o directamente para considerar las ventajas de la prevención directa. Se trata de la educación desde la primera infancia, de la potenciación de su autonomía, por mínima que esta sea, y del entrenamiento para la participación y la toma de decisiones sobre cuestiones que le afectan (art. 3º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

Nos referimos a los derechos habilitadores⁽¹⁷⁾ o inclusivos; es decir, aquellos sin los cuales es imposible pensar en la efectividad de los demás derechos. También se puede analizar este aspecto como política de prevención directa,⁽¹⁸⁾ entendiendo que los derechos habilitadores reducen los factores determinantes o factores de riesgo de muchas violaciones de derechos humanos de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad social, precisamente porque no se cumplen respecto de ellas esos derechos que los habilitan socialmente (alimentación, educación y salud en la primera infancia). Piénsese en la alta vulnerabilidad al abuso de niñas, jóvenes y mujeres con discapacidad

(16) Se refiere a la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo art. 23 se dedica a los niños con discapacidad. Recuérdese que dicha Convención integra el bloque de constitucionalidad federal, pues el art. 75, inc. 22 CN le otorga jerarquía constitucional.

(17) A/HRC/21/45, 3/8/2012: Informe del Experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, Alfred Maurice de Zayas: “Debe haber un nuevo paradigma de derechos humanos que sustituya la división artificial de los derechos humanos en derechos de primera, segunda y tercera generación, con el juicio de valor que conlleva, que es anticuado y equívoco. Cabe plantear un nuevo paradigma de derechos: derechos habilitadores (paz, alimentación, patria, desarrollo), derechos inmanentes (igualdad, debidas garantías procesales) y derechos finales (identidad, derecho a desarrollar el propio potencial).

(18) En contraposición a la prevención directa, la prevención indirecta es la que se refiere a la justicia y a la reparación para evitar su recurrencia, cuando la violación del derecho ya ha ocurrido.

en contextos de analfabetismo y pobreza; piénsese en la situación de impotencia ante estas mismas situaciones de niñas o niños sobreprotegidos sin entrenamiento alguno para expresar sus preferencias o sus disgustos, o para tomar decisiones mínimas —idéntica situación de verifica respecto de las personas que transitan por la vida con una declaración judicial de incapacidad, cuyo status jurídico las asimila a las personas menores de edad, al punto que se les designa un curador que “en su representación” habla por ellas—.

Tan grave y tan invisible como problema es esta última situación, que a pesar de haber sido calificada como una de las formas de consentir la violencia contra las personas con discapacidad por parte del Estado, sigue siendo invisible e irrelevante para el derecho civil local. Fue el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (ONU), quien calificó como discriminatoria la legislación que priva de la capacidad jurídica (de ejercicio) a las personas con discapacidad:

“Los Estados pueden consentir la violencia contra las personas con discapacidad de muchas formas, entre otras, mediante marcos legislativos y prácticas discriminatorias, tales como leyes que les priven de la capacidad jurídica o que no les asegure un acceso equitativo a la justicia, lo cual da lugar a la impunidad de esos actos de violencia”.⁽¹⁹⁾

Piénsese en las preconcepciones imperantes sobre la sexualidad de niñas, jóvenes y mujeres con discapacidad intelectual, con las cuales se legitiman esterilizaciones y abortos forzados contemplados en protocolos de atención en materia de salud sexual y reproductiva, que fueron redactados con desconocimiento del derecho internacional de derechos humanos vigente en el Estado y, lo que es más grave, con desconocimiento y sin haber escuchado previamente a las mujeres que padecen resignadamente esas violaciones de sus derechos. Todo ello ocurre a solicitud de padres o curadores “en representación” de sus hijas, en general “con las mejores intenciones” —expresiones paternalistas que tranquilizan la conciencia social pero violan los derechos humanos de las personas más vulnerables del sistema (arts. 1º, 3º, 12, 13, 23 y 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad)—.

En la Observación General N° 9, el Comité de los Derechos del Niño, ha expresado que es frecuente que los adultos formulen políticas y tomen decisiones sobre los niños con discapacidad, “mientras que los propios niños se quedan fuera del proceso”. En tal sentido señaló:

Es fundamental que los niños con discapacidad sea escuchados en todos los procedimientos que los afecten y que sus opiniones se respeten de acuerdo con su capacidad en evolución (...) Hay que proporcionar a los niños el modo de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones. Además los Estados deben apoyar la formación para las familiar y los profesionales en cuanto a la promoción y el respeto de las capacidades en evolución de los niños para asumir responsabilidades crecientes por la adopción de decisiones sobre sus propias vidas.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incorpora como parte de su articulado estas recomendaciones para la acción elaboradas por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 9:

- a) en el art. 3º, inc. h) establece con la jerarquía de Principio General el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad; y

(19) A/63/175, párr. 69 *in fine*.

- b) en el art. 7º consagra como garantía a cargo del Estado Parte el 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.

Advierte el Comité que los niños con discapacidad necesitan servicios específicos de salud y de educación para lograr el máximo de sus posibilidades. Sin embargo, a menudo

... se pasa por alto el desarrollo espiritual, emocional y cultural, así como el bienestar de los niños con discapacidad. Su participación en eventos y actividades que atienden a estos aspectos esenciales de la vida de cualquier niño a menudo es inexistente o mínima. Además, cuando se requiere su participación, con frecuencia se limita a actividades destinadas y dirigidas especialmente a los niños con discapacidad. Esta práctica conduce solamente a una mayor marginación de los niños con discapacidad y aumentos su sentimiento de aislamiento.

Por lo que concluye el Comité recomendando que “[l]os programas y las actividades dirigidos al desarrollo cultural del niño y a su bienestar espiritual deben involucrar y servir tanto a los niños con discapacidad, como sin ella, de una forma integrada y participatoria” (párr. 33).

La discriminación que afrontan niñas y niños con discapacidad en todos los aspectos de sus vidas tiene origen no en la naturaleza intrínseca de la discapacidad, sino en la arraigada exclusión social resultante del rechazo a lo diferente, en la pobreza, en el aislamiento social, en el prejuicio, la ignorancia, y la carencia de servicios y de apoyo para que puedan hacer valer sus derechos. Ello redunda en la corrosión del respeto de su identidad, de la autoestima y de la confianza en sí mismos de los niños, pues ellos internalizan las actitudes negativas que experimentan en su diario vivir. En el caso de los niños que sufren discriminación múltiple, como las niñas con discapacidad, los efectos negativos son mayores.⁽²⁰⁾

La correlación entre la discapacidad y la marginación en el ámbito de la educación explica las limitadas oportunidades de las que disfrutan los niños con discapacidad.⁽²¹⁾ No solamente se desconoce el concepto de educación inclusiva sino que existen otros obstáculos para que niñas y niños con discapacidad accedan a la educación: legislación discriminatoria, institucionalización, inaccesibilidad arquitectónica, sistema de transporte inadecuado, carencia de sistemas para facilitar la comunicación, falta de capacitación de docentes, prejuicios, estímulos y estereotipos —por conocimiento deficitario de la naturaleza de la discapacidad o por concepciones perimidas pero fuertemente arraigadas sobre la discapacidad— por parte de docente, de padres y de otros profesionales que trabajan con niños, entre ellos los operadores de la justicia.

En la V Conferencia de los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 40),⁽²²⁾ desarrollada entre el 12 y 14 de septiembre de 2012 en la sede de Naciones Unidas, se analizó cómo lograr que la Convención sea

(20) A/66/230, 03/08/2011, párr. 14.

(21) ONU, Informe 2010 sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio

(22) En representación del Estado Argentino concurrieron la Presidenta de CONADIS, Raquel Tiramonti y la Directora del Observatorio de la Discapacidad, Silvia Bersanelli.

relevante para la efectividad de los derechos de mujeres, niñas y niños con discapacidad. Entre otras cuestiones, se examinaron las cuestiones relativas a niñas y niños con discapacidad,⁽²³⁾ a la tecnología y la accesibilidad y a las mujeres con discapacidad.⁽²⁴⁾

En las discusiones del 13 de septiembre⁽²⁵⁾ se enfatizó precisamente la relevancia que reviste el apoyo a las familias y a las organizaciones para lograr la potenciación de niños y jóvenes en la toma de decisiones. Asimismo, se consideró determinante la educación inclusiva, las intervenciones tempranas, el transporte accesible y el acceso a la justicia. La trascendencia de la educación en la primera infancia fue un tema recurrente en la sesión.

No ha de soslayarse que el derecho a la educación desde la primera infancia no surge del art. 24 sobre derecho a la educación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ni de la Convención sobre los Derechos del Niño, pero el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 7 interpretó que el derecho a la educación comienza con el nacimiento y se halla estrechamente vinculado al derecho del niño al máximo desarrollo posible (articulación entre un derecho habilitador, como es el derecho a la educación y un derecho final, como es el derecho al máximo desarrollo posible).

Es en el art. 26, titulado “Habilitación y rehabilitación”, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el que se establece que:

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, de forma que esos servicios y programas: a) Comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona.

La Relatora Especial de la Secretaría General sobre la violencia contra los niños, Marta Santos Pais, panelista en la Mesa Redonda 2 sobre niñas y niños con discapacidad de la V Conferencia de Estados, se refirió también al acceso a la justicia, manifestando que los niños con discapacidad no tienen el mismo acceso a la justicia que el resto de la población, lo que torna invisible la violencia que se ejerce contra ellos. De este modo, afirmó, los perpetradores de la violencia actúan con impunidad. Además, con frecuencia, debido al estigma y al prejuicio, la violencia contra los niños con discapacidad se considera menos seriamente que en el resto de los casos. Destacó que las niñas con discapacidad son particularmente vulnerables, ya que sufren violencia física de pequeñas, y sexual, más tarde. Propuso efectuar adecuadas inversiones en educación en primera infancia, promover la concientización de profesionales que trabajan con niños con discapacidad, llevar a

(23) CRPD/CSP/2012/CRP.4, 02/08/2012: “*Discussion Paper for Roundtable Two: Children with Disabilities*”.

(24) CRPD/CSP/2012/CRP.5, 02/08/2012: “*Discussion Paper for the Informal Session: Women with Disabilities*”.

(25) “*Enable Daily Bulletin from the Conference, Fifth session of the Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*”, 12 a 14 de septiembre 2012, UN Headquarters, Nueva York.

cabo reformas legales y políticas, asegurar la participación de los jóvenes con discapacidad en los procesos de toma de decisiones, e involucrar a los niños en los procesos de toma de decisiones que afecten sus vida.

Si bien se observó la escasa presencia en la audiencia de personas menores de 30 años, cabe destacar el testimonio de un joven de catorce años con discapacidad, que relató su experiencia en una escuela inclusiva de la India, en la cual los profesores lo ayudaron “sin ser sobreprotectores” y en la que hizo amigos, porque estaba decidido a no permitir que su discapacidad afectara negativamente su vida. Hizo hincapié en que “*Fears and inhibitions are in the mind*” (“Los temores e inhibiciones están en la mente”).

Recordemos que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incorpora la obligación estatal de asegurar el acceso a una educación inclusiva en el art. 24, párr. 2 b). El Comité de los Derechos del Niño señaló la necesidad de adoptar medidas para poner fin a la segregación en la enseñanza y ha recomendado con insistencia en sus Observaciones Finales a los Estados Partes la creación de sistemas de educación inclusiva.⁽²⁶⁾

La inclusión educativa implica que las escuelas reciben a toda niña y a todo niño, independientemente de sus condiciones físicas, intelectuales, sociales, emocionales, lingüísticas o de otra índole, y se adaptan para atender sus necesidades,⁽²⁷⁾ lo que hace necesario una reorientación de los recursos y la adopción de medidas respecto de la totalidad del sistema educativo, a nivel local, regional e internacional, además de significativas inversiones adicionales de toda índole a escala internacional. Se trata de una profunda transformación de la sociedad en su conjunto.

Con relación a la sobreprotección, se considera que la excesiva protección de los padres sobre sus hijos con discapacidad “limita su capacidad de ir forjando su propia independencia”.⁽²⁸⁾ Por lo que, en el marco del art. 5º de la Convención sobre los Derechos del Niño y del art. 3.h de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, debe procurarse —tanto en la práctica legislativa y normativa como en la profesional— un justo equilibrio entre el respeto de las legítimas responsabilidades de los padres en relación a la protección de sus hijos con discapacidad —en los casos en que estos carecen de capacidad para la toma de decisiones independiente—, y su obligación de respetar la evolución de las facultades de sus hijos de ejercer sus propios derechos.

Asimismo, es necesario tomar medidas para garantizar la participación de los niños con discapacidad, ya sea mediante la prestación de servicios de transporte (como se señaló en la discusión de la V Conferencia de Estados), información accesible, dispositivos de apoyo, herramientas para la comunicación e intérpretes. Pues la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incorpora la obligación expresa, a cargo del Estado, de garantizar asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer el derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.

Por otra parte, se deberá capacitar y sensibilizar a padres y todos los profesionales que trabajan con niños, incluidos los operadores judiciales (arts. 4.1, inc. i sobre obligaciones generales del Estado y art. 13.2 sobre acceso a la justicia), para que sean conscientes de

(26) CRC/C/69, párr. 338.

(27) UNESCO, “La Educación Inclusiva: el camino hacia el futuro”, Conferencia Internacional de Educación, 2008.

(28) A/66/230, 03/08/2011, párr. 23.

su obligación de escuchar a niñas y niños con discapacidad y para que la opinión de estos reciba debida consideración, teniendo en cuenta su edad y madurez. Pues no solamente se trata de un derecho humano fundamental, sino que resulta trascendente para hacer efectivos otros derechos.

8. Avanzando

El acceso a la justicia es el derecho a un ordenamiento jurídico que resguarde efectivamente los derechos fundamentales de las personas. No se puede hablar de plena realización de la justicia en un Estado si se carece del acceso a la prestación jurisdiccional.

En primer lugar, “todos los derechos humanos, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales, son pronta e inmediatamente exigibles y justiciables, y la mejor forma de empezar a dar expresión concreta a esta postura doctrinal es a partir de la garantía del acceso a la justicia”.⁽²⁹⁾

En la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁽³⁰⁾ en el caso de los “Trabajadores Cesados del Congreso c/ Perú”, la Corte contempló expresamente el clima de inseguridad jurídica que se propicia cuando la normativa limita el acceso a la justicia: “este caso ocurrió en un contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales para afrontar hechos como los del presente caso.”⁽³¹⁾

Ya nos hemos referido al *corpus iuris* de derechos humanos, que ha desarrollado exhaustivamente las protecciones del debido proceso, implementando garantías adicionales cuando se reconocen desventajas reales que afectan el derecho a un juicio justo, en cumplimiento del principio de igualdad ante la ley y de prohibición de todo tipo de discriminación. Nos hemos referido particularmente al caso de niñas y niños con discapacidad.

En la actualidad, son los impedimentos prácticos los que generan mayor preocupación: carencia de intérpretes o de asistencia letrada formada adecuadamente que obstruye las garantías efectivas de un debido proceso, falta de medios que faciliten la participación y comprensión del proceso judicial, falta de concienciación por parte de los operadores jurídicos y en particular de los jueces, deficiente sistema de información e inexistencia de material legal disponibles en formas accesibles.

La concentración de los esfuerzos para derribar la barrera del acceso a la justicia de las personas con discapacidad es esencial, porque como advirtiera Elena Highton de Nolasco⁽³²⁾, el derecho de defensa en juicio es un derecho fundamental, por lo que “entre

(29) Corte IDH, ” Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c/ Perú”, Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 30/07/2007, Serie C Nº 174, Voto Juez Cançado Trindade (párr. 60).

(30) Para ver las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

(31) Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros). c/ Perú”, párrs. 129 y 146.

(32) Highton, Elena I., “El acceso a justicia y la defensa pública en cuestiones no penales”, 21/12/2005, ver texto en el sitio web del Ministerio Público de la Defensa, Defensoría General de la Nación, [en línea] <http://defenpo3.mpd.gov.ar/web/doctrinapropia/001doctrinaprop.htm>

las necesidades y derechos fundamentales que debe satisfacer el Estado democrático no solo quedan abarcados estándares mínimos con relación a la educación, salud, alimentación, etc., sino que asimismo corresponde reconocer la obligación del Estado de hacer efectiva la igualdad material en cuanto a la garantía de defensa en juicio...”.

Advierte la magistrada de nuestra Corte nacional que “La disparidad de poder entre las partes; su relativa ignorancia en cuanto a aspectos técnicos o jurídicos que hacen a su posición y derecho o las urgencias inmediatas y precaria posición económica contribuyen a dificultar el acceso al sistema judicial”.

Por lo que si:

... el derecho cumple un papel igualador de las personas, la igualdad teórica debe convertirse en práctica para vencer la marginalidad, para ser una verdadera sociedad democrática. El acceso a la justicia no merece ser conceptualizado como la posibilidad formal de llegada a una institución en particular, sino como la inserción de estrategias activas para promover la admisión por parte de individuos y grupos que de otra manera no actuarían para obtener el reconocimiento de sus derechos (...) La vida de cualquier persona, bajo la óptica de un jurista, indica que, más de una vez, el asesoramiento y patrocinio en derecho fortalece personal y económicamente; y en muchas oportunidades, se torna vital.

Obsérvese la referencia a la “igualdad material” y a la “inserción de estrategias activas para promover la admisión por parte de individuos y grupos que de otra manera no actuarían para obtener el reconocimiento de sus derechos”. Efectivamente, el Estado no puede afirmar que el acceso a la justicia se halla asegurado si no lleva a cabo los ajustes de procedimiento precisos que aseguren la llegada real a la institución en particular por parte de las personas con discapacidad.

No basta la “posibilidad formal” de acceso a la justicia: es indispensable identificar el obstáculo a ese acceso igualitario a los tribunales, para abordar la tarea impostergable de su remoción, como lo exige a los Estados la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Contribuir en alguna medida al logro de ese propósito ha inspirado la redacción de estas líneas sobre acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes con discapacidad.

En ellas se han cruzado las disposiciones de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —todos ellos firmados, aprobados y ratificados por Argentina y con jerarquía supralegal en virtud del art. 31 de la Constitución Nacional y del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, y en el caso de las tres primeros tratados mencionados, con jerarquía constitucional en virtud del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional—.

Asimismo, se ha incorporado al análisis, la jurisprudencia de algunos órganos de vigilancia de los tratados: Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencias y opiniones consultivas)⁽³³⁾ y Comité de los Derechos del Niño (observaciones generales y finales).

(33) Cabe mencionar especialmente Corte IDH, OC-17/2002, “Condición Jurídica y Derechos del Niño”, 28/08/2002.

En la interpretación de los derechos de los niños con discapacidad, es importante la vinculación entre la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Así, el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, interpretado por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 12, ha de complementarse, en el caso de niñas, niños y adolescentes con discapacidad, con el art. 7º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En el caso de la participación procesal, también debería tenerse en cuenta el art. 13 de este último tratado.

En forma similar, las interpretaciones de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte del Comité de los Derechos del Niño resultan de indiscutida relevancia para la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En este sentido, la Observación General N° 9 del Comité de los Derechos del Niño sobre los derechos de los niños con discapacidad (2007) reviste particular importancia.

Asimismo, otras observaciones generales del Comité de los Derechos Niño, sobre distintos derechos de los niños o sobre cuestiones que han sido objeto de desarrollo y de recomendaciones, pueden ser consideradas en la aplicación e interpretación de otros tratados para determinar el alcance y el contenido de sus disposiciones en casos sobre derechos de niñas, niños o adolescentes.

Ejemplo de estas fructíferas articulaciones entre los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que integran el *corpus iuris* internacional de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes, ha sido el caso “Atala Riffó y Niñas c/ Chile”, en el cual la Corte Interamericana de Derechos analizó “el derecho a ser oído” —consagrado como garantía judicial general en el art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a la luz del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño— conforme fuera interpretado por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 12, para determinar si la Convención Americana de Derechos Humanos, de la cual la Corte es el “intérprete definitivo”, había sido violada en perjuicio de tres niñas.

Cierro estas líneas con la esperanza de estar acompañando a las personas con discapacidad —en esta oportunidad a niñas, niños y adolescentes— en el camino que nos lleve hacia una sociedad y un modelo de desarrollo inclusivos.

“Fears and inhibitions are in the mind” (Raviat Singh, 14 años). ⁽³⁴⁾

(34) “Fears and inhibitions are in the mind”: Los temores y las inhibiciones están en la mente (Raviat Singh, 14 años, V Sesión de la Conferencia de los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 40, participante en la Discusión de la Mesa Redonda 2 sobre “Children with Disabilities”, 13 de septiembre de 2012).

ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

DE LA ESTIGMATIZACIÓN AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS

CLAUDIO F. A. ESPÓSITO ⁽¹⁾

El acceso a la justicia es un derecho humano básico que se corresponde con la afirmación de la dignidad y no discriminación de la persona frente al Estado. Es por ello que resultó indispensable el establecimiento de mecanismos para el reclamo de los derechos, ya sea en la vía administrativa como en la vía judicial, como elemento sustancial del Estado de derecho.

El acceso a la justicia supone tanto la posibilidad de reclamar en contra del Estado, aunque también él mismo establezca mecanismos para resolver los conflictos que se susciten entre los particulares; como elementos de construcción de ciudadanía.

A pesar de las normativas nacionales e internacionales en la materia, muchos colectivos estigmatizados de personas se han visto privadas de este derecho humano básico, lo que constituye una violación evidente de sus derechos. Dentro de este grupo, se encuentran las personas con discapacidad intelectual. En este sentido, la sociedad en general y el Estado en particular, sea por acción o por omisión, fueron construyendo barreras actitudinales, prácticas y legislativas, que fueron impidiendo el ejercicio de las personas con discapacidad intelectual del derecho humano del acceso a la justicia.

1. El acceso a la justicia como derecho humano

Los derechos humanos se erigen como proyección de la dignidad de todo hombre por el solo hecho de serlo frente a la relación con el otro, con las organizaciones gubernamentales, con las organizaciones de la sociedad civil, sean nacionales como internacionales y, principalmente, con el Estado.

(1) Abogado, mediador. Diplomatura en Negociación y Relaciones Internacionales. Presidente del Instituto de Discapacidad del Colegio de Abogados de San Martín (Pcia. de Bs. As.). Miembro del grupo de Trabajo de armonización legislativa del Equipo Interjurisdiccional del Observatorio Argentino de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En este sentido, Pedro Nikken⁽²⁾ sostiene que la sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que este, o bien tiene el deber de respetar y garantizar, o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización.

La dignidad del ser humano se ve reflejada en la indivisibilidad de los derechos humanos, sean civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales. El acceso a la justicia como derecho civil y político, se proyecta como un elemento constitutivo de la dignidad frente al poder del Estado y las obligaciones que este asume frente a la comunidad internacional respecto de los ciudadanos bajo su jurisdicción.⁽³⁾

Los derechos humanos, como elemento distintivo y atributo de la protección internacional, se fundamentan en su progresividad; y en este sentido, la concepción de dignidad del ser humano, que incluye el acceso a la justicia como elemento indispensable para su realización, comienza a gestarse dentro de la historia constitucional de Occidente en Inglaterra con la Carta Magna de 1215; la cual, junto con el *Habeas Corpus* de 1679 y el *Bill of Rights* de 1689, pueden considerarse como precursores de las modernas declaraciones de derechos. En igual sentido, la Revolución Francesa, basada en la Declaración de Independencia estadounidense del 4 de julio de 1776, emite la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano el 26 de agosto de 1789, plasmándose definitivamente a partir de la Segunda Guerra Mundial.

Estos antecedentes se constituyeron como un elemento fundacional en materia de derechos humanos, con sustento en el mantenimiento de la paz y la cooperación internacional⁽⁴⁾, del nacimiento de dos sistemas de protección de los Derechos Humanos, el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, con origen en Naciones Unidas, y el Sistema Regional de Protección de Derechos Humanos (Sistema Interamericano, Sistema Europeo, Carta Africana sobre Derechos Humanos y Carta Árabe de Derechos Humanos), con origen en distintas regiones: América, Europa, África y los Países Árabes.

2. El acceso a la justicia en el Sistema Universal y Regional de Protección de Derechos Humanos

El art. 68 de la Carta de las Naciones Unidas ha configurado la llave maestra por medio de la cual el Consejo Económico y Social ha abierto la puerta hacia la protección de los derechos humanos al decir de Fabián Salvioli,⁽⁵⁾ mediante la Creación en 1946 de la Comisión

(2) Nikken, Pedro, “El concepto de Derechos Humanos”, en *Estudios Básicos I*, San José de Costa Rica, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994.

(3) Corte IDH, OC-2782, del 24/IX/1982, párr. 29, Serie A N° 2, San José, Ed. Secretaría de la Corte, 1982.

(4) Carta de las Naciones Unidas: “Artículo 1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebramientos de paz (...). Artículo 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (...).”.

(5) Salvioli, Fabián, “El desarrollo de la Protección Internacional de los Derechos Humanos, a partir de las Declaraciones Universal y Americana”, en *Relaciones Internacionales*, nº 13, La Plata, Instituto de Relaciones Internacionales, 1997.

de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que fue la encargada de la redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Esa Declaración, conforme lo establecen las conferencias internacionales de Derechos Humanos de Teherán de Mayo de 1968 y la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, de junio de 1993, tiene la misma obligación de cumplimiento por parte de los Estados que los tratados de derechos humanos que con posterioridad se aprobaron. En tal sentido, la Declaración Universal, que si bien no define qué son los derechos humanos, establece los lineamientos para la determinación de los mismos.

Así pues, en su art. 1º, establece el principio de dignidad humana como fundamento de los derechos humanos, cuando establece que: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; en su art. 2º establece el principio de no discriminación, en cuanto señala: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”; y en su art. 8º establece el principio de acceso a la justicia de las personas, cuando establece: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”

El acceso a la justicia de las personas, a su vez, va a ser reafirmado por las Naciones Unidas con la aprobación del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos —arts. 2º, inc. 1 y 2 y art. 14—, y el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales —art. 2º, incs. 1 y 2—, pactos que constituyen con la Declaración Universal de Derechos Humanos la denominada Carta Internacional de los Derechos Humanos.

El Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, con el objetivo de velar por el cumplimiento de los Derechos Humanos consagrados en el mismo, crea el Comité de Derechos Humanos. Dicho Comité, además de constituirse como garante del Sistema de Protección Universal de Derechos Humanos, se constituye como el intérprete necesario de la letra del propio Pacto. Al momento de efectuar interpretaciones sobre la letra del Pacto, va a emitir observaciones generales, que sirven para clarificar los alcances de acuerdo al sistema de cooperación internacional.

Para determinar el alcance del art. 14 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos —que como expresáramos con anterioridad se refiere específicamente al acceso a la justicia de las personas—, el Comité de Derechos Humanos emitió la Observación General N° 32,⁽⁶⁾ respecto del acceso a la justicia de las personas como derecho humano inherente.

En la Observación General, en su punto II —“Igualdad ante los tribunales y cortes de justicia”, punto 8—, el Comité expresa: “El derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia garantiza, en términos generales, además de los principios mencionados en la segunda oración del párrafo 1 del art. 14, los principios de igualdad de acceso e igualdad de medios procesales, y asegura que las partes en los procedimientos en cuestión sean tratadas sin discriminación alguna”; sustentando en una Observación General que el acceso a la justicia constituye, a su vez, otros principios como el de igualdad de procedimiento, principio de *non bis in idem*, indemnización en caso de error judicial, revisión por parte de Tribunal Superior, acceso a la justicia de personas menores de edad, derechos de las personas acusadas de delitos, presunción de inocencia, etc.

(6) CCPR/C/GC/32, 23/08/2007.

En el Sistema Regional Interamericano de Protección de Derechos Humanos, el acceso a la justicia emana del art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, firmada el 22 de Noviembre de 1969;⁽⁷⁾ a su vez, el acceso a la justicia es reconocido en el art. 25 de la Convención, que establece la obligación positiva del Estado a conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efecto contra actos violatorios de sus derechos fundamentales.⁽⁸⁾

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha catalogado al derecho de acceso a la justicia como un derecho fundamental al señalar que: “el acceso a la jurisdicción de parte de la víctima de un delito, en los sistemas que lo autorizan deviene en un derecho fundamental del ciudadano y cobra particular importancia en tanto impulsor y dinamizador del proceso criminal”, y también ha destacado que: “El derecho a un proceso judicial independiente e imparcial implica no solo el derecho a tener ciertas garantías observadas en un procedimiento ya instituido; también incluye el derecho a tener acceso a los tribunales, que puede ser decisivo para determinar los derechos de un individuo ”,⁽⁹⁾ derecho que ha sostenido hasta la actualidad a través de sus innumerables fallos.

3. Restricciones, limitaciones e impedimentos al acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual

Como enseña Agustina Palacios, las restricciones, limitaciones e impedimentos para el acceso de las personas con discapacidad al ejercicio de los derechos, en igualdad de condiciones que los demás, ha sido el producto de una construcción histórica, que se ha fortalecido a través de los siglos, fundamentados en:

... el ideal de la dignidad humana que ha estado asociado con el modelo de ser humano ilustrado, caracterizado por la posesión de una serie de rasgos asociados a patrones estéticos y éticos (...) Así, la idea de dignidad humana, en este contexto, se apoyó en un ser caracterizado por la capacidad y por el desempeño de un determinado papel social. Y ello, se trasladó a la concepción de los derechos.⁽¹⁰⁾

(7) Art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la Ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

(8) Art. 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

(9) Comisión Interamericana De Derechos Humanos, “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador”, [en línea] <http://www.cidh.org/countryrep/Ecuador-sp/Resumen.htm>

(10) Palacios, Agustina, “El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *Colectión Cermi.es*, nº 36, Grupo Editorial CINCA, 2008.

Así, la capacidad de razonar, la de exteriorizar dicho razonamiento y la de comunicar, se constituyeron como la base para el ejercicio de los derechos, estableciéndose barreras actitudinales, sociales y legislativas para aquellas personas que según no cumplían con esos parámetros, que tienen sustentadas en el denominado “modelo médico hegemónico”.

La sociedad fue sustentando su pensamiento en dicho modelo, surgido en las sociedades industriales avanzadas, irradiado a escala mundial como expresión de su sujeción a la estructura económica. En este sentido, Eduardo Menéndez⁽¹¹⁾ caracteriza a dicho modelo como un modelo que adhiere a un enfoque positivista, unicausal y biologista, con perfil mercantil, que privilegia la dimensión curativa sobre la preventiva, el reforzamiento de la pasividad del sujeto, la preminencia atribuida a la figura del médico y a sus recursos tecnológicos, y su concepción de la enfermedad como desviación de lo normal.

Este modelo va a constituirse como la base de la restricción de los derechos humanos de las personas con discapacidad intelectual en base a la estigmatización. Es importante destacar que cuando hablamos de estigma señalamos un atributo que vuelve a una persona diferente de los demás que, al decir de Ervin Goffman, la estigmatización aparecer como un atributo que, en apariencia, identifica a una persona como persona con discapacidad, aunque en realidad lo que hace es confirmar que las otras personas no tienen discapacidad. Y esta estigmatización, se constituye en una relación social que condiciona prácticas determinantes de respuestas sociales para con las personas con discapacidad, que se van a establecer en la cotidianeidad en forma de prejuicios y estereotipos.

Toda esta construcción cultural estigmatizante está sustentada en la ideología de la normalidad. Como sostienen Kipen y Vallejos,⁽¹²⁾ la ideología de la normalidad, a través del discurso médico-pedagógico, genera todo un desarrollo conceptual, metodológico e instrumental tendiente a instalar una supuesta causa biomédica de la inteligencia que, por causas naturales, estaría distribuida en forma desigual entre los sujetos. Este modelo refiere entonces a la privación total y/o restricciones parciales de prácticas familiares, sociales, y derechos, pretendiendo colocar en un “afuera” a la persona con discapacidad intelectual, aunque no en un “afuera” de la sociedad, sino en un exterior de ciertas prácticas sociales o circuitos institucionales.

Este constructo dio origen a lo que Foucault⁽¹³⁾ denomina “anatomía política”, dando así nacimiento al denominado “tratamiento médico judicial”. Esta concepción de sociedad moderna inscripta en una nueva lógica de funcionamiento de poder, sustentada en el modelo médico hegemónico, es inherente a su matriz disciplinaria. Así, el despliegue histórico-genealógico del concepto de anormalidad como solidario del proceso de medicalización de la sociedad, ubica a la discapacidad intelectual como una de las categorías del poder disciplinario de la sociedad moderna y contribuye a su proceso de institucionalización como expresión de la lógica de control de los comportamientos que la habita, y que tiene en el discurso del saber un eje de legitimidad crucial.

Así, el discurso ético se va a constituir en base al pensamiento de las personas dotadas de capacidad de razonar y de elegir, es decir, del pensamiento de personas con capacidad. Este discurso es entendido como el espacio en el que se discute sobre lo bueno y lo

(11) Menéndez, Eduardo L., *Poder, estratificación y salud*, México, Ediciones de la Casa Chata, 1981

(12) Kipen, Esteban y Vallejos, Indiana, “La producción de discapacidad en la clave de ideología”, en *Discapacidad e ideología de la normalidad*, Buenos Aires, Noveduc, 2009.

(13) Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión*, 2^a ed., Madrid, Siglo Veintiuno, 2008.

malo, lo correcto y lo incorrecto, lo justo y lo injusto. Como enseña Rafael de Asís Roig,⁽¹⁴⁾ los únicos actores en este discurso son las personas sin discapacidad. Aquellos que no poseen la racionalidad exigida, aquellos que presentan alguna discapacidad de razonamiento (temporal o permanente), no son considerados actores. En todo caso, y en lo que aquí interesa, las personas con discapacidad mental o intelectual no son sujetos del discurso sino objeto, quedando así su horizonte moral pendiente de la decisión de los capaces.

Como respuesta a las personas con discapacidad intelectual, se establecieron procedimientos para restringir y limitar su acceso a la justicia, mediante dispositivos tuitivos de sustitución y representación (interdicción), que, colocando al ser humano como objeto de protección, se constituyeron como violatorios de sus derechos humanos.

En el derecho argentino el instituto de la interdicción fue plasmado por primera vez en 1869 —entraría en vigencia en 1871— por Vélez Sarsfield en los arts. 140, 141 y 142. Esta normativa no solo estigmatizaba desde la propia raíz del instituto, sino también desde su terminología, como elemento conducente de la ideología de la normalidad. Es dable destacar que este marco legislativo se constituye, en el contexto del pensamiento higienista —profundamente permeado por el darwinismo social—, como enseña Eduardo De la Vega,⁽¹⁵⁾ con ideas eugenésicas que ocuparon un lugar central, que tuvieron en Argentina como sus máximos exponentes a Emilio Coni y Ramos Mejía, interesándose por la “debilidad”, colocando en primer plano el cuerpo del niño, reafirmando el carácter disciplinario que describió claramente Foucault. Si bien el Código Civil fue modificado por la ley 17.711, el acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual continuó siendo restringido y limitado.

Esta legislación se estableció como barrera para el acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual. En primer lugar, la sociedad construyó un discurso a través de prejuicios y estereotipos que se fueron transmitiendo de generación en generación, de la necesidad que las familias que poseen un hijo o hija con discapacidad intelectual, cuando llegan a una determinada edad, deben ser sometidos al sistema de representación del Código Civil, muchas veces sin tener necesidad y por el solo hecho de creer que se debía hacer. En segundo lugar, y frente a cualquier reclamo que la persona con discapacidad intelectual debiera efectuar frente a autoridad administrativa o judicial, nunca podría hacerlo por sí, sino a través de terceros, sean sus padres, sus hermanos, sus amigos, sus docentes, sus representantes, pero nunca por ellos mismos.

Esta mirada médica, higienista, estigmatizante y hegemónica, también tiene su correlato en las mismas prácticas de la Administración Pública y la Administración de la Justicia; ya que ni siquiera el procedimiento de los arts. 141 y 152 bis del Código Civil de determinación de la capacidad jurídica obedece a una construcción fundamentada en los derechos humanos, en la individualidad, en la dignidad humana, en la construcción social, sino que solo interesa el fundamento estigmatizante construido por el modelo médico hegemónico; cuya expresión máxima es la falta de determinación de la capacidad jurídica por parte de los jueces, sino que estos delegan dicha determinación a los peritos que, como auxiliares de la justicia, colaboran en el procedimiento. En tal sentido, Mariano Castex⁽¹⁶⁾ enseña:

(14) Roig, Rafael de Asís, “Sobre la Discapacidad”, en Palacios, Agustina y Bariffi, Francisco, *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos*, Bs. As., Ediar, 2012.

(15) De la Vega, Eduardo, *Anormales, Deficientes y Especiales – Genealogía de la Educación Especial*, Bs. As., Noveduc, 2010.

(16) Castex, Mariano, “Insanía e Inhabilitación”, conferencia pronunciada en la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, en la sesión pública del 15/05/2007.

En nuestro medio argentino, esta modalidad de “noche y niebla” continúa imperando en la aplicación de la Justicia Civil en lo que hace a medidas de protección para los enfermos mentales, hasta el punto tal que en no pocos casos, los expertos psiquiatras y ahora también los psicólogos, han logrado convertir a Temis en una suerte de marioneta, sustituyendo con la omnipotencia narcisista que describe magistralmente Clavreul en su Orden Médico, la tarea valorativa reservada exclusivamente al magistrado, luego de la producción de escritos periciales los cuales, más que aportes propios de un auxiliar de la Justicia, parecerían “dictámenes sentencia”, en donde reina la subjetividad más absoluta o el encuadramiento del peritado en esquemas y criterios por demás falibles, como si la persona humana pudiera ser reducida en última instancia a una tabla numérica o a un muñeco en donde las áreas de la psique que integran un todo indivisible y armónico, pudieran aislarse e interpretarse con absoluta indiferencia del resto de aquel.

Todas estas respuestas sociales, familiares, institucionales se han constituido como barreras para el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, y por ende, como violatorios de sus derechos humanos.

4. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

A pesar de existir instrumentos internacionales de carácter universal y regional de protección de los derechos humanos, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó mediante resolución A/RES/61/106, el 13 de diciembre de 2006, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que plasma el Modelo Social de la Discapacidad, sustentado en la primacía de los derechos humanos de las personas con discapacidad, con el fin de reafirmar la necesidad de proteger, promover y asegurar el ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad en igual condiciones que los demás.

Frente a las violaciones a los derechos humanos de las personas con discapacidad, como es el acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual, los Estados Partes en el preámbulo de la Convención en su inciso k): “observan con preocupación que, pese a estos diversos instrumentos y actividades, las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social, y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo”. Con esta afirmación, los Estados emiten una clara declaración sobre la violación a los derechos humanos de las personas con discapacidad, sustentada en los modelos estigmatizantes imperantes, creadores de legislaciones y prácticas violatorias de la dignidad de esas personas.

Esta dignidad violentada se erige como principio general básico, en el art. 3º de la Convención, obligando a los Estados al cambio de prácticas contrarias a los derechos humanos de las personas con discapacidad (art. 8º, inc. b de la Convención), la adecuación de la normativa interna a la luz del Modelo Social de la Discapacidad (art. 4º, inc. a).

En igual sentido, el art. 13 de la Convención establece la obligación de los Estados de asegurar que las personas con discapacidad tengan el acceso a la justicia en igualdad de condiciones que los demás.

Como se puede observar aquí, los Estados se comprometen a que el discurso ético, aquel que establece qué es correcto y qué no lo es, qué es moral y qué no lo es, qué es bueno y qué es malo, sea construido por todas las personas tengan o no tengan discapacidad, ya que también el art. 12 de la Convención da por tierra siglos de concepción de personas capaces y sujetos no capaces, personas que son sujetos del discurso y otras que son objetos del mismo; y esto tenga lugar ya sea, cambiando las prácticas, las normas o las relaciones humanas.

Para el ejercicio de estos derechos es obligación de los Estados Partes efectuar los ajustes que requiera la persona, para disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones que los demás, y por ende la persona con discapacidad intelectual se constituye como sujeto de derecho, como protagonista de su propia vida, como coconstructora del discurso social.

A partir de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, las personas con discapacidad intelectual pueden ejercer el derecho al acceso a la justicia en igualdad de condiciones que los demás, y la negación de este derecho implica una clara violación a sus derechos humanos.

EL RÉGIMEN DE INCAPACIDAD DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

FRANCISCO J. BARIFFI⁽¹⁾

1. Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo analizar el régimen de incapacidad del Código Civil argentino (en adelante, CC) a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, y más concretamente, de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En el momento que se escriben estas líneas, la República Argentina se encuentra inmersa en un proceso de reforma integral de su legislación de fondo, lo que supondrá eventualmente un cambio del derecho vigente en materia de incapacidad civil. Sin perjuicio de ello, resulta oportuno reflexionar sobre esta cuestión y evidenciar la necesidad de ajironar normas e instituciones jurídicas que en muchos casos datan desde la primera redacción de propuesta por Vélez Sarsfield en 1871.

2. Evolución del marco regulatorio del régimen de incapacidad en el CC: la estrategia de modificar pero sin alterar

El régimen de incapacidad vigente en el CC ha sufrido desde su redacción original al menos dos reformas parciales que han pretendido limitar los efectos gravosos de la incapacitación absoluta, aunque sin alterar o cuestionar la estructura misma del sistema.

(1) Subdirector del Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos “Alicia Moreau” (UNMdP). Profesor de derecho internacional público y privado de la Facultad de Derecho (UNMdP), y profesor visitante de la Universidad Carlos III de Madrid. Presidente de EQUAL —Asociación para la promoción y protección de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad—. Abogado en ejercicio de la profesión especializado en no discriminación, discapacidad, derechos humanos y derecho internacional privado. Coordinador Académico de la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Director de la Clínica Jurídica en Discapacidad y Derechos Humanos del Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos “Alicia Moreau” (UNMdP). Asesor Jurídico en materia de discapacidad de la Fundación ONCE de España.

Como consecuencia de ello nos encontramos hoy día con un Código con disposiciones claramente contradictorias y que obedecen a momentos históricos y concepciones filosóficas muy diversas.

El primer modelo utilizado por Vélez Sarsfield al momento de redactar el Código fue el denominado “biológico” en el sentido que reduce la necesidad de declaración de incapacidad a la presencia de la enfermedad.⁽²⁾ Dicho modelo aún conserva resabios normativos, pero lo que es peor aún, aún mantiene una vigencia fáctica plena como se señala más adelante. Por ejemplo, el art. 52 CC comienza por establecer que “Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este código no están expresamente declarados incapaces”. La literalidad de la norma parece indicar que hay ciertas personas que son legalmente incapaces en virtud de la ley, lo que es posteriormente reafirmado en el art. 54 al establecer que: “Tienen incapacidad absoluta: 1º Las personas por nacer; 2º Los menores impúberes; 3º Los dementes; 4º Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito (...”).

La ley 17.711 intenta introducir al código un criterio “biológico-jurídico” al requerir “la concurrencia del factor psiquiátrico —la enfermedad mental— y el factor social consistente en la incidencia de aquélla en la vida de relación”.⁽³⁾ Así el art. 141 CC establece que: “Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes”.

Estas disposiciones podrían dar a entender que, en el CC, la incapacidad por demencia no se produce mediante un proceso de atribución directa puesto que requiere de una declaración judicial incoada a dichos efectos (art. 140 CC) y, además, porque no todas las discapacidades mentales o intelectuales son susceptibles de constituir “demencia” en el sentido legal del CC. En relación con lo primero, es cierto que la incapacidad se declara judicialmente, pero también es cierto que se trata de una sentencia de carácter complejo puesto que conlleva tanto efectos constitutivos como efectos declarativos.⁽⁴⁾ No obstante, y sin perder la referencia de los derechos de autonomía e igualdad de la persona, no se puede negar que el lenguaje del CC tiene un enorme efecto estigmatizante que contribuye a la consolidación del modelo de atribución directa de incapacidad. En relación con lo segundo, el proceso de interdicción requiere acreditar que la demencia es producto de una enfermedad mental que provoque en la persona “incapacidad para dirigir su persona o sus bienes”. No obstante, la acreditación de dicha situación se prueba judicialmente mediante certificados médicos acompañados por el actor, o por opiniones de médicos forenses cuya finalidad es la de establecer “el estado de salud mental del presunto incapaz y su peligrosidad actual”.⁽⁵⁾ Con dichos dictámenes, el juez

(2) Olmo, Juan P., y Pinto Kramer, Pilar M., “Comentario a la ley nacional de salud mental N° 26.657”, en *Anales de Legislación Argentina*, Boletín Informativo, LL, año LXXI. n° 11, 02/05/2011, tomo LXXI-B.

(3) Tobías, José W., *Derecho de las personas*, Bs. As., La Ley, 2009, p. 197.

(4) Ver sentencia de Cámara Civil y Comercial de Junín, 18/05/1994, “Franzoia de Macchiavello, María v. Lebratto, José, A.”, en JA 1995-I-84: “[Se ha dicho que la sentencia de interdicción] Tiene un carácter complejo: es al mismo tiempo declarativa y constitutiva, esto último en tanto atribuye al insano una nueva condición jurídica al colocarlo en la situación propia del incapaz absoluto (...). Por otra parte, los efectos se extienden hacia el futuro, sin perjuicio, claro está, de que excepcionalmente, puedan ser retrotraídos hacia una época pasada previa acción de nulidad de un acto jurídico determinado por la vía y forma que correspondan con audiencia de las partes en el interviniente...”.

(5) Ver arts. 624 y 618 de los Códigos Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina y de la Provincia de Buenos Aires, respectivamente. Adicionalmente, los arts. 631 y 625 (respectivamente) requieren la calificación por parte del médico, el cual se deberá expedir específicamente sobre los siguientes puntos: “1) Diagnóstico; 2) Fecha aproximada en que la enfermedad se manifestó; 3) Pro-

parece tener dos opciones. La primera es declarar la incapacidad o, excepcionalmente, como alternativa, declarar la inhabilitación. En definitiva, todo el procedimiento parece sostenerse sobre la base de un criterio claro de atribución directa donde en realidad el juez se limita a confirmar judicialmente la incapacidad de la persona que médicaamente es diagnosticada como demencia. Quizás se pueda concluir que la sentencia de interdicción en la legislación argentina es en realidad “verificatoria”.⁽⁶⁾

Más recientemente, la Ley Nacional 26.657 de Salud Mental introduce en el CC el art. 152 ter, el cual dispone:

Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.⁽⁷⁾

Las reacciones de la doctrina han sido muy diversas. Algunos han adoptado una postura crítica;⁽⁸⁾ otros han celebrado la inclusión de la nueva norma como un nuevo intento de aironar el sistema de incapacidad vigente en pos de un modelo más gradual y personalizado;⁽⁹⁾ mientras que otros, entre los cuales nos alineamos, consideran esta nueva reforma como insuficiente para romper el binomio “capacidad-incapacidad”.⁽¹⁰⁾

El art. 152 ter intentar revertir, una vez más, los efectos jurídicos del modelo vigente que, hasta la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental, se basaba en un “todo/nada” o “blanco/negro”. Es decir, o se es capaz o se es incapaz para todo. No corresponde en este punto analizar detenidamente este art. puesto que excede el objeto del trabajo y ha sido objeto de tratamiento por la doctrina.⁽¹¹⁾ Simplemente, es procedente afirmar que el art. 152 ter es un claro ejemplo de la necesidad de revisar y, eventualmente, eliminar la institución de la incapacitación absoluta. La coexistencia de un modelo de atribución directa con efectos absolutos, y un modelo funcional con efectos determinados a las circunstancias personales del individuo se hace insostenible.

nóstico; 4) Régimen aconsejable para la protección y asistencia del presunto insano; 5) Necesidad de su internación.”

(6) Bariffi, Francisco J., “Capacidad Jurídica y Discapacidad. Una visión del derecho comparado”, en F. Bariffi y A. Palacios (coords.), *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Bs. As., Ediar, 2011, pp. 219/331.

(7) Ver art. 42 de la ley 26.657. Derecho a la Protección de la Salud Mental. Disposiciones complementarias. Derógase la ley 22.914. Sancionada: 25/11/2010. Promulgada: 02/12/2010.

(8) Mayo, Jorge A. y Tobías, José W., “La nueva ley 26.657 de salud mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil”, en *La Ley* 14/02/2011; Finocchio, Carolina L. y Millán, Fernando, “Régimen de interdicción e inhabilitación a la luz de la nueva ley de salud mental”, en *DFyP* 2011 (septiembre), 16/09/2011.

(9) Laferrriere, Jorge N. y Muñiz, Carlos, “La nueva Ley de Salud Mental. Implicaciones y deudas pendientes en torno a la capacidad”, en *El Derecho*, 22/02/2011, n° 12.697; Olmo, Juan P., “El fin de los procesos de “insanía e inhabilitación”, en *Sup. Doctrina Judicial Procesal* 2012 (marzo), 01/03/2012.

(10) Martínez Alcorta, Julio A., “Primera aproximación al impacto de la Ley Nacional de Salud Mental en materia de capacidad civil”, en *DJ*, 16/02/2011; Guahnon, Silvia y Seltzer, Martín, “La sentencia en los juicios de insanía e inhabilitación a la luz de la nueva ley de Salud Mental”, en *DJ* 29/06/2011.

(11) Adicionalmente a la doctrina citada en notas precedentes ver: Kraut, Alfredo J. y Diana, Nicolás, “Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria”, en *La Ley*, 08/06/2011; Famá, María V. Herrera, Marisa y Pagano Luz M., *Salud mental en el derecho de familia*, Addenda de actualización La salud mental desde la óptica de la ley 26.657, Bs. As., Hammurabi, 2011; Rivera, Julio C. y Hooft, Irene, “La nueva Ley 26.657 de salud mental”, en *SJA*, 25/05/2011.

3. Sobre el carácter restrictivo del sistema de atribución de incapacidad del CC

Lejos de ser un mecanismo protector, el sistema de atribución de incapacidad previsto en nuestra legislación (arts. 141 y ss. CC) supone un perjuicio grave y desproporcionado para el goce y ejercicio de los derechos humanos del presunto incapaz.

La declaración de incapacidad (comúnmente llamada “interdicción o insania”) es grave en cuanto al efecto de la misma en la capacidad de cualquier persona de tomar decisiones y ejercer su derecho de autonomía personal. No existe efecto más grave para una persona que la denegación de la “capacidad” de decidir. En primer lugar, porque la capacidad de decidir es la puerta de acceso a todo el catálogo de derechos humanos sin la cual se convierten en meras proclamas retóricas y vacías de contenido real y, en segundo lugar, como destaca De Asís, porque “la idea de capacidad es uno de los principales referentes del discurso ético y jurídico, y es utilizada a la hora de definir a los seres humanos. En efecto, tanto la idea de sujeto o agente moral, como la de sujeto de Derecho, como la propia Dignidad humana en la que se fundan ambos conceptos, parten de la idea de capacidad”.⁽¹²⁾

La gravedad de la atribución de incapacidad por motivo de discapacidad deriva, en última instancia, de la consideración de la persona como “objeto” legal y no como “sujeto” de derechos. Y esto tiene profundas raíces históricas caracterizadas por la estigmatización de un colectivo de personas que, a raíz de su presunta falta de discernimiento y autonomía personal, han sido marginalizadas y apartadas del goce efectivo de sus derechos humanos más básicos.⁽¹³⁾ Los tiempos que corren y la vinculación de nuestro país al sistema universal y regional de derechos humanos nos requiere una revisión profunda de instituciones y concepciones claramente anacrónicas y desfasadas que se sostienen más bien en la inercia de una tradición legal de otros tiempos, que en criterios o concepciones de justicia y respeto a la igualdad propios del discurso de los derechos humanos.

El hecho de que la privación de la capacidad jurídica del presunto incapaz solo se pueda realizar por intermedio de un proceso legal no resta gravedad al efecto de la sentencia. La denegación del ejercicio de los derechos es un efecto jurídico de suma gravedad y, como destaca el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la restricción de cualquier derecho humano básico “debe ser impuesta en miras de un objetivo legítimo y que los medios empleados no sean desproporcionados”.⁽¹⁴⁾ Probablemente, se pueda sostener que el “objetivo” de la declaración de incapacidad es la de “proteger” al presunto incapaz y, consecuentemente, que el mismo sea legítimo. No obstante, es largo sabido que la noción clásica de “protección” puede ser muy riesgosa y servir de base para un paternalismo excesivo que en realidad genere en la práctica una situación de dominación y exclu-

(12) De Asís Roig, Rafael, “Sobre la Capacidad”, en *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos...*, op. cit., p. 14.

(13) Palacios, Agustina, *El modelo social de discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2008.

(14) TEDH, *Alajos Kiss c. Hungría*, sentencia del 20/08/2010, pp. 10/13. En este sentido, en su reciente jurisprudencia, el TEDH ha considerado desproporcionado y violatorio de los derechos humanos los efectos de la incapacidad en cuestiones tales como el voto (*Alajos Kiss c. Hungría*), el internamiento psiquiátrico (*Stanev c. Bulgaria*, sentencia del 17/01/2012), la adopción (*X c. Croacia*, sentencia del 17/07/2008); o el reconocimiento de paternidad (*Krušković c. Croacia*, sentencia del 21/06/2011).

sión de ciertos grupos de personas del goce efectivo de sus derechos. Pensemos sin más que la mayoría de las leyes y políticas de nuestro país de principios del siglo pasado, así como aquellas aún vigentes en países islámicos, fundamentan la restricción de derechos de la mujer es un supuesto objetivo de “protección”. Con lo cual, si bien es cierto que el objetivo de protección del presunto incapaz, puede ser *prima facie* considerado como “legítimo” es también cierto que el mismo no debe ser examinado *in abstracto*, sino más bien, en concreto; es decir ¿realmente protege derechos o genera mayor restricción de los mismos?

El art. 58 CC establece que: “Este código protege a los incapaces, pero solo para el efecto de suprimir los impedimentos de su incapacidad, dándoles la representación que en él se determina, y sin que se les conceda el beneficio de restitución, ni ningún otro beneficio o privilegio”. La supuesta protección se materializa, en rigor, a través de la representación sustitutiva de la toma de decisiones (art. 56 CC). El único mecanismo de protección tendiente a “suprimir los impedimentos de su incapacidad” es entonces la representación legal, es decir, desplazar el ejercicio de la capacidad de hecho en cabeza de un tercero que, a partir del momento de la designación, va a tomar todas las decisiones posibles sobre la persona y su patrimonio del modo que considere más adecuado y sin necesidad de consultarle o participarle en ningún momento (la concepción de la diligencia de un “buen padre de familia”). Y vale decir “todas las decisiones posibles”, puesto que el ejercicio de derechos extra patrimoniales como el voto, el matrimonio, la patria potestad, por nombrar solo algunos, quedan completamente vedados para el presunto incapaz. La solución del CC en este punto es la “denegación de derechos” lo que nos llama a la reflexión sobre el supuesto efecto protector de la incapacidad civil. ¿Cómo se puede hablar de protección cuando en realidad lo que existe es una privación total de acceso al derecho? Claramente, la institución de la representación sustitutiva en la toma de decisiones se basa en una ideología más propia del capitalismo en la que, el foco de la protección, se centra en los aspectos patrimoniales y no los aspectos personales del individuo.

En resumidas cuentas, el sistema previsto por el derecho argentino protege desde dos formas posibles. La primera es la sustitución en la toma de decisiones, que además adopta un formato muy despersonalizado en el sentido de que el representante no es elegido por la persona y, además, el mismo no debe consultar a la persona sino obrar según su mejor criterio. La segunda forma de protección es la denegación del ejercicio del derecho cuando el representante no puede hacerlo en nombre de su representado.⁽¹⁵⁾ El derecho comparado nos brinda ejemplos del uso de herramientas jurídicas tendientes a proteger los bienes y la persona sin necesidad de incapacitar y anular su capacidad decisoria.⁽¹⁶⁾

(15) La propia esencia de los derechos personalísimos indica que los mismos son “derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios, que tienen por objeto manifestaciones interiores de las personas y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden trasmisitirse, ni disponerse en forma absoluta y radical”, Cifuentes, Santos, *Los derechos personalísimos*, Bs. As., Astrea, 2008, p. 157.

(16) En el ámbito patrimonial la figura del “patrimonio protegido” recogida por el CC español (ver ley 41/2003, del 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad) y para el ámbito patrimonial y extrapatrimonial, el uso de la voluntad anticipada, o acuerdos preventivos, por ejemplo, la Ley sobre Capacidad Mental de 2005 (Inglaterra y Gales): “*Lasting powers of attorney*”; o la Ley de Protección de los Derechos Personales y Patrimoniales de 1988 (Nueva Zelanda): “*Enduring powers of attorney*”; o la Ley de Convenio de Representación del Estado de Columbia Británica de 1996.

Por ello, más allá de la gravedad del efecto jurídico de la incapacidad civil, la misma también resulta a todas luces desproporcionada, en cuanto a que afecta a “todos los aspectos personales y patrimoniales” de la persona.

Contrariamente a lo que sucede en nuestro país, algunas legislaciones comparadas han reencausado estas concepciones “totalitarias” (en rigor, la incapacitación absoluta supone la denegación total y absoluta del derecho a tomar decisiones sobre el patrimonio y sobre la persona) por concepciones mucho menos graves y restrictivas de derechos humanos. Tal es el caso, por ejemplo, del Código Civil alemán, el Código Civil francés, el Código Civil de Quebec, o la Ley de Capacidad Mental del Reino Unido, donde, y como punto de partida, se establece la “presunción de capacidad” de todas las personas y donde, además, se limita el poder de la autoridad judicial de restringir la capacidad de obrar de la persona “únicamente” a los actos jurídicos o decisiones respecto de las cuales se alega y prueba una falta de discernimiento y, consecuentemente, necesidad de protección. En todos los demás aspectos personales y patrimoniales la persona conserva, en virtud del principio de presunción de capacidad, su derecho a tomar decisiones en nombre propio.⁽¹⁷⁾

Probablemente, el problema de fondo del régimen de incapacidad del CC radique en la confusión o asimilación del derecho y, principalmente la práctica judicial, de las dimensiones médica y legal. No es lo mismo lo que para un médico es capacidad, que lo que un juez debiera considerar como capacidad legal. Son dos dimensiones que deberían mantenerse separadas. Existe la tendencia de emplear los términos “discernimiento” y “capacidad” de modo intercambiable en relación con la salud mental; sin embargo, no son idénticos. En general, “discernimiento” se refiere específicamente a la presencia de facultades mentales para tomar decisiones o adoptar cursos de acción, mientras que “capacidad” se refiere a las consecuencias jurídicas de la falta de discernimiento. En estas definiciones, “discernimiento” es un concepto de salud, mientras que “capacidad” es un concepto jurídico. “Discernimiento” se refiere a niveles individuales de funcionamiento, y “capacidad” a su impacto en su estatus legal y social. Aquí tenemos dos ámbitos que debieran mantenerse aparte: la evaluación que hace el médico y la evaluación que hace el juez.

El discernimiento y la capacidad son relativos a decisiones y funciones específicas. Dado que el discernimiento puede fluctuar con el tiempo y no constituye un concepto de “todo o nada”, es necesario considerarlo en el contexto de la decisión específica a ser adoptada o a la función específica a ser cumplida. Nuevamente, la falta de discernimiento no puede ser igual a la falta de capacidad jurídica.⁽¹⁸⁾

(17) Bariffi, Francisco J., “Capacidad Jurídica y Discapacidad; Una visión del derecho comparado”, *op. cit.*

(18) “Habitualmente, el discernimiento se presume y, por ende, también se presume la capacidad. De modo que se asume que las personas son capaces, y tienen discernimiento suficiente para tomar decisiones, hasta que se demuestre lo contrario. La presencia de un trastorno mental importante no implica, de por sí y por su sola existencia, la inexistencia de discernimiento para adoptar decisiones. De modo que la presencia de un trastorno mental no constituye el factor determinante y último del discernimiento, y menos aún de la capacidad.”

Además, a pesar de la presencia de un trastorno que pueda afectar el discernimiento, una persona puede conservar aún el discernimiento necesario para adoptar algún tipo de decisiones. Por ende, el discernimiento y la capacidad son relativas a decisiones y funciones específicas. Dado que el discernimiento puede fluctuar con el tiempo, y no constituye un concepto de “todo o nada”, es necesario considerarlo en el contexto de la decisión específica a ser adoptada, o a la función específica a ser cumplida”], *Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental*, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 2006, pp. 45/46.

En la práctica, lo que ocurre es que, en algún punto, las dimensiones médica y legal son llamadas a interactuar, y es allí donde habitualmente el binomio médico-juez suele transitar el camino fácil del modelo de atribución directa; esto es, el trastorno mental o intelectual severo se equipara a la falta de discernimiento y subsecuentemente a la falta de capacidad y a la incapacidad jurídica. Ello explica que un dictamen médico que acredite un trastorno mental severo tenga como consecuencia médica y la determinación de falta de discernimiento y, como consecuencia jurídica, la determinación de la incapacidad jurídica; de ahí que el único medio probatorio necesario bajo esa lógica, sea el dictamen médico.

Pero volviendo a nuestro derecho civil, y más acorde con los tiempos que corren, es posible identificar en el CC dos normas que tienen como objetivo mitigar los efectos tan graves y desproporcionados de la incapacitación civil. La primera de ellas es la inhabilitación judicial estipulada en el art. 152 bis (incorporada mediante ley 17.711) y la segunda de ellas, la graduación de la sentencia estipulada en el art. 152 ter (incorporada mediante ley 26.657).

La inhabilitación judicial se funda precisamente en la necesidad de contar con mecanismos de protección que justamente tengan efectos menos graves y menos desproporcionados para la persona. Es menos grave en el sentido que la persona no es sustituida en la toma de decisiones, sino que más bien existe un sistema de codecisión; y es menos desproporcionada en el sentido que a la persona se le restringe su derecho a disponer de sus bienes por actos ente vivos. Es decir, conserva la capacidad jurídica para todos los demás actos jurídicos que no supongan disposición de bienes.⁽¹⁹⁾

Ahora bien, ¿podría servir la inhabilitación judicial como mecanismo de protección de las personas con discapacidad mental? Tal cual se encuentra regulada en nuestro derecho, y a la luz de la práctica jurídica en la materia, la respuesta parece ser claramente negativa. En primer lugar, la inhabilitación judicial se trata de un mecanismo excepcional, es decir, solo aplicable a cierto grupo de personas con discapacidad señaladas como “los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el art. 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio”. Pero en segundo lugar, la inhabilitación judicial tiene claramente como meta incidir exclusivamente sobre aspectos patrimoniales, con lo cual resultaría inapta para proteger a la persona en su fuero de derechos personales.

Por su parte, la ley 26.657 ha incorporado un nuevo precepto al CC a través del art. 152 ter que establece: “Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”. Como se ha mencionado ya, este artículo ha recibido críticas por parte de un sector de la doctrina por considerarlo confuso y contradictorio con el resto de las normas del CC. Probablemente esto sea cierto aunque, en nuestro juicio, ello se debe seguramente a que el art. 152 ter intenta inspirarse en concepciones más modernas y propias del discurso de los derechos humanos pero, al mismo tiempo tiene que convivir con artículos inspirados en concepciones arcaicas y totalmente desfasadas de nuestros tiempos. El art. 152 ter nos evidencia la gravedad y desproporcionalidad del sistema de atribución de incapacidad que ha estado vigente desde su entrada en vigor en 1871.

(19) Castex, Mariano N., *Insanía e inhabilitación*, Bs. As., Ad-Hoc, 2009; Tobías, José W., *La inhabilitación en el derecho civil*, 2^a ed., Bs. As., Astrea, 1992.

Por ello y aunque el art. 152 ter no cuestiona frontalmente el sistema de atribución de incapacidad del CC, sí le impone un cierto sesgo de humanidad y razonabilidad al señalar que la declaración de incapacidad deberá “especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”.

Es natural que el 152 ter al ser leído a la luz del régimen de incapacidad del Código de Vélez resulte un poco incongruente. No obstante, si pensamos en las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino en virtud de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, conjuntamente con una lectura transversal de los demás tratados de derechos humanos incorporados en nuestra Constitución Nacional en virtud del art. 75, inc. 22, el art. 152 ter debe interpretarse como que impone al juez el deber de partir de la presunción de capacidad de persona y, como consecuencia de ello, la necesidad de probar y especificar en la sentencia de incapacitación o inhabilitación, aquellas funciones o actos jurídicos alcanzados por los efectos de la misma. Fuera de lo especificado, la persona con discapacidad debe conservar siempre su capacidad jurídica (capacidad de hecho o de ejercicio), la cual deberá ser respetada en igualdad de condiciones con los demás.

4. Sobre el carácter discriminatorio del sistema de atribución de incapacidad del CC

Más allá del carácter grave y desproporcionado del régimen de incapacidad del CC, el mismo resulta discriminatorio para las personas con discapacidad; para entender dicho carácter discriminatorio es preciso analizar dichas normas a la luz de lo señalado por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), incorporada en nuestro derecho interno por medio de la ley 26.378. Es precisamente el aludido carácter discriminatorio lo que convierte al sistema de atribución de incapacidad en incompatible con las obligaciones asumidas por el Estado argentino frente a la comunidad internacional.

La CDPD, en su art. 12, incs. 2 y 3, establece que: “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”.

El marco legal establecido por el art. 12 contempla un cambio en el modelo a adoptar a la hora de regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, especialmente en aquellas situaciones en las cuales puede resultar necesario algún tipo de intervención de terceros, cuando la persona enfrenta barreras o restricciones para tomar decisiones propias. Mientras que el sistema tradicional tiende hacia un modelo de “sustitución”, el modelo de derechos humanos basado en la dignidad intrínseca de todas las personas, en el que se basa la CDPD, aboga por un modelo de “apoyo”.⁽²⁰⁾

(20) Bariffi, Francisco J., “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU”, en L. C. Pérez Bueno (dir.) *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2009; Bach Michael, “El derecho a la capacidad jurídica a la luz de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa”, y Quinn Gerard, “Personalidad y capacidad jurídica: perspectivas sobre el cambio de paradigma del art. 12 de la CDPD”, ambos en *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos...* op. cit., pp. 31/107.

Si interpretamos de forma sistemática el concepto de persona con discapacidad (art. 1º CDPD), el concepto de discriminación por motivo de discapacidad (art. 2º CDPD), y la garantía de igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica por parte de personas con discapacidad (art. 12.2 CDPD) es posible extraer las siguientes premisas:

- 1) *Que las personas con discapacidad (incluidas las que tengan discapacidades mentales o intelectuales) tienen como presupuesto general plena capacidad jurídica (capacidad de ejercicio o de obrar).*
- 2) *Que la discapacidad nunca debe ser per se un motivo de restricción o anulación del ejercicio de la capacidad jurídica.*
- 3) *Que la discapacidad nunca debe ser motivo de discriminación. Ello ocurrirá cuando exista “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”.*

Evidentemente, no existe una referencia expresa o directa entre el concepto “demencia” y el concepto de discapacidad recogido por el art. 2º de la ley 22.431, ya que el CC no requiere de certificado de discapacidad para iniciar el proceso de incapacitación.⁽²¹⁾ Sin embargo, puede existir una relación directa de carácter real en el sentido de que si bien no todas las personas con discapacidad son sujetos de incapacitación, todas las personas que caen dentro de los presupuestos del art. 141 del CC son personas con discapacidad. Es decir, si adoptamos el concepto de discapacidad de la Convención, las personas que quedan comprendidas en los presupuestos del art. 141 CC son personas con discapacidad, en todos los supuestos imaginables.

Por ello, se podría concluir que de conformidad con el actual régimen estipulado por el CC, “únicamente las personas con discapacidad son sujeto de incapacitación”. O acaso ¿es posible incapacitar a una persona sin discapacidad? Si la respuesta es negativa entonces claramente la legislación argentina está discriminando por motivo de discapacidad y, por tanto, se encuentra en colisión con las normas internacionales de derechos humanos en materia de discapacidad.

El problema del presupuesto del art. 141 CC es que parte del prejuicio de que son las discapacidades mentales e intelectuales las que justifican una incapacitación lo que acentúa el objeto del procedimiento en la existencia de dicha discapacidad, y no en la circunstancia última del “discernimiento”. Seguramente, debido a la potencial arbitrariedad en su determinación, se lo suele vincular indefectiblemente con un criterio más objetivo (o, al menos, eso se cree) como la determinación de enajenación mental que se certifica por medio de un informe médico. Esto lo corrobora la jurisprudencia al vincular indefectiblemente el concepto del autogobierno con la existencia de una enfermedad o deficiencia psíquica, y a determinarlo en clave abstracta sin tener en cuenta las realidades sociales o circunstanciales de la persona. Esto, evidentemente, reafirma o consolida los prejuicios y da lugar a discriminaciones por motivo de discapacidad.

Volviendo al tema central del art. 12, e intentando leerlo en clave de obligaciones jurídico-internacionales asumidas por el Estado argentino frente a la comunidad internacional,

(21) Ley 22.431 de Sistema de protección integral de los discapacitados, Bs. As., 16/03/1981.

pero también frente a sus ciudadanos,⁽²²⁾ el art. 12 impone, al menos, dos obligaciones internacionales que el Estado argentino ha asumido y de las cuales debe dar cumplimiento bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional.

El primer elemento central del art. 12.2 es la “garantía” de igualdad en el goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad más básicos y fundamentales como la vida, la integridad física y psíquica, la igualdad y la libertad. Se trata de una “garantía” de la persona tanto frente al poder del Estado como frente a la acción u omisión de otras personas. Y, como garantía, debe ser operativa y de aplicación directa por cualquier autoridad judicial argentina, irrenunciable, y no sujeta a restricciones o suspensiones.

Para entender el alcance de esta garantía debemos ser conscientes de que estamos frente a un cambio de paradigma y, con ello, frente a un cambio radical del sistema imperante. Este quizás solo sea comparable con el cambio de paradigma que supuso en su momento la implementación del principio de legalidad en el derecho penal y que obliga a los Estados a “garantizar” ciertos derechos sin excepción y bajo pena de incumplir con las normas básicas de derechos humanos, como el derecho de defensa en juicio, la inviolabilidad de la persona, el principio de *nullum crimen sine lege*, por nombrar solo algunos.

El art. 12.2 impone a los Estados el deber de garantizar que ninguna persona con discapacidad sea restringida en el goce y ejercicio de su capacidad jurídica por motivo de su discapacidad. ¿Qué significa esto? Pues, en un sentido muy general, que la opción de “proteger” a las personas con discapacidad mediante la institución jurídica de la “representación sustitutiva en la toma de decisiones”, (tenga esta nombre de tutela, curatela, guarda, o cualquier otra), “no puede seguir siendo” una opción posible o válida a la luz de la garantía del art. 12.2. Debemos entender esta garantía como un límite al poder del Estado que, aunque tenga lo motivos más nobles o crea que la representación sustitutiva es la mejor herramienta de protección, ya no puede seguir por esta vía y debe pensar en otras alternativas que “protejan” pero al mismo tiempo “no sustituyan” la voluntad de “las personas con discapacidad”; del mismo modo en el que el sistema penal inquisitorio tuvo que cambiar a un sistema acusatorio para adaptar el accionar del Estado frente a las garantías que exigía el principio de legalidad.

Pero ¿cómo llegamos a esta conclusión? La articulación lógica del art. 12 leído, como es propio, de un modo sistemático con toda la Convención, resulta categórica e irrefutable: 1) La Convención define a las personas con discapacidad donde incluye a las personas con discapacidad intelectual y mental (art. 1º); 2) La Convención define lo que se debe entender por discriminación por motivo de discapacidad y llega a la conclusión que discriminación es, en última instancia, la restricción en el goce y ejercicio de derechos humanos por motivo de discapacidad (art. 2º); 3) La Convención otorga derecho de goce y ejercicio a todas las personas con discapacidad tanto a la personalidad jurídica, como a la capacidad jurídica, la cual, claramente incluye capacidad de ostentar de derechos (capacidad de derecho), como la capacidad de ejercer los mismos en nombre propio o también llamada capacidad de obrar o capacidad de hecho (art. 12, incs. 1 y 2).

Contrariamente a lo que señala el art. 12 de la Convención, la inmensa mayoría de los sistemas jurídicos inspirados en el derecho civil de base romano-germánica, y con

(22) No se debe olvidar que los tratados de derechos humanos son instrumentos internacionales especiales que establecen no solo relaciones entre Estados, sino muy especialmente, entre el Estado y las personas que se encuentran en el ámbito de su jurisdicción territorial.

antedecedente directo en el código de Napoleón, del cual el derecho civil argentino es un claro ejemplo, se basan en el denominado “modelo de atribución por estatus” (*status attribution*) según el cual, una vez que se establece que un individuo tiene una discapacidad (equivocadamente llamada “demenzia o insania”), el derecho presume su falta de capacidad jurídica. Incluso, tradicionalmente, se ha considerado a ciertas discapacidades como la ceguera, la sordera, la discapacidad intelectual, y la discapacidad mental como causales de incapacitación.

Los sistemas de atribución directa de incapacidad del cual nuestro derecho vigente es un claro ejemplo (art. 141 y ss. CC) no dan cumplimiento a las obligaciones asumidas por el Estado argentino a la luz de la Convención, y más concretamente, en virtud del art. 12.2.

La segunda de las obligaciones internacionales impuesta al Estado argentino en virtud del art. 12, la encontramos en el inc. 3 del cuando nos dice que: “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”.

Aunque la Convención deja bien claro el reconocimiento a la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, así como su capacidad jurídica y de obrar en igualdad de condiciones con los demás, la misma también se hace eco de que, en muchos casos, la restitución del derecho a la toma de decisiones de la persona sin más, podría generar un efecto contraproducente y, por ende, de desprotección. Por ello, en lugar de tomar el camino de la representación legal (sustitución en la toma de decisiones) se establece el sistema de apoyos en la toma de decisiones.

Como señala el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, órgano de seguimiento e interpretación de la Convención interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, incorporada al derecho argentino a través de la ley 25.280:

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) y iii de la Convención).⁽²³⁾

La Convención no proporciona datos sobre cómo o qué rasgos debe tener el sistema de apoyos, con lo cual el Estado conserva un cierto margen de discrecionalidad. Todo parece indicar que se trata de una obligación de carácter programático y que requiere una acción reglamentaria por parte del Estado para facilitar su ejercicio. Esto no supone que

(23) OEA/ Ser.L/XXIV.3.1, CEDDIS/doc.12 (I-E/11) Rev.1, 28/04/2011.

no se pueda solicitar, en virtud de la Convención, que un juez argentino ordene un régimen de apoyo en la toma de decisiones en un caso concreto. Algunos pronunciamientos judiciales comienzan a dar testimonio de ello.⁽²⁴⁾

Sin perjuicio del silencio del art. 12.3 sobre las características del sistema de apoyo en la toma de decisiones, la lectura comprensiva del art. 12 con todas las disposiciones de la Convención nos permite sugerir algunas características:

- a) **Gradual:** *la implementación del sistema de apoyos requerirá una implementación gradual del mismo. Es evidente que poner en marcha un sistema como este llevará tiempo. Si todas las medidas tradicionales de curatela se suprinen de golpe el sistema se volverá inoperante. El sistema de apoyo en la toma de decisiones y el sistema tradicional de tutela deberán funcionar en paralelo durante el periodo de tiempo necesario hasta que la transición se haya completado. Ahora bien, para que el cambio se produzca, también es necesario que las autoridades judiciales puedan ordenar marcos de apoyos fuera de la rigidez del sistema de curatela vigente en el CC.*
- b) **Complejo:** *el sistema de apoyo supondrá la implementación de un sistema complejo que no solo requerirá de reformas legales, sino también de una acción política del Estado que garantice, entre otras cosas, educación y recursos financieros adecuados. Es por ello que no consiste simplemente en reemplazar el nombre de tutela o curatela por el de “persona de apoyo” en las legislaciones nacionales. Tampoco parece adecuado reemplazar el sistema de insanía vigente por la figura de la inhabilitación del art. 152 bis.*
- c) **Diverso:** *Para que el sistema de apoyos cumpla su cometido y resulte efectivo, el mismo deberá adaptarse a las diferentes situaciones personales y a las diferentes deficiencias intelectuales o mentales de la persona en cuestión. Hay que pensar en diferentes tipos de “apoyo” sobre la base de: el tipo de acto jurídico –diferenciar entre actos trascendentales para la vida y/o el patrimonio de la persona (matrimonio, venta o compra de una casa, donación), y actos ordinarios de la vida común (reformar su casa, ir de viaje, suscribirse a un club deportivo), siendo en este último caso prácticamente innecesario el apoyo–, y el tipo de figura de apoyo adecuado. Será necesario poner a disposición de la persona diferentes tipos de figuras de apoyo que mejor se adapten a su situación particular. Por ejemplo, la posibilidad de un asistente personal, o la de un familiar, o la de un grupo de amigos, o la de una asociación, o la de un ombudsman o defensor oficial. La necesidad de ajustar las medidas de apoyo a la persona es la principal razón por la cual las figuras existentes en nuestro derecho resultan inaptas y obsoletas. Nuestro derecho y nuestra práctica muestran un marco legal que aborda la cuestión de la protección de las personas con discapacidad mental o intelectual justamente de un modo radicalmente inverso. Es decir, los operadores jurídicos deben determinar a qué dos figuras legales se debe ajustar cada persona en cuestión (art. 141 o art. 152 bis) cuando, en realidad, la aproximación debería ser qué marco de medidas de apoyo se requiere para la necesidad especial y particular de la persona. El etiquetamiento de las personas con discapacidad mental o intelectual en “un 141”*

(24) “O., M s/Inhabilitación”, Tribunal de Familia N° 3 de Lomas de Zamora, 16/10/2008; “V. W. D s/ Insanía y Curatela”, 29/03/2011, Tribunal de Familia N° 1, Departamento Judicial de la ciudad de Mar del Plata; “B. Z., B. G. S/ Insanía”, Registro de Sentencia nº 441/2011, Folio 1226, Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 1 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora; “G, A B. s/ Inhabilitación”, Expte. N° 2623/11; Juzgado N° 2 del menor de edad y de la familia, “Chaco; R., N. M. s/ Declaración de incapacidad (de N. E.)” (000925/2009), Puerto Madryn, 11/09/2012.

o en “un 152 bis” resulta indignante, degradante, y violatorio de todos los principios y valores en los que se basa el discurso de los derechos humanos. Asimismo, el sistema de apoyo debe ser respetuoso con los deseos, preferencias y voluntad de la persona que debe ser siempre tenida en cuenta —también en la elección de la propia figura de apoyo—. En nuestro sistema vigente de designación de la figura del curador, así como en el ejercicio de la curatela la voluntad de la persona es lisa y llanamente ignorada.

d) **Abierto:** *El sistema de apoyo debe diseñarse pensando en todas las personas que puedan tener dificultades para ejercer su capacidad jurídica y no solo en las que tienen un determinado tipo de discapacidad, como puede ser el caso de personas mayores, analfabetos, personas con discapacidades comunicacionales severas, etc.*

Además, y teniendo en cuenta el contexto de nuestra tradición jurídica, seguramente el marco de apoyo que se decrete deberá ser además:

- 1) *Formal (por escrito y con ciertas formalidades),*
- 2) *Judicial, y*
- 3) *Registral (susceptible de registrarse a los efectos de dar publicidad frente a terceros).*

5. Pronunciamientos oficiales de órganos internacionales de derechos humanos en relación con el art. 12 de la CDPD

Los argumentos señalados hasta aquí también han sido esgrimidos por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas donde se sostiene que:

En muchos países la legislación en vigor permite declarar incapaz a una persona por deficiencia mental, intelectual o sensorial y atribuir a un tutor la capacidad jurídica para actuar en su nombre. Toda ley que prevea que la existencia de una discapacidad es motivo directo o indirecto para declarar la incapacidad jurídica entra en conflicto con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad consagrado en el párr. 2 del art. 12.⁽²⁵⁾

Por si quedara duda sobre el contenido de las obligaciones internacionales contenidas en el art. 12 de la Convención, el Comité de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha señalado en sus “Directrices relativas al documento específico sobre la Convención que deben presentar los Estados partes con arreglo al párrafo 1 del art. 35 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, que en relación con el art. 12, los Estados Partes deberán informar sobre:

Las medidas adoptadas para asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, en particular las medidas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a mantener su integridad física y mental, a la plena participación como ciudadanos, a ser propietarias y heredar bienes, a controlar sus propios asuntos económicos y a acceder en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y

(25) Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, A/HRC/10/48, 26/01/2009, párr. 24.

otras modalidades de crédito financiero, y su derecho a no ser privadas de sus bienes de manera arbitraria; Si existe o no legislación que restrinja la plena capacidad jurídica por razón de discapacidad, así como las medidas adoptadas para ajustarse al art. 12 de la Convención; El apoyo de que disponen las personas con discapacidad para ejercer su capacidad jurídica y manejar sus finanzas.⁽²⁶⁾

Como era de prever, el Comité ha observado a los tres primeros Estados que presentaron informes en materia de capacidad jurídica. Al analizar el informe de Túnez, el Comité recomendó:

... que el Estado parte revise las leyes relativas a la tutela y la curatela y adopte medidas legislativas y de política para convertir esos regímenes de sustitución en la adopción de decisiones en uno de asistencia para la adopción de decisiones. Recomienda además que se imparta formación sobre esta cuestión a los funcionarios públicos que corresponda y a los demás interesados.⁽²⁷⁾

En relación con España, el Comité recomendó “al Estado parte que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona”.⁽²⁸⁾ Finalmente similares observaciones fueron realizadas al Estado peruano donde el Comité fue incluso más explícito al recomendar que:

... al Estado parte que derogue la práctica de la interdicción judicial y revise las leyes que permiten la tutela y la curatela con objeto de garantizar su plena conformidad con el art. 12 de la Convención. Le recomienda también que adopte medidas para cambiar el modelo de sustitución en la toma de decisiones por uno de apoyo o asistencia a las personas con discapacidad en esa toma de decisiones que respete su autonomía, voluntad y preferencias.⁽²⁹⁾

En el ámbito regional del sistema interamericano de derechos humanos, el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad ha señalado 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

(26) CRPD/C/2/3, 18/11/2009.

(27) Observaciones del Comité de la ONU sobre Discapacidad respecto del informe remitido por el Estado tunecino en cumplimiento de lo establecido en el art. 35 de la CDPD, CRPD/C/TUN/CO/1, 13/05/2011, párr. 35

(28) 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 de la CDPD, CRPD/C/ESP/CO/1, 19/10/2011, párr. 34.

(29) 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 de la CDPD, CRPD/C/PER/CO/1, 20/04/2012, párr. 25.

art. 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 insanía y la curatela como forma de representación legal de las 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 art. 12 de la Convención de los Derechos de las personas con Discapacidad de Naciones Unidas por mandato del art. 4.1 inciso 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.⁽³⁰⁾

Más aún, la interpretación jurídica del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad resulta doblemente importante puesto que además

... declara que el criterio establecido en el art. I.2, inc. b) in fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la O.E.A. 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 art. 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".⁽³¹⁾

Pero, más allá de la especificidad de la CDPD y de su jerarquía infraconstitucional, los tratados de derechos humanos incorporados en nuestra Constitución Nacional por intermedio del art. 75, inc. 22 también apuntan hacia el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Para comprender este argumento es preciso analizar dos cuestiones principales. En primer lugar, la noción y alcance del derecho a la personalidad jurídica, y en segundo lugar, a la necesidad de reinterpretar dicho concepto a la luz del proceso de especificación de los derechos humanos.

El primer instrumento en recoger una referencia a la "personalidad jurídica" fue la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) cuyo art. 6º establece que "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica". Prácticamente todos los instrumentos generales de derecho humanos que le sucedieron, y que se encuentran incluidos en el art. 75, inc. 22 CN, adoptaron una formulación muy

(30) OEA/ Ser.L/XXIV.3.1, CEDDIS/doc.12 (I-E/11) Rev.1, 28/04/2011.

(31) *Ibid.*

similar, como es el caso del art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el art. 3º de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (CIDH).

El concepto de “personalidad jurídica” (también en algunos instrumentos internacionales formulado como “igualdad como persona ante la ley”), aunque no ha sido definido en ningún instrumento internacional, nos sitúa indefectiblemente ante la mismísima esencia de los derechos humanos, es decir, ante la conexión entre la persona y los derechos. O dicho de otro modo, la personalidad jurídica parece referirse a la condición o condiciones que determinan que una persona sea investida de derechos. Por ello, el concepto de “personalidad jurídica” se encuentra íntimamente conectado con la formulación del art. 1º de la DUDH cuando declara que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

A pesar de que su formulación pudiera resultar tautológica, o incluso si se quiere contradictoria, el reconocimiento al derecho a la personalidad jurídica se ha constituido como una condición previa e ineludible para el goce y ejercicio de todos los derechos individuales. En su comentario al PIDCP, Nowak destaca que “sin este derecho, el individuo podría ser reducido a un mero bien (*legal object*), donde dicho individuo no sería considerado una persona en el sentido jurídico, y por tanto, podría ser privado de todos los demás derechos, incluido el derecho a la vida”.⁽³²⁾ Por ello, debido a que el reconocimiento a la personalidad jurídica representa un requisito *sine qua non* para todos los otros derechos, este derecho se incluye en el listado de los derechos civiles y políticos que no pueden ser derogados ante situaciones de emergencia pública o amenaza para la seguridad de un Estado.

En el ámbito Interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el derecho a la personalidad jurídica implica el reconocimiento de toda persona como sujeto de derechos y obligaciones. De esta forma, la personalidad jurídica trae consigo la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones por la simple condición de ser humanos, por lo que se erige como un derecho fundamental para el goce de todos los demás derechos.⁽³³⁾

La Corte ha considerado que el contenido propio del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es que se reconozca a la persona, en cualquier parte, como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales, lo cual implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes. La violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de los derechos y deberes civiles y fundamentales.⁽³⁴⁾

De este modo, el contenido del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se refiere al correlativo deber general del Estado de procurar los medios y condiciones jurídicas para que ese derecho pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares o, en

(32) Nowak Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2ª ed. revisada, N. P. Engel Publisher, 2005.

(33) Corte IDH, “Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala”, sentencia de 25/11/2000, Serie C N° 70, pár. 179; “Caso Jean y Bosico” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 08/09/2005, serie C N° 130, pár. 176.

(34) Corte IDH, “Caso Bámaca Velásquez” (Fondo), sentencia de 25/11/2000. Serie C N° 70, pár. 179; “Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 28/11/2007, Serie C N° 172, pár. 166.

su caso, la obligación de no vulnerar dicho derecho.⁽³⁵⁾ El deber del Estado de garantizar las condiciones jurídicas y administrativas que aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley, cobra especial relevancia frente a “aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación”.⁽³⁶⁾

Sin perjuicio de que el derecho a la personalidad jurídica no conlleve, en sí mismo, la dimensión relativa a la capacidad de hecho o de obrar, ello no es óbice de que el mismo sea reinterpretado a la luz del proceso de especificación de derechos humanos, en especial de los derechos de las mujeres, de los niños y de las personas con discapacidad.

Por ello, al interpretar el *corpus* de tratados de derechos humanos incorporado en nuestra Constitución Nacional por intermedio del art. 75, inc. 22, es preciso comprender, como lo ha reiterado en sendas ocasiones la jurisprudencia internacional así como lo propia jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, las características particulares del subsistema de derechos humanos. En este sentido, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena- Austria, 1993) señaló con su Declaración: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes”. **Universales** por cuanto se extienden a todo el género humano en todo tiempo y lugar; por tanto, no pueden invocarse diferencias culturales, sociales o políticas como excusa para su desconocimiento o aplicación parcial. **Indivisibles** porque no tienen jerarquía entre sí, es decir, no se permite poner unos por encima de otros, ni menos sacrificar un tipo de derecho en menoscabo de otro. **Interdependientes** porque no hay un derecho más importante que otro, lo que implica que la violación a uno solo de ellos, repercute en múltiples violaciones, y la realización de un derecho posibilita la realización de otros.

Ello ha generado que los tratados de derechos humanos sean normas en constante cambio lo cual se puede apreciar a través de la cláusula de progresividad, pero más aún, a través de la interpretación constante de dichos instrumentos que realizan los Comité de Seguimiento. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos (Órgano de seguimiento del Pacto International de Derechos Civiles y Políticos) ha señalado al Estado ruso en relación con su informe sobre la situación de los derechos humanos civiles y políticos en dicho país lo siguiente:

El Comité expresa su preocupación por el elevado número de personas con discapacidad mental que son privadas de su capacidad jurídica en el Estado parte, y por la ausencia aparente de salvaguardias adecuadas, sustantivas y de procedimiento, contra las restricciones desproporcionadas al goce de los derechos que el Pacto garantiza a esas personas. En particular, el Comité está preocupado por la falta de salvaguardias de procedimiento y de recursos de apelación contra las decisiones judiciales, basadas en la mera existencia de un diagnóstico psiquiátrico, que privan a las personas de su capacidad jurídica, y contra las decisiones de internamiento que con frecuencia siguen a la incapacitación jurídica de la persona. Al Comité le preocupa igualmente que las personas privadas de capacidad jurídica no dispongan de recursos judiciales para impugnar otras violaciones de sus derechos, incluidos los malos tratos o los insultos de los guardianes y/o el personal de las instituciones en que estén internadas, que se ven agravados por la ausencia de un mecanismo independiente de inspección de

(35) Corte IDH, “Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”, sentencia de 23/11/2009, párr. 155.

(36) Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 29/03/2006. Serie C N° 146, párr. 189.

las instituciones de salud mental (arts. 9 y 10). El Estado parte debería:
a) Revisar su política de privar de su capacidad jurídica a las personas con discapacidad mental y determinar la necesidad y la proporcionalidad de toda medida de ese tipo en cada caso y previendo salvaguardias efectivas de procedimiento, asegurándose en cualquier eventualidad de que todas las personas privadas de su capacidad jurídica tengan acceso fácil a una revisión judicial efectiva de la decisión original y, cuando sea pertinente, de la decisión de internarlas; b) Asegurarse de que las personas con discapacidad mental puedan ejercer el derecho a un recurso efectivo contra las violaciones de sus derechos y considerar la posibilidad de prever alternativas menos restrictivas a la reclusión y el tratamiento forzoso de las personas con discapacidad mental; c) Tomar las medidas adecuadas para impedir toda clase de malos tratos en las instituciones psiquiátricas, incluido el establecimiento de sistemas de inspección que tengan en cuenta los Principios de las Naciones Unidas para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental (aprobados por la Asamblea General en la resolución 47/119)".⁽³⁷⁾

Con lo cual, se puede observar un ligero cambio del Comité de Derechos Humanos en relación con las observaciones finales emitidas por posterioridad a la adopción de la CDPD. De forma muy positiva, el Comité parece reconocer definitivamente como cuestión de derechos humanos la privación absoluta de la capacidad jurídica y la falta de acceso a la justicia en los internamientos forzados.⁽³⁸⁾ Por lo tanto, afirmar que el PIDCP o la CIDH no cuestionan los sistemas de atribución de incapacidad como el establecido en nuestro país, es claramente erróneo.

Más aún, el citado Comité de Derechos Humanos ha señalado, con relación al último informe, que el Estado argentino ha presentado que:

Preocupa al Comité la información recibida respecto a las deficiencias en la atención de los usuarios de los servicios de salud mental, en particular en lo relativo al derecho a ser oídos y a gozar de asistencia jurídica en decisiones relativas a su internamiento (art. 26 del Pacto) (...) El Estado parte debe tomar medidas con miras a proteger los derechos de estas personas de conformidad con el Pacto, y de adecuar la legislación y práctica a los estándares internacionales relativos a los derechos de las personas con discapacidad.⁽³⁹⁾

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas en el Estudio temático para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad ha señalado que:

El párr. 1 del art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya reconoce la personalidad jurídica de las personas con discapacidad. Ahora bien, el cumplimiento de las obligaciones enunciadas en los párrs. 2,

(37) CCPR/C/RUS/CO/6, 24/11/2009, párr. 19.

(38) Por ejemplo ver: Observaciones Finales al Estado Belga, CCPR/C/BEL/CO/5, 18/11/2010, párr. 19; Observaciones Finales al Estado Argentino, CCPR/C/ARG/CO/4, 31/03/2010, párr. 24; Observaciones Finales al Estado Noruego, CCPR/C/NOR/CO/6, 18/11/2011, párr. 10; Observaciones Finales al Estado Ruso, CCPR/C/RUS/CO/6, 24/11/2009, párr. 19; Observaciones Finales al Estado Croata CCPR/C/HRV/CO/2, 04/11/2009, párr. 12.

(39) CCPR/C/ARG/CO/4, 31/03/2010, párr. 24.

3, 4 y 5 del art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad requiere un examen a fondo de toda la legislación civil y penal que contenga elementos de capacidad jurídica.⁽⁴⁰⁾

En el ámbito Interamericano, y tal como se ha mencionado anteriormente, el propio Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, ha expresado que:

... el art. 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 (art. 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”, [y que] “el art. I.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 O.E.A necesita ser reinterpretado a la luz del nuevo paradigma del art. 12 citado.⁽⁴¹⁾

6. Conclusiones

El modelo social de la discapacidad empieza a ser ampliamente aceptada por la sociedad en el área de la discapacidad física. Sin embargo, cuando se busca aplicarlo a la discapacidad intelectual o mental, la sociedad aún se resiste al cambio de paradigma que propone la Convención. De ahí la importancia que tiene el art. 12 que, en definitiva, no es otra cosa que la aplicación del modelo social a la discapacidad intelectual o mental.

La Convención intenta evitar el etiquetamiento de las personas y de reconocer las circunstancias personales de cada individuo. En concreto, la Convención establece como uno de sus principios generales (art. 3): “El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”. Si esto lo analizamos con el art. 12.3, donde señala que: “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”, y finalmente, lo contrastamos con lo indicado en el párr. 4 del art. 12, resulta evidente que el paradigma que señala la Convención, centrado en la persona y su situación de vulnerabilidad social, es superador del modelo rígido y deshumanizado del CC que prima la seguridad jurídica de las transacciones patrimoniales por sobre el sujeto de derecho. En efecto el párr. 4 del art. 12 establece que:

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

(40) A/HRC/10/48, 26/01/2009, párr. 44.

(41) OEA/ Ser.L/XXIV.3.1, CEDDIS/doc.12 (I-E/11) Rev.1, 28/04/2011.

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.

Pensar que es posible trazar la determinación legal de la capacidad o incapacidad de una persona, desde una dicotomía al mejor estilo blanco (plena capacidad) o negro (incapacidad absoluta) o, en el mejor de los casos, con un ligero retoque hacia el gris oscuro (inhabilitación) resulta a todas luces ajena a la realidad que viven las personas con discapacidad. Pensar que el juez tiene las manos atadas y que el derecho solo le permite tomar dos caminos posibles es cercenar el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad que tienen que optar (en el mejor de los casos) por quedar totalmente desprotegidos del derecho y conservar la capacidad de gozar y ejercer sus derechos, o someterse a la declaración de incapacidad absoluta que les reduce a meros objetos legales, lo que comúnmente es llamado “la muerte civil”.

La ley 26.657 ha supuesto un cambio importante para sentar las bases de una política pública hacia el reconocimiento de los derechos humanos de las personas con discapacidad mental o intelectual en Argentina. En dicho contexto, el art. 152 ter intenta romper con esta estructura arcaica y anacrónica del binomio “capacidad-incapacidad”, a través de un nuevo escenario jurídico que parte de la presunción de capacidad de todas las personas y que llama al juez a ajustar la sentencia de incapacidad o inhabilitación a las circunstancias particulares y únicas de cada persona y, por ende, de cada proceso judicial.

Pero dichos esfuerzos no bastan para cambiar una larga y arraigada tradición que sigue viendo en la incapacidad absoluta el mejor modo de proteger a las personas con discapacidad mental. Es por ello que el proyecto de reforma del CC debiera comprender que nos hallamos ante una oportunidad histórica de cambiar instituciones y regímenes jurídicos desfasados y anacrónicos. Resulta de vital importancia que nuestro país aproveche este momento único para sumarse a una tendencia universal que pretende reconocer el derecho de todas las personas con discapacidad de ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. No debe resultarnos indiferente el hecho de que el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI haya sido la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.⁽⁴²⁾

(42) Nota del editor: Atento el tema que aborda la nota, encontrándose el Estado argentino en proceso de modificación del Código Civil vigente, se deja constancia que esta colaboración del Dr. Bariffi ha sido presentada en el mes de septiembre de 2012.

LA DISCAPACIDAD Y EL EJERCICIO PROFESIONAL DEL ABOGADO/A

Yael Hergenreder⁽¹⁾

La presente publicación tiene como objeto principal reflexionar acerca del rol que juega la discapacidad en el ámbito judicial, vista más allá de la normativa jurídica que ampara a las personas con discapacidad. En este sentido podríamos plantearnos los siguientes interrogantes: ¿La discapacidad es un condicionante para el ejercicio profesional de los operadores judiciales? ¿Qué barreras encuentran las personas con discapacidad al momento de hacer efectivo el derecho al trabajo? ¿Es integración o inclusión?

Tal es así, que pensar que la discapacidad es o podría llegar a ser —en el caso de adquirirla— una condición de las personas que conforman el aparato judicial, no es algo abstracto o imposible de suceder. Es habitual escuchar como las personas, desde el discurso o desde los medios de comunicación, rotulan de “héroes de la vida” a aquellos que tienen discapacidad y que son profesionales, empleados, o que realizan las mismas cosas en la cotidianidad que los demás. Lo cierto es que ninguna de las personas que tenemos discapacidad podríamos alcanzar tales cometidos, sino tuviéramos una base sólida. A esa base sólida yo la denomino “**vida independiente**”.

1. Vida independiente: La base del desarrollo de vida de las personas con discapacidad

Para dar respuesta a los distintos interrogantes planteados al comienzo de este artículo es preciso —en primera instancia— analizar el concepto de vida independiente de las personas con discapacidad y la forma en que dicha noción es abordada en y por la sociedad.

El Movimiento de Vida Independiente “nació en Berkeley un día de 1962, cuando Ed Roberts consiguió ser admitido en la Universidad de California en esta ciudad. Ed Roberts es considerado, a menudo, el padre del Movimiento de Vida Independiente, por ser una persona con discapacidad que aplicó a su propia vida una filosofía de Vida Independiente.”

(1) Abogada (Facultad de Derecho, UBA). Asesora Jurídica del Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia. Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia de la Nación. Integrante del Programa Universidad y Discapacidad (UBA).

Con su actitud consiguió influir en otras personas para crear un equipo que alcanzó importantes resultados bajo esta filosofía”.⁽²⁾

Siguiendo esta línea de pensamiento, podríamos definir a la vida independiente como la suma de dos postulados: autodeterminación y autonomía. Mientras que el primer concepto implica tomar decisiones, ejercer el poder de elegir y optar libremente por un proyecto de vida, el segundo hace referencia a la forma de realizarlo, los recursos a utilizar, pero siempre expresando los propios deseos e intereses.⁽³⁾

Es así que el efectivo cumplimiento de ese derecho permite pensar a la discapacidad como un concepto que evoluciona y como tal resulta transversal a los distintos ámbitos de la vida humana.

Trasladando este concepto a la exemplificación más pura, Adolf D. Ratzka del Instituto de Vida Independiente de Suecia afirma que:

... es una filosofía y además un movimiento de personas con discapacidades, que trabaja por la igualdad de oportunidades, el respeto a uno mismo y la autodeterminación. Vida Independiente no significa que no necesitemos a nadie o que queramos vivir aislados. “Vida Independiente” significa que queremos el mismo control y las mismas oportunidades en la vida diaria que nuestros hermanos, hermanas, vecinos y amigos, que no tienen discapacidades y que asumen como un hecho. Queremos crecer en nuestras familias, ir a la escuela que escojamos, usar cualquier autobús, tener trabajos acordes con nuestra educación y nuestras capacidades. Más importante aún, necesitamos estar a cargo de nuestras propias vidas, pensar y hablar por nosotros mismos.⁽⁴⁾

Es usual que dentro de esta temática la voz que esgrime los deseos, los intereses de las personas con discapacidad, sea la voz de un tercero. Pero si bien en su mayoría, estos terceros suelen ser allegados o formar parte del círculo más íntimo de la persona con discapacidad no deja de tener una impronta que no es la propia del sujeto sobre el cual recae este derecho. Es por ello que cobra importancia la última frase de la cita mencionada precedentemente: “... estar a cargo de nuestras propias vidas, pensar y hablar por nosotros mismos”.

En vista a generar espacios de escucha a los beneficiarios de ese derecho, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPCD) incorporada al derecho argentino por la ley 26.378, es el primer tratado de derechos humanos que contó con la participación activa de la sociedad civil, en especial con personas con discapacidad, bajo el lema *“Nothing about us without us”* (“Nada de nosotros sin nosotros”).⁽⁵⁾

(2) J. Vidal, García Alonso, “El movimiento de vida independiente. Experiencias Internacionales”, [en línea] <http://www.fundacionluisvives.org/BBDD/publicaciones/documentacion/MVI.pdf>, p. 39, 2003.

(3) Conceptos tomados de las clases del Programa de Actualización y Profundización en Discapacidad, Salud Mental y Envejecimiento de la Facultad de Derecho UBA en 2012 de la Dra. Isabel Ferreira, encargada del área de discapacidad de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires e integrante de la REDI.

(4) Rosales, Pablo O., “La figura del ‘asistente personal’ del artículo 39 inciso d) de la ley 24.901 en el encuadre de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU (ley 26.378)”, en <http://pablorosalles.com.ar/es/wp-content/uploads/2012/09/Asistente-personal-de-las-personas-con-Discapacidad.pdf>, Buenos Aires, pp. 4/5, 2012.

(5) Werner, Werner, “*Nothing About Us Without Us: developing Innovative Technologies For, By and With Disabled Persons*”, [en línea] <http://www.dinf.ne.jp/doc/english/global/david/dwe001/dwe00101.htm>, Palo Alto California, 1998.

Sacar a este colectivo de la invisibilidad y posicionarlo en un lugar donde sus conocimientos y experiencias de vida permitan conocer y acercarnos a la realidad que viven las personas con discapacidad es parte del paradigma que trae la Convención. Como lo expresa el Dr. Pablo Rosales: “La vida independiente es el embrión del modelo social de la discapacidad”.

No debemos olvidar que el derecho a la vida independiente está extremadamente ligado a la visión de la discapacidad. Por un lado, y desde el lugar más subjetivo, tenemos el tema de la aceptación de la persona con discapacidad. Uno de los puntos básicos, que permite el pleno desarrollo y una transformación hacia una sociedad más equitativa, es la aceptación propia que tienen las personas con discapacidad de sí mismas. Dicho de otra manera, la mirada que tienen para el interior de su ser. Este trabajo implica asumir un costo personal, que tiene como fin evitar la negación de su propia identidad. La Real Academia Española define a la identidad como “la conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás” y como “conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás”. Diversos autores han utilizado el primer concepto para hablar de identidad personal, mientras que el segundo refiere a la identidad social, esta última:

... tiene que ver con la experiencia de lo grupal, del nosotros y remite a los vínculos y a las redes que se establecen entre los miembros de un determinado grupo social, a la conciencia de pertenencia al grupo y a los valores y afectos compartidos con los otros miembros del grupo (...) Llegados aquí cabe preguntarse si existe o no una identidad social de las personas con discapacidad y, en su caso, cuáles son los elementos que la definen. La cuestión no es baladí, pues las personas con discapacidad no constituyen, por ser un grupo social en sentido estricto (conjunto de personas que se relacionan entre sí, que comparten valores, creencias y normas reguladoras de su interacción y que persiguen un objetivo común), sino que, en principio, son solo (...) una categoría poblacional (conjunto de personas que tienen en común una determinada característica, en este caso su discapacidad).⁽⁶⁾

Por otro lado, con una perspectiva más objetiva, está la óptica de la sociedad respecto a la discapacidad y la forma en que dicha condición del ser humano influye en el ejercicio de los derechos ya sean civiles, políticos, económicos, culturales. Es aquí donde aparece el tan nombrado modelo social de la discapacidad. Bajo este nuevo paradigma “se entiende que no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la sociedad para asegurar adecuadamente que las necesidades de todas las personas —incluyendo quienes tengan una discapacidad— sean tenidas en cuenta dentro de la organización social.”⁽⁷⁾ Actualmente nos encontramos en una etapa de transición, donde el foco ya no está situado en las diferencias y pareciera ser que las PCD son las responsables de su propia situación de exclusión; sino que —por el contrario— la atención está puesta en las barreras —ya sean físicas, culturales, comunicacionales—. Actualmente se inicia un período de debate que apunta a un modelo de reconocimiento de derechos.

(6) Jiménez Lara, Antonio, “La identidad social de las personas con discapacidad”, [en línea] <http://www.cermi.es/es-ES/Cermi.es/Revista/Lists/Revistas/Attachments/60/Cer2829AA0.pdf>.

(7) Palacios, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Ediciones Cinca, 2008, p. 469.

Por ello, y tras haber reflexionado acerca de la vida independiente, podemos concluir que cada vez más las personas con discapacidad apuntan a este ideal, decidiendo la forma de vida, y —en lo que hace al presente artículo—, eligiendo y ejerciendo la profesión sin condicionarla por su discapacidad.

2. La carrera como una cuestión de elección

Al hablar de una carrera universitaria, estamos, implícitamente, hablando de educación superior y en consecuencia deviene el siguiente interrogante: ¿qué entendemos por educación inclusiva?

Podríamos decir que la educación inclusiva implica que todos los estudiantes de una determinada comunidad aprendan juntos independientemente de sus condiciones personales, sociales o culturales incluidos aquellos que presentan discapacidad.⁽⁸⁾

Debe responder a la diversidad, no excluir o segregar a ningún estudiante como consecuencia de su discapacidad, dificultad de aprendizaje, pertenencia a un grupo social o étnico determinado o bien por su género. Da respuesta a las necesidades y a las diferencias, reconociendo y respetando las potencialidades y capacidades individuales.⁽⁹⁾

Cuando llega el momento de tomar la decisión acerca de los estudios profesionales, generalmente las personas se someten a una dinámica de presión familiar y social, además de enfrentar la falta de información general sobre cuestiones tales, como: características de las distintas universidades, planes de estudio comparativos entre universidades considerando los contenidos temáticos de cada asignatura, identificación de los campos de desarrollo profesional, investigación de opciones laborales reales, entre otras. Tal decisión provoca confusión, incertidumbre y en ocasiones miedo al futuro.

Ahora pongamos ese miedo, esa incertidumbre en la piel de una persona con discapacidad. Si bien la condición de discapacidad no debería ser un determinante para la elección de la profesión, lo cierto es que al atravesar por esa etapa, confluyen diversos interrogantes en relación al ejercicio profesional propiamente dicho y a las distintas barreras que tendrá que afrontar. Es aquí donde una vez más las personas debemos aceptar la discapacidad y esa aceptación será la que nos permita superar las barreras, transformándolas en desafíos personales.

Durante décadas las universidades en nuestro país han omitido el tratamiento en particular de las necesidades educativas de las personas con discapacidad, confinándolas a tener que adecuarse a condiciones estandarizadas o abandonar los estudios. Desde hace varios años las universidades públicas argentinas se han propuesto el diseño de medidas activas que aseguren el efectivo goce del derecho a la educación de las personas con discapacidad.⁽¹⁰⁾ Es justamente el cambio de pensamiento y el modo de percibir la discapacidad lo que nutre el desarrollo de la educación inclusiva.

(8) Conceptos tomados de las clases del Programa de Actualización y Profundización en Discapacidad, Salud Mental y Envejecimiento de la Facultad de Derecho (UBA) en 2012 de la Prof. Silvia Laura Bersanelli, Directora del Observatorio de la Discapacidad, CONADIS.

(9) Muslera, Haydée, “Los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en Carlos Eroles y Hugo Fiamberti (comps.), *La educación inclusiva como derecho*, Bs. As., 2008, pp. 181/190.

(10) Seda, Juan, “Los Derechos de las Personas con Discapacidad”, op. cit., p. 199.

Hay algo que empieza a ser nombrado, y que puede ser tratado en el debate universitario, algo que en otro momento era opaco y que no estaba incorporado a la agenda pública. Se inicia así un camino de reconocimiento de un colectivo difuso y estigmatizado en las carreras universitarias⁽¹¹⁾. Comienza a surgir la idea de un profesional con discapacidad.

3. Barreras del sistema judicial

Aproximándonos un poco al área judicial, es habitual pensar a la discapacidad como centro de reclamo ante algún incumplimiento legal, el cual es plasmado usualmente en la práctica tribunalicia, en la acción de amparo. Con el correr del tiempo, aumentan de manera significante, en la mesa de entrada de los juzgados, dichas actuaciones procesales. Los temas más candentes son las obras sociales y los incumplimientos prestacionales.

Pero si partimos del presupuesto de que la discapacidad es un concepto que evoluciona y como tal resulta transversal a los distintos ámbitos de la vida humana, podemos pensar que el ejercicio profesional no es ajeno a tal postulado. La idea o el cometido que nos propone mos es cambiar el foco de atención; donde la discapacidad deja de ser objeto de reclamo para pasar a ser vista del otro lado de los expedientes judiciales. Pensar que la discapacidad también es una condición del abogado litigante o bien de los operadores judiciales que abarca tanto a meritorios como a jueces.

La actividad judicial propiamente dicha, comprende la puesta en marcha de la estrategia elegida por el profesional, la redacción de todo tipo de escritos judiciales, la asistencia a audiencias, el seguimiento permanente del expediente a través de la procuración y el manejo durante el proceso de todas las defensas y herramientas procesales disponibles, en los fueros civil, comercial, laboral y penal, entre otros.

Para aquellos que procuramos a diario por los distintos juzgados y tribunales de diferentes jurisdicciones, nos encontramos con distintas situaciones en las cuales se “nos recuerda” que somos personas con discapacidad.

Este abordaje no podría realizarse si no es a modo de ejemplos concretos, para poder así visibilizar las barreras que obstaculizan el ejercicio profesional y que no requieren más que un ajuste razonable.

En correlato con esto, la CDPDCD en su art. 2º denominado “Definiciones” establece: “A los fines de la presente Convención (...) Por ‘ajustes razonables’ se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. Asimismo, al tratar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, en su art. 27 se regula:

Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos,

(11) *Ibid.*, p. 194.

inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: (...) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo.

Por ello las distintas situaciones que detallaré a continuación tienen como fin último estar sujetas a modificaciones donde no sea una cuestión de integración solamente, sino la confluencia entre integración e inclusión.

3.1. Sistema oral actuado

En nuestro ordenamiento procesal los actos son escritos, y aquellos que sean realizados de manera oral, como por ejemplo el interrogatorio de testigos, quedan plasmados y constatados en forma escrita mediante actas. El escrito debe ser presentado en la mesa de entrada del juzgado o tribunal en el cual se tramita el expediente y deberá cumplir con una serie de requisitos.

Ahora pensemos este sistema escriturario y la barrera que provoca a una persona con discapacidad visual. ¿Cómo hace un abogado —aclaro que no se trata de cuestión de género— ciego para procurar y leer los escritos de la partes contraria como así también las providencias del juez? Seguramente muchos de los que estén leyendo esta publicación pensarán que el sistema judicial está informatizado. Pero más allá de definir si es accesible o no a los programas de lectores de pantalla, en ningún caso se tiene acceso al contenido de los escritos presentados por la contraria. Tal omisión impide conocer las presentaciones, contestaciones y demás actos procesales de manera totalizadora como integradoras del proceso.

De la misma manera pensemos en la dificultad que representa para un abogado litigante que posee una discapacidad física en sus miembros superiores el hecho de tener que estar constantemente presentando escritos en la vorágine de tribunales.

Para cualquiera de estos ejemplos, pareciera ser que la solución estaría dada por la contratación de un tercero que cumpla el rol de secretario del estudio jurídico o bien la figura del asistente personal. La primera de las “soluciones” está ligada a una cuestión económica y hasta quizás de inversión. Situación a la cual no podía acceder la mayoría, toda vez que al no contar con otro empleo que produzca un ingreso digno resulta imposible de solventar. Por su parte:

... un asistente personal es una persona que ayuda a otra a desarrollar su vida. Es, por tanto, aquella persona que realiza o ayuda a realizar las tareas de la vida diaria a otra persona que, por su situación, ya sea por una discapacidad, o por otros motivos, no puede realizarlas por sí misma. Esta ayuda está regulada, en países como España, por un contrato profesional en el que el usuario o usuaria, habitualmente la persona con discapacidad es la parte contratante.⁽¹²⁾

(12) Rosales, Pablo O., “La figura del “asistente personal” del artículo 39 inciso d) de la ley 24.901 en el encuadre de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU (ley 26.378)”, [en línea] <http://pablolorosales.com.ar/es/wp-content/uploads/2012/09/Asistente-personal-de-las-personas-con-Discapacidad.pdf>, p. 4, 2012.

3.2. Notificaciones

En atención al gran volumen de resoluciones que se dictan en el proceso judicial el principio general es que son notificadas de manera automática por ministerio de ley.

De esta forma, la cédula sería la vía excepcional pero en la práctica resulta ser la más utilizada. El oficial notificador es el encargado del diligenciamiento de tales notificaciones. Como su tarea se realiza en horas hábiles, si no pudo notificar por no encontrarse persona alguna en el domicilio denunciado o constituido, la parte interesada mediando un escrito podrá solicitar que se practique una nueva notificación con habilitación de días y horas inhábiles. Si esta resulta infructuosa y a la parte interesada le consta que la contraria vive ahí, podrá solicitar que se practique bajo responsabilidad de la actora. En ese caso el oficial lo fijará en la puerta de acceso correspondiente

Abramos el abanico de posibilidades, ahora no solo pensemos al abogado litigante con discapacidad, sino a la parte, al representado. ¿Qué sucedería si tuvieran discapacidad visual? ¿Tomarían conocimiento de que en la puerta de acceso hay un papel fijado? ¿Qué sucede si esa notificación implica plazos procesales? Y ¿si a raíz de tal circunstancias se lo declara en rebeldía —mencionando a la rebeldía como uno de las supuestas consecuencias—?

3.3. Audiencias

Existen distintas audiencias que pueden llevarse a cabo, tanto de la etapa previa como las que se fijan una vez trabada la *litis*. En todos los casos los únicos autorizados a presenciarla son las partes, sus respectivos abogados y el juez o mediador o consejero de familia, según de qué tipo de audiencia estemos hablando, y se invita a las partes a arribar a un acuerdo.

Nuevamente vuelvo a replantearme el sistema: ¿Qué sucede si cualquiera de las personas que presenciaren dicha audiencia tuvieran discapacidad auditiva? La respuesta a corto plazo sería que se soluciona con un intérprete de señas. ¿Ocurre esto en la práctica? ¿el intérprete tiene conocimientos judiciales que le permitan interpretar la conversación sostenida con la impronta que se está escuchando?

Cambiemos el tipo de discapacidad por el caso de una persona ciega y preguntémonos: una persona con discapacidad ¿queda al margen de los gestos que se realizan en silencio y que son indicadores de actitudes? Sí, claramente queda fuera de todo lo que está pasando allí, salvo con la presencia de un tercero que le relate tales gestos. De esta forma vuelve a surgir la figura del asistente personal. Que también podría implementarse para el caso en que la persona tuviera una discapacidad física, ya sea para colaborar con la exhibición de papeles o para asistir a la persona con discapacidad en cuestiones meramente personales —como sería el caso de quitar un abrigo, facilitarle la birome para firmar, etc.—.

Luego de realizar una persona con discapacidad el recorrido que atraviesa a lo largo de su vida para convertirse en un profesional del derecho, podemos concluir y de manera muy acertada, que nuestro sistema judicial presenta demasiadas barreras, demasiados interrogantes y demasiados blancos como producto de la invisibilización de la discapacidad como condición de los operadores judiciales.

¿INTÉPRETES O PERITOS?

MABEL REMÓN⁽¹⁾

1. Labor interpretativa en los procesos judiciales

¿Qué quiere decir interpretar? La primera respuesta que puede llegar a nuestra comprensión sería “decir lo mismo en otra lengua”, sin embargo, como señala Umberto Eco, surgen varios problemas para establecer qué significa “decir lo mismo”. En el caso de la Lengua de Señas Argentina (LSA), el primer problema que se presenta es el prejuicio de creer que debido a su denominación —LSA— lo que se señala es castellano. La Lengua de Señas Argentina surge, como todas las lenguas de señas del mundo, a través de una estructura visual e independiente de la lengua local. El castellano, y muchas otras lenguas, poseen operaciones diferentes con respecto a la estructura visual que integran, de algún modo, el resto de los sentidos a su expresión lingüística.

En este caso, hablar de sustituciones sinónímicas es una pretensión que conlleva errores de interpretación: objetivas y subjetivas. Por ejemplo si a una persona con discapacidad auditiva hablante de lengua de señas debemos interpretarle la siguiente frase: “A lo lejos suena la sirena del patrullero”, notamos que esta se puede trasladar perfectamente a la LSA. El punto es: ¿cuál es la noción de “a lo lejos suena” para una persona con discapacidad auditiva? No es un problema de cognición. Todo lo relacionado a lo sonoro pone en juego un abanico de significantes que no le son propios sino adquiridos; es decir, traslada su universo de significantes a algo que significa “lo mismo” de otra manera. Todo esto que aquí se expresa puede representarse en algunos de los casos que paso a relatar.

En una de las causas surgió el siguiente esquema:

Pregunta del Fiscal: - ¿Cuándo ingresó a su domicilio?

Respuesta: - 23 hs.

Pregunta: - ¿Cuántas personas había en su casa?

(1) Perito intérprete de la Corte Suprema de Justicia de Argentina y 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.

Respuesta: - No lo sé, fui directo a mi cama.

Pregunta: - ¿Cómo que no lo sabe?

El fiscal dirige la pregunta y da por sentado que su interlocutor compartirá la misma subjetividad. Era imprescindible contar con el conocimiento del número de personas que se hallaban en el domicilio para el desarrollo de la causa. El interlocutor entiende la pregunta “¿cuántas personas...?” y sobre esa pregunta, intérprete mediante, responde: “No lo sé...”.

Lo que en apariencia se reduce a un simple mecanismo de pregunta-respuesta, deviene en un complejo sistema de relación entre subjetividades, que es preciso relacionar. El fiscal no se cuestiona las limitaciones de la discapacidad auditiva, y está bien que así sea, porque no es esa su función.

Veamos otro caso: una joven sin conocimiento de lengua de señas, oralizada en lengua castellana, acusa a un compañero de trabajo de acoso sexual. Desde la Defensoría se convocó la intervención de un intérprete de Lengua de Señas Argentina. Luego del relato extenso de la joven presunta víctima de acoso, los presentes en la sala de audiencias se solidarizaron inmediatamente, y más aún por su condición de persona con discapacidad. En una segunda audiencia, ya más tranquila, relata cómo su compañero de trabajo ya no tomaba café con ella por las mañanas y sí lo hacía con otras compañeras oyentes. Luego de algunas preguntas pertinentes, surge que interpretaba erróneamente el concepto del término: “acoso”. No es necesario, aquí, explicar las consecuencias que esto hubiese tenido para el supuesto acosador de no haber mediado una correcta pericia.

Consideremos un tercer caso: una joven con discapacidad auditiva, sin conocimiento de lengua de señas y con escasos dos años de escolaridad, fue abusada por el plomero del edificio en el que vivía junto a su madre. La comunicación entre madre e hija es la de los gestos que denotan actividades cotidianas y que resultan insuficientes para relatar lo sucedido. Cuando detecta el embarazo, ella señala a la persona y llora por largo tiempo. El llanto le indica a la madre que algo malo había pasado. Se presenta en la fiscalía y realiza la denuncia correspondiente. Se convoca a un intérprete de Lengua de Señas Argentina. El Fiscal necesitaba, para su declaración, tener el conocimiento de que la joven en cuestión conocía la diferencia entre el bien y el mal, que comprendiera lo que significaba mentir bajo juramento. Esta resultaba ser una causa en la que la mera función del intérprete era insuficiente; se requería un conocimiento mayor para tomar una intervención efectiva y que asegure más la corrección del proceso. Con la debida autorización de la fiscalía se adecuaron los procedimientos acorde al caso.

En las tres causas arriba comentadas, que representan mínimamente la gran variedad comunicacional de este tipo de población, observamos cómo opera el prejuicio, ampliamente difundido dentro de la sociedad en general, de considerar a la Lengua de Señas como único vehículo de comunicación para este tipo de discapacidad. Sin embargo haremos notar que estos tres ejemplos no abarcan la totalidad de las distintas formas de comunicación no verbal.

En los tres casos se percibe que la intervención de un intérprete no es suficiente para subsanar los impedimentos de comunicación. Este es un error frecuente, ya que la diversidad comunicacional dentro de la discapacidad auditiva requiere de un profesional con mayores competencias que las requeridas para el solo intercambio de un idioma a otro: o sea, un perito intérprete. La actuación de este último sí cumpliría con los arts. 2º y 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPCD).

2. Modalidad basada en la escritura

En un hecho de particulares circunstancias un joven con discapacidad auditiva junto a un grupo de amigos realizaron una intrusión en un edificio escolar con la finalidad de hurtar computadoras y lo que pudieran hallar de valor. Solo que utilizaron al joven con discapacidad auditiva como lo que en la jerga se llama “campana” (sin comentarios). Desde luego, todos fueron atrapados.

Al leer la causa que se le inicia puedo verse que este joven poseía tres “alias”. Es sumamente extraño que una persona sorda pueda tener alias. Esta persona en cuestión, con escolaridad primaria completa, era el que había escrito de **tres modos** distintos su apellido. Sin tener su identificación no se podía constatar su filiación, e inmediatamente se infirió que se trataban de “alias”. Con la pericia correspondiente se pudo descubrir su apellido y último domicilio. Resultó ser que **olvidaba** letras al escribirlo, ya que era muy largo y escribía aquellas letras que más resaltaban según su visión, hecho que no significa lo mismo a tener varios “alias” y a que sea capaz de escribir.

En un caso de acoso sexual en ámbito laboral, en el cual las empleadas de la empresa denunciaron a un directorio, una de las denunciantes portaba discapacidad auditiva. Con excelente dicción en lengua castellana pudo expresar ella misma los hechos, con la asistencia, de todos modos, de un intérprete. En la fiscalía aducen que, debido a su discapacidad, era mejor que redactase su declaración. La señora se niega a hacerlo explicando que “no sabe” escribir. Técnicamente posee la habilidad de la escritura, lo que no puede es redactar el texto en un castellano fluido. Luego de una serie de deliberaciones en las cuales se ponía en duda el valor de su declaración previa, la pericia realiza el correspondiente informe y se toman como válidos sus dichos que, de hecho, coincidían con los de sus compañeras de trabajo.

Muchos de los judiciables con discapacidad auditiva pre lingüística han concluido sus estudios primarios, y de allí deriva la confusión sobre el conocimiento de la lectoescritura del idioma castellano. Dependiendo del tiempo que haya transcurrido entre la finalización de la escuela y el hecho que lo lleva ante una corte, recuerdan más o menos el aprendizaje de la lengua escrita. Al adquirir el castellano como una segunda lengua sin una activa práctica de este, se tiende a olvidar la estructura y se recuerdan las palabras pero no la comprensión plena de un texto. Pueden, en estos casos, técnicamente leer y escribir, pero en palabras extensas suelen **olvidar** grafías que la componen, hasta incluso en su propio apellido.

3. Psicología forense

Es usual que las evaluaciones que se realizan en este ámbito no difieran mucho para las personas con o sin discapacidad. En el caso de la discapacidad auditiva muchos de los tests, por no dar un porcentaje específico, no son efectivos. Es usual leer en los diagnósticos e informes algunos de estos términos: “puerilidad”, “concretos”, “infantiles”, “inmaduros”, “baja participación”, “violentos”, “indiferencia”, “atraso intelectual leve”, etc. También, otros del tipo: “sabe lo que hace”, “es consciente del acto”, “comprende lo que ocurre”, etc.

En una causa se dio un hecho que podría haber sido risueño, si no fuera por el motivo de la presencia de la señora especializada en psicología forense. La profesional actuante realizaba el conocido *Test de Rorschach*. Ya de por sí es complejo contar con un intérprete en estas circunstancias —no queda muy claro con quién se realiza la transferencia correspondiente—: el profesional pregunta o indica la consigna, el intérprete vuelve a resignificar y, a su vez, se cuenta con la subjetividad de la persona entrevistada. Es decir

que se obtiene un resultado de una pericia psicológica trabajando con **tres subjetividades**. Volviendo al test, se dio el siguiente intercambio:

Psicóloga: - “¿Qué ve ud. acá?”

Intérprete: - “¿Qué parece...?” (Interrupción).

Psicóloga: - “Pregunte con las mismas palabras que estoy diciendo”.

Intérprete: (Traduce a la persona lo que la psicóloga acaba de decir.)

Psicóloga: - “No hace falta que le diga todo”.

Intérprete: (Vuelve a traducir los dichos y continúa). - “Correcto. - ¿Qué ve Ud. acá?”

Entrevistada: - “Una mancha”.

Siguiente ficha y respuesta: - “Una mancha”.

Y así continuó hasta finalizar la primera pasada con la misma respuesta: “una mancha”.

En la segunda ronda, la psicóloga comenzó a sugerir: “¿Y aquí no ve una mariposa?, ¿personas? ¿algo?”. “Nada”. Ya de pie para retirarse, mientras la profesional se mantenía sentada y escribía, la señora con discapacidad auditiva habla con la intérprete y le expresa en lengua de señas: “Yo sé que es esto”.

Intérprete: - ¡Ah! ¿Sí?

Entrevistada: - “Sí, tinta que se tira sobre un papel y luego se lo dobla por la mitad y así quedan los dos lados iguales. ¡Este juego lo hago siempre para mi nieto!”

La psicóloga ve movimiento y pregunta qué ocurre. La intérprete le refiere los dichos, la expresión de la profesional fue de sorpresa. Es posible ver qué interpretación daba cada quien al test. Nunca se leyó el informe.

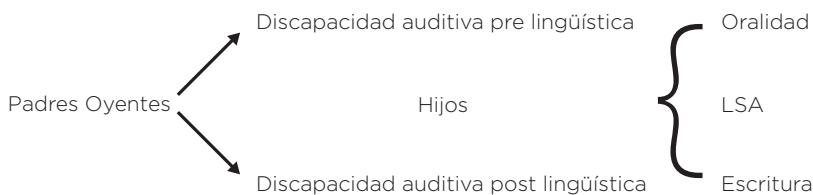
Por otro lado, cuando se entrevista a menores con discapacidad auditiva en Cámara Ge-sell, es aún más perturbador para los actores de Justicia. Se pone en juego las matrices sociales de “normalidad y lógica” ya enquistadas en nosotros.

En las variadas entrevistas que se realizan a personas con discapacidad auditiva, muy frecuentemente no se prevén las diferentes formas de conocimiento del mundo que puede adquirir una persona con dicha discapacidad. El oído es el sentido que nos **conecta** con el espacio, la vista **evalúa** ese espacio, pero es limitada, no puede **ver** más allá de un muro; en cambio, el oído nos informa sobre el “afuera”.

Muchos profesionales, cuando se encuentran con pacientes oralizados, interactúan directamente con ellos, lectura labial mediante. La lectura labial es exactamente eso: leer. También es una lectura analítica-deductiva, ya que puede comprenderse cabalmente una frase recién cuando se completa. Por ejemplo, si decimos que “Colón descubrió América” puede saberse que se dijo “Colón”, y no “color”, solo al finalizar de **leer** “América” en la oración, puesto que “Colón” y “color” tienen similitud en su modulación. Esta aclaración está direccionalizada tan solo a la actuación de la pericia psicológica en el espacio forense, y no al profesional calificado con los conocimientos correspondientes para atender a aquel paciente con discapacidad auditiva que concurre asiduamente a la consulta. Por otro lado, lo que deseo manifestar es que con tan solo una o dos entrevistas es poco probable que se pueda elaborar un perfil de una persona con una

estructuración de pensamiento distinto. No se practica una psicología diferencial. No siempre se contempla el papel del origen territorial de la persona en el origen de las diferencias individuales —solo se contempla la discapacidad— o los aspectos sociales y psicopedagógicos de la deficiencia auditiva.

Hasta aquí no hemos mencionado aún las diferencias y las características sociales y de interacción con el medio que rodea a la persona con discapacidad auditiva y el origen de la pérdida de audición. Con un cuadro que, probablemente, pueda esclarecer algunos puntos podemos analizar la complejidad de la inclusión social y lo que ello implica:

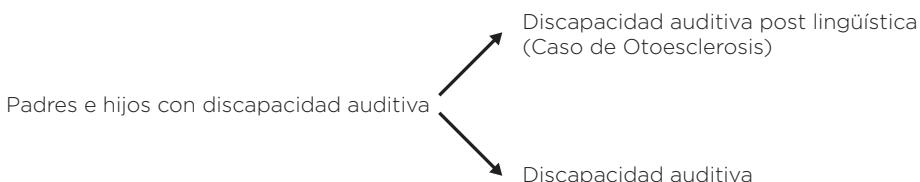


En esta variedad influyen factores relacionados con el tipo y grado de sordera, y con el contexto familiar, educativo y social en el que se desenvuelve la persona con discapacidad auditiva: hay jóvenes, niños, ancianos, nativos, inmigrantes, personas que pierden la audición de adultos, etc., y cada uno de ellos tiene una demanda concreta. La mayoría de los niños sordos nacidos en nuestro país son hijos de padres oyentes y no todos tienen las tres modalidades de comunicación arriba indicadas.

Si tomamos como ejemplo a uno de los países con mayor porcentaje de personas con discapacidad auditiva, como es Estados Unidos, numerosos estudios y trabajos estadísticos muestran que: teniendo todas las herramientas comunicaciones, es decir, la lengua de señas de su país, el idioma oral del país en el que han nacido, y la lectoescritura alcanzan a percibir un 75 % de la comunicación social real. Con una de las tres modalidades menos, tienen solo el 50 %.

Hoy, con la ley de detección temprana de la hipoacusia, se aconseja a los padres de acuerdo a la modalidad que ellos elijan desde una temprana edad. La respuesta de estos niños, luego jóvenes, ante la justicia difiere en gran medida de acuerdo al conocimiento o desconocimiento de normas sociales que se imprimen en la primera infancia. No pretendemos entrar aquí en la discusión del sistema que debe emplearse, sino que nos atenemos a la realidad imperante en el ámbito de justicia.

Si bien no todas las personas con discapacidad auditiva pertenecen a lo que un grupo de estas personas llaman “comunidad sorda” —estas últimas construyen sus valores lingüísticos en torno a la lengua de señas y al mundo exclusivamente visual—, todas son usuarias del sistema judicial argentino, pertenezcan o no a esta comunidad, y por ello debemos respetarlas a todas las únicas diferencias en este espacio son la modalidad comunicacional y los valores socialmente adquiridos.



La reacción ante las normas sociales “no escritas” difiere según el grupo de origen familiar. Aquí se presenta el mismo canal de comunicación y la inclusión al grupo familiar y social se hace naturalmente. Igualmente, podemos encontrar en muchas ocasiones que su única comunicación es la lengua de señas, y que ello depende del grado de escolaridad alcanzado.

4. Intereses

En un caso que tuvo repercusión mediática, un programa televisivo contrata a una joven estudiante universitaria que cursa dos carreras simultáneamente. El trabajo consiste en realizar lectura labial de personajes conocidos en videos grabados. Esta joven, que porta discapacidad auditiva, tiene una vasta empiria en la lectura labial, ya que debe ponerla en práctica cotidianamente con sus profesores en la universidad. En uno de esos programas realiza la lectura labial repitiendo lo que observa. Los dichos de las personas en cuestión ocasionaron una ofensa que derivó en una denuncia por discriminación.

La respuesta de los “dueños de estos labios leídos” fue la contrademanda, que incluyó a la joven lectora de labios. El argumento de la contrademanda consistió en denunciar que esos no fueron sus dichos. Hubo actuación de peritos de parte que avalaron la postura del contra denunciante en cuanto a la lectura labial. La productora y la conducción no se hicieron cargo, dejándola indefensa ante un hecho que para ella es habitual. Para cualquier persona oyente esto significa una intromisión en una conversación privada; en cambio, una persona que cotidianamente se vale de la lectura labial⁽²⁾ no tiene internalizado ese concepto de privacidad: hacia donde ella dirija su vista y vea dos personas hablando, naturalmente tiende a leerles los labios.

Como dice Watzlawick en uno de sus axiomas,⁽³⁾ “**Es imposible no comunicarse:** Todo comportamiento es una forma de comunicación. Como no existe forma contraria al comportamiento —no comportamiento o anticomportamiento—, tampoco existe no comunicación”.

Podemos hasta aquí observar lo difícil que es decir qué es lo que un “otro” quiere transmitir y cómo transmitirlo.

A estas alturas, lo que constituye el problema no es tanto la necesidad de un intérprete sino el vacío de las funciones que no alcanza a cumplir. La responsabilidad de cubrir estos “grises y espacios” está en los actores del Poder Judicial, que tienen que proveer un adecuado proceso y en igualdad de condiciones con los demás.

Otro axioma de Watzlawick señala que: “La naturaleza de una relación depende de la gradación que los participantes hagan de las secuencias comunicacionales entre ellos”: tanto el emisor como el receptor de la comunicación estructuran el flujo de la comunicación de diferente forma y, así, interpretan su propio comportamiento como mera reacción ante el del otro. Cada uno cree que la conducta del otro es “la” causa de su propia conducta, cuando lo cierto es que la comunicación humana no puede reducirse a un sencillo juego de causa-efecto, sino que es un proceso cíclico, en el que cada parte contribuye a la continuidad —o ampliación o modulación— del intercambio. Un ejemplo, propuesto por el mismo Watzlawick, es el conflicto entre Israel y Palestina, donde cada parte actúa aseverando que no hace más que defenderse ante los ataques de la otra.

(2) Como ya se apuntó, la lectura labial es analítica y deductiva.

(3) Se consideran axiomas porque su cumplimiento es **indefectible**.

Establecer la flexibilidad y los alcances del “casi decir lo mismo” depende de una serie de criterios que hay que negociar preliminarmente.

Los fracasos en la comunicación entre individuos que estructuran su subjetividad desde distintas realidades en general se presentan, cuando:

- *Existe una falsa interpretación de la situación.*
- *Se confunde el nivel de relación por el nivel de contenido.*
- *Existe una puntuación, que la persona con discapacidad auditiva “no ve”.*

Por el contrario, la comunicación mejora o es posible cuando:

- *El código subjetivamente determinado del mensaje es correcto.*
- *Se toma en cuenta la situación del receptor —si es oralista, usa LSA, si no conoce ninguna de las dos modalidades—.*
- *La puntuación está bien definida dentro del encuadre gestual.*
- *El comunicador comprende cuál es su receptor.*

5. Comentario al fallo de la Cámara en lo Criminal de la Provincia de Córdoba

En este acápite analizaremos, desde la óptica de la pericia psiquiátrica, el fallo de la Cámara en lo Criminal de la Provincia de Córdoba transcribiendo partes de la sentencia y realizando nuestras observaciones o comentarios.

La cuestión se vincula, en alguna medida, a la especie de delito de que se trate y a las relaciones entre este y la capacidad de culpabilidad (...) Así Mezger, refiriéndose a la imbecilidad, sostiene que es decisiva “para la inimputabilidad” la medida de la deficiencia en relación a las exigencias que el hecho concreto pone a la capacidad del autor. Puede ser que se deba afirmar esta capacidad y con ello, la imputabilidad, por ejemplo, respecto de un simple ladrón, y que la misma debe ser negada ante una estafa complicada o una falsedad documental (...) En el mismo orden de ideas expresa Langelüddeke: un débil mental es, digamos, plenamente responsable de un robo cometido por él porque tiene plenamente comprensión de la prohibición de su acción; el mismo débil mental sin embargo, posiblemente debe quedar exculpado por una falsedad documental porque no ha formado una idea de este supuesto de hecho más complicado.

Comentario: Las dificultades para establecer el límite de conocimiento entre un acto como el robo y una estafa que tiene una persona con discapacidad auditiva –hijo de padres oyentes, sin escolaridad ni Lengua de Señas Argentina (LSA), como lo es este caso— implica que también se le dificulta determinar el conocimiento del dolo y la elaboración de estrategias para una estafa, más por su falta de conocimientos de las normas sociales –las no escritas– de la sociedad que lo rodea, que por su nivel cognitivo en particular. No cabe aquí, en consecuencia, la figura de inimputabilidad porque no se trata de un “débil mental”. ¿La pericia concluye lo que concluye por la falta de comunicación con el periciado? ¿Cómo se llevó a cabo, entonces, la pericia psiquiátrica? ¿Cuál fue la metodología utilizada para realizar el informe? ¿Tiene que ver con el *habitus* profesional? Sobre estos interrogantes iremos avanzando en el resto del comentario.

[A fs. 75 el perito actuante refiere]:

... le indica al intérprete que le explique dos circunstancias en la que se efectúa el acto sexual, una sin violencia con actitud afectiva y otra con violencia y golpes, rápidamente niega esta última, interpretando que se le pregunta sobre el hecho delictivo...

Comentario: Aquí hay varias cuestiones a destacar: 1) El perito médico le da intervención a la intérprete dándole herramientas para que exprese el acto sexual que el encauzado realiza efectivamente. El perito está interpretando lo que cree que el encauzado interpreta, o sea infiere que el encauzado interpretó que se trataba del acto delictivo. Esta inferencia fue posible porque ya en la propia pregunta está implícito el acto delictivo en cuestión. La intérprete solamente puso como ejemplo una acción sexual amorosa y una violenta, no hizo explícito lo que implícitamente estaba en la pregunta del perito. El perito determina que violó con "amor". Lo que queda claro es que se responde ante dos opciones y no a la pregunta implícita.

De todo lo expuesto es dable afirmar que en razón de vivir en sociedad, de gozar de lazos sociales por el imputado transmitidos y reconocidos, es que tiene incorporados ciertos valores sociales que deben ser respetados por su persona, o dicho de otro modo que es evidente de su misma manera de desenvolverse que cuenta con cierta capacidad de valorar, decidir y actuar en consecuencia; de modo tal que su limitación auditiva y de comunicación si bien lo limita y debe ser valorada, en caso de ser juzgado no lo excluye de la ley permitiéndole actuar al margen de ella sin otro límite que el de sus propios impulsos o voluntad. Muy por el contrario, su comprensión aunque limitada, es la que genera en él la posibilidad de responder penalmente y en consecuencia ser juzgado; rodeando al mismo de todo un marco de personas que disimulen, suplan o disminuyan la limitación que goza de modo que su defensa se efectivice del mejor modo posible. Solo de este modo se conjugan los dos intereses en juego, la defensa del imputado conforme a nuestro modelo constitucional, por un lado; y el interés y derecho de la sociedad de que quienes supuestamente han lesionado los bienes que la misma considera valiosos y han desestabilizado las normas jurídicas mediante "actos" que atentan contra su vigencia implícitamente, sean sometidos a proceso a fin de que se determine su situación de culpabilidad mediante una sentencia condenatoria o absolutoria. A modo de síntesis concluyo que: 1).- En este orden de ideas es indudable que la imposibilidad de actuar en el proceso implica que debe tratarse de una incapacidad absoluta para obrar conforme lo requiere la ley procesal. 2).- Hay enfermedades que no impiden que quienes la padecen puedan comprender y puedan tener el gobierno de su voluntad; los semimputables. Aunque sean enfermos, la dolencia no los hace inimputables. A pesar del retraso mental que es el efecto originado por la enfermedad, siguen siendo personas con capacidad, con cierta capacidad para optar por lo bueno, o por lo que es malo; optar entre el bien y el mal. A pesar de su desgracia, tienen libre albedrío; comprenden disminuidamente lo que hacen, y gobiernan disminuidamente su libertad de elección. 3).- No basta con ser enfermo mental; se requiere que ese paciente, debido a ello, no pueda en el momento del hecho, comprender la criminalidad del acto, o no pueda dirigir sus acciones. No basta entonces tener afectada por retardo o por trastorno, la sana inteligencia,

o la libre voluntad. Es menester que el sujeto no haya podido. Y como no poder significa nada comprender, o nada poder dirigir, la incapacidad no está apoyada ni fundada en la sola enfermedad. Es menester que esa enfermedad le haya impedido, quitado, la posibilidad de valorar acerca de lo bueno y lo malo; sobre el bien y sobre el mal. Si no pudo nada, o nada pudo poder comprender, será inimputable; si pudo algo comprender será imputable —y ello deberá ser valorado para el caso de la mensuración en la aplicación una pena—, y si pudo comprender en su plenitud, será totalmente imputable. En resumen no hay categorías intermedias.- 4).- Por lo expuesto, en cuanto no se da la hipótesis prevista por el art. 84 CPP, el imputado B. está en condiciones de comparecer en el debate y defender sus intereses mediante la asistencia técnica de su abogada defensora y el resto de instrumentos que la ley le brinda, a pesar de su limitación; porque de todo lo expuesto surge claramente que no hay más causales de inimputabilidad ni de incapacidad que las enfermedades de la mente que prevé la ley, cualquier otra interpretación atenta contra los fines que esta tuvo, contra la justicia y contra la seguridad jurídica, ya que se están tornando difusos e inestables los pilares básicos de la sociedad toda. Así voto.

Comentario: Primero, la discapacidad auditiva no es una enfermedad; segundo, el libre albedrío tiene que ver con la toma de decisiones, y en este sentido: ¿cuándo uno es libre de tomar decisiones? Cuando ha sido criado y educado dentro de los parámetros de los usos y costumbres del mundo circundante y, para ello, uno de los pilares más fuerte es la trasmisión a través del lenguaje oral.

Uno de los problemas del fallo es que se habla de imputabilidad o no, de acuerdo a los parámetros de “retardo o por trastorno, la sana inteligencia” (SIC), es decir, se mide el aspecto cognitivo de una persona con discapacidad auditiva sin contar con las herramientas eficientes para ello.

La ley prevé los instrumentos necesarios, y hablamos aquí de la CDPCD, en la cual claramente el art. 2º define lo que es comunicación y lo que es lenguaje: “Por lenguaje se entenderá la lengua de señas, lenguaje oral y otras formas de comunicación no verbal”. En este caso debemos buscar una modalidad que no sea particularmente la de la lengua de señas, ni la escritura, ni la lectura labial. Debemos buscar “otra forma de comunicación no verbal”, y en este procedimiento no se ha tenido en cuenta:

VOTO DEL SR. JUEZ DE CÁMARA DR. (...) Se tiene por correcto el resumen contenido en el resultando del presente pero discrepo con la conclusión a la que arriba el Sr. Vocal preopinante por las razones que a continuación expondré. En atención a las cuestiones planteadas, las responderé en igual sentido: I) No corresponde expedirme con relación a los puntos 1 y 2, ya que se tratan de cuestiones que refieren al fondo de la cuestión. II) El punto central lo fijo en: ¿Es aplicable el art. 84 de nuestra ley ritual a la situación del encartado B. en razón de su insuficiencia auditiva y analfabetismo? Mi respuesta es afirmativa. Es decir, su situación se encuentra comprendida por dicha norma jurídica por lo tanto debe aplicarse su consecuencia jurídica: “ordenar por auto la suspensión del trámite hasta que desaparezca la incapacidad”.

Comentario: ¿Desaparece la incapacidad? ¿Cómo se sale tan velozmente, en el caso del aprendizaje de una lengua, de la incapacidad? ¿Cuán rápido se puede aprender un idioma

y su mundo de simbolización? En este caso en particular, la capacidad e incapacidad se resuelve exclusivamente por conocer o no la lengua de señas. Una vez que “cese” la “incapacidad”, luego de “recobrar” su capacidad, ¿podrá ser sentenciado al conocer los hechos que se le imputan, toda vez que en el supuesto caso de haberlos cometido era incapaz?

Para su tratamiento, tengo en cuenta que: a) El derecho a obtener la tutela judicial está sometido a normas jurídicas que desarrollan los modos y condiciones de acceso a la jurisdicción y debe interpretarse como un derecho de efectivo acceso a la intervención en el proceso. Siendo que el acceso al proceso es la regla, la decisión de excluir ese acceso debe entenderse como excepcional y tal excepción debe ser sometida a una interpretación restringida; b) Para llevar a cabo esa exclusión, lo importante es determinar cuál es el sentido del proceso para cada persona y en relación con esa dimensión del problema, establecer las condiciones personales mínimas necesarias para estar en el proceso; esto es, la capacidad procesal, que se traduce en la aptitud para comprender que ese acto público es la manera que tiene la sociedad para enfrentar a una persona con sus actos, si se prueba que los ha cometido y para dar explicaciones de ellos; c) El “Principio de igualdad” puede enunciarse como sigue: Todos los seres humanos deben ser tratados como iguales. Pero, dicho principio presenta una enorme multiplicidad de rasgos, caracteres y circunstancias de los seres humanos. El “Principio de igualdad” trata de establecer cuándo está justificado establecer diferencias en las consecuencias normativas y cuándo no es posible. Cuando no hay diferencias relevantes, el tratamiento debe ser igual, mientras que cuando aquellas existen debe ser diferenciada.

Comentario: Nuevamente se supone que el conocimiento de un idioma o de la lengua de señas será el único medio para un acceso justo a la administración de justicia. Hoy, este punto es contrario al art. 13 CDPD, puesto que dicho artículo obliga a los Estado Partes a asegurar el acceso a la justicia, en igualdad de condiciones, a las personas con discapacidad, y a realizar ajustes de procedimientos para hacer posible dicho acceso. La sordera se fue constituyendo —en el ámbito de la representación social y también de hecho— en una entidad paralela a la del resto de las personas en lo que atañe a sus códigos sociales, aunque indudablemente forme parte de ella —de la sociedad en general— y haya nacido en ella.

En otra parte del fallo que aquí comentamos se sostiene: “19/3/04: (...) Diagnóstico: 1) en el examen psiquiátrico actual no se determinan en F. A. B. alteraciones psicopatológicas manifiestas. 2) El examen actual y su devenir histórico y psicopatológico traduce en el mismo un Retraso Mental entre leve y moderado asociado a su condición de Sordomudo.”

Comentario: No es la “sordomudez” la que produce retraso mental leve o moderado, sino la propia incomunicación social que lo aísla del mundo circundante lo que le impide conceptualizar los valores que circulan, lo que se podría llamar “la norma no escrita”.

Opinión Pericial: En el examen psiquiátrico actual F. A. B. no padece alteraciones morbosas de sus facultades mentales. El examen actual y sus relatos, no ofrecen elementos psicopatológico compatibles con alteración morbosa o estado de inconciencia, que permitan suponer que a la fecha de comisión de los hechos, le impidieran comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones. Se trata de una persona que dispone de una inteligencia práctica, con un pensamiento concreto, que no es ciego al mundo

de los valores, no obstante se ajusta al mismo con intereses de mediano nivel. Podemos decir que se trata de un disminuido psíquico, que si bien no es normal ni aún en el sentido estadístico del término, tampoco es un alienado. Dispone de capacidad para orientarse, trabajar, para elegir entre el bien y el mal en forma práctica, simple y concreta, sin mayores abstracciones. No revela, al momento del examen, índice de peligrosidad patológica para sí ni para terceros, sin perjuicio de la valoración jurídica y social que en forma pertinente ese Tribunal pudiere hacer. Cabe destacar en este último sentido que registra con el presente delito dos antecedentes de impulsividad en el área sexual, hecho que lo torna socialmente peligroso sin que su conducta se explique por una enfermedad mental. La presente pericia puede completarse con una pericia psicológica.

Comentario: ¿Con cuál herramienta habrá contado el médico para comprender “sus relatos”? Estaba claro que los demás no podían comunicarse con la persona, ni la persona con ellos. La sordera se fue constituyendo —en la representación social, por lo tanto de hecho— en una entidad paralela a la del resto de las personas en lo que atañe a sus códigos sociales, aunque forme parte de ella y haya nacido en ella.⁽⁴⁾

Por otra parte, el bien y el mal ¿son concretos siempre? Hay un constreñimiento social en torno a estas personas que les es difícil de resolver: debe “hablar y conocer”, pero el sistema no lo incluye en el aprendizaje de la moral imperante.

En esta entidad social paralela —Sordos— se imitan conductas observadas en su entorno mediato, muchas veces consideradas aceptables, aunque para la mayoría no lo sea, tan solo porque son realizadas por personas oyentes; debe, entonces, conocerse primero cuáles fueron las características que rodearon a esta persona. Además de adaptar, desde luego, los test a la discapacidad auditiva.

2.- Pericia Psicológica N° (...) /04 (fs. 177/181) de fecha 22/12/04: “(...) Por todo lo expuesto inferimos que estamos de acuerdo con las conclusiones arribadas en el informe pericial anterior en el sentido de la comprensión de los hechos en forma práctica y concreta. Se trata de un disminuido psíquico no un alienado. No presenta indicadores de enfermedad mental como así tampoco peligrosidad psiquiátrica, ya que no padece ninguna enfermedad mental que justifique su conducta, solo presenta una disminución de su inteligencia por falta de un estímulo temprano adecuado, en la adquisición de lenguaje, información, etc. Ahora bien, surge un nuevo inconveniente cuando la traductora intenta enseñarle lenguaje de señas suficiente para estar en juicio, y en esta oportunidad se advierte la dificultad de aprendizaje del imputado, quien no puede aprender un nuevo lenguaje en la medida necesaria común para estar en juicio y entender la complejidad del proceso penal con sus alances y consecuencias, tanto para comprender las preguntas de jueces y las partes como así también para expresarse correctamente, ya que su lenguaje es rudimentario y necesita de continuos rodeos y ejemplos para aproximarse al mundo de las ideas”.

(4) Dice Hymes: “La competencia comunicativa es el término más general para la capacidad comunicativa de una persona, capacidad que abarca tanto el conocimiento de la lengua como la habilidad para utilizarla. La adquisición de tal competencia está mediada por la experiencia social, las necesidades y motivaciones, y la acción, que es a la vez una fuente renovada de motivaciones, necesidades y experiencias”.

Comentario: Las personas con discapacidad auditiva poseen abstracción, solo hay que encontrar el canal de comunicación adecuado para obtener la información necesaria en una pericia psicológica. En el tema de las discapacidades sensoriales, manejarse con los estándares habituales no alcanza.

Así como no le solicitamos a una intérprete simultánea de la ONU, por ejemplo, que nos enseñe inglés antes de interpretar a un hablante de esa lengua, tampoco se le puede pedir a un intérprete de lengua de señas, que la adquirió de adulta y como segunda lengua, que le enseñe a una persona esa lengua para después interpretarla. Ironías aparte, la persona con discapacidad auditiva **tiene** una modalidad comunicativa que un perito sí puede abordar.

Expresarse correctamente: ¿Para quién? ¿En qué lengua? ¿Habla del castellano? Acaso con alguna persona extranjera cuya lengua nos provoque “extrañamiento” y un claro exotismo —por ejemplo alguien de origen bereber, o incluso, por ejemplo, alguien de habla sajona— con la cual debamos comunicarnos, ¿no nos preocuparíamos seguramente, y por el beneficio de ambos, de buscar al intérprete correspondiente?

Hay mucho más para ahondar en esto “del mundo de las ideas”. ¿Será que el profesional actuante no puede acercarse al mundo de las ideas de la persona a la cual intenta periciar? En general, con personas con discapacidad auditiva que sí poseen lengua de señas, y también con aquellas oralizadas y escolarizadas, las conclusiones son similares. Entonces, ¿no serán las metodologías las que fallan? ¿Será que estas no son las adecuadas?

Para concluir invocamos la concepción de lo que se ha dado en llamar “Doctrina de Competencia Parcial” y como ejemplo citamos aquel caso de un retrasado mental “leve o moderado”, que según el principio de autonomía “principio general de bioética” puede autorizar una intervención quirúrgica en su propio cuerpo y no puede “por ejemplo” tomar decisiones de mayor complejidad como cuestiones financieras ‘venta de la propiedad, etc.’. Esto quiere decir que en estas circunstancias se dispone de relativa autonomía psíquica lo que implica que se será capaz para algunas y no para otras. Por todo ello inferimos que F. A. B. no se encuentra en condiciones suficientes como para entender la complejidad de su juicio y defenderse adecuadamente en el mismo...

Comentario: Si bien es cierto que no puede comprender, debido a las barreras de comunicación y **no por otro motivo**, el acusado tiene un abogado defensor que lo patrocina y debiera, además, contarse con un perito en discapacidad auditiva que facilite la comprensión bidireccional.

3.- Pericia Nº (...) /05 (fs. 202/207) de fecha 11/4/05: “(...) Atento a todo lo desarrollado en el presente informe pericial, se advierte en el imputado serias limitaciones comunicativas. Aunque, para afrontar las condiciones del juicio oral, se disponga de la apoyatura del intérprete Oficial y recurriendo a recursos gráficos y gestuales que permitan transitar el terreno llano de lo concreto para lograr la interpretación de los sucesos y responder consecuentemente cuando le sea requerido; ello no resultaría suficiente para superar su gran vulnerabilidad. Ya que su valoración Psíquica arroja como resultado concluyente que presenta un déficit psiconeurocognitivo por depravación sensorial dual y falta de estimulación psicosocioeducativa apropiada, insuficiencia madurativa de sus Facultades Mentales con-

secuentemente. De modo tal que su debilidad Yoica lo posiciona muy desfavorablemente para defender adecuadamente sus intereses oportunamente. Todo ello lo incapacita para hacer frente a situaciones nuevas que le exijan un análisis integral de sus diversas dificultades ante la alternativa surgidas en un proceso legal como sería el del Juicio Oral...". En definitiva, las premisas establecidas permiten subsumir el caso a la norma jurídica particular referida, resultando admisible la aplicación del art. 84 CPP en este proceso. Por otra parte, la sociedad de nuestro tiempo no se articula sobre modelos únicos, ni siquiera sobre estratos o grupos definibles. Tal vez la capacidad de todos para asumir la diferencia o la diversidad sea una de las razones por las que se debe evolucionar en el tratamiento del tema traído a estudio y la manera de reaccionar ante él. Por todo lo expuesto concluyo que debe hacerse lugar al pedido formulado por la defensa y suspender el proceso penal iniciado en contra de F. A. B., por existir un déficit Psiconeurocognitivo por privación sensorial dual y falta de estimulación psicosocioeducativa apropiada, insuficiencia madurativa de sus facultades mentales consecuentemente, y ordenar se someta a una capacitación para que pueda ejercer fehacientemente su derecho de defensa en el momento, que profesionales de la Justicia determinen la posibilidad del Plenario. También ordenar su inmediata libertad; quedando bajo el cuidado de sus padres. Por último, someterse semestralmente al examen psiquiátrico del Cuerpo de Médicos Forenses, a fin de que el mismo informe sobre la evolución de su estado y momento en que se encuentre en condiciones de someterse al Plenario. Así voto.

Comentario: Como es por todos sabido, la responsabilidad en realizar una buena pericia, sobre la cual el juez tomará sus decisiones, obliga al profesional a ejercer su disciplina con la mayor rigurosidad que se requiera. Se pone en riesgo la vida de la persona misma. Si bien pueda parecer reduccionista, creo que es sumamente descriptiva la siguiente comparación: un error de interpretación en salud o justicia, modifica tan solo una consonante, en la primera lo **entierran** y en la segunda lo **encierran**.

VOTO DEL SR. JUEZ DE CONTROL DR. (...): Que analizadas las constancias de la causa el suscripto concluye en que corresponde acceder a la instancia de la defensora del imputado F. A. B., Dra. (...); y que por tanto, haciendo aplicación por vía analógica de la previsión contenida en el art. 84 del CPP, deberá suspenderse el trámite de la causa hasta que desaparezcan las limitaciones comunicativas que le afectan a aquél y que las periciales psiquiátrica y psicológica efectuadas han puesto de manifiesto...

Comentario: En este aspecto se evidencia la falta o ausencia de pericia ¿Cómo desaparecerán las limitaciones? Aun recibiendo un implante coclear y en el caso de que recuperase la audición, pasaría mucho tiempo antes de que pueda comprender: primero el sonido de la lengua con sus matices, luego las palabras, simultáneamente todos los sonidos del mundo que lo rodean —lluvia, el cerrar de una puerta, etc.—. Y, más aún asimilar a un contexto de "justicia" con la significación social que conlleva, y comprender, además, la consecuencia irreversible de sus propios actos.

... recuperará la libertad, será confiado al cuidado de sus padres, y deberá someterse a un programa de capacitación suficiente, en institución oficial gratuita, que le permita superar el déficit psiconeurocognitivo por privación sensorial dual y falta de estimulación psicosocioeducativa que

presenta, a fin de poder ser sometido a juicio oral por el hecho abuso sexual con acceso carnal que la acusación fiscal ha puesto a su cargo, ocurrido el 1 de Mayo de 20... en el domicilio de (...) de barrio (...) de la localidad de (...), Provincia de Córdoba, en perjuicio de R. E. N. Deberá someterse semestralmente al examen psiquiátrico del Cuerpo de Médicos Forenses de Tribunales de esta ciudad Capital, a fin de que el mismo informe sobre la evolución de su estado y el momento en el que se encuentre en condiciones de someterse al Plenario. Doy razones: Corresponde, por razón de método, comenzar por analizar el estado psicofísico del imputado, y para ello me valdré de las periciales psiquiátricas y psicológicas que se llevaron a cabo por disposición de esta Excma. Cámara del Crimen. La primera, a cargo del Dr. (...), con el contralor del Dr. (...) propuesto por la defensora del imputado, y la asistencia de la perito Intérprete en lengua de señas Sra. (...), concluyó que B. es un disminuido psíquico; no un alienado. Que no presenta indicadores de enfermedad mental como así tampoco peligrosidad psiquiátrica, ya que no padece ninguna enfermedad mental que justifique su conducta, solo presenta una disminución de su inteligencia por falta de un estímulo temprano adecuado, en la adquisición de lenguaje, información, etc. PERO, que "surge un nuevo inconveniente cuando la traductora intenta enseñarle lenguaje de señas suficiente para estar en juicio, y en esta oportunidad se advierte la dificultad de aprendizaje del imputado, quien no puede aprender un nuevo lenguaje en la medida necesaria como para estar en juicio y entender la complejidad del proceso penal con sus alcances y consecuencias, tanto para comprender las preguntas de jueces y las partes como así también para expresarse correctamente, ya que su lenguaje es rudimentario y necesita de continuos rodeos y ejemplos para aproximarse al mundo de las ideas", por lo que termina afirmando que B. "no se encuentra en condiciones suficientes como para entender la complejidad de un juicio y defenderse adecuadamente en el mismo."

Comentario: Nadie que aprenda un idioma, en corto y/o mediano plazo, va a tener la suficiente *performance* como para poder comparecer ante un tribunal y comprender el delito que se le imputara antes del aprendizaje de esa misma lengua, según lo manifiestan los diversos peritos actuantes. Como afirma Watzlawick, "la naturaleza de una relación depende de la gradación que los participantes hagan de las secuencias comunicacionales entre ellos: tanto el emisor como el receptor de la comunicación estructuran el flujo de la comunicación de diferente forma y, así, interpretan su propio comportamiento como mera reacción ante el del otro", con la modalidad solicitada difícilmente podrá acceder a la lengua objetivo.

El Dr. (...) suscribió tal dictamen "con reserva", pero sin aclarar en qué consiste o finca tal reserva; así es que estimo que en líneas generales está de acuerdo con el experto oficial. La firma del dictamen por parte de la perito Intérprete, sin aclaración ni disidencia, importa ratificación del mismo en lo que a ella concierne, en particular a cuanto resulta de su incumbencia, esto es, la dificultad de aprendizaje del lenguaje de señas por parte de B. En cuanto a la pericial psicológica, que estuvo a cargo del Lic. (...), perito designado por el Tribunal, con la intervención de la Lic. (...) en el carácter de perito de control propuesta por la defensa del imputado, concluyó por unanimidad en que el nombrado presenta serias limitaciones comunicativas; y que "aunque para afrontar las condiciones del juicio oral se disponga

de la apoyatura del intérprete oficial y se recurra a recursos gráficos y gestuales que permitan transitar el terreno llano de lo concreto para lograr la interpretación de los sucesos y responder consecuentemente cuanto le sea requerido; ello no resultaría suficiente para superar su gran vulnerabilidad. Ya que su valoración psíquica arroja como resultado concluyente que presenta un déficit psiconeurocognitivo por deprivación sensorial dual y falta de estimulación psicosocioeducativa apropiada, con insuficiencia madurativa de sus facultades mentales consecuentemente. De modo tal que su debilidad yoica lo posiciona muy desfavorablemente para defender adecuadamente sus intereses oportunamente”, para terminar en que “todo ello lo incapacita para hacer frente a situaciones nuevas que le exijan un análisis integral de sus diversas dificultades ante las alternativas surgidas en un proceso legal como sería el del Juicio Oral”. La cuestión que se somete a la decisión de este Tribunal es verdaderamente singular por lo poco frecuente; tanto, que no aparece expresamente contemplada por la normativa procesal, que tanto en su actual como en la anterior redacción condiciona la suspensión del proceso a que sobrevenga en el imputado una enfermedad mental que excluya su capacidad de entender o de querer, lo que equivale a no comprender la criminalidad del acto o poder dirigir sus acciones, art 34 inc. 1º del C. Penal.

Comentario: La extrañeza surge al mediar con una persona argentina que no habla castellano, con escasa o nula escolaridad y la cual, a su vez, construye su imagen imitando la conducta que ve en los otros. Frecuente o no, el caso se expresó por sí mismo; la intervención de un intérprete no subsanó la diferencia. Un perito con los conocimientos de las variables de la discapacidad auditiva hubiese arribado a una conclusión diferente y, tal vez, más certera:

Mas dicha falta de previsión no debe impedir dar una solución a la situación de incapacidad procesal del imculpado, a partir de la anomalía que le han detectado y puesto de manifiesto las periciales rendidas, limitativas de sus derechos a la igualdad ante los tribunales y a la defensa en juicio, ambos de naturaleza constitucional, arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional y legislación supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional, art. 75 inc. 22º de la misma, derivados de su dignidad personal. Así lo enseña CAFFERATA NORES en Proceso penal y derechos humanos, Editores del Puerto, 2000, pp. 25/27, quién destaca que el art 14.1 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos establece que “todas las personas son iguales ante los tribunales y las cortes de justicia”, lo cual no tendrá mejor modo de expresarse que respetando el principio contradictorio, que exige “no solo la existencia de una imputación del hecho delictivo cuya hipótesis origina el proceso y la oportunidad de refutarla, sino que requiere, además, reconocer al acusador, al imputado y a su defensor, iguales atribuciones para procurar y producir públicamente pruebas de cargo y de descargo...”.

Comentario: Volviendo al comienzo, y siguiendo a Austin,⁽⁵⁾ agregamos que solo aquel que está investido por el resto de la sociedad para determinados aspectos de orden es el que puede utilizar las palabras con consecuencias concretas. Si no conozco el idioma

(5) Austin, John Langshaw, *Cómo hacer cosas con palabras: Palabras y acciones*, Barcelona, Paidós, 1982.

en el que se ejecutan esas acciones, tampoco puedo comprender la validación de los mismos. En un caso particular y similar, el imputado se sentía seguro y cercano al fiscal por encontrarlo parecido físicamente a su propio padre, sin reparar que la función del fiscal era acusarlo y no defenderlo. Este joven en cuestión había concluido la escolaridad primaria y parcialmente la secundaria.

... controlar activa y personalmente y en presencia de los otros sujetos actuantes el ingreso y recepción de ambas clases de elementos probatorios y para argumentar ante los jueces que las recibieron y frente al público sobre su eficacia conviccional (positiva o negativa) en orden a los hechos contenidos en la acusación o los afirmados por la defensa y las consecuencias jurídico penales de todos ellos, para tener de tal modo la igual oportunidad de intentar lograr una decisión jurisdiccional que reconozca el interés que cada uno defiende, haciéndolo prevalecer sobre el del contrario". Esa defensa del imputado debe desarrollarse en condiciones de plena igualdad (v. gr. art 8.2 CADH y 14.3 PIDCP) con la acusación, **lo que ocurrirá cuando aquél tenga no solo en teoría sino también en la práctica, las mismas posibilidades reales que el acusador para influir en las decisiones de los jueces sobre el caso. Deberá ser informado en términos comprensibles, sencillamente expuestos, y si no entiende el idioma se le proveerá de un intérprete⁽⁶⁾** (arts 8.2a CADH y 14.3.a del PIDCPC); el abogado a cargo de la defensa técnica nunca sustituye totalmente al acusado (Comisión EDH, Coloza y Rubinart Informe del 5.5.83), de donde se sigue que en modo alguno puede esperarse suplir las deficiencias o limitaciones de comunicación del imculpado con la actividad de su abogada defensora y de su representante promiscua, sencillamente porque respecto de ellas también las padece, y porque la defensa técnica en definitiva complementa la defensa material en aspectos que están fuera del alcance del propio imculpado por su falta de preparación en cuestiones de técnica jurídica. Se trata, en cualquier caso, de asegurar la efectividad de la defensa del imculpado, **esto es, que pueda negar o explicar el hecho que se le atribuye, o afirmar alguna circunstancia que excluya o atenué su responsabilidad, u ofrecer pruebas de descargo, o argumentar en sentido contrario a la imputación⁽⁷⁾** (Doctrina Judicial del Tribunal Superior de Justicia en autos "ABRATE", sentencia 58 del 3 de Julio de 2003).

Continuamos con otro pasaje de las pericias y las conclusiones:

En autos nos encontramos con una limitación para el imputado en ambos sentidos: por su dificultad para interpretar a través de señas y gestos la imputación en sus notas de claridad, circunstanciación, especificidad y precisión; y para comunicar en condiciones que el Tribunal vía intérprete esté en condiciones de entender, las respuestas que en su descargo produzca, explicaciones, eventualmente careos, etc. sin lo cual no se le habrá asegurado su derecho a ser oído. Pero además: a la dificultad en el lenguaje se suma otra en la intelección que no podemos dejar de considerar, y es que como los señores peritos han ilustrado, la inteligencia natural del imculpado no se ha desarrollado en la medida esperada a su edad y condición, precisamen-

(6) El resaltado me pertenece.

(7) Austin, John Langshaw, *Cómo hacer cosas...*, op. cit. El resaltado me pertenece

te por su aislamiento y carencia de estímulos, de lo que ha resultado en él un nivel de inteligencia bajo, de tipo eminentemente práctico, no dada a las abstracciones y por tanto no apropiada a la necesidad de comprender y rebatir las posiciones que se le presenten adversar en el curso del Debate del modo como lo haría un no carenciado de tales potencialidades, y del modo como lo hará el Ministerio Fiscal produciéndose un notable desequilibrio en su perjuicio, atentatorio al antes mencionado derecho a la condición de igualdad o “paridad de armas” en el proceso de tinte marcadamente acusatorio vigente en Córdoba.

Comentario: En este caso, la pericia arriba a una conclusión más ajustada a la realidad de esta persona con discapacidad auditiva. Por motivos de la ausencia de sociabilización adecuada, carencia de instrucción, escasa o nula inclusión, la comprensión de su entorno social se ve disminuida, lo que no implica un déficit cognitivo. Benveniste define enunciación como el acto individual de apropiación de la lengua; para este autor, sistema lingüístico y proceso comunicativo son inseparables, pues ciertos elementos de la lengua adquieran significación solo cuando son actualizados por el hablante en el momento de la enunciación. De este modo, las personas, el tiempo y el lugar del enunciado se identifican por su relación con la situación de enunciación; es decir, si esta persona no puede identificar lo que ocurre en su entorno, no hay un proceso de comunicación efectivo.

Maximiliano HAIRABEDIAN apunta en su comentario al voto de la mayoría en el caso ATKINS-JONES de los tribunales del Estado de Virginia, EEUU, las menores posibilidades defensivas que demuestran en la práctica las personas con deficiencias mentales, que los tornan más propensos a ser declarados culpables erróneamente por falencias en el cumplimiento de sus garantías. “Estas falencias —dice— pueden ser distintas, desde confesar un delito que no cometieron, incapacidad de una buena comunicación con el defensor, inconsistencia o falta de persuasión en la forma de declarar” (Véase “La pena de muerte a retrasados mentales”, Revista de Derecho Penal Integrado, Año IV, nº 6, 2003, p. 612). Tal es el riesgo que se corre con BUSTAMANTE, por su gran vulnerabilidad producto de la falencia psicofísica que disminuye marcadamente sus posibilidades de actuación en el proceso, por lo que su expresada incapacidad es de naturaleza procesal y debe remediararse de la forma que a mi entender he dejado expuesta. Tales son los requerimientos de la humanización del proceso que es deber ineludible de los tribunales asegurar, y que en nuestros días puede decirse que marca el punto más alto en la consideración de los doctrinarios, legisladores y jueces desde los hoy remotos tiempos de BECCARIA, continuado en las formulaciones carrarianas de la Escuela Clásica, sazonado con la cuota de realidad que introdujo el Positivismo de Enrico FERRI. La aplicación analógica de la solución contemplada por el art. 84 del CPP es posible porque lo es in bonam parte y en las demás particulares consecuencias jurídicas me adhiero a la posición del Sr. Vocal del segundo voto, tal como lo he reflejado en el comienzo de mi presente postura jurídica. Así voto. Por todo ello, el Tribunal POR MAYORÍA RESUELVE: I.- SUSPENDER el trámite de la presente causa hasta que desaparezcan las limitaciones comunicativas que afectan a F. A. B. (art. 84 CPP —por analogía—). II.- ORDENAR la inmediata libertad de F. A. B., quedando al cuidado de sus padres (art. 84 CPP —por analogía—) III.- ORDENAR que F. A. B. se someta a un programa de capacitación suficiente, en institución oficial gratuita, a fin de poder ser

sometido a juicio oral por el hecho que se le atribuye (art. 84 CPP —por analogía—). IV.- HACERLE saber que deberá someterse semestralmente a un examen psiquiátrico del Cuerpo de Médicos Forenses de Tribunales de esta ciudad Capital, a fin que él mismo informe sobre la evolución de su estado y momento en que se encuentre en condiciones de someterse al Plenario (art. 84 CPP —por analogía—). PROTOCOLÍCESE, NOTIFÍQUESE Y CUMPLASÉ.

Comentario: Si hasta aquí el problema mayor ha sido el de la comunicación, ¿cómo le podrán hacer saber que se le examinará semestralmente si una persona de estas características, al desconocer un idioma hablado, no puede alcanzar a comprender una periodicidad temporal tan extensa como alejada de su corporeidad? La vista con ausencia del sonido provoca una percepción del tiempo muy diferente a la que posee la lengua castellana. Esta duración temporal resulta así muy acotada acorde a la propiocepción del tiempo relacionado con el espacio. Es decir, lo visto tres días atrás o hace un año queda subsumido en un único pasado que no diferencia, en gran medida, los lapsos transcurridos.

Y para terminar, una “moraléja”: a veces tener conocimiento de la Lengua de Señas puede llevártelo tras las rejas (ver punto III de la Resolución).

6. Ejemplo de informe pericial

Anexamos a continuación un ejemplo de ampliación de pericia por parte del juez, sobre una pericia realizada ante médico psiquiatra:

Buenos Aires, Junio

Sr. Presidente del Tribunal Oral en lo Criminal

Presente Informe Pericial sobre la causa IPP —08/—

XXX: Discapacidad Auditiva profunda.

La interpretación se lleva a cabo en la sala del Tribunal Oral Criminal XXX. Circunstancias particulares del Sr. XXX: porta una hipoacusia bilateral profunda pre lingüística. Asistió a escuela de educación especial para personas con discapacidad auditiva y dificultades para el lenguaje. En ese ámbito de sociabilización aprendió a partir de la interacción con sus compañeros palabras señas, del lenguaje de señas. No asimiló la lecto escritura del idioma castellano, algunos nombres tal vez. En esta primera actuación reconoce el dibujo de su nombre, pero no logra identificar la grafía alfabetica como símbolo representativo del sonido, ergo no comprende la significación de las oraciones, aun habiendo finalizado la escolaridad primaria. Se le mostró un escrito de su puño y letra en el cual figuraba el nombre de su padre con errores, ausencia de algunas letras, al igual el nombre y apellido de su madre. El faltante de letras se debe a que al dejar de leer y escribir solo recuerdan aquellas que han sobresalido más a su vista, las letras no las percibe relacionadas al fonema, son simples dibujos.

Saussure establecía la lengua como un conjunto de convenciones necesarias adoptadas por la sociedad para permitir el uso de la facultad del lenguaje por parte de los individuos; y el habla como el acto que lleva a cabo esta facultad a través de la lengua. Esta distinción ha de ser tenida en cuenta al abordar la clasificación tradicional entre trastornos

del habla y trastornos del lenguaje. Un trastorno del habla se define como problemas con la producción motora de sonido. En el caso del Sr. XXX es por no recibir a través del oído los sonidos que debe reproducir.

Se transforma en un trastorno del lenguaje: aquel déficit que no permite alcanzar un nivel de conocimiento lingüístico suficiente como para mantener una situación comunicativa, comprender y expresarse de un modo correcto.

Así, hemos de aceptar que un trastorno del lenguaje se expresa necesariamente mediante un trastorno del habla, ya que como dice Chomsky: “El habla es solo reflejo directo del lenguaje”, y la única manera de conocer el lenguaje es mediante el habla. No cabe, pues, identificar pacientes con “trastorno puro del lenguaje”, como vemos en alguna bibliografía.

En cambio, un trastorno del habla no conlleva siempre un trastorno del lenguaje, ya que puede darse por problemas físicos o malformaciones del aparato fonador.

7. Competencia comunicativa

La baja o nula interacción del Sr. XXX con otras personas sordas significó la pérdida de señas dejándolo en un estado de analfabetismo del castellano y una escasa lengua de señas, lengua tal cual se conoce entre los grupos de personas hipoacúsicas signantes. Posee un pobre léxico de lengua de señas que le sirve para la comunicación elemental y necesaria, que en su mayoría podrán ser comprendidas por su entorno muy próximo. No posee conocimientos de la valoración temporal como se desarrolla en la lengua castellana; sí posee presente, pasado, futuro a corto plazo e imperativo sin lograr abstraer en medidas temporales precisas.

Cabe señalar que “competencia” es el conocimiento implícito del código gramatical que tiene el oyente-hablante ideal. La teoría que establece la competencia como conjunto de reglas es, según Chomsky, mentalista, ya que busca descubrir una realidad mental subyacente al comportamiento real.

El concepto generativista de competencia se completa con el de “actuación” (*performance*).

Cuando aquí se menciona “el conocimiento implícito del código gramatical” habla de aquel sujeto que incorporó el habla-lengua de su entorno. Algo que un niño sordo no puede realizar, de acuerdo a su entorno familiar y social, puede ser estimulado a partir de los tres o cuatro años de edad. Para aprender y tener ese “conocimiento implícito” ya es tarde. Sin embargo, su vista puede funcionar marcando otra variedad de medición temporal y creando un valor propio (como, de hecho, sucedió).

Así, surge el concepto de “competencia comunicativa”, presentado por Hymes⁽⁸⁾ en el primer congreso sobre sociolingüística, celebrado en 1963 y cuyas actas se publican en 1964.

La competencia comunicativa es el término más general para la capacidad comunicativa de una persona, capacidad que abarca tanto el conocimiento de la lengua como la habilidad para utilizarla. La adquisición de tal competencia está mediada por la experiencia social, las necesidades y motivaciones, y la acción, que es a la vez una fuente renovada de motivaciones, necesidades y experiencias.

(8) Hymes, Dell, “Hacia etnografías de la comunicación”, en *Antología de estudios de etnolingüística y sociolingüística*, México, UNAM, 1974.

El Sr. XXX reacciona solo a partir de lo que ve, esto lo hace particularmente vulnerable y particularmente influenciable (sin que por ello deba presentar discapacidad intelectual). El crecer en un ambiente en el cual no se le brindó la posibilidad de una comunicación con sus pares redujo su mundo de aprendizaje a imitar conductas, hacer aquello que “ve” de aquellas personas con las que interactúa. El maltrato recibido, las esposas en sus muñecas que le impiden cualquier gesto, su único medio de expresión y el ignorar que significa su encierro en un ambiente jamás visto lo lleva a encriptarse en sí mismo aún más, mostrando al intentar forzar la comunicación un alto grado de ansiedad.

Benveniste define enunciación como el acto individual de apropiación de la lengua. Para este autor, sistema lingüístico y proceso comunicativo son inseparables, pues ciertos elementos de la lengua adquieren significación solo cuando son actualizados por el hablante en el momento de la enunciación. De este modo, las personas, el tiempo y el lugar del enunciado se identifican por su relación con la situación de enunciación.

En la lingüística europea, a partir de Benveniste, el concepto de sujeto productor del discurso o voz enunciativa se une a la observación de su presencia en su propio discurso: a través de la enunciación el sujeto construye el mundo como objeto y se construye a sí mismo.

En el caso de XXX no hay una construcción lingüística propia ni apropiada de terceros por él; sin embargo, construye un mundo-objeto que describe con la particularidad de la temporalidad real y secuencial.⁽⁹⁾

8. Déficit lingüístico

Llamamos “déficit lingüístico” a las alteraciones lingüísticas que tienen un origen neurológico, ya sea en los procesos del neurodesarrollo, en procesos neurodegenerativos o en situaciones de daño cerebral sobrevenido. Por tanto, excluimos de esta denominación las alteraciones que se deben a problemas propios del aparato fonador, a problemas de naturaleza psicológica, o funcionales.

Según la bibliografía,⁽¹⁰⁾ existen dos criterios clásicos de clasificación:

- 1) *según los componentes gramaticales del lenguaje*
- 2) *según las destrezas semióticas*

A los que cabe añadir un tercer criterio, según los niveles o estructuras del lenguaje:

- *Déficit de reacción*
- *Déficit de concordancia*
- *Déficit de orden*
- *Déficit de integración*

En el caso del Sr. XXX, con respecto a la lengua castellana, porta déficit de concordancia, déficit de orden y déficit de integración. Reacciona ante el acto comunicativo pero su discapacidad le impide desarrollar la concordancia debida, por ausencia de práctica

(9) *Diccionario de términos clave de ELE*, Centro Virtual Cervantes (CVC), Instituto Cervantes, 1997-2009.

(10) Beatriz Gallardo, "Análisis lingüístico de las alteraciones del lenguaje", curso 2008.

activa de la lengua castellana. Respecto de la emisión de las proposiciones, no percibe la integración de lengua/habla aunque posee destreza semiótica relacionada con la acción y el desarrollo de las mismas. Se trata de una acción que solo se produce cuando las observa. Dentro del signo lingüístico encontramos tres rasgos significativos: economía, simbolismo y creatividad.

Dentro del simbolismo encontramos, entre otros aspectos, un desplazamiento. Este desplazamiento (semiótico) se produce cuando se remite a cosas lejanas en el espacio y el tiempo.

No hay posibilidad mediata de hacer reflexionar sobre la concepción de “lo lejano en el espacio y en el tiempo”. La lengua castellana tiene varios modos de aludir a esas nociones que se incorporan a partir de la percepción auditiva. Por su parte, la realidad visual informa exclusivamente el presente. Con la imaginación puede recorrer el pasado, sin que ello signifique una valoración temporal adecuada.

En una segunda entrevista con la Dra. (psiquiatra) realizada en un ambiente similar a una casa, el Sr. XXX parece relajarse y estar un poco más abierto a la comunicación. La vista no posee registro del verbo **ser**, verbo que presenta una clara abstracción, pero sí puede registrar el verbo **estar**. El hecho de no haber asimilado el **ser** en su primera infancia implica una gran barrera al momento de intentar cualquier relato de su parte. Su comunicación es empática y deductiva, posee muy pocos o limitados medios de comunicación y de aprehensión del mundo. Su nivel de concepción y de comunicación es del nivel de un niño y a partir de allí mantuvimos una comunicación rudimentaria en la que empleamos la técnica de apelar a la comunicación a través de la estructura profunda del lenguaje humano.

9. Estructura profunda y superficial según Chomsky

Los conceptos de **estructura profunda** (o también latente) y **estructura superficial** (o también patente) son básicos a la hora de comprender que la gramática chomskiana, además de generativa, también es transformacional. Quizá, para entender bien dichos conceptos, lo mejor es observar algunos ejemplos:

- *Ejemplo 1: "El fortísimo viento derribó los árboles".*
- *Ejemplo 2: "El viento, que era fortísimo, derribó los árboles".*
- *Ejemplo 3: "El viento era fortísimo. Derribó los árboles".*

Podemos leer que estas tres secuencias dicen exactamente lo mismo. Se afirma en ellas que el viento era muy fuerte, y que ese viento muy fuerte derribó los árboles. Tienen, por tanto, idéntica estructura profunda (o latente). En cambio, su estructura superficial (o patente) es mucho más diversa: poseen palabras distintas (“que” aparece en el ejemplo 2, pero no en el 1 ni en el 3; “era” aparece en el 2 y en el 3, pero no el 1); se ordenan de diferentes maneras y sus pausas internas no se corresponden para nada.

El Sr. XXX puede comprender mediante señas: “**viento (derribó) árbol caído**”.

Visto este ejemplo, establezcamos algunos conceptos. Para empezar, está bien claro que todas las oraciones poseen una estructura profunda y una estructura superficial. La estructura profunda soporta o contienen el significado de la oración. La estructura superficial es la forma según la cual se presenta la oración, al ser dicha o escrita. Visto desde otro punto de vista, podemos decir que la estructura profunda es abstracta, mientras que la estructura superficial es una realidad física.

Pero, si bien en los ejemplos 1, 2 y 3 hemos visto oraciones que, poseyendo una misma estructura latente, tenían distintas estructuras patentes, es necesario recalcar que puede darse el caso contrario. Veámoslo en otro ejemplo:

Ejemplo 4: "Yo hago el cuarto"

En este caso, a la estructura superficial corresponden varias estructuras profundas, a saber: a) "Yo hago (o construyo) el cuarto (objeto)"; b) "Yo construyo o limpio la habitación"; c) "Yo estoy en cuarto lugar"; etc. En términos chomskianos diríamos, entonces, que esta oración es ambigua.

XXX no posee la competencia adecuada para comprender la diferencia.

Además, para terminar esta aproximación, nos falta decir lo más importante, la definitiva aportación de la gramática chomskiana: se parte de la base de que la estructura latente de la frase "El viento era fortísimo. El viento derribó los árboles" será exactamente idéntico en todas las lenguas. Esas dos proposiciones constituirían el armazón subyacente en cualquier lengua, si un hablante se quisiera referir al viento, a su fuerza y a lo que hizo con los árboles. Lo que variaría, en realidad, serían las manifestaciones patentes de la oración. Así, según Chomsky, las lenguas se diferencian exclusivamente en la estructura superficial de sus oraciones.

El Sr. XXX no comprende la estructura superficial de las oraciones.

10. Prevaricación

En el uso común, se denomina así a la capacidad de mentir intencionadamente. Por ejemplo, un abogado que debe defender a su cliente sabiendo que es culpable, debe mentir para que parezca inocente. En el ámbito semiótico, se dice que las lenguas naturales tienen el rasgo de la prevaricación para señalar la relación no fija entre un significante y su significado; no es solo la mentira, sino también, por ejemplo, los usos metafóricos, las ironías, las indirectas: "Pampa y la vía", "No quiere más Lola", "Ponete las pilas", "mina, laburo, toco, busarda".⁽¹¹⁾

11. Lengua

Este término forma parte de la dicotomía lengua/habla propia del estructuralismo europeo. Con la dicotomía "lengua/habla", Saussure introduce en el *Curso de lingüística general* un instrumento que permite separar el sistema lingüístico, o "lengua", esto es, el conjunto de unidades y de reglas del sistema, de la puesta en funcionamiento de dicho sistema o habla. Para Saussure, la "lengua" es la suma de acuñaciones depositadas en cada cerebro, más o menos como un diccionario cuyos ejemplares fueran repartidos entre los individuos. Es, pues, algo que está en cada uno de ellos, aunque común a todos y situado fuera de la voluntad de los depositarios. El "habla" es la suma de todo lo que la gente dice, y comprende las combinaciones individuales, dependientes de la voluntad de los hablantes y los actos de fonación igualmente voluntarios, necesarios para ejecutar tales combinaciones. La dicotomía "lengua-habla" ha sido muy fecunda porque ha enriquecido el análisis de fenómenos no estrictamente lingüísticos, como las modas, las comidas, etc., con otra perspectiva, es decir, ha permitido el examen de estos hechos como

(11) Gallardo, Beatriz, "Análisis lingüístico de las alteraciones...", op. cit.

signos duales que se pueden visualizar con perspectiva de “lengua” y con perspectiva de “habla”, y ha dado lugar a otras muy similares, como puede ser competencia/actuación, como el propio Chomsky reconoce.⁽¹²⁾

“XXX observaba las paredes y techos acariciando las sillas y paredes, y hubo una breve comunicación. Lloró al ver que se encontraba en una casa, miraba con atención los ladillos del techo”. No puede abstraer que esa misma propiedad puede tener un uso diferente al de un hogar, se ve y se siente como una casa y para él eso es. No podía expresar lo que sentía, hecho que lo angustiaba más aún. No encontraba “palabras”. Esta dificultad, la imposibilidad de mediatizar sus deseos por algún medio de comunicación le genera un estado de evidente angustia, no puede relatar qué le sucede aunque conoce lo que acontece por una simple reacción de causa efecto mediata.

12. Semiosis

Se trata de un tipo de relación que vincula a un significante y a su significado. La semiosis de las **lenguas naturales** (**la lengua que parte de la visión es natural**) puede tener diferente fundamento:

- *Indicial: relación de consecuencia entre signo y objeto.*
- *Icónica: signo y objeto comparten características.*
- *Simbólica: relación convencional, habitual, entre signo y objeto; esta es la relación de las lenguas naturales. Hay que recordar, con todo, que la convención (la “arbitrariedad”, en términos de Saussure) se da entre el signo y su referente, pero no (frente a lo que decía el propio Saussure) entre los componentes del signo; aceptamos la propuesta de Benveniste según la cual, la relación entre significante y significado no es arbitraria sino necesaria.*⁽¹³⁾

XXX no puede precisar las fechas importantes de su vida, no accede a una abstracción temporal. No puede relatar el motivo de la cicatriz que le atraviesa desde la parte superior del pómulo izquierdo y, cuando se insiste en la pregunta vuelve a angustiarse llenándose sus ojos de lágrimas.

Se lo despide sin haber podido comunicarle su actual estado procesal de un modo que hubiese podido comprender.

En suma, he actuado de acuerdo a la Convención de los Derechos para las Personas con Discapacidad, ley 26.378, en cuyo preámbulo se menciona: “Reconociendo además la diversidad de las personas con discapacidad...”.

La diversidad, en este caso, también incluye a la propia discapacidad auditiva. El Sr. XXX debe ser evaluado de acuerdo a su contexto al momento de examinar cuanto puede conocer sobre las normas sociales y morales de nuestra sociedad.

Otras personas que portan una discapacidad similar, que han sido efectivamente contenidas y educadas en un marco social integrador, interactúan de acuerdo a la limitación y deficiencia auditiva, pero con un mayor conocimiento sobre la norma.

(12) Alcaraz Varó, Enrique y Martínez Linares, María Antonia, *Diccionario de lingüística moderna*, Barcelona, Ariel, 1997.

(13) Gallardo, Beatriz, “Análisis lingüístico de las alteraciones...”, op. cit.

En otro orden de ideas, cabe señalar ciertas acepciones de algunos términos empleados en la referida Convención:

Por “lenguaje” se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal;

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. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables;

Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales... (art. 2º).

En el caso del Sr. XXX nos comunicamos rudimentariamente, más de un modo intuitivo que en la propia lengua de señas. No hay modo, en el presente, de realizar otro tipo de comunicación, lo cual impide cualquier tipo de comprensión de las circunstancias particulares por las que atraviesa.

Asimismo, respecto de las obligaciones generales, la Convención señala: “1. h) Proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo...”, y de la accesibilidad:

e) Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público;

f) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información...

Durante este proceso XXX no ha recibido ningún tipo de información que pueda ser comprendida por él, desconociendo el motivo de su encierro. No conoce el significado de ser “asistido por un defensor”. Podemos inferir que no ha tenido posibilidad alguna de acceder a la información en la que se habla de su propia persona, no ha tenido asistencia para salvar el déficit comunicacional. Desconoce sus propios derechos, ignora que puede solicitar un intérprete en el momento que le sea necesario. Se trata de un estado que le impide tener un acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás personas y tener un proceso justo.

En lo concerniente al acceso a la justicia, el art. 13 de la referida Convención señala:

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 parti-

cipantes 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.

La deficiencia auditiva, más allá del simple déficit físico afecta, en general, el conjunto de conceptualización y la adquisición de la norma moral. XXX no obedece a la misma escala de valores a la cual respondería un individuo insertado en la sociedad que escuche efectivamente. Reaccionó frente al Sr. Fiscal por ser este parecido a su padre, pero jamás pudo saber qué significa un “fiscal”, mucho menos un juicio. No hay posibilidades de explicarle su propia situación procesal. Es muy poco probable que pueda ser influenciado por un proceso penal para que modifique su conducta: su sordera y su aparente falta de relación social le impidió conocer las normas que regulan nuestra sociedad. Su conocimiento sobre el bien y el mal es limitado; presenta un bajo nivel intelectual.

Para asegurar que el Sr. XXX tiene un acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás personas debemos asegurarnos una comunicación en la cual no queden dudas de las expresiones que alcanza a comprender y las que pueda verter. Pero no fue asistido en todas las etapas del procedimiento judicial ni en el Servicio Penitenciario, lugar en el que su incomunicación es absoluta.

En tal sentido, cabe recordar lo señalado en el art. 14 de la Convención acerca de la libertad y seguridad de la persona:

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás:

- a. Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona;
- b. No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.

2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables.

El Sr. XXX no posee un léxico extenso en lengua de señas, lo que lo convierte en un doble analfabeto, haciendo imposible profundizar la comunicación.

Sin tener otro análisis de información quedo a su disposición.

Perito intérprete XXX.

SONDEO SOBRE EL RÉGIMEN LEGAL PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA Y EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

**AVANCES DEL CUESTIONARIO EN EL PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

COORDINADOR EMILIANO JOSÉ JORGE⁽¹⁾

1. Introducción

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPCD), a la que la República Argentina adhirió en el año 2007 e incorporó a su normativa interna mediante ley 26.378 sancionada en 2008, constituye el primer tratado sobre Derechos Humanos del siglo XXI de la ONU inmediato en virtud del derecho internacional.

El art. 13 CDPCD establece que los Estados Parte deberán garantizar el acceso a la justicia a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, en estos términos:

Artículo 13: 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 capacidad adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

(1) Secretario privado del Programa ADAJUS de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Ex coordinador administrativo de la Dirección de Asistencia y Asesoramiento a personas en situación de discriminación del INADI.

El Estado nacional, siguiendo el principio establecido en el art. 13, creó el “Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS)” dependiente de la Secretaría de Justicia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, mediante la sanción por el PEN del decreto 1375/2011.

El Programa ADAJUS, como se sostuvo en otras colaboraciones de este número, tiene la misión de desarrollar proyectos y acciones para facilitar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás y, entre otras funciones más, brindar asistencia técnica y capacitación adecuada de profesionales y del personal de la administración de justicia. En consecuencia, el desenvolvimiento de las acciones encomendadas al Programa ADAJUS es una de las manifestaciones del cumplimiento por parte del Estado argentino de la obligación de asegurar y garantizar a las personas con discapacidad un efectivo y pleno acceso a la justicia.

En el Anexo al decreto de su creación, se detallan las funciones de ADAJUS, entre las que destacamos la de desarrollar proyectos y acciones para facilitar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad (PCD) en igualdad de condiciones que las demás; propiciar modificaciones legislativas (contempladas en la CDPCD de la ONU en el art. 4º)⁽²⁾ con el objeto de facilitar la participación directa o indirecta de las PCD en todos los procedimientos judiciales, generando acciones y brindando asistencia técnica para fortalecer el pleno ejercicio del derecho de defensa de las PCD, y promover la capacitación adecuada de profesionales y del personal de la administración de justicia y penitenciario, a fin de brindar una mejor asistencia a las PCD, tal como se menciona en art. 13, punto 1 y en art. 4º, punto 1, inc. i).⁽³⁾

2. Objetivos del Cuestionario de Acceso a la Justicia en el Poder Judicial

Uno de los proyectos nacionales más importantes que se encuentra encarando ADAJUS para el cumplimiento de dicha misión es la realización de un sondeo sobre el régimen legal para el ejercicio de la capacidad jurídica y el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en el ámbito del Poder Judicial.

El sondeo, que es realizado mediante un cuestionario, está dirigido a magistrados y funcionarios del Poder Judicial (jueces, Ministerio Público y empleados administrativos) con competencia federal y local, y de todo el país, con el fin de recabar la información, conocer las percepciones y consultar las opiniones, acerca del ejercicio de la capacidad jurídica y el acceso a la justicia de las personas con discapacidad.

(2) Artículo 4. Obligaciones generales.

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 (...)".

(3) “(...) Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos”.

El objetivo es, por una parte, obtener un diagnóstico de carácter nacional que permita visualizar las principales dificultades, barreras y, detectar también la implementación de buenas prácticas y adecuaciones procedimentales que puedan servir de referencia; todo ello en relación al modo en que los distintos operadores judiciales visibilizan la aplicación efectiva de los art. 12 y 13 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378).

Las respuestas recibidas proporcionarán datos esenciales para la confección de herramientas como un “Protocolo de Atención e Intervención para los casos que los justificables sean personas con discapacidad” y un “Manual/Guía con los procedimientos y adecuaciones que contribuyan a la aplicación del paradigma de la capacidad jurídica amplia de las personas con discapacidad”. También servirá para el diseño de instancias de formación teórico/práctica, considerando los requerimientos surgidos de los propios actores de los procesos judiciales.

Dicho sondeo fue concebido como medio de evaluar el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad en la administración de justicia, así como diagnosticar tanto las fortalezas como las debilidades que en dichos ámbitos existen con respecto al efectivo acceso a la justicia de las personas con discapacidad que participen de diversas formas y en todas las etapas, de los procesos judiciales, y detectar, también, buenas prácticas y adecuaciones procedimentales que sirvan de referencia para proponer mejores herramientas de adecuación.

3. Etapas del sondeo

Como una primera etapa, el programa ADAJUS inició este sondeo en el ámbito del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, con el apoyo de la Suprema Corte de Justicia de la mencionada Provincia mediante resolución 710, del 11/04/2012 que autorizó el mismo. Destacamos, además del apoyo otorgado a la realización del sondeo en absolutamente todos los ámbitos y reparticiones del Poder Judicial provincial, el reconocimiento dado por el Estado argentino al cumplimiento del art. 13 CDPCD que ello significa.

Si bien esta encuesta se encuentra todavía en proceso de contestación, se estableció como fecha de corte el día 25 de septiembre de 2012 el Programa ADAJUS ha recibido hasta entonces 259 encuestas contestadas. De las mismas hemos tomado una muestra a fin de ofrecer al lector un adelanto del informe final. El informe definitivo de publicará en el año 2013.

Por su parte y mediante la resolución 448/2012, el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro autorizó, también, al Programa ADAJUS a realizar el sondeo en los Tribunales provinciales, pero este sondeo está en su etapa inicial en el mes de septiembre de 2012.

4. Lineamientos generales del cuestionario

El cuestionario que configura la encuesta dirigida a las reparticiones de los poderes judiciales está vertebrado según siete lineamientos generales:

- 1) *Identificación de las percepciones e imágenes circulantes sobre las PCD en el ámbito judicial y de estereotipos negativos y estigmas;*

- 2) *Grado de capacitación de los operadores judiciales y sugerencias sobre temáticas para una preparación mayor y más adecuada;*
- 3) *Accesibilidad edilicia e informática y comunicacional de los tribunales;*
- 4) *Prácticas de adecuación de procedimientos;*
- 5) *Aplicación de la CDPCD y de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación a las Personas con Discapacidad (CIADDIS), y de las Reglas de Brasilia;*
- 6) *Reconocimiento del modelo de capacidad amplia frente al modelo de representación y subrogación;*
- 7) *Papel del Poder Judicial en la implementación de reformas de fondo y procedimientos para el cumplimiento del art. 12 CDPCD.*

En total el cuestionario consta de 19 preguntas, todas ellas relacionadas con el acceso a la justicia de personas con discapacidad en términos del art. 13 CDPCD.

5. Metas del cuestionario

Las respuestas dadas por las diferentes reparticiones del Poder Judicial a todo este conjunto de preguntas permitirán conocer cuáles son las fortalezas y las debilidades de la administración de justicia en vistas a lograr un pleno cumplimiento de la obligación de Argentina como Estado Parte de la CDPCD de reconocer la capacidad jurídica amplia, con apoyos y salvaguardias, respecto de las personas con discapacidad, así como cuáles son las mejores herramientas y las adecuadas prácticas para proponer reformas de fondo y de forma en los procedimientos judiciales para brindar un efectivo acceso a la justicia.

El trabajo del sondeo en la Provincia de Buenos Aires permite al Programa ADAJUS recabar un gran número de respuestas tanto de organismos jurisdiccionales —tribunales, Cámaras de Apelación, juzgados—, no jurisdiccionales —archivos, bibliotecas departamentales, oficinas de mandamientos, intendencias, etc.— y del Ministerio Público Fiscal y de Defensa. Respuestas que, como ya expresáramos, constituyen un valiosísimo insu-
mo para la realización de la misión del Programa ADAJUS en cumplimiento del art. 13 CDPCD. Asimismo, y con vistas a ir ampliando dicho cumplimiento a todos los ámbitos judiciales del territorio nacional, se espera replicar este mismo trabajo de sondeo en el resto de las provincias argentinas para, seguir fortaleciendo la colaboración mutua entre los Poderes Ejecutivo y Judicial, tanto nacional como provinciales, a los fines de respetar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y dentro del marco de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto al deber de cumplimiento de los compromisos internacionales.

6. Avances del informe final sobre las respuestas de los ámbitos judiciales de la Provincia de Buenos Aires

6.1. Porcentajes de respuestas recibidas del cuestionario

Considerando la fecha de corte mencionada, el Programa ADAJUS recibió respuestas de organismos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires que equivalen a un 25,13% del total de dichos organismos, y un total de respuestas por parte de reparticiones con funciones no jurisdiccionales, equivalente al 21,71% del total.

En el cuadro que aparece a continuación, figuran los porcentajes de respuestas recibidas hasta la fecha de corte, ordenados por fueros.

Cuadro 1.

Fuero	Total del fuero	Respuestas recibidas	%
Civil y Comercial	188	37	19,68
Criminal y Correccional	289	72	24,91
Responsabilidad Penal Juvenil	66	32	48,48
Familia	47	7	14,89
Laboral	63	18	28,57
Contencioso Administrativo	22	6	27,27
Justicia de Paz	113	26	23,01

Cuadro 2.

	Total de reparticiones	Respuestas recibidas	%
Organismos jurisdiccionales	788	198	25,13

A los que se suman 61 respuestas de parte de organismos que no ejercen funciones jurisdiccionales, cifra que constituye el 21,71% del total de este tipo de reparticiones que sabemos existen en el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.

6.2. Nivel de conocimiento de los tratados con temática de discapacidad:

De las respuestas recibidas por parte de las diferentes reparticiones, tomamos para medir las vinculadas al grado de conocimiento y aplicación de los tratados de derechos humanos referentes a la discapacidad: la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIADDIS/OEA) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDCPD/ONU) las que corresponden a la pregunta 12 del cuestionario que figura en el anexo del presente trabajo.

A la fecha indicada de corte, surge que un 78,12% de las reparticiones que enviaron sus respuestas conocen los referidos instrumentos legales –de las cuales, a su vez, un 14,84% manifestó haberlos aplicado–, contra un 21,88% que los desconocen.

6.3. Nivel de conocimiento de la observación general CEDDIS/OEA

El Comité de la OEA para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación para las Personas con Discapacidad (Comité CEDDIS), según lo normado dentro de la correspondiente Convención —CIADDIS—, tiene entre sus funciones examinar el progreso registrado en la aplicación de la CIADDIS e intercambiar experiencias con los Estados Partes, y en consecuencia, los informes que dicho Comité elabore recogerán los debates, incluirán información sobre las medidas que los Estados adopten en aplicación de la Convención, los progresos realizados en la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, así como las conclusiones, observaciones y sugerencias generales para el cumplimiento progresivo de la CIADDIS.

El mencionado Comité de la CIADDIS emitió su Observación General CEDDIS/doc. 12 (I-E/11) Rev. 1 de fecha 04/05/2010 sobre la obligación de interpretar el régimen de capacidad de la CIADDIS/ OEA según el art. 12 CDPCD (ley 26.378).⁽⁴⁾ Dicho art. 12 establece como regla el reconocimiento, en todos los casos, de la capacidad de ejercicio amplia de derechos de las personas con discapacidad. Bajo el marco apuntado, la Observación del Comité CEDDIS resolvió, entre otros puntos:

3. Instar a los Estados Parte de la Convención Interamericana a tomar medidas, en consonancia con el art. 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.

En virtud de la importancia del mencionado instrumento, sucintamente examinado aquí,⁽⁵⁾ se creyó sumamente conveniente medir el grado de conocimiento que sobre el mismo tienen los organismos que conforman el Poder Judicial (pregunta 13 de la Encuesta en el anexo). A la fecha de corte, las reparticiones que respondieron a la encuesta manifestaron conocer dicha observación general en un 61,48%, constituyendo el 38,52% los que informaron desconocer tal instrumento.

6.4. Toma de conciencia: percepciones y estereotipos

La CDPCD reconoce en su Preámbulo la discriminación contra personas con discapacidad como una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano, así como también incorpora el reconocimiento de la diversidad de las personas con discapacidad; manifiesta, por otra parte, la preocupación que causan los múltiples motivos de discriminación hacia las PCD, al igual que observa como las PCD siguen encontrando barreras que obstaculizan su participación en igualdad de condiciones en la vida social. Por estas razones, este tratado internacional de Derechos Humanos incorpora el

(4) [En línea] http://www.oas.org/es/sedi/ddse/paginas/index-4_comite.asp

(5) Puede verse un análisis *in extenso* en: <http://pablorosalles.com.ar/es/novedades/nota-sobre-la-reciente-observacion-general-en-materia-de-capacidad-de-las-personas-con-discapacidad-del-comite-para-la-eliminacion-de-todas-las-formas-de-discriminacion-contra-las-personas-con-discapa/>

fundamental art. 8º, sobre “Toma de conciencia”, con el fin de promover el respeto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad, a través de la lucha contra los estereotipos, prejuicios y prácticas nocivas con respecto a ellas.

Artículo 8º: Toma de conciencia

1. Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para:

- a) Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas;
- b) Luchas contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida;
- c) Promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.

2. Las medidas a este fin incluyen:

- a) Poner en marcha y mantener campañas efectivas de sensibilización pública destinadas a:
 - i. Fomentar actitudes receptivas respecto de los derechos de las personas con discapacidad;
 - ii. Promover percepciones positivas y una mayor conciencia social respecto de las personas con discapacidad;
 - iii. Promover el reconocimiento de las capacidades, los méritos y las habilidades de las personas con discapacidad y de sus aportaciones en relación con el lugar de trabajo y el mercado laboral;
- b) Fomentar en todos los niveles del sistema educativo, incluso entre todos los niños y las niñas desde una edad temprana, una actitud de respeto de los derechos de las personas con discapacidad;
- c) Alentar a todos los órganos de los medios de comunicación a que difundan una imagen de las personas con discapacidad que sea compatible con el propósito de la presente Convención;
- d) Promover programas de formación sobre sensibilización que tengan en cuenta a las personas con discapacidad y los derechos de estas personas.

Por todo lo apuntado, es que se incluyeron en el Sondeo sobre capacidad jurídica y acceso a la justicia para personas con discapacidad en el Poder Judicial preguntas sobre cuáles creen que son las percepciones y estereotipos con relación a las personas con discapacidad en ámbitos judiciales. Esto es, se le pidió en la encuesta a las diferentes reparticiones del Poder Judicial que intentaran identificar imágenes circulantes y percepciones comunes sobre las personas con discapacidad, y además, que identificaran estereotipos e imágenes negativas, que constituyan una estigmatización de las mismas. De una atenta lectura sobre las respuestas recibidas, a la fecha de corte, podemos inferir una serie de categorías de respuestas, que reúnen imágenes y percepciones circulantes con estereotipos, que pasamos a citar juntamente con algunos ejemplos:

(6) Todos los ejemplos citados en esta sección forman parte literal de las respuestas recibidas de los diferentes organismos del Poder Judicial provincial.

Imágenes:	Ejemplos: ⁽⁶⁾
Imágenes, percepciones y estereotipos que aluden a una no cabal comprensión de lo que es la discapacidad	<p>Identificación de la discapacidad con una enfermedad</p> <p>Alusión de forma inadecuada a la discapacidad</p> <p>Uso de expresiones que inducen a la commiseración</p>
Que aluden a una dificultad o imposibilidad de comprender o de darse a entender	<p>A las personas declaradas insanas no se les da oportunidad de expresar su opinión libremente</p> <p>En general, no pueden comprender.</p> <p>Solo personal calificado (psicólogos, por ejemplo) podrían entenderlos</p>
Que aluden a una dificultad o imposibilidad de comprender o de darse a entender	<p>Es prácticamente imposible la comunicación con personas con discapacidad auditiva respecto a personas con discapacidad mental</p> <p>Se piensa que habrá que explicarles reiteradamente las mismas cosas.</p> <p>Las personas con discapacidad visual solo leen en sistema Braille</p>
Que aluden a la complicación de los procesos judiciales	<p>Se piensa que las personas con discapacidad auditiva se comunican con lengua de señas, o leen los labios</p> <p>Se piensa que los procesos judiciales van a ser más largos y complicados</p> <p>No comprenden los procedimientos y términos jurídicos</p>
Que aluden a la complicación de los procesos judiciales	<p>Se piensa que es imposible que cumplan con los términos de una sentencia</p> <p>Se considera que no pueden aportar pruebas</p> <p>Su atención insume costos desmedidos con relación al promedio del sistema</p>
Que mantienen el modelo de representación/subrogación	<p>Exigir que solo actúen mediante representación</p> <p>Se los considera incapaces de tomar decisiones</p>
Que mantienen el modelo de representación/subrogación	<p>Obviar la presencia de la persona con discapacidad, prefiriendo dirigirse a un tercero</p>
Que implican actitudes discriminatorias	<p>Marcar una diferencia innecesaria mediante la sobreatención a personas con discapacidad</p>
Que implican actitudes discriminatorias	<p>Se descree de la situación de discapacidad de una persona.</p>
Que implican actitudes discriminatorias	<p>Se consideran violentas o problemáticas a las personas con discapacidad intelectual.</p>
Que implican actitudes discriminatorias	<p>Se piensa que no gozan de igualdad con relación a las personas que no portan discapacidad.</p>

Estas percepciones y estereotipos que han identificado las reparticiones que nos envian sus respuestas ayudan a tomar conciencia sobre la consideraciones que puedan ser habituales, principalmente en el ámbito judicial, sobre la temática de la discapacidad; lo que nos permite, en consecuencia, conocer en qué puntos es necesario incidir para proveer de una herramienta adecuada para fortalecer y garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad.

6.5. Buenas prácticas

En este punto, y tomando como base la pregunta 9 sobre adecuaciones de procedimientos para el caso de procesos judiciales en que intervengan personas con discapacidad, entre las respuestas —y siempre a la fecha de corte— hemos detectado que un 13%, aproximadamente, de las reparticiones del Poder Judicial provincial aplica prioritariamente el modelo de representación y subrogación de la voluntad, así como un 25% de quienes respondieron indicaron no hacer adecuaciones procedimentales específicas.

Con respecto a las reparticiones que mencionaron realizar alguna o algunas adecuaciones de procedimientos específicas, en su mayoría, nos han respondido que aplican los lineamientos de atención prioritaria para personas con discapacidad, siguiendo lo normado en la resolución SCBA 370/2006. Y además de esta atención prioritaria, hemos podido detectar en las respuestas de las diferentes reparticiones, una gran cantidad de buenas prácticas, tendientes a adecuar los procedimientos judiciales para los casos en que intervengan personas con discapacidad.

Lo más frecuente es solicitar la intervención de intérpretes de lengua de señas para la comunicación con personas con discapacidad auditiva que puedan comunicarse de esta manera, y que en caso de no contarse con intérpretes profesionales, se acude a personas que conozcan esta lengua o se toma contacto con asociaciones o referentes de la comunidad o, en última instancia, con familiares que puedan comunicarse con las personas con discapacidad auditiva que participan en alguna instancia de los procesos judiciales. Asimismo, se intenta encontrar las mejores maneras de lograr una comunicación efectiva y brindar la mayor comprensión posible de las diferentes instancias y resoluciones mediante explicaciones claras y sencillas.

Por otro lado, muestran la mejor predisposición para allanar todo lo posible los obstáculos que puedan interponerse en la atención adecuada a personas con discapacidad. Para esto, todo el personal de los juzgados y tribunales prestan su mayor colaboración para, por ejemplo, subsanar algún tipo de barrera edilicia, para leer en voz alta los expedientes y resoluciones a personas con discapacidad visual, así como a aquellos que no sepan leer; realizar de oficio ajustes de procedimientos que para los mismos resulten más adecuados a los casos en que se lo requiera, como modificar modalidades de notificación o de audiencias.

Una repartición nos refirió que tuvieron casos en que el juzgado se constituyó en el domicilio de testigos con discapacidad, junto con las partes (fiscales, defensa, imputado) para tomarle declaración y, de esta forma, evitar el traslado de los mismos, aun tratándose de localidades distantes.

6.6. Capacitación

En cuanto a la capacitación recibida, solo seis reparticiones —3,14% del total de las respuestas recibidas— manifestaron haber recibido algún tipo de capacitación sobre discapacidad, de las cuales la mitad fue sobre lengua de señas. Por otra parte, muchas reparticiones manifestaron estar al tanto de jornadas y capacitaciones específicas que se ofrecen, principalmente a través del Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, pero cuya asistencia, afirmaron, es facultativa para el personal.

En cuanto a las temáticas que creen sería de interés, destacamos la necesidad de recibir capacitación sobre la problemática general de las personas con discapacidad, sobre la legislación vigente, nacional y tratados internacionales, sobre herramientas teórico-prácticas

para garantizar una atención de calidad a personas con discapacidad, herramientas para la accesibilidad al espacio físico y pautas para la integración laboral, entre otros.

6.7. Accesibilidad de las instalaciones

En cuanto a la accesibilidad edilicia de los diferentes edificios en que funciona el Poder Judicial provincial, la Suprema Corte de Justicia provincial emitió su resolución 370/2006, mediante la que se instruyó a todos los encargados de la superintendencia de los organismos del Poder Judicial provincial, que adopten todas las medidas para que en los sitios de los edificios del Poder Judicial —sanitarios, pasillos, áreas de recepción, mostradores— se asegure la accesibilidad para las personas con discapacidad.

En la gran mayoría de las respuestas recibidas, se manifiesta aún la insuficiencia de la accesibilidad a los edificios, aunque se hace constar la existencia de algunas rampas y de baños adaptados. Por otra parte, se evidencia la buena predisposición del personal judicial para subsanar en las medidas de sus posibilidades todos los inconvenientes que estas barreras físicas puedan ocasionar a las personas con discapacidad que deben intervenir en los diferentes procesos judiciales.

7. Encuesta de capacidad y acceso a la justicia a personas con discapacidad (art. 12 y 13 de la ley 26.378)

7.1. Texto de la encuesta

- 1) *¿Cuáles son las imágenes circulantes o percepciones que conoce sobre las personas con discapacidad en el Poder Judicial o en la administración de justicia? Mencione al menos cinco (5) ordenándolas según su criterio.*
- 2) *¿Conoce estereotipos y percepciones negativas sobre las personas con discapacidad en un proceso judicial? Mencione al menos cinco (5) ordenándolas según su impacto en la práctica judicial.*
- 3) *¿Han recibido los jueces, Ministerio Público y/o el personal administrativo de los tribunales adiestramiento o capacitación sobre los derechos de las personas con discapacidad? En caso afirmativo, ¿qué tipo de capacitación han recibido?*
- 4) *¿Cuál considera que debería ser el contenido de una apropiada capacitación para los magistrados y funcionarios que trabajan con personas con discapacidad en la justicia? Indique en orden de importancia los cinco (5) temas principales que propone.*
- 5) *¿Son las instalaciones de su Tribunal accesibles arquitectónica y comunicacionalmente (informática, entre otros) y posee mobiliario para personas con discapacidad desde un punto de vista arquitectónico? (Señale, por ejemplo, si disponen de estacionamientos, rampas de entrada y de salida, ascensores, espacios amplios o sanitarios adecuados para recibir a personas en sillas de rueda)*
- 6) *¿Conoce si la página web del Tribunal o sus accesos informáticos en general tienen accesibilidad informática para personas con discapacidad, principalmente discapacidad sensorial (sordos, ciegos, disminución visual o auditiva)?*
- 7) *¿Tienen a disposición en su Juzgado y en las áreas de atención al público intérpretes en lengua de señas, o métodos de lectura para personas ciegas, a fin de que las personas con este tipo de discapacidad puedan intervenir plenamente dentro de las etapas procesales de cualquier juicio que les incumbe?*

- 8) ¿Conoce si los peritos y auxiliares judiciales que se encuentran en el listado de su Tribunal reciben capacitación especial respecto de los casos en los que los justiciables o peritados son personas con discapacidad, principalmente sordos y ciegos, intelectuales o mentales, respecto de los cuales se realizan pericias judiciales?
- 9) ¿Qué procedimientos o medidas realiza el Tribunal cuando uno de los intervenientes en los procesos judiciales (sea testigo, imputado, acusado o parte), es una persona con discapacidad?
- 10) ¿Realizan alguna adecuación del procedimiento específica respecto a las personas con discapacidad cuando estas son llamadas, bien como testigos o bien como miembros de un jurado?
- 11) ¿Ha tenido la posibilidad como Juez o personal del Tribunal o Ministerio Público de escuchar o entrevistar en forma directa a las personas con discapacidad intelectual en el marco de un proceso judicial en trámite?, ¿Cuál ha sido su percepción sobre la experiencia?, ¿Qué recomendaciones le sugiere esa experiencia personal?
- 12) ¿Conoce y/o ha aplicado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (en adelante, la CDPCD) aprobada por ley 26.378 y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (en adelante, la CIADDIS), aprobado por ley 25.280, en alguna sentencia del Tribunal?
- 13) ¿Conoce la Observación General CEDDIS/doc. 12 (I-E/11) Rev.1 de fecha 04/05/2010 del Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CEDDIS), sobre la obligación de interpretar el régimen de capacidad de la convención OEA según el art. 12 de la CDPCD (ley 26.378)?
- 14) ¿De qué forma se aplican en su Tribunal las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (Acordada 5/2009 CSJN) en el proceso judicial cuando intervienen, en especial, respecto de personas con discapacidad?
- 15) ¿De qué forma aplica en la práctica judicial el reconocimiento de capacidad de obrar amplia de las personas con discapacidad del art. 12 de la CDPCD (ley 26.378)?
- 16) ¿Cuáles son las medidas judiciales, en su caso, que deberían de tomarse para adecuar el modelo de representación que establece el Código Civil para los llamados incapaces de hecho absolutos con el modelo de capacidad amplia con apoyos y salvaguardias para el ejercicio de los derechos del art. 12 de la CDPCD? Enumere al menos cinco (5) alternativas según su orden de importancia.
- 17) ¿Cómo considera usted la relación entre el modelo de la insania/interdicción y la curatela (como sistema de representación en la toma de decisiones de la persona) y el sistema del art. 12 de la CDPCD (ley 26.378)?
- 18) En caso de que fueran necesarias reformas de fondo y de procedimiento, ¿cuál sería el papel del Poder Judicial para lograr el camino de la eliminación de la figura de la curateila o insania hacia el modelo de capacidad amplia del art. 12 de la CDPCD?; ¿Quiénes son los actores políticos, sociales y técnicos claves para ello?
- 19) Siendo que la Convención de Naciones Unidas (ley 26.378) es un tratado de derechos humanos: ¿Cuál es el rol de los Tribunales y del Ministerio Público en la construcción de un modelo de transición mientras se revisa la legislación vigente?; ¿Qué medidas deberían adoptarse para el "mientras tanto" y en qué casos especialmente?

7.2. Autorizaciones de Superiores Tribunales para la realización de la encuesta

7.2.1. Resolución de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

La Plata, 11 de abril de 2012

VISTO: lo solicitado por la Coordinadora del Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS) dependiente de la Secretaría de Justicia de La Nación y lo dispuesto por la Ley N° 26378 (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad); y

CONSIDERANDO Que a través de la presentación efectuada proponen realizar un sondeo sobre el régimen legal para el ejercicio de la capacidad jurídica y el acceso a la Justicia de las Personas con discapacidad, con el objeto de recabar información sobre la situación de las personas con discapacidad en el ámbito del Poder Judicial de la Provincia, a cuyo fin solicitan autorización para distribuir un cuestionario entre los organismos jurisdiccionales.

Que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo fue aprobada mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006.

Que nuestro país ha incorporado recientemente a su derecho interno dicha Convención a través de la ley 26.378 (promulgada el 6 de junio de 2008), con el propósito de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente.

Que conforme lo dispuesto por el artículo 13 de la misma el Estado argentino ha dado cumplimiento a lo allí dispuesto, mediante la creación del Programa Nacional ADAJUS.

Que el Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia fue creado con el objeto de asegurar el respeto de la dignidad inherente de las personas con discapacidad, a fin de facilitar la comunicación y la obtención de la información necesaria para el efectivo acceso a la justicia, facilitando la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones en los procesos judiciales.

Que por lo expuesto se estima conveniente hacer lugar a lo solicitado.

POR ELLO, la Suprema Corte, en ejercicio de sus atribuciones;

RESUELVE

Artículo 1º: Autorizar a ADAJUS a realizar el sondeo solicitado, en el marco del Cuestionario sobre el acceso a la justicia de personas con discapacidad, que forma parte de la presente.

Artículo 2º: A los efectos de posibilitar la difusión del Cuestionario, encomendar a la Secretaría de Servicios Jurisdiccionales y a la Subsecretaría de Tecnología Informática, las gestiones tendientes a proveer a la ADAJUS de las direcciones de correo electrónico de los organismos jurisdiccionales de la Provincia.

Artículo 3º: La citada Entidad pondrá en conocimiento de la Presidencia de este Alto Tribunal del informe con las conclusiones del citado relevamiento.

Artículo 4º: Regístrese y comuníquese

PETTIGIANI, Eduardo Julio - DE LAZZARI, Eduardo Néstor - HITTERS, Juan Carlos - GENOUD, Luis Esteban - KOGAN, Hilda - TRABUCCO, Néstor (Secretario).

Registrada bajo Nº 000710

7.2.2. Resolución del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro

RESOLUCIÓN Nº 448

VIEDMA, 9 de agosto de 2012

VISTO el Expte. Nº SS-12-0069, caratulado “COORDINADOR PROGRAMA NACIONAL ASISTENCIA PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD S/PROPUESTA” y,

CONSIDERANDO:

Que a través de la presentación efectuada por la Coordinación del Programa Nacional de Asistencia para Personas con Discapacidad, se propone realizar un sondeo sobre el régimen legal para el ejercicio de la capacidad jurídica, el acceso a la justicia y la situación de las personas con discapacidad en el ámbito del Poder Judicial de la Provincia de Río Negro, a cuyo fin solicitan autorización para distribuir un cuestionario entre los organismos jurisdiccionales.

Que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo facultativo fue aprobada mediante Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006.

Que nuestro país ha incorporado recientemente a su derecho interno dicha Convención a través de la ley 26.378 (promulgada el 6 de junio de 2008), con el propósito de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad y promover el respeto a su dignidad inherente.

Que conforme lo dispuesto por el artículo 13º de la misma, el Estado Argentino ha dado cumplimiento a la norma mediante la creación del Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia, creando con el objeto de facilitar la comunicación y la obtención de la información necesaria para el efectivo acceso a la justicia.

Que por todo lo expuesto, se estima conveniente hacer lugar a lo solicitado.

Por ello

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO

RESUELVE:

Artículo 1º) AUTORIZAR al Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS), dependiente de la Secretaría de Justicia de la Nación, a realizar el sondeo solicitado en el marco del cuestionario sobre el Acceso a la Justicia de personas con Discapacidad, que forma parte de la presente.

Artículo 2º) ENCOMENDAR a la Secretaría General de la Escuela de Capacitación del Poder Judicial de Río Negro, las gestiones tendientes a proveer a la ADAJUS de las direcciones de correo electrónico de los organismos jurisdiccionales de la provincia, a los efectos de posibilitar la difusión del cuestionario.

Artículo 3º) SOLICITAR a la citada Entidad que una vez concluido el sondeo y procesada la información, haga llegar a la Presidencia de este Alto Cuerpo las conclusiones del relevamiento realizado.

Artículo 4º) Registrar, comunicar, notificar y oportunamente archivar.

SODERO NIEVAS, Víctor Hugo (Presidente Superior Tribunal de Justicia) - MANSILLA, Enrique J. (Juez) - BAROTTO, Sergio M. (Juez).

8. Observación General del CEDDIS sobre la necesidad de interpretar el art. I.2, inc. b) *in fine* de la CIADDIS en el marco del art. 12 CDPCD

CEDDIS/RES.1 (I-E/11)

(Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de mayo de 2011)

EL COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD:

Reunido en la ciudad de San Salvador, República de El Salvador, en el marco de su Primera Reunión Extraordinaria celebrada el 4 y 5 de mayo de 2011;

CONSIDERANDO:

Que en la resolución CEDDIS/Res.01/08 aprobada el 1 de agosto de 2008 durante la Segunda Reunión del Comité se adoptó a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como documento de referencia conceptual;

Que conforme a dicha resolución, los miembros del Comité habrían de tomar una decisión relativa al tema de la interdicción durante su Tercera Reunión;

Que durante su Tercera Reunión, los miembros del CEDDIS efectuaron un análisis preliminar sobre la figura de la interdicción y su correspondiente régimen de curatela a la luz del documento CEDDIS/doc.61/10 elaborado por la Secretaría Técnica;

Que tras la revisión del documento mencionado, el Comité decidió constituir un grupo de trabajo para analizar este tema con mayor profundidad y presentar sus conclusiones durante la Cuarta Reunión del Comité; y

Que dentro del marco de la Primera Reunión de Grupos de Trabajo del CEDDIS, celebrada en octubre 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, y decidieron presentar sus conclusiones al resto de los miembros, durante su próxima reunión,

RESUELVE:

1. Adoptar el documento que se adjunta a la presente resolución CEDDIS/doc.12 (I-E/11) Rev.1 “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”, como criterio de interpretación de este Comité, en cuanto al instituto de la interdicción.
2. Elevar dicha observación general a la consideración de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA, para su posterior remisión a la Asamblea General a los fines de solicitar su más amplia difusión entre los Estados Parte.
3. Elevar dicha observación general a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a fin de que esta requiera a la Corte Interamericana de Derechos Humanos la emisión de una opinión consultiva sobre el alcance de la interdicción en el marco del documento que se adjunta.

Notifíquese

PIGNATO, Vanda (Presidenta, representante de El Salvador) - DEL ÁGUILA, Luis Miguel (Vicepresidente Primero, representante de Perú) - ROSALES, Pablo (Vicepresidente Segundo, representante de Argentina) - SALGUERO, Javier (Representante de Bolivia) - FERREIRA, Antonio (Representante de Brasil) - RIVAS, Ximena (Representante de Chile) - MORA, Hernando (Representante de Colombia) - RETANA, Adriana (Representante de Costa Rica) - DE ACAJABÓN, Marta (Representante de Guatemala) - ALEMÁN, Ramón (Representante de Panamá) - FERREIRA, Zulma (Representante de Paraguay) - CARRILLO, Mercedes (Secretaria Técnica).

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 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”.

8.1. Antecedentes

Dentro del marco de la Primera Reunión de Grupos de Trabajo del CEDDIS, celebrada en octubre del 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 art. 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 art. I.2.b de la Convención Interamericana que es aclarativa, a 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 es 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 declaradas interdictas o insanas, por lo cual se sugiere encontrar un modelo de representación que no tenga que ver con la insanía 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 insanía y la curatela como forma de representación legal de las 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 inciso 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.

8.2. 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 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:

9. Opinión del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, sobre la necesidad de interpretar el art. I.2, inc. 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 art. 12 CDPCD

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 art. 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 O.E.A. 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 art. 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, 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 la 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 art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad de la ONU por mandato del art. 4.1 incs. a) y b) de dicha Convención;

Este Comité declara que el criterio establecido en el art. I.2, inc. 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 los arts. 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 art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU);

Que el art. 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 art. 4.1 incs. 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 (art. 1 de la Convención citada) y sus principios generales (art. 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 art. 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 (art. 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 art. 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 de 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”⁽⁷⁾ 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 art. 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. Sin embargo 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 humana” (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 diera cuenta adecuadamente de los problemas de aquellas personas con mayor necesidad de apoyo, se estableció en el inc. 3 del art. 12 la

(7) Identificado con el número A/HRC/10/48, de fecha 26 de enero de 2009.

obligación de los Estados Partes a proveer apoyos y en el inc. 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 tienen 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 (art. 1º).

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. De este modo, tanto el diseño 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 art. 2º de la misma, que se tituló “Definiciones”.

Sin embargo, una definición inclusiva se encuentra en el art. 1º. Esta 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 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 art. 12 ha sido redactado en consonancia con este objetivo más amplio.

El art. I.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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 salvaguardia 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

LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN SITUACIÓN DE ENCIERRO, UNA POLÍTICA DE INCLUSIÓN SOCIAL INTRAMUROS

EQUIPO DE ADAJUS⁽¹⁾

Las siguientes páginas pretenden acercar al lector a los lineamientos básicos del trabajo que el Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS) está realizando en forma articulada con el Servicio Penitenciario Federal, a fin de fortalecer los derechos de las personas con discapacidad (PCD) privadas de su libertad. Al tratarse de una población particularmente compleja, con características específicas, consideramos necesarias algunas menciones. En primer lugar se trata de un grupo de individuos doblemente vulnerable ya que presentan en simultáneo dos atributos poderosamente estigmatizante: poseer una discapacidad, y encontrarse a disposición de la justicia dentro de una institución de encierro. En términos de Erving Goffman podemos hablar de dos identidades sociales desacreditadas, establecidas por la sociedad como anormales, inferiores o peligrosas,⁽²⁾ dificultando ostensiblemente sus posibilidades dentro del entramado de relaciones en el que participan. En segundo lugar, la importancia de este colectivo dentro de la agenda política del país es un fenómeno reciente, ubicable dentro de las políticas de inclusión social inauguradas por el gobierno de Néstor Kirchner y en consolidación hoy por la Presidenta de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner. Por esa razón, el conjunto de acciones políticas adecuadas para garantizar y fortalecer la igualdad de oportunidades de todas las minorías y grupos tradicionalmente excluidos se encuentran todavía en construcción y permanente mejoramiento.

Los acontecimientos internacionales han permitido la constitución de un nuevo abordaje sobre la discapacidad, inaugurando una etapa de revisión, reinterpretación de este colectivo y de las políticas sociales orientadas al mismo. La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) estableció en el año 2001 un Comité Especial para negociar el proyecto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Este Comité estuvo integrado por representantes de organizaciones no gubernamentales, de los gobiernos, de las comisiones nacionales de derechos humanos y orga-

(1) Mariano Godachevich, José Luis Latella, Mercedes Rojas Machado y Eduardo Soto.

(2) Goffman, Erving, *Estigma. La identidad deteriorada*, Bs. As., Amorrortu, 2010.

nizaciones internacionales. Según fuentes oficiales,⁽³⁾ fue la primera vez que las ONGs participaron activamente en la formulación de un tratado de protección a los derechos humanos. La primera reunión se llevó a cabo en agosto de 2002 y la redacción del texto comenzó en mayo de 2004. En agosto de 2006, el Comité llegó a un acuerdo en torno al texto, y en diciembre del mismo año la Convención y su Protocolo Facultativo fueron aprobados en la sede de las Naciones Unidas de Nueva York, quedando abiertos a la firma el 30 de marzo de 2007. Principalmente se busca “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”.⁽⁴⁾ Los Estados que adhieren a la misma se comprometen a adoptar y aplicar las políticas, leyes y medidas administrativas necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en la CDPCD, luchando contra los estereotipos y prejuicios existentes, y promoviendo la toma de conciencia sobre las capacidades de las personas con discapacidad.

En Argentina, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo fueron ratificados en el 2008 por medio de la ley 26.378, implicando para el Estado nacional el definitivo reconocimiento de los derechos de este grupo social, y la obligación de adoptar en consecuencia las medidas concretas para garantizar su vigencia.

ADAJUS es creado por decreto presidencial⁽⁵⁾ en la órbita de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos con el propósito de dar cumplimiento a la normativa internacional dentro de las competencias del ámbito de jurídico.

1. Un cambio de paradigma

La posibilidad de hablar hoy de discapacidad en los términos que erige la Convención implica poner de relieve una ruptura en el imaginario colectivo sobre la temática, y el establecimiento de un nuevo paradigma de interpretación.

Desde los tiempos de la colonia ha primado un enfoque **médico-rehabilitador** a la hora de abordar a la discapacidad como temática y a las personas que la poseen. Esta visión consiste en una perspectiva asistencial que coloca como eje de análisis a la persona y a su patología, sea una **anomalía funcional, física, sensorial o intelectual** que afecte a un sujeto o a un colectivo (se define entonces esta característica como un parámetro que determina aquello que es normal y lo que no lo es). Se parte entonces de una visión médica de la discapacidad en torno a la cual se van desarrollando políticas destinadas a “rehabilitar” a las personas que presentan estas particularidades y a ayudarlas a superar las **limitaciones/desviaciones individuales** que su discapacidad supone, en la medida que pueda asimilarse con el resto de la población. Este asistencialismo hacia las personas con discapacidad implicó una necesidad de tutela, muchas veces innecesaria, privando a las personas de la capacidad de decidir sobre su propia situación. A su vez, dentro de esta perspectiva, la respuesta principal que parte del ámbito público está centrada en políticas de atención a la salud.

Por el contrario, el **Modelo social de la discapacidad** promovido por la CDPCD ubica el eje de análisis en la interacción. Se establece entonces que las barreras que deben afrontar las personas lejos de estar centradas en una deficiencia individual, se encuentran en

(3) Ver texto en Portal Oficial de Naciones Unidas, [en línea] <http://www.un.org/es/>

(4) Art. 1º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

(5) Decreto Presidencial N° 1375/11, disponible en: <http://www.infojus.gov.ar/>

el seno de una sociedad. Estas son creadas, construidas, toleradas, aceptadas y perpetuadas por ella, evitando proveer a la población de los servicios adecuados para que las personas con discapacidad se encuentren en igualdad de condiciones que los demás. Ya no se trata de individuos con desviaciones que deben ser rehabilitadas/normalizadas para formar parte del entramado social, sino de personas capaces de aportar a la sociedad en igual medida que el resto de la población, siempre que esta se construya sobre los valores del respeto y de la inclusión.

Sin embargo, como explica Patricia Brogna,⁽⁶⁾ cada “nuevo paradigma” no suplanta inequívocamente al anterior, sino que participa de un juego de pujas y disputas en el que diferentes sectores de la sociedad tratan de imponer su manera particular de representar un aspecto de lo social: en este caso la discapacidad. El paradigma actual, basado en nociones de derechos, ciudadanía e inclusión social es una mirada que viene a sumarse a otras visiones que están activas en el campo: visiones de caridad, de represión, la visión médica reparadora o asistencialista. Nuestra responsabilidad como miembros de la función pública es impulsar dentro de este escenario donde confluyen nuevas y viejas miradas, aquella que esgrime la inclusión, la igualdad y la dignidad humana.

Es importante agregar que la población de personas con discapacidad es un grupo internamente heterogéneo y requiere por lo tanto de “lógicas de acción, prioridades y particularidades que permean no solo el accionar de la sociedad civil, sino también el de los organismos del Estado que se vinculan con mayor nivel de inmediatez con esos sectores del colectivo general y que, en consecuencia, generan una sumatoria de respuestas de políticas también parciales y heterogéneas”.⁽⁷⁾ Precisamente por esa razón el equipo de ADAJUS⁽⁸⁾ cuenta con referentes y especialistas capacitados para abarcar esta complejidad y evitar que las diferencias internas actúen en detrimento de las adecuaciones propuestas para desarticular las barreras que encuentran las personas con discapacidad en su interacción con la administración de justicia.

Estas barreras pueden verificarse en:

- *El escaso acceso a la información que las personas con discapacidad tienen respecto de sus propios derechos, y el modo de ejercerlos.*
- *El desconocimiento que prevalece sobre las adecuaciones en los procedimientos que involucran a personas con discapacidad en situación de encierro.*
- *El modo inadecuado en que operadores judiciales o fuerzas de seguridad interactúan en los procesos en los cuales intervienen personas con discapacidad, menoscabando, en algunas ocasiones, el ejercicio pleno de sus derechos.*
- *Desinformación y prejuicio de los profesionales intervenientes en los procesos judiciales, incluyendo la etapa de investigación y otras etapas preliminares.*
- *Desconocimiento por parte de los actores judiciales de las normas vigentes en relación a la normativa que involucra a personas con discapacidad.*

(6) Brogna, Patricia, “Posición de discapacidad: los aportes de la Convención”, 2007, [en línea] bliblio. jurídica.unam.mx/libros/5/2468/11.pdf

(7) Acuña, Carlos; Bulit Goñi, Luis; Chudnovsky, Mariana y Repetto, Fabián, “Discapacidad: derechos y políticas públicas”, en Carlos Acuña y Luis, Bulit Goñi (comps.), *Políticas sobre la discapacidad en la Argentina*, Bs. As., Siglo Veintiuno Editores, 2010.

(8) Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia en la Secretaría de Justicia de la Nación.

2. Relevamiento de población con discapacidad dentro del Servicio Penitenciario Federal

La emergencia de políticas públicas orientadas a la población con discapacidad en situación de encierro se debe, por un lado, a la necesidad de cumplir con los compromisos internacionales que implica la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Por el otro, con lineamientos específicos del Gobierno nacional en materia de inclusión social y derechos humanos.

En el primer caso, la CDPCD establece que:

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. (Art. 13, CDPCD).

Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones que los demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los DDHH y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables. (Art. 14, punto 2, CDPCD).

Como se ha señalado anteriormente, el modelo social de la discapacidad no se encuentra todavía instalado en nuestra sociedad y, por lo tanto, las acciones destinadas a garantizar sus derechos en igualdad de condiciones se encuentran todavía en proceso. Por esa razón podemos deducir que las personas con discapacidad (PCD) afectadas por el sistema penal tienen altas probabilidades de encontrar innumerables barreras adicionales durante el cumplimiento de la pena, muchas de ellas como producto de la desinformación o la ausencia de apoyos técnicos que eleven su calidad de vida. De esta manera, la existencia de una discapacidad generaría un incremento ostensible en el impacto de la pena. Con el fin de dar respuestas concretas a esta problemática según indica la CDPCD, le han sido asignadas a ADAJUS las tareas de monitoreo de las condiciones de detención de la población penitenciaria con discapacidad y la elaboración de acciones de coordinación con los organismos y dependencias con responsabilidad primaria sobre la materia por un lado, y la capacitación del personal profesional y técnico del servicio penitenciario a fin de prestar una mejor asistencia a las personas con discapacidad.⁽⁹⁾

El trabajo estadístico y las características de los datos obtenidos están siempre supeditados a los criterios del diseño de investigación: el establecimiento de un marco teórico adecuado, las estrategias metodológicas y las definiciones conceptuales de todos sus componentes. La necesidad de contar con información fiable y acorde a los criterios establecidos por la Convención, ha impuesto la tarea de realizar un estudio previo que nos permita contar con un diagnóstico certero y objetivo de ese grupo social, y poder así realizar el monitoreo y colaborar con el planeamiento de las medidas correspondientes.

El diseño e implementación del “Relevamiento de población con discapacidad dentro del Servicio Penitenciario Federal”⁽¹⁰⁾ ha sido el primer dispositivo creado para fortalecer los

(9) Ver Anexo del decreto presidencial 1375/11, puntos f) y g).

(10) Por medio de la resolución SPF 596/abril/2012, el Director Nacional del Servicio Penitenciario Federal Dr. Víctor Hortel (...) resuelve la autorización del ingreso de agentes del Programa ADAJUS para la obtención, a través de las gestiones necesarias, ingresar a los complejos y Unidades para la obtención de datos relevantes en materia de personas con discapacidad”.

derechos de las personas con discapacidad privadas de su libertad en articulación con los organismos pertenecientes del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de competencia sobre la temática.

El principal objetivo de esta tarea es evitar que la discapacidad actúe como un agravante de la pena, afectando especialmente la integridad física o psicológica de aquellas PCD alojadas en establecimientos penitenciarios.

A su vez el estudio pretende:

- *Identificar la cantidad de Personas con Discapacidad alojadas en las unidades del Sistema Penitenciario Federal.*
- *Conocer el estado origen y estado presente de la discapacidad (adecuación de medidas en función de las necesidades de cada persona).*
- *Constatar la cantidad de Personas con Discapacidad que carece de certificado.*
- *Identificar las barreras que surgen para las personas con discapacidad dentro de los establecimientos penitenciarios, y colaborar en la definición de los ajustes razonables necesarios para garantizar su igualdad, en conformidad con la CDPCD.*
- *Contribuir con la base estadística del SPF en materia de Discapacidad.*

Según la Convención, “[l]as personas con discapacidad incluyen aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones que los demás.” Sin embargo, señala que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre los individuos con deficiencias y las barreras sociales que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás. Por lo tanto, tal como señala Luis Fara, debemos realizar una revisión constante de las categorías y de las estrategias de indagación que se requieren, demandando a quienes investigamos sobre la materia, una capacidad de adaptación a las coyunturas y necesidades de cada momento⁽¹¹⁾ para la generación de información estadística válida.

Con el fin de garantizar la solidez de los resultados se ha diseñado una **encuesta estandarizada**, es decir un cuestionario en el que la formulación y el orden de las preguntas están determinados por el investigador, garantizando la integridad y la comparabilidad de las respuestas, así como también la cuantificabilidad de sus resultados. Esta encuesta estuvo a cargo de un equipo interdisciplinario de ADAJUS, en consonancia con los principios consagrados en la CDPCD, considerando los criterios de la Clasificación Internacional de Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) adaptables a las particularidades de nuestra población y dentro del marco de nuestra sociedad actual. A su vez, hemos contado con la colaboración de profesionales del “Programa Interministerial de Salud Mental Argentino” (PRISMA) para la detección de dificultades mentales. Asimismo se ha utilizado la batería de preguntas propuesta por el Grupo de Washington (GW) para el censo 2010.⁽¹²⁾

(11) Fara, Luis, “La población con discapacidad menor de 50 años en la Argentina: una mirada desde la estadística”, en Carlos Acuña y Luis, Bulit Goñi, *op. cit.*

(12) El Grupo de Washington para la Medición de Discapacidad fue promovido por las Naciones Unidas dentro del marco de proyectos internacionales que tienen como objetivo el desarrollo de cuestionarios de discapacidad, basados en la CIF, para su uso en países de todo el mundo.

Cuadro 1.

¿Tiene alguna dificultad o limitación para...	1. ver, aun usando anteojos?
	2. oír, aun usando audífono?
	3. caminar o subir escaleras?
	4. recordar o concentrarse?
	5. realizar tareas de cuidado personal como bañarse o vestirse?
	6. comunicarse, entender o ser entendido por los demás?

Preguntas incluidas en propuesta del Grupo de Washington para el censo 2010.

A fin de manejarnos con datos más confiables y estandarizados hemos modificado de la propuesta original la estructura de respuesta en gradaciones, por encontrarlas demasiado ligadas a percepciones individuales sobre los matices de las dificultades, especialmente considerando las características que adquiere la población penitenciaria.

Cuadro 2.

Respuestas Propuestas	1. No, ninguna dificultad
	2. Sí, alguna dificultad
	3. Sí, mucha dificultad
	4. No puede hacerlo del todo

Estructura de respuesta propuesta por el Grupo de Washington para el Censo 2010

Para que esta decisión metodológica no actúe en detrimento de la complejidad y riqueza del estudio, hemos incluido indicadores específicos que den cuenta de los matices en las dificultades declaradas por el encuestado, y las barreras que encuentra en su desempeño cotidiano.

Por otro lado, suele suceder que el entrevistado no comprende totalmente las preguntas o que magnifique ostensiblemente una dificultad. Es por eso que en los apartados que buscan detectar discapacidad visual y auditiva hemos sumado dos preguntas de validación en cada caso que, a pesar de ser repetitivas, permiten corroborar que lo que manifiesta el encuestado pueda implicar una discapacidad.

Gráfico 1. Detección de Discapacidad Visual

22. ¿Tiene alguna dificultad o limitación para ver, incluso usando lentes?

1. si

2. no → Pasar a la pregunta 30

23. ¿Considera que el uso de anteojos podría resolver su problema?

1. si

2. no

24. ¿Tiene dificultades para ver a las personas con las que interactúa o el espacio en el que se mueve?

1. si

2. no

Aclaración para el encuestador

Preguntas de Validación (23 y 24)

En caso de manifestar dificultades para ver, es necesario realizar estas preguntas. Al fin de corroborar que las dificultades realmente impliquen una potencial discapacidad.

Preguntas de validación/detección de discapacidad visual. Encuesta perteneciente al Relevamiento de población penitenciaria con discapacidad dentro del Servicio Penitenciario Federal. ADAJUS. Secretaría de Justicia. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

La encuesta diseñada es aplicable a todas las personas alojadas en los establecimientos pertenecientes al Servicio Penitenciario Federal, independientemente de su situación procesal y de su género. Esta herramienta fue configurada para medir de modo independiente las dificultades y las barreras que encuentra una persona con discapacidad privada de su libertad. Se han tenido en consideración: la accesibilidad o posibilidad de moverse dentro del penal, la participación en las actividades (sean educativas, culturales, recreativas o laborales), comunicación con sus compañeros (entendiendo la importancia de mecanismos de accesibilidad para personas con discapacidades sensoriales), atención médica pertinente, rehabilitación etc.

En primer lugar, se busca conocer la cantidad de personas con discapacidad alojadas en los establecimientos penitenciarios. Sabemos que en la actualidad permanece una desinformación considerable en lo que respecta a esta temática, obstaculizando que muchas personas tengan conocimiento sobre su propia condición y sus derechos. Es por eso que se indaga de manera indirecta sobre dificultades concretas que sirvan en su conjunto como indicadores de una potencial discapacidad. Todas las personas que presenten estas características serán evaluadas por una junta interdisciplinaria para su correcta certificación. Para garantizar la veracidad de la información a relevar, se ha sugerido a los encargados de aplicar la encuesta en cada establecimiento evitar informar a las personas privadas de libertad los propósitos del estudio y los beneficios que podrían obtener del mismo.

El esquema del *Relevamiento de población con discapacidad dentro del Servicio Penitenciario Federal* fue resultado de un acuerdo entre ADAJUS y el Director del SPF, Dr. Víctor Hortel, junto con su equipo de trabajo. Según lo acordado, se implementará paulatinamente en todos los penales federales del país capacitando a los agentes de salud, área social, evaluadores pertenecientes penitenciarios etc., a fin de que sean ellos quienes apliquen la encuesta a todos los internos alojados en la unidad hasta la fecha. Para llevar a cabo el monitoreo y seguimiento de casos que nos han sido asignados, y a fin de garantizar que la base de datos esté continuamente actualizada, se incluirá esta encuesta en el protocolo de ingreso de todos los internos que arriben en la unidad terminado el trabajo de campo. Esta será una tarea permanente que llevará a cabo el personal penitenciario en coincidencia con la entrevista de evaluación.

3. Estructura del cuestionario

El cuestionario diseñado por ADAJUS comprende cuatro dimensiones:

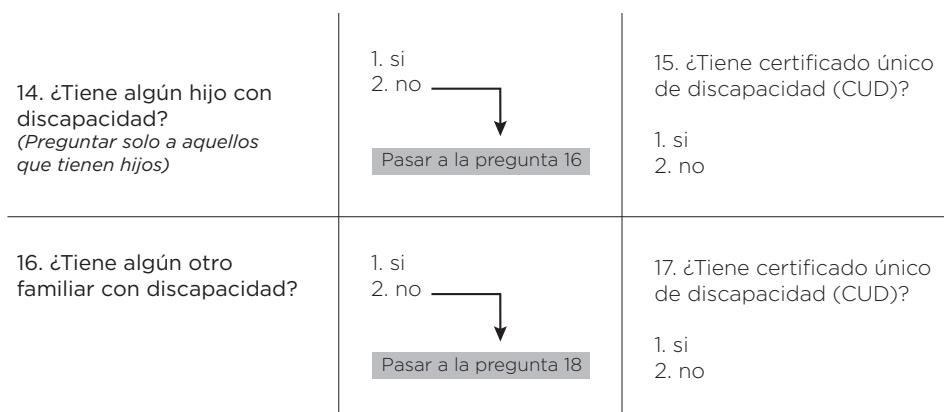
- 1) *Información sociodemográfica*
- 2) *Detección de dificultades o limitaciones*
- 3) *Inclusión social y participación*
- 4) *Monitoreo de población con discapacidad*

3.1. Información sociodemográfica

Este apartado contiene los datos personales del entrevistado y los datos demográficos que, analizados en conjunto, permitirán caracterizar a la población penitenciaria en primera instancia, y dentro del mismo, las particularidades del grupo conformado por personas con discapacidad. Estas preguntas brindan información de contexto sobre los datos obtenidos (sexo, edad, nacionalidad, nivel educativo, situación familiar, situación procesal etc.), enriqueciendo el análisis y la confección de políticas públicas específicas y acordes con este colectivo. Estos datos no solo son fundamentales en cualquier investigación estadística, sino que permiten aumentar la sensibilidad del estudio.

Teniendo en cuenta la importancia de articular con los distintos organismos estatales, (como la Dirección Nacional de Readaptación Social), hemos incorporado dos preguntas que otorgarán información para futuras acciones de prevención y asistencia orientadas al entorno familiar del interno:

Gráfico 2.



Encuesta perteneciente al Relevamiento de población penitenciaria con discapacidad dentro del Servicio Penitenciario Federal. ADAJUS. Secretaría de Justicia. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

3.2. Detección de dificultades o limitaciones

Se pretende indagar en la existencia de limitaciones que sean de relevancia para la detección de personas con discapacidad. Debido a la heterogeneidad del grupo en función de los distintos tipos de discapacidad existentes, el cuestionario se ha estructurado por dificultad en los siguientes grupos:

- **Motoras** (*ausencia de algún miembro —brazos, dedos, piernas etc.—, imposibilidad o limitación para ejecutar movimientos con alguna de sus extremidades, caminar o subir escalones, tomar o manipular objetos con las manos etc.*).
- **Visuales** (*dificultades para ver aun utilizando lentes, inconvenientes para ver a las personas con las que interactúa o el espacio en el que se mueve, baja visión*).
- **Auditivas** (*limitación para oír, aun usando audífono, necesidad de recurrir a la lectura labial para comunicarse, inconvenientes para entender lo que otros dicen o hacerse entender por los demás, etc.*).
- **Viscerales** (*diabetes o alguna afección grave en el hígado, riñón, páncreas, corazón o pulmón, que provoque dificultades o limitaciones en la vida cotidiana; trasplantes o cirugías de alta complejidad*).

Neurológicas, mentales o intelectuales (*tratamiento con medicamentos psiquiátricos, presencia de convulsiones, movimientos físicos involuntarios, intentos de suicidio antes de ingresar en el penal, dificultades severas en la comunicación, inconvenientes para recordar hechos recientes, etc.*).

Este grupo fue el que presentó mayor complejidad a la hora de establecer los principales indicadores que deben ser tenidos en cuenta para detectar personas con discapacidades mentales. Entre ellos encontramos los siguientes:

Cuadro 3.

¿A lo largo de su vida usted ha...	SÍ	NO
46. estado, o está actualmente, en tratamiento con medicamentos psiquiátricos?	1.	2.
47. escuchando voces, risas o murmullos, o cualquier sonido que las demás personas no escuchan?	1.	2.
48. visto cosas, sombras personas o figuras que el resto de las personas no pueden ver?	1.	2.
49. tenido la impresión de que alguien estaba leyendo su mente, podía escuchar sus pensamientos; o que usted podía leer o escuchar lo que otras personas piensan?	1.	2.
50. sentido en el cuerpo que lo tocan, o posee la sensación bajo la piel que algo se mueve?	1.	2.
51. intentado suicidarse antes de su detención?	1.	2.

Encuesta perteneciente al Relevamiento de población penitenciaria con discapacidad dentro del Servicio Penitenciario Federal. ADAJUS. Secretaría de Justicia. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

3.3. Inclusión social y participación

En consonancia con la Convención, uno de los factores que debemos analizar en este relevamiento tiene que ver con la posibilidad de que las personas con discapacidad alojadas

en situación de encierro no se encuentren en igualdad de condiciones que el resto de la población. Entre las preguntas que conforman este apartado encontramos aquellas que rastrean la participación que las personas tienen efectivamente en las actividades que se desarrollan dentro del penal, sean educativas, laborales, culturales o recreativas. De esta forma buscamos diagnosticar la situación para evaluar cuáles son los ajustes razonables⁽¹³⁾ que pueden diseñarse para que la existencia de una discapacidad no genere una marginación o exclusión del resto de la comunidad.

A su vez se busca relevar la cantidad de personas que requieren apoyos técnicos (prótesis, bastón, muleta, audífono, implante, etc.), o que reciben algún tratamiento médico, psiquiátrico o de rehabilitación; y si es así, ver la periodicidad y características del mismo.

Gráfico 3.

61. ¿Recibe algún tratamiento médico, psiquiátrico o de rehabilitación?

1. sí

2. no → **Pasar a la pregunta 65**

Preguntar sólo a quienes respondieron afirmativamente en la pregunta anterior

62. ¿Qué tipo de tratamiento recibe?

63. ¿Qué periodicidad tiene?

1. Diaria
2. De una a tres veces por semana
3. Semanal
4. Mensual
5. Otra

64. ¿Dónde lo recibe?

1. En la unidad penitenciaria donde está alojado
2. En un establecimiento perteneciente al SPF
3. Otro

Cuál? _____

Cuál? _____

Encuesta perteneciente al Relevamiento de población penitenciaria con discapacidad dentro del Servicio Penitenciario Federal. ADAJUS. Secretaría de Justicia. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

3.4. Monitoreo de población con discapacidad

Como fue explicado anteriormente, muchas personas desconocen su propia discapacidad (y por lo tanto los derechos que les corresponden). Poder cuantificar esta característica es de gran ayuda para la confección de futuras campañas de información dentro y fuera de estos establecimientos.

(13) Por "ajustes razonables" se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Este apartado es exclusivo para quienes afirmen poseer una discapacidad (de lo contrario, concluye la entrevista). Aquí van a indagarse el tipo de discapacidad, la tenencia de Certificado Único de Discapacidad (CUD), si ha percibido antes de ingresar en la unidad una pensión, conocer si identifica desventajas respecto de sus compañeros por poseer una discapacidad y, finalmente, si requiere ayuda para realizar las actividades cotidianas (desplazarse, comer, vestirse, ir al baño, aseo personal, etc.).

Gráfico 4.

72. ¿Considera que tener una discapacidad le ha generado desventajas respecto de sus compañeros?

1. sí
2. no → Pasar a la pregunta 74

Preguntar sólo a quienes respondieron afirmativamente en la pregunta anterior

73. ¿En qué aspectos?

1. Accesibilidad /Posibilidad de moverse dentro del penal
2. Atención médica pertinente
3. Comunicación con sus compañeros
4. Participación en distintas actividades
5. Otra

Cuál?

Encuesta perteneciente al Relevamiento de población penitenciaria con discapacidad dentro del Servicio Penitenciario Federal. ADAJUS. Secretaría de Justicia. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

4. Comentarios finales

El *Relevamiento de población con discapacidad dentro del Servicio Penitenciario Federal* ha sido implementado en el Complejo Penitenciario Federal I (Ezeiza, Provincia de Buenos Aires), el Complejo Penitenciario Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Villa Devoto) y en el Complejo Penitenciario Federal III (Salta).

Hoy es una herramienta que forma parte de la primera etapa de trabajo, y que nos permitirá diagnosticar certeramente la situación que atraviesan las personas con discapacidad privadas de su libertad. De este modo se adecuarán las políticas públicas necesarias en conformidad con los derechos humanos, la integridad física y psicológica de las personas con discapacidad y la igualdad de oportunidades. Claro que esto solamente pudo ser posible con la existencia de un Estado presente y articulado, la recuperación del rol de la política como ámbito por excelencia para la promoción de derechos y el compromiso de actuar en todos los rincones vulnerables de la sociedad, atravesando los muros de los establecimientos penitenciarios.