



REDI

Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad.
Dirección: Av. Cabildo 2720, Pisos 5 y 6, Dpto. "D", Buenos Aires, Argentina
Teléfono: 4981-1428 - Celular: (011) 56670788
www.redi.org.ar / info@redi.org.ar

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 15 de diciembre de 2015

HONORABLE MAGISTRADO
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
E. S. D.

Asunto: Intervención ciudadana de la Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI) de Argentina en el proceso de la referencia.

Ref.: Expediente D-11097
Acción pública de inconstitucionalidad. Ley 1412 de 2010, artículo 6° (parcial)
Accionante: **ANDREA PARRA, otros y otras.**

Respetado Magistrado:

Yo, Verónica González, en calidad de Presidenta de la Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI) de Argentina identificada como aparece al pie de mi firma, presento concepto técnico en el proceso de la referencia.

1. Objeto

Vengo a presentar argumentos que cuestionan la constitucionalidad del artículo 6° de la Ley 1412 de 2010 de Colombia. En primer lugar cabe aclarar que los mismos se basan principalmente en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (de aquí en

más: CDPD), tratado de derechos humanos que integra el bloque de constitucionalidad colombiano en virtud del artículo 93 de dicha norma.

2. Presentación de REDI

REDI es una organización de personas con discapacidad y sus familias cuyo principal objetivo es incidir por los derechos de nuestro colectivo bajo el modelo social.

REDI surge en el año 1998 de la convergencia de diferentes organizaciones de personas con discapacidad y sus familiares y aliados/as que bregaban por su inclusión como sujetos plenos de derecho poniendo el eje en el derecho al trabajo y en la accesibilidad.

Sosteniendo un activo protagonismo, las propias personas con discapacidad fueron y son quienes conducen REDI, postulando así principios que una década más tarde se incorporarían en la letra de la CDPD.

En años recientes, REDI ha dado un salto cualitativo, consolidando alianzas estratégicas con organizaciones locales e internacionales. Su activa participación en la redacción de la CDPD y su consecuente actuación en favor de los derechos allí plasmados, la ubica como referente clave en la temática ante organismos de gobierno, de derechos humanos, de personas con discapacidad, y de organizaciones de la Sociedad Civil que se van sumando en la lucha por la inclusión plena y significativa.

REDI forma parte de la Red Iberoamericana de Expertos/as en la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad (RedCDPD), de la Alianza Internacional sobre Discapacidad (IDA) y de *Global Partnership for Disability and Development* (GPDD).

3. Introducción

La Ley 1412 de 2010 de Colombia, en su artículo 6° desconoce la autonomía de las personas con discapacidad mental o psicosocial, sustituyendo su voluntad por la de un representante legal a quien autoriza para suscribir la solicitud y consentimiento de esterilización, previa autorización judicial.

De este modo, en ostensible violación a la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante: CADH) y a la CDPCD, la persona con discapacidad se ve privada de su autonomía, y se adopta una decisión judicial (autorización) sobre sus derechos sin que ella hubiera ejercido el derecho fundamental de audiencia.

Pensemos en la similitud del presente caso con los sistemas jurídicos de los regímenes inquisitivos o absolutistas en los que el estado, bajo el argumento de actuar en protección de los ciudadanos/as –individual o colectivamente considerados/as-, se encontraba facultado para tomar decisiones irreversibles sobre derechos personalísimos, sin respetar el derecho de audiencia, de rancia estirpe constitucional. El derecho a ser oídos hace a la legalidad de los procesos judiciales y administrativos en los estados de derecho; su inobservancia es causal de nulidad.

Más grave resulta la creencia, arraigada durante siglos, de que las personas con discapacidad mental se consideraran incapaces absolutas de ejercer sus derechos, o que todas ellas forman un universo homogéneo en cuanto a la imposibilidad de tomar decisiones válidas, y por esa razón considerar que el proceso de autorización judicial respeta los derechos humanos de la mujer u hombre con discapacidad mental, al permitir que su representante legal la desplace en su actuación. Un aserto de este tenor, con pretensiones de justificar la sustitución de la persona con discapacidad mental, configura una violación flagrante al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la autonomía reconocidos en de la CDPCD.

A continuación veremos solo algunos de los derechos contenidos en la CDPD que esta ley vulnera, con la seguridad de que VV.SS. acogerán favorablemente el pedido de la parte actora

4. Derechos vulnerados

a. Discriminación por motivos de discapacidad

El art. 6° dice: “**Discapacitados Mentales.** Cuando se trate de discapacitados mentales, la solicitud y el consentimiento serán suscritos por el respectivo representante legal, previa autorización judicial.”

“**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;**”

En este caso, la norma impugnada excluye discriminatoriamente a hombres y mujeres con discapacidad mental del derecho a tomar decisiones sobre su propio cuerpo, debidamente informadas, y del derecho de audiencia en un proceso judicial que resolverá sobre sus derechos reproductivos. La exclusión se da por la vía de la sustitución y parte de una concepción discriminatoria basada en un modelo médico, asentado sobre un estereotipo que es fruto de una construcción social irrespetuosa de la dignidad humana. En la norma cuestionada, el representante legal puede decidir, sin consultar a la persona que se someterá a la práctica, sobre su vocación parental, que es parte integrante de su proyecto de vida. Y más grave aún, el juez puede decidir otorgar la autorización para una decisión sobre el cuerpo y la función reproductiva, sin escuchar en ese proceso a la persona que se someterá a la práctica y convivirá irreversiblemente con las consecuencias que ella produce.

La ley se aparta del mandato convencional al no prever que la persona con discapacidad sea escuchada, en el marco de un sistema de apoyo para la toma de decisiones, con las debidas salvaguardas para el supuesto eventual de conflicto de intereses. La ley presume la falta de capacidad de ejercicio – perpetuando así el estigma resultante de la concepción médica- y la exhibe como la única solución posible en el heterogéneo contexto de la discapacidad mental. Como si fuera una sencilla relación de causalidad, comprobada la discapacidad mental, no existe posibilidad alguna de ejercer la capacidad jurídica. Hay entonces un trato desigual dispensado a las personas con y sin discapacidad mental, ya que las primeras pueden tomar sus decisiones debidamente informadas sin intervención judicial y las segundas ni siquiera reciben esa información, mucho menos pueden tomar una decisión vinculante. Se judicializa innecesariamente la toma de la decisión, que podría darse con un consentimiento informado libre, con los debidos apoyos y salvaguardas, que en el resto de los aspectos sea prestado en igualdad de condiciones a las personas sin discapacidad mental.

El Comité de la O.N.U. encargado de la interpretación y aplicación de la CDPCD, en su Observación General Nro. 1:

*“En la mayoría de los informes de los Estados partes que el Comité ha examinado hasta la fecha **se mezclan los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica**, de modo que, cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial, **se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta**. Esto se decide simplemente en función del **diagnóstico de una deficiencia (criterio basado en la condición)**, o cuando la persona adopta una decisión que tiene consecuencias que se consideran negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional). El criterio funcional supone evaluar la capacidad mental y denegar la capacidad jurídica si la evaluación lo justifica. A menudo se basa en si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente. Este criterio es incorrecto por dos motivos principales: a) porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque*

*presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley. **En todos esos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley. El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio.***"¹

El párrafo es claro en determinar que todo criterio basado en la condición -en este caso, en la discapacidad mental diagnosticada- para impedir el ejercicio de la capacidad jurídica -como en este caso: brindar consentimiento- está tajantemente prohibido por la Convención.

b. Capacidad Jurídica

El trato desigual y discriminatorio del art. 6° cuya invalidez constitucional sostenemos, implica la falta de reconocimiento de la capacidad jurídica de las mujeres con discapacidad mental. Resulta así violatorio del art 12 de la CDPCD^o, que establece que a ninguna persona se la puede privar tanto de la titularidad como del ejercicio de todos los derechos, en igualdad de condiciones con las demás personas. En caso de ser requerido y necesario, la persona podrá solicitarle al Estado los apoyos y salvaguardias que le permitan ejercer este derecho, siendo ésta la única respuesta estatal autorizada (y no la exclusión del ejercicio).

La ley acusada, al sustituir la decisión de la persona con discapacidad por la de su representante legal arrasa con su autodeterminación, y con ello con su dignidad inherente.

Volvemos a la Observación N°1 del Comité, que dice: “En el artículo 12, párrafo 3, se reconoce que los Estados partes tienen la obligación

¹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la O.N.U. Observación general N° 1 sobre Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley del 19 de mayo de 2014. Documento O.N.U. CRPD /C/GC/1.

de proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que sea preciso para el ejercicio de su capacidad jurídica. Los Estados partes no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos. 17. El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas. En el artículo 12, párrafo 3, no se especifica cómo debe ser el apoyo. "Apoyo" es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad —por ejemplo, la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en la lengua de señas—, a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias. Para muchas personas con discapacidad, la posibilidad de planificar anticipadamente es una forma importante de apoyo por la que pueden expresar su voluntad y sus preferencias, que deben respetarse si llegan a encontrarse en la imposibilidad de comunicar sus deseos a los demás. Todas las personas con discapacidad tienen el derecho de planificar anticipadamente, y se les debe dar la oportunidad de hacerlo en condiciones de igualdad con las demás. Los Estados partes pueden ofrecer diversas formas de mecanismos de planificación anticipada para tener en cuenta las distintas preferencias, pero

todas las opciones deben estar exentas de discriminación. Debe prestarse apoyo a la persona que así lo desee para llevar a cabo un proceso de planificación anticipada. El momento en que una directiva dada por anticipado entra en vigor (y deja de tener efecto) debe ser decidido por la persona e indicado en el texto de la directiva; no debe basarse en una evaluación de que la persona carece de capacidad mental”.

El carácter intransferible de los derechos humanos entra en pugna con este modelo que -en aras de la protección- designa un representante legal que desplaza a una persona en razón de su discapacidad: se sacrifica, de este modo, el carácter inalienable de su libertad, entendida ésta en el más amplio sentido de autonomía que la persona con discapacidad pueda tener en un estado social de derecho.

El art. 6° de la ley 1412 es manifiestamente contrario al art. 12 de la CDPD, al desentenderse de la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, y denegarle la capacidad jurídica allí donde debería tener acciones afirmativas promoviendo su autonomía, colaborando con el acceso a la información sobre una decisión de esta magnitud.

c. Derecho a la maternidad y paternidad

Entendemos que un artículo clave de la CDPD a considerar es el 23°, sobre respeto al hogar y a la familia. Veamos su contenido:

*“Los Estados Partes tomarán **medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad** y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:*

a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges;

b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre

reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos;

c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.

- 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; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.**

- Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias.

- 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.**

- Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar.”

En específica referencia a la norma que objetamos, podemos asegurar que ella no respeta el derecho de las personas con discapacidad mental a decidir libremente cuándo quieren tener hijos y cuántos hijos quieren

tener. Directamente ejecuta una decisión estatal bajo el argumento insostenible de la protección: la persona con discapacidad mental, en el caso de que su representante legal suscriba una solicitud de ligadura de conductos, no puede oponerse porque su voluntad ha sido subrogada legalmente a favor de aquel.

El rol del Estado en estos casos no ha de ser inquisitivo, no ha de consistir en una evaluación exhaustiva de la personalidad de un individuo y de todas las posibles conductas, capacidades e incapacidades que puede llegar a tener frente a los desafíos de la crianza, la maternidad y la paternidad (como si ello fuera posible) sino que deben establecerse, en el caso concreto y si existieran, los obstáculos sociales que encuentra cada persona –con independencia de si posee o no discapacidad- para ejercer con plenitud su parentalidad. A tal fin y según las normas citadas, se entiende que la persona con discapacidad debe contar con asistencia económica, y derechos económicos, sociales y culturales básicos tales como el acceso al trabajo, a la vivienda, a la salud y a la educación, entre otros.

Si cometemos el grave error de pensar que las personas con discapacidad no son sujetos de derechos, todas sus decisiones serán irrelevantes, todos sus bienes serán apropiables, todos sus hijos/as estarán por el solo hecho de nacer en dicho ámbito en condición automática de adoptabilidad, todos sus deseos serán soslayados, todas sus decisiones las tomarán otros/as y serán, por ende, involuntarias. El único destino sería entonces la dependencia, el aislamiento social, el encierro, el estigma, la absoluta falta de posibilidades. En definitiva, se estará convalidando una condición de sub-humanidad. Y hemos aprendido a lo largo de la historia las dramáticas consecuencias de no considerar al otro como un par en igualdad de condiciones y dignidad.

El ordenamiento jurídico interamericano otorga a los derechos de las personas con discapacidad una protección especial, y así lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los siguientes términos: "*Toda persona que se encuentre en una **situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial**, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para*

satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. **El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. En ese sentido, es obligación de los Estados, propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la Sociedad con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas, sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras"**²

Si la persona con discapacidad mental opta libremente por la parentalidad, el estado colombiano tiene el deber de abstenerse de obstaculizarlo y brindar los apoyos necesarios para el ejercicio de este derecho. La norma que acusamos de inconstitucionalidad, es regresiva en relación a la CDPCD: al subrogar al representante legal en la decisión de la persona con discapacidad, el sistema jurídico se erige en una barrera social en oposición al espíritu de la CDPCD, que en su concepción de la discapacidad bajo el modelo social, clama por la eliminación de estas barreras. El respeto de la autodeterminación de la persona con discapacidad como manifestación de su dignidad inherente, exige que el estado, en la elaboración de sus normas y en la implementación de sus políticas pública, no confunda la capacidad mental con la jurídica en la redacción de sus normas. Exige además, que el estado asuma un rol activo para erradicar esta confusión, en tanto, como hemos visto, lleva a la denegación de derechos humanos.

5. Comentarios finales

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, sentencia del 31 de agosto de 2012. El resaltado es nuestro y las citas internas fueron omitidas.

Hemos intentado brindar un sucinto panorama de las múltiples violaciones de derechos humanos que creemos que la ley examinada implica. La ley perpetúa una conducta normalizadora con graves efectos segregantes. La autonomía de la persona humana, como valor fundamental merecedor de la tutela estatal, no empalidece en el caso de la discapacidad mental, intelectual o psicosocial; el Derecho no puede ser una barrera social más, sino que por el contrario, debe asumir el rol de proteger esa autonomía, brindando los apoyos necesarios para que las personas con discapacidad puedan tomar sus decisiones, así como también prever salvaguardas, como dispositivos de control y protección efectiva.

Esperamos que VV.SS. puedan apreciar las diferencias entre la capacidad mental y la capacidad jurídica y adopte una decisión en la que confirme que tener una discapacidad mental no puede ser un criterio generalizado de privación del derecho a decidir el plan de vida.

Confiando en que la Corte, cómo órgano del estado colombiano, dará prevalencia al mandato convencional de respeto a la dignidad inherente y restablecerá el estado social de derecho en cuanto aquí se ha denunciado como vulnerado, saluda a Ud. muy atentamente.

Verónica González
Presidenta REDI