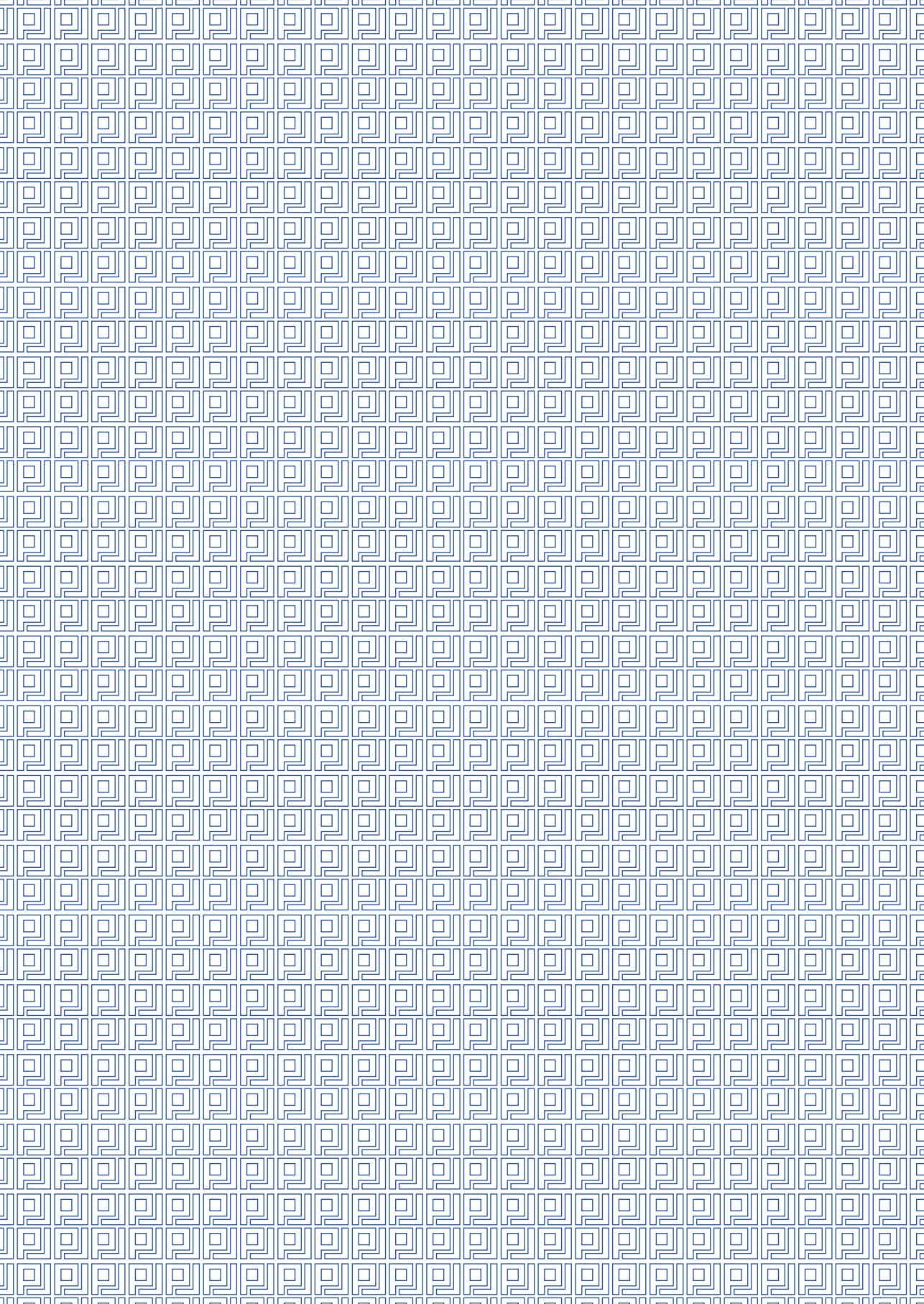
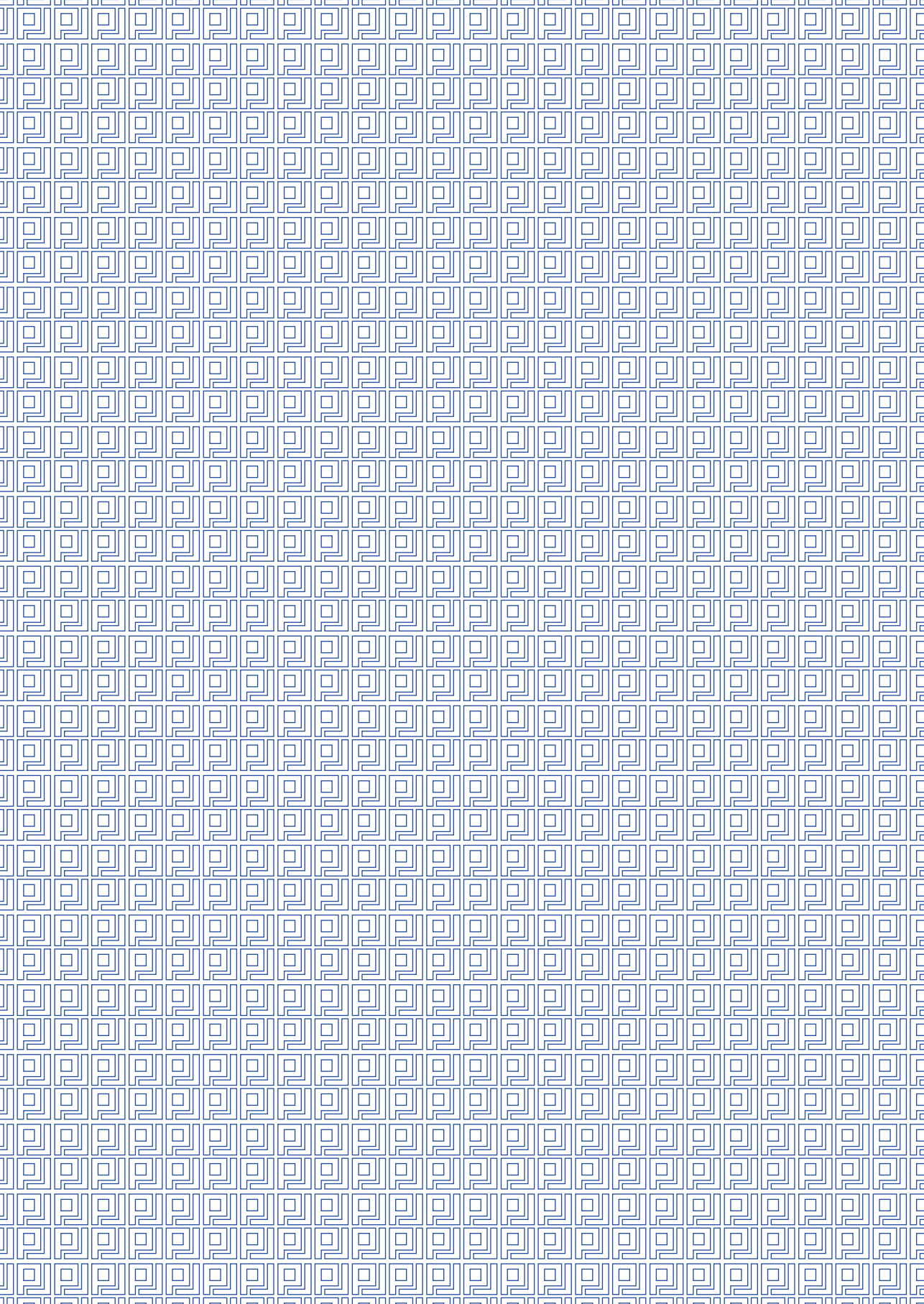
Reglas de Brasilia: justicia para reducir las desigualdades sociales

Janet Tello Gilardi
Carlos Calderón Puertas
(compiladores)

Poder Judicial del Perú
Fondo Editorial

Comisión Permanente
Acceso a la Justicia
de Personas en Condición de Vulnerabilidad
y Justicia en tu Comunidad





Reglas de Brasilia: justicia para reducir las desigualdades sociales

Reglas de Brasilia: justicia para reducir las desigualdades sociales

Janet Tello Gilardi
Carlos Calderón Puertas
(compiladores)

PODER JUDICIAL DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL

COMISIÓN PERMANENTE
Acceso a la Justicia
de Personas en Condición de Vulnerabilidad
y Justicia en tu Comunidad

Reglas de Brasilia: justicia para reducir las desigualdades sociales
Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas (compiladores).
1.ª ed. Lima: Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad/ Fondo Editorial del Poder Judicial, 2020.
312 pp., 17 x 24 cm

COMISIÓN PERMANENTE
Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad

Reglas de Brasilia: justicia para reducir las desigualdades sociales

Compiladores:
Janet Tello Gilardi
Carlos Calderón Puertas

Primera edición electrónica:
diciembre de 2020

Hecho el Depósito Legal
en la Biblioteca Nacional del Perú
n.º 2020-09473
ISBN: 978-612-4484-11-7

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin previa autorización escrita del editor.

Este libro se terminó de producir digitalmente en diciembre de 2020 en el Fondo Editorial del Poder Judicial.

© Poder Judicial del Perú
Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad

Comisión Permanente
Presidenta: Janet Tello Gilardi
Vicepresidente: Carlos Calderón Puertas
Integrantes: Elvira Álvarez Olazábal
Maruja Hermoza Castro
Sara Gaspar Pacheco
Coordinador de publicación:
William Homer Fernández Espinoza

© Poder Judicial del Perú
Fondo Editorial del Poder Judicial
Palacio Nacional de Justicia, 1.er piso, oficina 55
Av. Paseo de la República cuadra 2 s/n,
Lima, Perú
Teléfono: (511) 410-1010, anexo: 11260
fondoeditorial@pj.gob.pe

Fondo Editorial del Poder Judicial
Director: Francisco Távara Córdova
Coordinador: Helder Domínguez Haro
Editora responsable: Gladys Flores Heredia
Diseño y maquetación: Rodolfo Loyola Mejía
Correctoras de textos: Yuliana Padilla Elías
María Morales Isla
Asistente de edición: Silvia Ramos Romero

Índice

9 Presentación
Janet Tello Gilardi

13 Hacia el afianzamiento de un derecho fundamental: el acceso a la justicia y las Reglas de Brasilia
Joaquín Pablo Reca

39 Los deberes del Estado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las Reglas de Brasilia en la protección de la niñez y la adolescencia
María Fernanda Castro Mendoza

51 Proteger e integrar a los niños vulnerables a través de la música: la experiencia del Conservatorio del Valle de Juruá
Hugo Barbosa Torquato Ferreira e
Iverson Rodrigo Monteiro Cerqueira Bueno

63 La edad como factor de vulnerabilidad
Percy Milton Valencia Carrera

83 ¿Quién es vulnerable en la vejez? Aportes del enfoque social de la discapacidad para el acceso a la justicia de las personas mayores
Juan Camilo Rúa Serna

109 Las Reglas de Brasilia y el acceso a la justicia de las personas con discapacidad
Claudia Elizabeth Zalazar

127 El derecho procesal de las personas con discapacidad
Jorge Pariasca Martínez

143 La vigencia de la consulta oficiosa como medida procesal de acceso a la justicia para la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, a propósito de los procesos en los que la parte perdedora estuvo representada por un curador procesal
Álex Fernando Plácido Vilcachagua

175 Repensando la discapacidad desde el enfoque de derechos en el contexto actual: reflexiones sobre el acceso a derechos en condiciones de pobreza y vulnerabilidad de personas con discapacidad motriz
Verónica Celeste Roncoli

191 Adultocentrismo y discapacidad intelectual: recorte etnográfico al interior de un Centro de Día
Matías Bonavitta

205 La Ley n.º 1996 de 2019: el tránsito de Colombia al reconocimiento pleno de los derechos de la población con discapacidad
Federico Isaza Piedrahita y Alejandro León Marín

231 Análisis multivariante de las causas del aumento de la tasa de delincuencia en México
Adolfo Federico Herrera García, Ada Celsa Cabrera García y Beatriz Martínez Carreño

257 Vulnerables y proceso concursal
Miguel Alberto Piedecasas

303 Datos de los autores

Presentación

La Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial tiene como objetivo promover el efectivo acceso a la justicia y la defensa de los derechos fundamentales «de los más débiles», de acuerdo con los principios establecidos en la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (2002), antecedente de las Reglas de Brasilia (2008), elaboradas y aprobadas por la Cumbre Judicial Iberoamericana.

En el 2010, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial se adhirió a los referidos instrumentos de protección de derechos humanos. Desde entonces, inició una reforma institucional vanguardista e innovadora, debido a su proyección social, en comparación con otros países de la región. Este proceso se concretó en el 2011, cuando se creó el Programa Nacional Justicia en tu Comunidad, mediante el cual las juezas y los jueces, de forma voluntaria, impulsaron la cultura jurídica en los ciudadanos de lugares de escasos recursos económicos, zonas urbano marginales, rurales o de difícil comunicación y contacto con los servicios judiciales, a causa de su geografía accidentada.

Este programa nacional obtuvo sostenibilidad luego de superar la barrera presupuestal y logística de las ambiciosas pero necesarias actividades en beneficio de las poblaciones vulnerables, a través de múltiples estrategias y la planificación articulada con las Cortes Superiores de Justicia del Perú. Así, se logró un impacto favorable en el

Poder Judicial, las instituciones del Estado y la sociedad, que reconoció nuestros esfuerzos por prevenir los conflictos e incentivar una cultura de paz. Años después, dicho programa se consolidó en lo que ahora es la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad.

Por ello, fue indispensable que los representantes de las comisiones distritales del programa, pertenecientes a las Cortes Superiores de Justicia, se reunieran para formular y acordar la ejecución de actividades de actuación conjunta de manera anual. En ese sentido, en el 2012 se realizó el Primer Encuentro Nacional de Coordinadores y Responsables del Programa Justicia en tu Comunidad en la Corte Superior de Justicia de Lima. En el 2013, la segunda edición se desarrolló en la Corte Superior de Justicia de Piura.

Ahora bien, en el 2014 trascendimos las fronteras y participamos en un evento internacional, junto a los Poderes Judiciales de Brasil, Colombia y Ecuador. Además, asistimos a un tercer encuentro, efectuado en la Corte Superior de Justicia de Loreto.

En el 2015, en el Segundo Encuentro Internacional de Poderes Judiciales, se invitó a las autoridades de Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay y Uruguay. Asimismo, se llevó a cabo el Cuarto Encuentro Nacional de Presidentes de Cortes Superiores y Responsables del Programa Justicia en tu Comunidad en la Corte Superior de Justicia de Puno, donde se elaboró la propuesta de un plan nacional de duración quinquenal, bajo los parámetros de las Reglas de Brasilia.

Como resultado de ello, el 7 de abril de 2016, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial aprobó el Plan Nacional de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad 2016-2021, mediante la Resolución Administrativa n.º 090-2016-CE-PJ. Ese mismo año, la Corte Superior de Justicia de Huancavelica fue la sede del Tercer Encuentro Internacional de los Poderes Judiciales del Perú e Iberoamérica, en el cual participaron los integrantes de la Comisión de Seguimiento de las Reglas de Brasilia de la Cumbre Judicial Iberoamericana, con la finalidad de conocer de primera mano la labor de este Poder del Estado.

De otro lado, en el 2016 también se consolidó el Programa Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad, encargado del acompañamiento, el monitoreo y la evaluación del referido plan nacional, cuya estrategia y compromiso para su ejecución se estableció durante el Quinto Encuentro Nacional de Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia y Responsables del Programa Nacional, en Huancavelica.

Posteriormente, en el 2017, en la Corte Superior de Justicia de Cajamarca se ejecutó el Cuarto Encuentro Internacional de los Poderes Judiciales de Perú e Iberoamérica y el Sexto Encuentro Nacional de los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia y Responsables Distritales de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad. Cabe resaltar que en ese año se creó esta Comisión Permanente. Además, en el 2018 tuvieron lugar el Quinto Encuentro Internacional y el Séptimo Encuentro Nacional en la Corte Superior de Justicia de Lima.

En Pucallpa (Ucayali), los días 5, 6 y 7 de diciembre de 2019, se desarrolló el Sexto Encuentro Internacional de los Poderes Judiciales de Perú e Iberoamérica y el Octavo Encuentro Nacional de los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia y Responsables Distritales de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad. En esa edición, las reuniones nacionales e internacionales, ininterrumpidas desde su creación en 2012, se realizaron de manera presencial por última vez, debido a la crisis sanitaria de la COVID-19.

No obstante, en el 2020 innovamos y nos organizamos de forma virtual, a través del uso de las herramientas tecnológicas y plataformas digitales, para llevar a cabo el Séptimo Encuentro Internacional de los Poderes Judiciales de Perú e Iberoamérica y el Noveno Encuentro Nacional de los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia y Responsables Distritales de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad, en coordinación con la Corte Superior de Justicia de Junín, a fin de continuar con la labor comprometida de miles de juezas y jueces. El trabajo del Poder Judicial no se ha paralizado por la pandemia; por el contrario,

nos hemos adaptado a este nuevo contexto, especialmente para efectivizar el acceso a la justicia de los grupos vulnerables, garantizar sus derechos humanos y promover la superación de las desigualdades sociales, económicas, culturales, entre otras barreras existentes.

Por tal motivo, este repaso de los antecedentes de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia y la articulación nacional e internacional, que desarrollamos desde hace más de una década, permite al lector enfocarse en la importancia de nuestro trabajo en la implementación de las 100 Reglas de Brasilia, particularmente en la adhesión a la actualización de este instrumento vinculante a la institución judicial, a través de la Resolución Administrativa n.º 198-2020-CE-PJ, del 30 de julio de 2020.

Este libro forma parte de la colección Derecho y Acceso a la Justicia, editada por el Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, y reúne investigaciones cuyo eje temático es la defensa de los derechos humanos de los grupos vulnerables conformados por las niñas, los niños, los adolescentes, los adultos mayores y las personas con discapacidad.

Finalmente, saludo afectuosamente y agradezco a quienes contribuyeron en la presente publicación, sobre todo a los autores, profesionales de reconocida trayectoria en el ámbito académico y judicial, que en sus ensayos nos comparten sus experiencias para fortalecer el compromiso personal e institucional que promueve la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia.

Lima, diciembre de 2020

Janet Tello Gilardi
Jueza suprema titular
Presidenta de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad
Poder Judicial del Perú

Hacia el afianzamiento de un derecho fundamental: el acceso a la justicia y las Reglas de Brasilia

Joaquín Pablo Reca
Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Argentina
joaquinreca_d@hotmail.es

1. Introducción

Como sabemos, el paradigma de los derechos humanos que impregna nuestro orden jurídico es —inevitablemente— complejo al intentar hilvanar el sinnúmero de principios y preceptos en un campo tan heterogéneo y de permanente evolución. En este sentido, cualquier propuesta —planteada o esbozada— presenta una sombra de insatisfacción, pues no podemos desconocer la dificultad de abarcar —topográficamente— una materia, cuya constante y vital dinámica rediseña los niveles de su estudio y demanda.

A partir de esta preocupación, nos aproximaremos a algunas ideas sobre la significación y el valor de las Reglas Brasilia, particularmente en el acceso a la justicia. Con esta finalidad, colegimos necesario abordar lo acontecido en nuestra región; además, considerar al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, en especial, los roles de la Comisión de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como protagonistas ineludibles.

Bajo esa premisa, analizamos la recepción de las Reglas de Brasilia en nuestro país (Argentina) como un testimonio que recrea la fecundidad de las mismas en el territorio. Por ello, nos parece relevante la descentralización del fuero contencioso administrativo en la provincia de Buenos Aires, ya que genera competencias que, sin

lugar a duda, amplían las expectativas jurisdiccionales; asimismo, constituye —paralelamente— un antecedente de gran importancia en la materia de estudio.

Sin perjuicio de los fundamentos y testimonios que inspiran este trabajo, advertimos como un dato inevitable el de acentuar el papel formativo y social de los(as) agentes y funcionarios(as) de justicia que, en última instancia, son quienes efectivizan la filosofía que impregna el profundo espectro de los derechos humanos, pues permite, de algún modo, que «solo el mar»[1] separe a los mismos derechos fundamentales[2].

2. Preludio a las Reglas de Brasilia: una necesaria alusión

La realidad —con cierta asiduidad— nos sitúa en lugares que producen cierto distanciamiento respecto de aquellas herramientas sociales de «acceso a la justicia»[3], las cuales son los medios indispensables para

1 «Solo el mar nos separa» conforman unas palabras de despedida del jurista y poeta argentino Ricardo Pablo Reca a su amigo y colega español Luis Ortega que, entre sus logros personales y académicos, se supo desempeñar como magistrado en el Tribunal Constitucional de España (2011-2015). Véase Reca (2015).

2 Respecto a este punto, advertimos la aclaración de referirnos —como en reiterados artículos indistintamente a los derechos humanos como derechos fundamentales— a una de las cuatro tesis propuestas por el jurista italiano Luigi Ferrajoli (2001). Esto es, los derechos fundamentales desde la óptica «supranacional», léase naturaleza, de gran parte de estos, pues, en efecto, muchas de las constituciones confieren esta clase de derechos con independencia de la «ciudadanía». Particularmente, luego de su formulación en convenciones internacionales; por ejemplo, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969), art. 25, inc. 1, establece los «derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención». Estas son recibidas en las constituciones estatales o en todo caso suscritas por los Estados. Sin embargo, no deben tergiversarse en el sentido de desconocer valiosos aportes doctrinarios sobre la cuestión con otro punto de vista, como es —entre otros— la del doctor mexicano Miguel Carbonell. Apélese para ahondar sobre el tema a su trabajo de investigación «Derechos humanos en la Constitución mexicana».

3 Compartiendo la mirada de las abogadas argentinas Haydeé Birgin y Natalia Gherardi (2008) en su trabajo «El acceso a la justicia como un derecho humano fundamental: retos y oportunidades para mejorar el ejercicio de los derechos de las mujeres», consideramos el acceso a la justicia como un derecho

hacer cumplir nuestros derechos más fundamentales, particularmente en los niveles económico, social y cultural[4], como es, por ejemplo, el derecho a la salud[5]. Esta situación de distanciamiento de la justicia se agrava para las personas en una condición de vulnerabilidad[6] y, más

---

fundamental que puede ser «reflexionado» desde diversos aspectos, aunque complementarios entre sí. El acceso propiamente dicho es la posibilidad de llegar al sistema judicial, de lograr un buen servicio. En otro orden de ideas, no solo alcanzar al sistema, sino que este permita un pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial. Por último, el conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos y los medios para poder ejercer y hacer reconocer esos derechos; específicamente, la conciencia del acceso a la justicia como un derecho y la consiguiente obligación del Estado de brindarlo y promoverlo.

4 Cuando se hace referencia a esta clase de derechos se abreviará de la siguiente manera: DESC, aunque debiera pronunciarse sobre aquellos como DESCA, considerando al medio ambiente. Los DESCA son los derechos humanos que facilitan a la persona y a su familia a gozar de un nivel de vida adecuado. Verbigracia, el derecho a un medio ambiente sano, como se establece en la Constitución nacional argentina, en su art. 41: «Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras»; también como se refleja en la carta magna política del Perú, en su art. 2, derechos fundamentales de la persona, inc. 22: «A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida». La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que tuvo lugar en 1969, y el Protocolo de San Salvador enuncian y definen a los DESCA. Allí señalan principios, criterios y estándares de carácter universal de forma tal que puedan resignificarse social y culturalmente en cada país.

5 En este aspecto, y en caso de ser de interés para el lector, puede acceder a nuestro artículo «Barreras condicionantes en el derecho humano a la salud», publicado en la *Revista de la UNAM* de México, donde hacemos hincapié en el derecho a la salud como elemento «constitutivo» de la dignidad de la persona, así como también en la utilidad de la acción de amparo en Argentina como remedio frente a la conculcación de los derechos más esenciales, instrumento procesal que refuerza el acceso a la justicia.

6 Recordemos que los preceptos del documento bajo estudio, cuando reflexiona sobre las personas que se hallan en condición de vulnerabilidad, se dirigen 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» (Regla 3). Así, también advierte que podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, «la edad,

aún, para aquellas que padecen una «vulnerabilidad intersectorial». Precisamente, como señala la catedrática argentina Silvina Ribotta (2012), son estas las circunstancias que cimentan las bases de las Reglas de Brasilia[7], las cuales están dirigidas a vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones en el acceso a la justicia de las personas con discapacidad.

Ahora bien, cabe recordar —en primer orden— que la Asamblea Plenaria de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana[8], celebrada los días 4, 5 y 6 de marzo del año 2008, en la ciudad de Brasilia, República Federativa de Brasil, aprobó las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad[9]. Estas, a

---

la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico» (Regla 4). A modo personal, como se mencionará en los pasajes que compongan estas someras reflexiones, colegimos firmemente que la discriminación es la causa «principal» en el mundo de las violaciones de los derechos más fundamentales de la persona. A partir de ello, recomendamos la lectura del trabajo realizado por el autor Gonzalo V. Montoro Gil (2017), en su artículo «El "edadismo" (La discriminación laboral invisible)», en el cual hace un análisis pormenorizado de las condiciones discriminatorias en las que suelen vivir —de manera abarrotada— los adultos mayores.

7 Resulta de suma importancia advertir que las directrices estudiadas no se limitan a establecer solamente un marco teórico en términos generales de las problemáticas en las que se sitúa el acceso a la justicia, por el contrario, implementan recomendaciones concretas tanto para instituciones que forman parte del sistema de justicia como de sus servidores.

8 En ella participaron países como Costa Rica, Andorra, España, Cuba, Portugal, República Dominicana, Guatemala, México, Honduras, Nicaragua, Panamá, Puerto Rico, El Salvador, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Perú, Uruguay, Venezuela y Paraguay.

9 Se trata de un documento de labor cotidiana de los servidores y operadores del sistema judicial y de quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento, como los defensores públicos. En ese sentido, es un decálogo que recopila los esfuerzos y las discusiones de las principales redes iberoamericanas de, como ya aludimos, los operadores y servidores del sistema judicial. Entre ellas, la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana de Ombudsman y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados

pesar de no ser un instrumento jurídicamente vinculante, no deben eludir su valor como *soft law*[10], en virtud de haber sido adoptadas como un documento de trabajo por varios actores del sistema judicial. Así, como mencionaremos más adelante, lo consideró la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN).

En esa línea, la aceptación de las citadas reglas afirmó el compromiso con un modelo de justicia integrador que incorpora a todos los sectores de la sociedad y es especialmente sensible con los más desfavorecidos o vulnerables (Reglas 12 y 13). Asimismo, estas tienen como objetivo:

> garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial (Regla 1).

En vista de ello, sostenemos que sus premisas se direccionan, como se menciona en su exposición de motivos, a «la configuración del sistema judicial como instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad» y, en consecuencia, a «contribuir a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo a la cohesión social» (AIDEF, 2008, p. 18).

Además, con esta decisión se reconoció la necesidad de impulsar, de manera plural y coordinada, actividades destinadas a fomentar su efectividad, comprometiéndose a apoyar para que sean de conocimiento general, así como para que obtengan impactos beneficiosos en los diferentes ordenamientos jurídicos (Reglas 14 y 17).

---

y los principios de la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano de Cancún (2002).

10 Este término, proveniente de los Estados Unidos, refiere a los instrumentos jurídicos que no son obligatorios, pero que influyen en la situación legislativa. Son una serie de reglas a las que les falta uno de los elementos del concepto de norma jurídica, tales como la sanción (efecto o consecuencia jurídica). Así, estas disposiciones «blandas o flexibles», más que imponer, pretenden convencer, dotadas de una suerte de «sanción tácita» que supone un descrédito.

3. El acceso a la justicia en el sistema regional de derechos humanos

Con el paso del tiempo, el derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado estándares sobre aquellas garantías[11] referentes al acceso a la justicia, esto es, que cuenten con recursos judiciales idóneos y efectivos para reclamar ante una transgresión de derechos esenciales[12]. En este aspecto, la obligación de los Estados no es solo

---

11 Con vistas a profundizar sobre esta temática, se invita a los(as) interesados(as) a la lectura de nuestro artículo «Leyes dormidas: el amparo como remedio eficaz en materia de derechos humanos».

12 En este punto, más allá de enfatizar el rol del Sistema Interamericano, no se debe soslayar los evidentes aportes de otros organismos de derechos humanos, como la Organización de Naciones Unidas (ONU) —con sus vastos instrumentos (tratados en la materia: PIDCP de 1966 y su art. 14 de acceso a la justicia)— del que Argentina (1986) y Perú (1978) son partes, donde se sienta el acceso a la justicia como piedra angular del Estado de derecho. Asimismo, cabe resaltar —a modo meramente ejemplificativo— una de las piezas normativas del sistema de la ONU, como se plasma con la Observación General n.º 32, del 23 de agosto de 2007, concerniente al «derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y las cortes de justicia», elaborado por el órgano de expertos independientes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde se establece que «el derecho de acceso a los tribunales y cortes de justicia y a la igualdad ante ellos, no está limitado a los ciudadanos de los Estados partes, sino que deben poder gozar de él todas las personas, independientemente de la nacionalidad o de la condición de apátrida, como los demandantes de asilo, refugiados, trabajadores migratorios, niños no acompañados y otras personas que puedan encontrarse en el territorio o sujetas a la jurisdicción del Estado parte» (Comité de Derechos Humanos, 2007, párr. 9). Otras fuentes relevantes en esta materia las podemos hallar a través de las denominadas «resoluciones» de la Asamblea General de la ONU (véanse AG/RES 2097, 2098 y 2928, entre otras). En ellas, observamos el esfuerzo direccionado a robustecer el sistema judicial, por medio, por ejemplo, del «respeto a las labores de los defensores públicos en el ejercicio de sus funciones» (Asamblea General de la ONU, 2018). Por otra parte, en relación con los sistema regionales, localizamos el Sistema Europeo de Derechos Humanos, a través de lo que inferimos de algunas sentencias resonantes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o Tribunal de Estrasburgo. Se trata del órgano jurisdiccional destinado a enjuiciar las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos (1950) y de las libertades fundamentales y en sus protocolos por parte de los Estados miembros de dicho acuerdo, bajo determinadas circunstancias en lo atinente al «acceso a la administración de justicia». En esa tesitura, también sostiene —en torno al plazo razonable— que «una interpretación rigorista de los plazos puede impedir el acceso a un tribunal, así

negativa (de no impedir el acceso a esos recursos), sino fundamentalmente positiva, a fin de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan alcanzar estos medios. Con ese objetivo, los gobiernos deben «remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limiten la posibilidad de acceder a la justicia» (CIDH, 2007, párr. 41).

Con respecto al Sistema Interamericano de Derechos Humanos[13], el organismo ha mostrado, en los últimos años, una preocupación sobre

---

como a las instancias sucesivas. Porque el convenio no contiene una obligación para los Estados de crear instancias de apelación, casación o amparo. Ahora bien, la exigencia de formalidades concretas por el legislador interno para la interposición de un recurso es susceptible de vulnerar el derecho de acceso a un tribunal y constituir un atentado a la seguridad jurídica» (Ministerio de Justicia de España, 2018). No obstante, décadas atrás, el Tribunal sostuvo, en el caso Ashingdane c. Reino Unido, que «el derecho de acceso a un tribunal no es absoluto y puede ser reglamentado por los Estados, si bien tal reglamentación no puede constituir un atentado a la esencia del derecho mismo y puede variar en el tiempo y en el espacio en función de los recursos de la comunidad y de las necesidades de los individuos» (caso Ashingdane c. Reino Unido, 1985). A ello le agregó, unos años más tarde, «la existencia de plazos para la interposición de acciones o recursos no lleva automáticamente aparejada la vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción» (caso Tejedor García c. España, STEDH de 16 de diciembre de 1997, y Edificaciones March Gallego c. España, STEDH de 13 de febrero de 1998).

13 En lo que respecta a la historia de dicho Sistema, recordemos que, en abril de 1948, la Organización de Estados Americanos (OEA), órgano regional más antiguo del mundo, aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), en Bogotá (Colombia), el primer documento internacional de derechos humanos de carácter general. En 1959, fue creada la Comisión IDH, que tuvo por primera vez su reunión en 1960. Un año después, 1961, la Comisión empezó a realizar visitas *in loco* (*in situ,* en el lugar) para observar la situación general de los derechos humanos en un país, o para investigar una situación particular. Desde entonces, ha realizado —aproximadamente— 92 visitas a 23 países miembros. Desde 1965, fue autorizada expresamente a recibir y procesar denuncias o peticiones sobre casos individuales, en los cuales se alegaban violaciones de derechos humanos. En 1969, se da un punto de inflexión en la materia con la aprobación de la Convención Americana de Derechos Humanos, que entró en vigor en 1978. La Convención define los derechos humanos para que los Estados ratificantes se comprometan «internacionalmente» a respetar y a dar garantías. Ella crea, además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos que determina atribuciones y procedimientos tanto de la Corte como de la Comisión. Asimismo, cabe decir que esta última mantiene facultades adicionales que antedatan a la Convención y no derivan directamente de ella; por ejemplo, procesar peticiones individuales, relativas a Estados que aún no son parte de la Convención.

los alcances y los principios de los derechos que se encuentran dentro de la órbita del debido proceso, es decir, en primera instancia, al acceso a la justicia. Ahora bien, cuando nos referimos a la mencionada entidad con las garantías judiciales —indefectiblemente—, subrayamos la importancia de los artículos 8[14] y 25[15] de la Convención Americana de Derechos Humanos[16] (en adelante, CADH o Pacto de San José) de 1969, en virtud de ser un instrumento vinculante que comprende un conjunto de derechos que suple un sistema antes precario. En otras palabras, reedita herramientas[17] como la Declaración Americana de Derechos Humanos (1948), en tanto que es un puente con los tratados de derechos humanos sin limitarlos al ámbito regional (art. 29).

En esa línea, inferimos la relevancia de la ardua labor de los distintos órganos del Sistema, ya sea mediante la Comisión Internacional de Derechos Humanos (en adelante, Comisión IDH), como se verá con informes que refieren al acceso a la justicia; también con la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH,

14 Este reza —entre los variados incisos del artículo— que «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» (inc. 1).

15 De modo inexorable se conjuga con el artículo 8, especialmente en su primer apartado: «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» (inc. 1).

16 Consideramos necesario recordar que la CADH —ratificada por Perú en 1978 y por Argentina en 1984— establece que la protección internacional es supletoria y complementaria, es decir, no la sustituye —mismo principio, pese a sus diferencias implícitas y explícitas, que rige en la Corte Penal Internacional de Justicia a la hora de juzgar los crímenes más atroces—. Entonces, el principio procesal de necesidad de previo agotamiento de recursos para acceder a las instancias internacionales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos). Pero también las normas internas pueden ser aplicables en el plano internacional si otorgan una mayor protección.

17 El Pacto de San José precisa los procedimientos de denuncias (comunicaciones) individuales y crea nuevas figuras como la competencia consultiva.

Corte IDH, la Corte o el Tribunal), a través del Fondo de Asistencia Legal, un instituto que compete a ambos órganos —tema que concebimos cardinal—.

3.1. El Fondo de Asistencia Legal

Habida cuenta de lo comentado, es necesario recordar la idea primigenia que sustentó la elaboración y la materialización del Fondo de Asistencia Legal (en adelante, Fondo), en el marco de la XXXVIII Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), realizada en la ciudad de Medellín, en junio de 2008, en el mismo año que las Reglas de Brasilia[18]. La aprobación tuvo lugar mediante la Resolución n.º AG/RES. 2426[19] sobre la creación del Fondo, cuyo objetivo está direccionado a «facilitar el acceso al Sistema Interamericano de Derechos Humanos a aquellas personas que actualmente no tienen recursos necesarios para llevar su caso al sistema» (s. p.). De allí que el 11 de noviembre de 2009, a través la Resolución n.º CP/RES. 963 (1728/09) del Consejo Permanente de la OEA, fue aprobado el Reglamento para el Funcionamiento del Fondo[20]. Unos meses más tarde, el 4 de febrero

18 Es dable puntualizar que las Reglas de Brasilia han sido actualizadas en el año 2018, luego de la celebración de la XIX Cumbre Judicial Iberoamericana, llevada a cabo en la ciudad de Quito (Ecuador).

19 Dicha resolución estableció que el Fondo entraría en vigor una vez que el Consejo Permanente de la OEA apruebe su reglamento. En ese orden de ideas, tengamos en consideración que el Consejo Permanente depende directamente de la Asamblea General y tiene la competencia que le asignan la Carta y otros instrumentos interamericanos, así como las funciones que le encomienda también la Reunión de Consultas de Ministros de Relaciones Exteriores. Así, entre otras funciones esenciales, vela por mantener las relaciones de amistad entre los gobiernos miembros y, con tal fin, ayuda de una manera efectiva en la solución pacífica de sus controversias. Por otra parte, y siguiendo con la Resolución n.º 2426, la misma establece que el Fondo estará compuesto por dos cuentas separadas: una para la Comisión Interamericana y otra para la Corte Interamericana; y funcionará a través de contribuciones voluntarias. Asimismo, señala que la aprobación del apoyo legal será determinada por la Comisión y la Corte, de acuerdo con los reglamentos que cada órgano expida para este fin.

20 En su artículo 4, inciso 2, indica los siguientes criterios para los reglamentos a ser adoptados por la Comisión y por la Corte respectivamente: a) Procedimientos

de 2010, la Corte IDH admitió su reglamento sobre el funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas[21], el cual entró en vigor a partir del 1 de junio de 2010.

En lo relativo a la Comisión IDH, como resultado de un efecto «cascada» en la región, no fue la excepción en materia de contribuciones destinadas a garantizar el acceso a la justicia. El organismo consideraba que una característica fundamental del funcionamiento del Sistema Interamericano era la posibilidad de que cualquier persona, cuyos derechos fundamentales están siendo o han sido violados, pueda presentar su reclamo ante él. Así, reconoce y resalta simultáneamente la importancia de asegurar el mayor acceso posible a la justicia internacional. De esta manera, y luego de haberse sometido a consulta de los Estados miembros y de la sociedad civil, se aprobó un reglamento propio sobre el Fondo, cuya vigencia fue desde el 1 de marzo de 2011 (CIDH, 2010).

---

que aseguren que los potenciales beneficiarios reciban el apoyo en tiempo y forma; b) El establecimiento de un sistema gratuito de defensoría de oficio en ambos órganos para las personas que lo necesiten; c) Que los potenciales beneficiarios tengan necesidad comprobada de estos recursos; d) Que se establezcan procedimientos claros y transparentes de selección; e) Que se contemplen mecanismos y procedimientos para el reintegro de costas al Fondo por parte de la Corte, en caso de que los mismos hayan sido solventados por el Fondo; f) Que fomente que la asistencia llegue a las víctimas de todos los Estados y atienda criterios de diversidad y pluralidad en la representación de las víctimas.

21 Colegimos que el Fondo del cual dispone la Corte le otorga dinamismo al funcionamiento de esta última, pues propone un refortalecimiento del derecho de acceso a la justicia. Es así como podemos visualizarlo en una gran parte de sentencias de aquella, como en el caso Contreras y otros vs. El Salvador del 31 de agosto de 2011, donde las presuntas víctimas solicitaron acogerse al Fondo de Asistencia Legal para cubrir algunos gastos relacionados con la producción de prueba durante el proceso, siendo dispuesta su procedencia por parte del presidente del organismo, que —paralelamente— decidió la asistencia económica del Fondo asignada a cubrir los gastos del viaje y estadía necesarios para que los declarantes comparezcan ante el Tribunal y puedan rendir su declaración en audiencia pública realizada en Panamá (CIDH, 2011).

3.2. El papel sustancial de la Comisión IDH

En ese orden de ideas, remarcamos el aporte esencial de la Comisión IDH (2006) en la materia bajo estudio, como se puede notar con su Informe sobre la situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en América, donde advirtió que el Estado de derecho y la democracia no pueden consolidarse si «el poder judicial interno no es eficiente en el procesamiento de las gravísimas violaciones de derechos humanos» (párr. 107). Con respecto al acceso a la jurisdicción, consideró que para que el Poder Judicial «pueda servir de manera efectiva como órgano de control, garantía y protección de los derechos humanos, no solo se requiere que este exista de manera formal, sino que además debe ser independiente e imparcial» (párr. 110). De este modo, mostró su preocupación por las personas encargadas de impartir justicia e investigar violaciones de derechos humanos que, en algunos países, suelen ser hostigadas, a través de amenazas contra su vida, sanciones administrativas, entre otros aspectos.

En función de ello, también se señaló que el acceso a la justicia se encuentra íntimamente vinculado con la:

> posibilidad de acudir ante los tribunales de justicia y buscar protección[22] y justicia para las víctimas de violaciones de derechos humanos; demandar la intervención urgente de la magistratura para la protección de derechos fundamentales en inminente riesgo (párr. 112).

Esto guarda correspondencia con las «normas mínimas del debido proceso, lo que incluye una decisión fundada dentro de un plazo razonable» (párr. 113) y que, en estrecha línea con la «tutela judicial efectiva»[23],

22 En tal entendimiento, se erige que el Comité de Derechos Humanos (2010), en su observación final respecto de Argentina, sostuvo su preocupación por el alto porcentaje de personas detenidas y procesadas que deben utilizar los servicios de la Defensoría Pública, la que «no cuenta con los medios necesarios para proporcionar en todos los casos una asistencia jurídica adecuada. Nota igualmente que, pese a lo previsto en el artículo 120 de la Constitución, la autonomía funcional y presupuestaria de la Defensoría Pública» (párr. 20).

23 Como sostiene la académica ecuatoriana Silvia Zambrano Noles (2016), «la tutela implica alcanzar una respuesta; ciertamente, ello pasa necesariamente por

se requiere de «remedios judiciales cautelares en el ámbito nacional ante situaciones de amenaza inminente o riesgo para la defensa de los derechos humanos» (párr. 117)[24].

3.3. La mirada de la Corte IDH en la materia

El rol de la Corte IDH es significativo, particularmente desde su faz contenciosa[25], a través de la cual ha «apreciado» la relación —de algún modo— indisoluble entre el acceso a la justicia, la vulnerabilidad y los derechos humanos[26].

Por ello, en el caso Quispialaya vs. Perú[27], del 23 de noviembre de 2015, el mencionado órgano, en el marco de los recursos judiciales

---

el acceso a la justicia. Pero, no sería correcto concluir *a priori* que el derecho a la tutela judicial efectiva [derecho fundamental] queda satisfecho con el mero acceso a la jurisdicción [derecho fundamental]» (p. 70). Es decir, y más allá de la intrínseca relación —garantes ambos de la seguridad ciudadana, en palabras de la jurista aludida en el párrafo anterior—, estos derechos fundamentales no son lo mismo. Un ejemplo de ello lo refleja la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (Argentina) —en idéntica sintonía que la Constitución Política del Perú—, entre otros derechos y garantías, «la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia» (art. 15).

24 Se recomienda hacer hincapié en los párrafos del 118 al 121 que, si bien por cuestiones de la breve alusión que aquí realizamos, no dejan de ser esenciales a la hora de interpretar el norte de la Comisión al redactar el mentado informe.

25 En la órbita de la Opinión Consultiva n.º OC-16/99, la CIDH (1999) ha dicho —en cuanto al acceso a la justicia— que «a nivel internacional representa una verdadera revolución jurídica, quizás la más importante legal que llevaremos al próximo siglo. De ahí la importancia capital, en esta conquista histórica, del derecho de petición individual conyugado con la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de las Cortes interamericanas y Europea de Derechos Humanos» (párr. 30).

26 Más allá de referirnos por una cuestión pragmática a ciertos casos en que la Corte ha mencionado —en línea a las Reglas de Brasilia— al acceso a la justicia, el debido proceso y la defensa en juicio, todo ello bajo el halo de la «vulnerabilidad», se recomienda sumergirse en más precedentes existentes que pueden llegar a ser de su interés, a través de su portal oficial.

27 El 26 de enero de 2001, el señor Valdemir Quispialaya Vilcapoma se encontraba realizando una práctica de tiro, durante la cual erraba. En virtud de ello, su suboficial comenzó a insultarle e increparle que mejorara los tiros y lo golpeó en la frente y el ojo derecho. A partir de la agresión, el señor Quispialaya

efectivos que le asisten a las víctimas de violaciones de derechos, manifestó que «el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables» (CIDH, 2015,

---

sufrió constantes dolores de cabeza y fiebre. Por ello, el 27 de junio de 2001, cinco meses después del incidente, acudió al Centro Médico Divisionario para recibir atención médica. El señor Quispialaya afirmó que no denunció en esa oportunidad porque el señor Hilaquita lo amenazaba; además, tuvo miedo de que este oficial pudiera tomar represalias en su contra. El 18 de septiembre de 2002, el jefe del Departamento de Oftalmología del Hospital Militar Central concluyó que presentó secuelas de lesión traumática severa y muy avanzada, por lo que no pudo recuperar la visión del ojo derecho. Además, con motivo de los hechos violentos, su salud psicológica se vio afectada. El 6 de julio de 2001 se inició una investigación administrativa en el ámbito militar sobre la agresión sufrida por Valdemir Quispialaya. Además, el 28 de febrero de 2002, la señora Victoria Vilcapoma Taquia, madre del señor Valdemir Quispialaya, denunció ante la Fiscalía de la Nación al suboficial del Ejército del Perú Juan Hilaquita Quispe por la posible comisión de actos de tortura física y psicológica en contra de su hijo. Sin embargo, el 27 de septiembre de 2002, el Ministerio Público de Huancayo formuló una denuncia penal por el delito de lesiones graves, aduciendo que no había mérito por la comisión de delito de tortura. Por otra parte, el 6 de noviembre de 2002, el fiscal militar de primera instancia presentó una denuncia contra el suboficial Hilaquita por el presunto delito de abuso de autoridad. Posteriormente, el 19 de agosto de 2004, el Consejo de Guerra Permanente de la Segunda Zona Judicial del Ejército absolvió al suboficial Hilaquita del delito de abuso de autoridad por no considerarlo probado. El 17 de noviembre de 2005, el Consejo Supremo de Guerra de la Segunda Zona Judicial del Ejército declaró nula la sentencia emitida en primera instancia, por no haber tenido en cuenta varios elementos probatorios, ordenando la remisión al juzgado de origen para que profundizara sus investigaciones. El 15 de diciembre de 2006, el Tribunal Constitucional del Perú determinó que la justicia militar no debía conocer de los delitos comunes sancionados por el Código Penal y declaró la inconstitucionalidad del delito militar de abuso de autoridad, entre otros. Como consecuencia de ese pronunciamiento, el Consejo de Guerra Permanente de la Segunda Zona Judicial del Ejército anuló todo lo actuado en el proceso en contra del suboficial Hilaquita; así, ordenó su archivo definitivo, y remitió copias certificadas de la causa al fiscal provincial de Huancayo. No obstante, el 17 de octubre de 2008 la Fiscalía Provincial resolvió que no había mérito para formalizar la denuncia con base en que no se había podido ubicar al señor Quispialaya, ya que el domicilio consignado en los registros públicos no coincidía. El caso permaneció archivado hasta el 4 de febrero de 2015, cuando la Tercera Fiscalía Provincial Penal de Huancayo dispuso abrir de oficio investigación contra Juan Hilaquita Quispe en agravio de Valdemir Quispialaya por la presunta comisión del delito contra la humanidad en la modalidad de tortura.

párr. 161), siendo palpable la interconexión, en relación con el acceso a la justicia y el deber de los Estados, de «investigar los hechos, que es una obligación de medios y no de resultado» (párr. 161). Vemos, en consecuencia, bajo ese razonamiento, cómo esta repara en el acceso a la justicia y el «plazo razonable»[28], de ello se infiere que una «demora prolongada puede llegar a constituir por sí misma una violación de las garantías judiciales» (párr. 177).

Tres años más tarde, la CIDH (2018) —haciendo eco de su recorrido jurisprudencial— puso de manifiesto, en el caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala[29], del 23 de agosto de 2018[30], la forma en la que distintos factores de vulnerabilidad —o fuentes de discriminación[31]— coadyuvan en una del tipo «interseccional»; es decir, «a la confluencia de distintos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación asociados a ciertas condiciones de una persona» (párr. 138). Además, en dicho precedente, la Corte advirtió que la efectividad de los recursos que el artículo 25, inciso 1, de la

28 Acúdase en tal sentido a los apartados 176, 178 y siguientes. Someramente, podemos decir que la «razonabilidad» (art. 8.1, CADH) se analizará para cada caso en concreto, de acuerdo con las circunstancias particulares.

29 Los hechos del caso se refieren a treinta y cuatro personas que actualmente viven con el VIH en Guatemala, quince de ellas estuvieron con el virus pero ya fallecieron. La causa fue presentada ante la Corte, donde se alegó la falta de una adecuada atención médica estatal, así como la ausencia de una correcta protección judicial, las cuales constituyeron violaciones a la salud, la vida, la integridad personal y a las garantías y la protección judiciales. En razón de ello, el órgano analizó los hechos del caso en relación con tres cuestiones: 1) la situación del VIH en Guatemala; 2) la individualización de las víctimas y sus familiares; y 3) los recursos y acciones interpuestos por ellas ante el Tribunal de Constitucionalidad, habiendo actuado esta última fuera del «plazo razonable», lo que significó una violación de los artículos 8 y 25 de la CADH, sobre todo, si se toma en cuenta «la condición de vulnerabilidad» de los accionantes.

30 En ese año, la Corte IDH (2018) volvería a hacer referencia —en el contexto de las desapariciones forzadas— del «plazo razonable», determinando que el acceso a la justicia incluye, también, «que se procure determinar la suerte o el paradero de la víctima» (párr. 50). Se recomienda la lectura del apartado siguiente: Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala.

31 Somos de la postura que la discriminación es la raíz de todas las violaciones de derechos humanos.

CADH[32] «supone que, además de la existencia formal de los recursos, estos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados, ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes» (párr. 168), donde no basta «que este exista formalmente» (párr. 169).

En el año 2019, el órgano judicial —nuevamente— direccionaría un interés medular en lo relativo a la condición de la vulnerabilidad con la que «cargan» distintos sectores de la sociedad. Ello lo vemos reflejado con el decisorio del caso Martínez Coronado vs. Guatemala[33], del 10

32 Más allá de que el tema bajo estudio (acceso a la justicia referido a las personas en condición de vulnerabilidad) invita al esbozo de ciertas reflexiones, estimamos interesante, a su vez, señalar que las disposiciones de los artículos 8 y 25 de la CADH han sido aplicadas a otros grupos. A partir de lo anterior, no debe pensarse que dichos derechos se encuentran disponibles para una parcela de personas determinadas —si bien son los casos más preponderantes—. Cuenta de ello, la CIDH (2019b) lo dejó entrever en el caso Rico vs. Argentina (sent. del 19 de septiembre de 2019). En sí, las actuaciones judiciales se relacionan con la destitución y la inhabilitación para ocupar otro cargo en el Poder Judicial, por haber incurrido en faltas disciplinarias, de Eduardo Rico como juez del Tribunal del Trabajo n.º 6 del Departamento Judicial de San Isidro, Buenos Aires, dictadas por un Jurado de Enjuiciamiento el 15 de junio de 2000, luego de que fuera presentada una denuncia en su contra ante el Consejo de la Magistratura por parte del Colegio de Abogados de San Isidro. El señor Rico fue sancionado por el Jurado de Enjuiciamiento por encontrarse «incurso en las causales previstas en el artículo 21, incisos e), f) y k) de la Ley n.º 8085. Esas causales se refieren a: e) incompetencia o negligencia reiteradamente demostrada en el ejercicio de sus funciones; f) el incumplimiento reiterado de los deberes inherentes al cargo, y k) dejar transcurrir los términos legales reiteradamente, sin pronunciarse en las cuestiones sometidas a su decisión o dictamen» (párr. 32). El señor Rico interpuso recursos ante la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en particular los recursos extraordinarios federal y de queja, en contra de la sentencia emitida por el Jurado de Enjuiciamiento. Estos fueron denegados por considerar que no reunían los recaudos mínimos exigidos para su admisibilidad.

33 El señor Manuel Martínez Coronado, junto con un coimputado, fue acusado por el delito de asesinato de siete personas, por hechos ocurridos el 16 de mayo de 1995 en la aldea El Palmar. En el proceso penal, los acusados fueron representados por un defensor común nombrado de oficio. El 26 de octubre de 1995, el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Chiquimula declaró a ambos imputados como responsables de siete delitos de asesinato. Martínez fue condenado a pena de muerte por medio de inyección letal, fundamentada en la peligrosidad del agente, tras negar todo valor probatorio a su declaración, debido a que

de mayo de 2019[34], en el cual la CIDH (2019b) aludió a la importancia de la defensa de oficio —a la luz de los arts. 8 y 25 de la CADH—, en tanto que es «fundamental» el servicio de asistencia letrada gratuita, en particular para mantener incólume «la promoción y protección del derecho de acceso a la justicia de todas las personas, en particular de aquellas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad» (párr. 82).

En esa línea doctrinaria, el país también se vería involucrado. Así lo deja entrever el caso Perrone y Preckel vs. Argentina, donde la Corte IDH (2019c) reparó en que las decisiones de los órganos internos pueden afectar los derechos humanos. Por tal motivo, deben garantizar aquellos derechos que cimentan la administración de justicia, esto es, el acceso a la justicia con decisiones debidamente motivadas, pues en caso contrario serían arbitrarias.

4. Las Reglas de Brasilia: el caso argentino

En lo que concierne a Argentina, recordemos —a modo de preludio— que la CSJN, el más alto tribunal de justicia, adhirió las directrices

---

presentaba notorias contradicciones con la declaración rendida por el otro acusado. Después de la sentencia del 26 de octubre de 1995, el señor Martínez Coronado, representado por su abogado defensor, presentó acciones de amparo contra la sentencia condenatoria y un recurso de gracia, los cuales resultaron infructuosos; finalmente, el 10 de febrero de 1998, el señor Manuel Martínez Coronado fue ejecutado por medio de una inyección letal.

34 En ese mismo año, el 26 de marzo, en el caso Muelle Flores vs. Perú, la CIDH (2019a) recordó que «el cumplimiento como la ejecución de las sentencias constituyen componentes del derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva» (párr. 140). De igual modo, la efectividad de las sentencias depende de su ejecución, debido a que el derecho a la protección judicial sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno del Estado permitiera que una decisión final y obligatoria permanezca ineficaz en detrimento de una de las partes. Paralelamente, sostuvo que «el principio de tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos de ejecución sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral» (párr. 127). Aquí observamos el vínculo entre el acceso a la justicia y otros derechos fundamentales (derecho a la seguridad social en el *sub lite*).

de las Reglas de Brasilia[35] mediante la Acordada n.º 5/2009[36]; del mismo modo lo hizo la Procuración General de la Nación a través de la Resolución PGN n.º 58/09.

En ese paisaje jurídico, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2019) señaló que dichas reglas constituyen «una valiosa herramienta en un aspecto merecedor de particular atención en materia de acceso a la justicia» (p. 2). Por lo tanto, deben «ser seguidas —en cuanto resulte procedente— como guía en los asuntos a que se refieren». Así, permite —como consecuencia coherente del grado de compromiso asumido— que el tribunal haya dispuesto, entre otras medidas, la creación de la Comisión Nacional de Acceso a Justicia[37]. Estas son impulsadas de acuerdo con las «buenas prácticas» (Regla 90)[38] detalladas en las Reglas de Brasilia.

---

35 En línea con ello, el Poder Judicial peruano aceptó a las Reglas de Brasilia mediante la Resolución Administrativa n.º 266-2010-CE-PJ, la cual sirvió de fuente para el Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad 2016-2021, aprobado a través de la Resolución Administrativa n.º 090-2016-CE-PJ.

36 En relación con la Constitución de Argentina, que —más allá de las distintas previsiones sobre la materia— (arts. 18 y 15, Const. Prov.) como menciona en su preámbulo, establece: «con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia».

37 La misma fue creada en septiembre de 2007, a través de la Acordada n.º 37/07 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cumplimiento de los objetivos contenidos en el Plan de Políticas de Estado del Poder Judicial y de las conclusiones alcanzadas en la Segunda Conferencia Nacional de Jueces, realizada ese mismo año en la provincia de Salta, República Argentina. Se recomienda ahondar en su página oficial, pues resulta de sumo interés para la materia en cuestiones que muchas veces son soslayadas.

38 Esta regla menciona también que «se promoverá la creación de espacios que permitan el intercambio de experiencias en esta materia entre los distintos países, analizando las causas del éxito o del fracaso en cada una de ellas o, incluso, fijando buenas prácticas. Estos espacios de participación pueden ser sectoriales. Asimismo, podrán participar representantes de las instancias permanentes que puedan crearse en cada uno de los Estados». Ahora bien, en torno a Argentina, algunas medidas han sido demostración de estas «buenas prácticas», tanto en el ámbito nacional como provincial. En lo relativo a la primera de ellas, la nacional, se creó la Comisión de Cárceles que, entre otras tareas, evalúa las condiciones de alojamiento de los establecimientos penitenciarios federales y otras dependencias de fuerzas de seguridad o con el programa sobre Temáticas de Salud,

A partir de lo anterior, resulta válido y necesario indagar acerca de cómo la provincia de Buenos Aires aborda el acceso a la justicia[39]. En atención a erigir una respuesta ante tal interrogante, podríamos aludir a lo que ha establecido —en su sendero jurisprudencial— la Suprema Corte Provincial (en adelante, SCBA).

En el año 2014, en la causa G, R. A. y C., A. V. s/ Adopción[40] (n.º 114079), el juez doctor De Lázzari dejó entrever la carga significativa del derecho

---

Discapacidad y Adultos Mayores. Este tiene por objetivo general la promoción de actividades orientadas a la defensa y la protección de los derechos humanos; también vela por la reducción de obstáculos al acceso a la justicia de las personas con discapacidad y los adultos mayores, a fin de alcanzar la igualdad material en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Dentro de las actividades a realizar, se encuentran la elaboración de estrategias y proyectos de colaboración y coordinación para brindar una oferta integral de servicios que atienda las problemáticas derivadas de la vulneración de los derechos de las personas con discapacidad y adultas mayores. También se centra en la violación del derecho a la salud, a través de un apoyo a los integrantes del Ministerio Público de la Defensa, en coordinación con los demás programas y comisiones de la Defensoría General de la Nación, e integrando a las distintas instituciones nacionales e internacionales que puedan colaborar con la prestación de estos servicios. Mientras que, en el segundo caso, el ámbito provincial, mencionamos el caso de Misiones, lugar donde se ha instruido a los defensores respecto del tratamiento específico orientado a proteger los derechos humanos de personas con discapacidad. En el caso de otros países, observamos cómo se efectúan medidas en pos del acceso a la justicia, por ejemplo, Costa Rica con la Política de Igualdad para las Personas con Discapacidad en el Poder Judicial, y Perú con la implementación y la actualización del Servicio de Asistencia Legal y Defensa de Víctimas de la Defensa Pública.

39 Si bien en el presente trabajo hacemos hincapié en lo que acontece en la órbita de la provincia de Buenos Aires, se aconseja la lectura del fallo de la CSJN (2019), García, María Isabel c/AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad, del 26 de marzo de 2019, en donde se utilizó como fundamento las Reglas de Brasilia. Además, el organismo declaró la inconstitucionalidad del impuesto a las ganancias sobre la jubilación que percibía la demandante por su condición de «vulnerabilidad» (relación con el acceso a la justicia).

40 En junio de 1996, se declaró la insania de la causante por padecer un «retraso mental discreto» y se nombró una curadora definitiva. El 27 de octubre de 2003, la señora S. M. F. tuvo una hija, la cual fue trasladada al Hospital Noel Sbarra, ya que su madre se encontraba internada en la colonia nacional Dr. Manuel Montes de Oca y no se podía hacer cargo de esta. En 2004, en las presentes actuaciones de adopción, se autorizó al matrimonio G-C. a retirar en guarda a la menor, la guarda preadoptiva fue concedida en 2006. Con posterioridad, la jueza de primera instancia en lo civil y comercial hizo lugar a la adopción plena deducida, declarando a la niña legalmente adoptada por el matrimonio guardador

de acceso a la justicia con los demás derechos fundamentales («efecto dominó»). El magistrado consideró que debe reconocérsele la legitimación activa a la madre biológica[41] en el proceso judicial. Máxime si queda comprometida la cuestión constitucional de defensa en juicio, la cual repercute en el derecho a la vida familiar[42] (a tomarse en cuenta el art. 7 de la Ley n.º 26657; el art. 23 de la Convención sobre las Personas con Discapacidad y el art. 9 de la Convención de los Derechos del Niño) al impedir a la madre biológica el derecho a participar con todas las garantías del debido proceso (arts. 18 y 75, inc. 22, de la Constitucional nacional, y el art. 15 de la Const. de la Provincia de Buenos Aires; y las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, Reglas 7 y 8).

Por otra parte, la legitimación activa en los procesos judiciales conforma uno de los tantos elementos edificadores del acceso a la justicia[43].

---

compuesto, en virtud de la «desprotección que la niña sufría» a raíz de la discapacidad que padecía su madre biológica. Frente a tal panorama procesal, la curadora oficial interpuso el correspondiente recurso que la alzada declaró que el procedimiento de apelación había sido mal concedido, tras considerar que la señora curadora no es parte en el juicio, careciendo de legitimación para apelar la sentencia. Por ello, dedujo un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, denunciando la infracción de los artículos 18 y 31 de la Constitución nacional; y 9, 2 y 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 2014).

41 En el citado caso, la madre, a quien habían declarado insana, se encontraba internada e imposibilitada para apelar la sentencia que concediera la adopción plena de su hija.

42 En este punto, es menester traer a colación el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), donde menciona que «La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado» (art. 23).

43 Cabe decir que la SCBA en aquellos precedentes donde ha declarado —en materia de medidas cautelares— la inadmisibilidad de lo pretendido por la parte actora (verbigracia, en el marco de una acción de inconstitucionalidad, ya sea porque el objeto o el plazo con el que cuenta el(la) accionante no encuadra con la vía intentada), ha dicho —en pos del acceso a la justicia— que ello, desde ya, sin desmedro de la posibilidad con la que cuenta la parte actora para instar los restantes caminos procesales en defensa de los derechos constitucionales que dice tener conculcados (doctr. causas Rolo, sent. de 7-III-1967, Jurisprudencia Argentina, 1967-VI-511, reiterada en causas posteriores; I. 2219, Serrano González, sent. de 3-VI-2008; I. 2170, Asarchuk, sent. de 10-III-2010; I. 2201, Search Organización

Bajo esa premisa, la Suprema Corte (2019) ha sostenido, mediante el voto en disidencia del difunto Dr. Negri en la causa del intendente de la Municipalidad de General de San Martín[44], que:

> el único requisito para poner en funcionamiento el mecanismo de contralor constitucional es el planteo de controversia por parte interesada […] expresión esta última que no cabe interpretar, con alcance restrictivo […]. Por el contrario, la calidad de parte interesada […] debe ser ampliamente reconocida en la provincia para que el texto de su ley fundamental sea rigurosamente respetado […] no solo a la luz del artículo 161, inciso 1, de la Constitución provincial, sino sobre la base de los principios fundamentales de nuestra organización constitucional […] No me parece posible, sin detrimento de la Constitución vigente y el derecho de acceso irrestricto a la justicia (arts. 18, Const. nac.; y 15, Const. prov.) negarle la posibilidad de ser escuchado en su petición y obtener un pronunciamiento que esta Suprema Corte está constitucionalmente habilitada para dictar (pp. 18-19).

Asimismo, otro caso resonante de la SCBA (2012) en torno a la legitimación, refiere al rol dinámico del defensor del pueblo[45] frente a la condición de «vulnerabilidad» de la parte actora. Sobre esa base, el organismo manifestó, al evaluar los requisitos para conceder una

---

de Seguridad S. A., sent. de 27-IV-2016; I. 75152, Autoservicio La Amistad Cooperativa de Trabajo Limitada, sent. de 22-05-2019 y B. 76.174, Bigano, resol. de 13-XI-2019).

44 En el *sub judice,* el intendente de la Municipalidad de General San Martín promovió una acción originaria de inconstitucionalidad en los términos de los artículos 161, inciso 1, de la Constitución provincial, y 683 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial, con el objeto de que la SCBA declare la invalidez del Decreto n.º 1289/19 y del artículo 104 de la Ley n.º 15078.

45 En la controversia, el defensor del pueblo de la provincia de Buenos Aires promovió acción originaria de inconstitucionalidad en los términos de los artículos 161, inciso 1, de la Constitución Provincial y 683 del Código Procesal Civil y Comercial, con el objeto de que se declare la invalidez de la Ordenanza n.º 11840/12 de la Municipalidad de Quilmes, por la cual, en lo que configura materia de agravio, se prohibió la tracción a sangre dentro del Partido (art. 1). El actor manifiesta que interviene en representación de los intereses de los «carreros», cuyo sostén económico resulta ser la recolección de residuos sólidos en la vía pública y que, tras el dictado de la norma, se ha visto amenazado.

medida cautelar[46], que el recaudo legal de la verosimilitud, el que se acompaña con la existencia de peligro en la demora, se da en el caso, en tanto la imposibilidad de desenvolver la tarea de recolección afecta a los denominados cartoneros (grupo social de características sensibles, particularmente vulnerable). Por consiguiente, en esas condiciones, no es posible suprimir la fuente de subsistencia a centenares de marginados, tomándose en consideración el contexto social del país, signado por la desigualdad, la desocupación, las estrecheces económicas y las carencias de todo tipo, impuesto «por las garantías de igualdad, de no discriminación y la tutela judicial efectiva» (arts. 10, 11, 12 y 15, Const. prov.).

4.1. Un supuesto de promoción de acceso a la justicia

En función de la repercusión que tiene la puesta en práctica[47] —tardía, por cierto— del fuero contencioso administrativo dentro de la esfera jurisdiccional de la provincia de Buenos Aires, la misma que ha sido un aporte coadyuvante en el «rejuvenecimiento» del acceso a la justicia. En tal sentido, la Dra. Milanta (2017)[48] relata que con la reforma constitucional de 1994 se produjo la supresión de la competencia originaria y exclusiva de la SCBA (art. 161, Const. prov.). Esto es, acompañado del mandato dirigido a la legislatura de establecer el fuero contencioso administrativo, mediante una organización judicial descentralizada en la materia (art. 215, primer apartado, Const. prov.).

---

46 Esta herramienta procesal se halla vinculada —indubitablemente— con el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

47 Es menester señalar que la puesta en práctica de las disposiciones constitucionales respecto del fuero especializado —y de la sanción de la Ley n.º 13101— tuvo lugar, luego de la condena judicial dispuesta por la SCBA contra el Estado provincial, en razón —precisamente— de la mentada «omisión» (desidia) (véase en ese sentido el caso B. 64.474, Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires c/Pcia. de Buenos Aires s/ Amparo, sent. de 19-03-03). Así, se puso en marcha un conjunto de juzgados de primera instancia en lo contencioso administrativo, el día 15 de diciembre de 2003 —complementado con el inicio de las funciones de otros juzgados—, en marzo de 2004, y de las Cámaras de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata y San Martín, en julio del mismo año.

48 Jurista y jueza de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, con asiento en la ciudad de La Plata, provincia de Buenos Aires.

En otras palabras, la Constitución de 1994 atribuye el juzgamiento de las contiendas administrativas a tribunales con competencia para ello (art. 166, *in fine,* Const. prov.), un «fuero contencioso administrativo»[49], cuya organización se encomienda al legislador (art. 215) y, a su vez, se suprime del catálogo de atribuciones de la SCBA la atinente a esa materia (art. 161), que sustituye la competencia originaria y exclusiva que el régimen constitucional anterior confería a ese único y superior tribunal. De esta manera, provoca la desconcentración y la descentralización de esa competencia, y proporciona la base de la justicia administrativa especializada.

El citado marco normativo eliminó una serie de instituciones y principios que habían terminado por «lisiar» el sistema provincial. Esta situación generó típicas denegaciones de justicia, pues las formas constitucionales y legales no se adaptaban a los nuevos requerimientos del Estado de derecho; además, se orientó —decisivamente— hacia la vigencia irrestricta del derecho a la tutela judicial efectiva y de una plena accesibilidad a la revisión judicial de aquellas actividades regidas por el derecho administrativo.

5. Conclusiones

Como hemos podido ver a lo largo de esta reflexión, el acceso a la justicia, como derecho humano, se refleja con mayor fuerza normativa en los procesos judiciales y los procedimientos administrativos. Así, edifica el perfil público de un Estado de derecho.

En gran medida, esto es posible por los distintos instrumentos que configuran el amplio universo de los derechos humanos; de tal modo, lo plasman las Reglas de Brasilia al considerar las atribuciones y los

49 Empero de orbitar dentro de la esfera judicial contenciosa administrativa, no debe ser soslayado el «procedimiento administrativo» que lo antecede y que, dentro de la lógica normativa que tiñe el fuero especializado, los principios que rigen son los mismos en ambos casos (procedimiento y proceso); vale decir, la tutela judicial efectiva, los plazos razonables, el derecho a ser oído —en particular— para los casos que versan en materia íntimamente «sensible» (trámites administrativos para la cobertura referida a la salud, entre otros tantos ejemplos).

criterios que velan la dinámica de sus pretensiones, ello suscribe, en última instancia, un decisivo parámetro de nuestra vida democrática.

No obstante, a manera de una estimulante mirada, no podemos posponer o desatender la esencia de todo derecho humano, que se sustenta en la «genuina comprensión de alteridad». A partir de ello, se amplía la norma para enraizarla en su dimensión cultural.

Una lectura sobre la actualidad nos expone a una tendencia predominante al individualismo, la corporativización de los intereses, la fugacidad de las relaciones y una difuminación de los valores, las cuales parecen ahogarse en un único presente. En este panorama, resultan —singularmente— auspiciosos los criterios expresados en las Reglas de Brasilia, que tienen como finalidad orientar y enriquecer el accionar de los agentes judiciales a través de una indispensable interacción con nuevas perspectivas y matices.

Referencias

Asamblea General de la ONU (2018). Resolución n.º AG/RES. 2928. Promoción y protección de los Derechos Humanos. 5 de junio de 2018. Recuperado de http://aidef.org/wp-content/uploads/2018/06/AG-RES.-2928-XLVIII-O-18.pdf

Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (2008). *Manual de aplicación de las 100 Reglas de Brasilia en el ámbito de la defensa pública*. Buenos Aires: AIDEF. Recuperado de https://www.mpd.gov.ar/index.php/documentos-elaborados-por-aidef/2833-manual-de-aplicacion-de-las-100-reglas-aidef

Birgin, H. y Gherardi, N. (2008). El acceso a la justicia como un derecho humano fundamental: retos y oportunidades para mejorar el ejercicio de los derechos de las mujeres. En Etchegoyen, A. (coord.), *Mujer y acceso a la justicia.* Conferencia (pp. 87-106). Buenos Aires: El mono armado. Recuperado de http://www.jusformosa.gob.ar/escuela/violencia/MOD7-3-BibliografiaSugerida.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2006). Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas. Recuperado de http://www.cidh.org/countryrep/Defensores/defensoresindice.htm

_____ (2007). El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Recuperado de https://www.cidh.oas.org/countryrep/AccesoDESC07sp/Accesodesci-ii.sp.htm

Comité de Derechos Humanos (2007). Observación General n.º 32. Recuperado de http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2017/02/observacion-32.pdf

Consejo Permanente de la OEA (2008). Resolución n.º AG/RES 2426. 3 de junio de 2008. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/AGRES_2426.doc

_____ (2009). Resolución n.º CP/RES. 1728/09. 11 de noviembre de 2009. Recuperado de http://oas.org/consejo/sp/resoluciones/res963.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999). Opinión Consultiva n.º OC-16/99. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. San José: 1 de octubre de 1999. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf

_____ (2010). Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas. Recuperado de https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/CORTEASITENCIALEGAL.pdf

_____ (2011). Caso Contreras y otros vs. El Salvador. Bogotá: 31 de agosto de 2011. Recuperado de https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf

_____ (2019a). Caso Muelle Flores vs. Perú. San José: 6 de marzo de 2019. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf

_____ (2019b). Caso Rico vs. Argentina. Colombia: 2 de septiembre de 2019. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_383_esp.pdf
_____ (2019c). Caso Perrone y Preckel vs. Argentina. San José: 8 de octubre de 2019. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_385_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia de la Nación (2009). Acordada n.º 5/2009. Buenos Aires: 24 de febrero de 2009. Recuperado de https://www.mpba.gov.ar/files/documents/Reglas_Brasilia_Corte.pdf
_____ (2019). García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad. Buenos Aires: 26 de mayo de 2019. Recuperado de https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7511573&cache=1553633789039

Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales.* Madrid: Trotta.

Milanta, C. (2017). Proceso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires. En Botassi, A. y Cabral, O. (coords.), *Derecho administrativo: dominio público, responsabilidad estatal, procedimiento y proceso administrativo* (pp. 242-267). La Plata: Editorial de la Universidad Nacional de La Plata.

Ministerio de Justicia de España (2018). Asunto Arrózpide Sarasola y otros c. España. Estrasburgo: 23 de octubre de 2018. Recuperado de https://www.cde.ual.es/ficha/asunto-arrozpide-sarasola-y-otros-c-espana-demandas-nos-65101-16-y-otras-2/

Montoro, G. (27 de abril de 2017). El «edadismo» (La discriminación laboral invisible). *El Dial*. Recuperado de https://www.eldial.com/nuevo/suple-laboral_oe.asp?Edicion=27/04/2017

Reca, J. (2019a). Barreras condicionantes en el derecho humano a la salud. *Revista de la Facultad de Derecho de México, 69*(275-1), 389-414. Recuperado de http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/71167/63233

_____ (2019b). Leyes dormidas: el amparo como remedio eficaz en materia de derechos humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, *9*(1), 121-142. Recuperado de https://www.revistaidh.org/ojs/index.php/ridh/article/view/166/91

Reca, R. (2015). Solo el mar nos separa (texto de Pablo Reca en homenaje a Luis Ortega). Recuperado de https://beltrangambieryelicam.blogspot.com/2015/04/solo-el-mar-nos-separa-texto-de-pablo.html

Ribotta, S. (2012). Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia. *Revista Electrónica Iberoamericana, 6*(2), 1-37. Recuperado de https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_6_2012_2/REIB_06_02_04Ribotta.pdf

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires (2012). Ordenanza n.º 11840/12. Quilmes: 22 de mayo de 2012. Recuperado de http://www.anima.org.ar/wp-content/uploads/2016/05/Quilmes-Ord.11840-2012.pdf

_____ (2014). Causa n.º 114079. La Plata: 23 de abril de 2014. Recuperado de https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=113180

_____ (2019). Intendente de la Municipalidad de General San Martín C/ Provincia de Bs. As. S/ Inconst. Decr. 1289/19 y Art. 104 Ley n.º 15078. La Plata: 27 de noviembre de 2019. Recuperado de https://cijur.mpba.gov.ar/files/articles/1529/San_Martin_c._Pcia_Bs_As._Autonomia.pdf

Zambrano, S. (2016). El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva en relación con la seguridad ciudadana en Ecuador. *Tla-Melaua, 9*(39), 58-78. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-69162016000100058&lng=es&tlng=es

Los deberes del Estado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las Reglas de Brasilia en la protección de la niñez y la adolescencia[1]

María Fernanda Castro Mendoza
Corte Suprema de Justicia de Honduras
mfcastro@poderjudicial.gob.hn

1. Introducción

Como una frase esperanzadora, se dice que la niñez es el futuro de cada Estado, que para ella construimos o intentamos edificar mejores sociedades. Alrededor de esta visión, nuestras constituciones han establecido normas proteccionistas para la infancia[2]; y en el plano internacional, los Estados acordaron, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el reconocimiento a la infancia, el derecho a los cuidados y la asistencia especiales.

De igual forma, los gobiernos realizaron una Convención sobre los Derechos del Niño (1990), convencidos, al tenor de lo que expresa su preámbulo, de que:

> la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños, desde recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad (párr. 5).

1 Ponencia expuesta en el IV Encuentro Internacional de los Poderes Judiciales del Perú y Responsables Distritales del Programa de Acceso a la Justicia en tu Comunidad, celebrado en Cajamarca (Perú), en noviembre de 2017.

2 El artículo 111 de la Constitución de la República de Honduras establece que: «La familia, el matrimonio, la maternidad y la infancia están bajo la protección del Estado».

Asimismo, desde la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), estos reconocieron el derecho de protección a la maternidad y la infancia, que implica cuidados y ayuda especiales, siendo este el antecedente del «derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado» (art. 16), plasmado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

En torno a lo anterior, se han diseñado sistemas estatales y sociales paternalistas que desembocaron en la reducción o el desconocimiento de los derechos y la asunción del sujeto como «objeto» de protección, mejor que titular de derechos (Ramírez, 2013).

2. Niñez y adolescencia en situación vulnerable

Desde esa perspectiva, asumir a la niñez y la adolescencia como objeto de protección, más que titular de derechos, es lo que trajo como consecuencia que la edad comprendida en las citadas etapas —hoy en día— se encuentre como una de las agrupaciones de mayor vulnerabilidad. Así lo reconocen las Reglas de Brasilia sobre grupos vulnerables, elaboradas por la Cumbre Judicial Iberoamericana en el convencimiento de la democratización de la justicia, cuando se toma como punto de partida el principio de igualdad y no discriminación. De esta manera, es accesible a las personas sin distinción de ninguna clase. Además, como se afirma en su exposición de motivos:

> El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho (párr. 3).

Pero, al hablar de la niñez y la adolescencia, resulta trascendente preguntarnos ¿por qué son vulnerables? y ¿a qué lo son? Las respuestas a estas interrogantes se encuentran en la Regla 3, del capítulo I, de las Reglas de Brasilia:

> se considera en condición de vulnerabilidad a aquellas personas que por su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, presentan especiales dificultades para ejercer con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Y es que mientras una persona no se vea limitada en el ejercicio de sus derechos, la convivencia armónica, basada en la igualdad de todos los miembros de la sociedad, no requiere ni justifica intervención estatal alguna. Sin embargo, a pesar de que sus derechos están normativamente reconocidos, cuando una persona no puede ponerlos en práctica se hace necesaria la intervención del Estado a través del sistema de justicia, que debe ser garante, independiente e imparcial; además, este conoce el derecho y le brinda el contenido a su alcance en un caso concreto.

La categorización de la niñez y la adolescencia como grupo vulnerable pone en evidencia que —a nivel interno— ni el respeto a los derechos que les son reconocidos, ni el acceso a la justicia, en procura de su exigencia, tienen caminos lisos y llanos.

Dicho esto, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ha dedicado sus esfuerzos al planteamiento de casos donde se denuncia la vulneración del artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entiende que:

> Para interpretar las obligaciones del Estado en relación con los menores, además de las disposiciones de la Convención Americana, la Comisión considera importante acudir, por referencia, a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas con respecto a la protección de la niñez, entre las cuales cabría citar la Convención sobre los Derechos del Niño, y las diversas Declaraciones

> de las Naciones Unidas sobre el tema. Esta integración del sistema regional con el sistema universal de los derechos humanos, a los efectos de interpretar la Convención, encuentra su fundamento en el artículo 29 de la Convención Americana y en la práctica reiterada de la Corte y de la Comisión en esta materia (CIDH, 1999a, párr. 72).

En síntesis, para comprender el alcance de los deberes estatales hacia los niños se considera los dos primeros artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde se hace referencia a las obligaciones internacionales de los Estados sobre la protección de los derechos humanos. Lo anterior tiene un especial énfasis en el mencionado *corpus juris* de protección de derechos de la infancia vigente en la región (Beloff, 2014).

Además, los citados artículos tratan acerca de la función de los Estados con respecto a los derechos humanos, sin discriminación alguna. En esa línea, adoptan aquellas disposiciones de derecho interno que sean necesarias, a fin de hacer efectivos los derechos y las libertades que constituyen la base para la determinación de su responsabilidad internacional. A continuación, profundizaremos en el tema.

3. Deberes del Estado

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (1999b) entiende que de estas obligaciones generales también se derivan otras especiales, las cuales surgen de las particularidades del sujeto objeto de protección. Fue así que en la primera sentencia[3] en donde se trató el artículo 19 de la Convención Americana —referente como hemos dicho al derecho de todo niño a medidas de protección que requiere por parte de la familia, la sociedad y el Estado—, la organización sienta un precedente que contribuye a visualizar los derechos de los niños como derechos humanos. En ella se tomó en cuenta el abanico normativo internacional en materia de derechos humanos de la niñez; de igual

3 Se trata del Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala (Niños de la Calle) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

forma, resaltó el deber del Estado en adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de los niños. Es más, advierte que:

> merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación (CIDH, 1999b, párr. 196).

Cabe señalar que el citado artículo establece el derecho a la protección de la infancia por parte del Estado, la sociedad y la familia. Si bien se pensó originalmente como una responsabilidad de las naciones, este derecho es también una obligatoria vigilancia para la sociedad y la familia, estas últimas como instituciones fundamentales para el sistema estatal. Esto amplía la responsabilidad de un país, ya que tal y como lo refiere Beloff (2014):

> de acuerdo con lo señalado por la Corte IDH y como es sabido, la responsabilidad del Estado respecto de los derechos del niño no se limita a sus agentes, sino que se extiende a actos de terceros particulares también, en principio no atribuibles al Estado. Si bien como regla general son los Estados partes en la Convención Americana los que deben hacer respetar las normas de protección y asegurar la efectividad de los derechos consagrados respecto de toda persona, esas obligaciones del Estado se extienden más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, al tornarse una obligación positiva del Estado la de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos también en las relaciones inter-individuales y privadas, ámbitos en donde los derechos de los niños tienen una centralidad evidente (p. 453).

De manera complementaria, recordemos que, en materia de agotamiento de recursos para acceder al Sistema Interamericano, y previo a pronunciarse en un caso donde específicamente se analizaría el artículo 19 de la Convención Americana, la Corte Internacional de Derechos Humanos (1998) sostuvo que:

> se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención Americana no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes estatales a los cuales se atribuyen los hechos violatorios [de los derechos alegados] (párr. 91).

De igual forma, expresa que:

> la verdadera y plena protección de los niños significa que estos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño (CIDH, 2002, cap. X, párr. 8).

Esto da pie a que el mencionado artículo, a efecto de consolidar su verdadero significado y alcance, se relacione con otros apartados de dicha Convención.

Entre los principios del también llamado Pacto de San José, que la Corte Interamericana abordó conforme con los derechos de la niñez, que se derivan del citado precepto del mismo texto normativo, encontramos el derecho a la vida (art. 4) y a la integridad personal (art. 5).

Con respecto a ellos, la CIDH (1999b) manifestó que cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de vulnerabilidad, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, en un sentido positivo, en tanto aseguramiento de deberes de prestación, los priva de las mínimas condiciones de vida. Lo anterior coincide también con el preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño, en el que se les impide el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad; en otros casos, en sentido negativo, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y sus propias vidas.

En cuanto a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003) concluyó que la obligación estatal de respetar la vida y la integridad de las personas «presenta modalidades especiales en el caso de

los niños a partir de las normas sobre protección especial establecidas en la Convención Americana y la Convención sobre Derechos del Niño» (párr. 138).

El citado órgano judicial también tuvo que desarrollar en su jurisprudencia el significado y el alcance de las medidas de protección de la infancia a las que está obligado el Estado, desde la perspectiva de un debido proceso legal. En este sentido, el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se ha analizado en torno a los artículos relacionados con las garantías judiciales mínimas (art. 8) y la tutela judicial efectiva (art. 25).

Al respecto, en la Opinión Consultiva OC n.º 17/02, la CIDH (2002) expresa que:

> si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías (párr. 98).

Además, agrega que:

> es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que correspondan a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento (CIDH, 2002, párr. 96).

A partir de ello, la CIDH (2004) manifesta, por un lado, que:

> las garantías consagradas en el artículo 8 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse en los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de dicho tratado, de tal forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de niño (párr. 209).

Y, por otro lado, que toda actuación que afecte a los niños:

> debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad (CIDH, 2002, párr. 113).

Por tanto, a su vez, se considera hacer la salvedad de que:

> si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en que se encuentran los menores la adopción de medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías (CIDH, 2002, párr. 97).

Con ello, se observa que, de ser necesario, en los procesos judiciales, debe optarse por acciones de discriminación positiva a favor de la niñez.

4. Las Reglas de Brasilia en la protección de niños y adolescentes

Complementario a lo que el Sistema Interamericano desde su normativa y jurisprudencia ha establecido, las Reglas de Brasilia son una herramienta para indicar puntualmente las situaciones que requieren especial atención dentro del sistema de justicia. El objetivo es identificar las condiciones que afectan el derecho fundamental de acceso a la justicia, pese a esa situación de vulnerabilidad. Entre estas cláusulas, destaca la cultura jurídica que incluye la capacitación y la sensibilización de los operadores de justicia, quienes coadyuvan a la no revictimización y la utilización de la cámara de Gesell.

Así, el establecimiento de normas de priorización para la resolución de casos que refieran a grupos vulnerables, la actuación de equipos interdisciplinarios, conformados por profesionales de las distintas áreas para mejorar la respuesta del sistema judicial, y la reducción de

dificultades de comunicación garantizan que pueda comprenderse su alcance y significado. Lo anterior tiene un especial énfasis al tratarse de la participación de los niños, las niñas y los adolescentes en actos judiciales, donde se toma en cuenta la edad y el desarrollo integral. Por tanto, debe realizarse en una sala adecuada que faculte la comprensión, mediante el uso de un lenguaje sencillo que evite los «formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares» (Regla 78), y resguarde su imagen.

Finalmente, la Corte Interamericana (2004) también ha desarrollado lo que se denomina principio de justicia especializada al sostener que:

> los menores de 18 años a quienes se atribuye la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, solo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad (párr. 213).

De esta manera, justifica esta distinción como:

> una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relaciones con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquellos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal. En el mismo sentido, la Convención sobre Derechos del Niño contempla el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes (2004, párr. 210).

En relación con los procesos judiciales, la mencionada organización considera que los elementos de la jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley son:

> 1) en primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales; 2) en el caso de que un proceso judicial sea necesario, este Tribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso; 3) dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños; y 4) los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales (CIDH, 2004, párr. 211).

De lo anterior se desprende, y así lo ha expresado el máximo tribunal de justicia regional, la necesidad de órganos jurisdiccionales especializados, con procedimientos que tengan en consideración de manera adecuada la situación de los niños (CIDH, 2004). Asimismo, estos deben funcionar con operadores de justicia que cuenten con la formación necesaria para garantizar la protección especial como derecho de los niños, las niñas y los adolescentes en conflicto con la ley, como los verdaderos titulares de derechos que son.

5. Conclusiones

En suma, para el goce del derecho al acceso a la justicia de los niños, las niñas y los adolescentes, así como de otras personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad, los Estados tienen que cumplir las obligaciones contraídas en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Las medidas, relativas al respeto de los derechos humanos y que aseguran su ejercicio (art. 1), son necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención (art. 2). Asimismo, en cooperación con los órganos internacionales que los controlan (art. 41), se

encuentran en otros textos internacionales como las Reglas de Brasilia, las cuales son una herramienta sumamente útil para diseñar e implementar políticas públicas, en materia del derecho fundamental al acceso a la justicia. Esto es, dar respuesta oportuna a determinados obstáculos que se presentan en una comunidad en condición de vulnerabilidad, como aquella en la que se encuentran las niñas, los niños y adolescentes.

Mayor trascendencia surge, sobre todo, cuando el ámbito en donde se produce es el sistema de justicia, encargado de dirimir, de una manera imparcial e independiente, los conflictos que se suscitan entre quienes integran una sociedad, y de cuya eficacia en el pleno reconocimiento de los derechos humanos que le son inherentes a los usuarios, pende la confianza institucional, tan importante para la paz social.

Referencias

Beloff, M. (2014). Artículo 19. Derechos del Niño. En Steiner, C. y Uribe, P. (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada* (pp. 455-469). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998). Caso de la «Panel blanca» (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. San José: 8 de marzo de 1998. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_37_esp.pdf

_____ (1999a). Informe n.º 41/99. Caso n.º 11491. Menores detenidos contra Honduras. Washington, D. C.: 10 de marzo de 1999. Recuperado de http://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/Honduras11.491. htm

_____ (1999b). Caso de los «Niños de la Calle» (Villagarán Morales y otros) vs. Guatemala. San José: 19 de noviembre de 1999. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf

_____ (2002). Opinión Consultiva OC n.º 17/02. San José: 28 de agosto de 2002. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

_____ (2003). Caso Bulacio vs. Argentina. 18 de septiembre de 2003. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf

_____ (2004). Caso «Instituto de Reeducación del Menor» vs. Paraguay. 2 de septiembre de 2004. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf

Ramírez, S. (2013). Los «vulnerables» ante la jurisdicción interamericana de Derechos Humanos. *Revista brasileira de ciências criminais*, (105), 225-246.

Proteger e integrar a los niños vulnerables a través de la música: la experiencia del Conservatorio del Valle de Juruá

Hugo Barbosa Torquato Ferreira
Tribunal del Estado de Acre, Brasil
hugo.torquato@tjac.jus.br

Iverson Rodrigo Monteiro Cerqueira Bueno
Ministerio Público de Acre, Brasil
ibueno@mpac.jus.br

1. Introducción

La estructuración normativa de la función social de una determinada entidad pública consiste en el establecimiento de directrices destinadas a permitir la igualdad entre las personas; y, por consiguiente, el fomento de la solidaridad y la protección de la dignidad[1].

En la antigüedad, la noción de dignidad estaba relacionada con la posición social ocupada por el individuo y el reconocimiento social alcanzado. No obstante, a partir de los sofistas[2], y más tarde de los estoicos, se comenzó a concebir un ideal innato.

1 En esa línea, Rachel Dorneles (2004) aclara que «a função social, no âmbito do direito, consiste no estabelecimento de diretrizes pelo ordenamento público destinadas a limitar os institutos individualistas e, em contrapartida, viabilizar a efetivação de real igualdade entre as pessoas, não só formal, mas também material, ou, pelo menos, diminuir as desigualdades entre classes, permitindo às pessoas viverem com um mínimo de dignidade, garantindo, concomitantemente, a edificação de uma sociedade livre, justa e solidária, e a partir daí permitindo se alcance o desenvolvimento nacional, o que não beneficia só a uma classe —por mais necessitada que seja— mas a sociedade como um todo» (p. 29).

2 El reflejo de Alquidam es muy relevante, para quien la naturaleza «hizo a todos los hombres iguales en dignidad y derechos, fue la ley de la ciudad la que consideró a algunas personas como dueños y otras como esclavos».

En el siglo XV, Giovanni Pico della Mirandola (2012), en una postura antropocentrista, típica del periodo renacentista, reforzó la valorización del hombre[3], que encontró apoyo, en el siglo XVIII, particularmente en las conclusiones de Immanuel Kant (1995), para quien el hombre «como todo ser racional existe como fin en sí mismo, no solamente como medio para el uso arbitrario de esta o aquella voluntad» (p. 68)[4].

3 «Ó Asclépio, que portento de milagre é o homem! [...] é o mensageiro da criação, o parente de seres superiores, o rei das criaturas inferiores, o intérprete da natureza inteira pela agudeza dos sentidos, pela inquirição da mente e pela luz do intelecto; [...]. Decretou o ótimo Artífice que àquele ao qual nada de próprio pudera dar, tivesse como privativo tudo quanto fora partilhado por cada um dos demais. Tomou então o homem, essa obra de tipo indefinido e, tendo-o colocado no centro do universo, falou lhe nestes termos: A ti, ó Adão, não te temos dado nem uma sede determinada [...] As outras criaturas já foram prefixadas em sua constituição pelas leis por nós estatuídas. Tu, porém, não estás coarctado por amarra nenhuma. Antes, pela decisão do arbítrio, em cujas mãos depositei, hás de predeterminar a tua compleição pessoal. Eu te coloquei no centro do mundo, a fim de poderes inspecionar, daí, de todos os lados, da maneira mais cômoda, tudo que existe. Não te fizemos nem celeste nem terreno, mortal ou imortal, de modo que assim, tu por ti mesmo qual modelador e escultor da própria imagem segundo tua preferência e, por conseguinte, para tua glória possas retratar a forma que gostarias de ostentar [...]. Ó suprema liberalidade de Deus Pai, ó suma e maravilhosa beatitude do homem! A ele foi dado possuir o que escolhesse; ser o que quisesse» (2012, pp. 37-40).

4 Asimismo, el filósofo alemán agrega que «A vontade é concebida como a faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis. E uma tal faculdade só se pode encontrar em seres racionais. Ora aquilo que serve à vontade de princípio objetivo da sua autodeterminação é o fim (Zweck), e este, se é dado pela só razão, tem de ser válido igualmente para todos os seres racionais. [...] o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas acções é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio e é um objecto do respeito» (Kant, 1995, pp. 67-68).

Sin embargo, en el siglo XX, la dignidad humana llegó a tener una previsión normativa, como en la Constitución de Weimar (1919)[5], la Constitución portuguesa (1933)[6] y la Constitución irlandesa (1937)[7].

Después de la Segunda Guerra Mundial, varias otras constituciones comenzaron a abordar la protección de la dignidad humana, especialmente después de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)[8].

---

5 En la Constitución alemana se menciona lo siguiente:
Fünfter Abschnitt. Das Wirtschaftsleben.
Artikel 151. Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen zu sichern.

6 **Artigo 6**
Incumbe ao Estado:
Zelar pela melhoria de condições das classes sociais mais desfavorecidas, obstando a que aquelas desçam abaixo do mínimo de existência humanamente suficiente (párr. 3).

7 Preamble
In the Name of the Most Holy Trinity, from Whom is all authority and to Whom, as our final end, all actions both of men and States must be referred, We, the people of Éire, Humbly acknowledging all our obligations to our Divine Lord, Jesus Christ, Who sustained our fathers through centuries of trial, Gratefully remembering their heroic and unremitting struggle to regain the rightful independence of our Nation, And seeking to promote the common good, with due observance of Prudence, Justice and Charity, so that the dignity and freedom of the individual may be assured, true social order attained, the unity of our country restored, and concord established with other nations, Do hereby adopt, enact, and give to ourselves this Constitution.

8 Préambulo
Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.
Artículo 1
Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.
Artículo 22
Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

En Brasil, la dignidad de la persona humana es uno de los cinco fundamentos de la República, como se expresa en el primer artículo del texto constitucional[9]. Por lo tanto, es un principio que guía toda la estructura del Estado, incluidos los jueces y los fiscales.

En el sistema brasileño, los magistrados judiciales son elegidos por licitación pública y nombramiento. En cualquier caso, están garantizados para ejercer su cargo público de manera permanente[10], aspecto que los hace responsables no solo de la aplicación de la ley, sino también de la preservación a largo plazo de la estabilidad del régimen y el desarrollo social. Por consiguiente, actúan como agentes políticos no partidistas; además, deben estar absolutamente atentos a las transformaciones y las necesidades de la sociedad[11].

Artículo 23

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

9 **Artigo 1.** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania;
II - a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V - o pluralismo político.

10 **Artigo 95.** Os juízes gozam das seguintes garantias:
I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

11 Oriana Piske (2010) defiende que «o juiz, como agente político (não partidário), deve estar atento às transformações do mundo moderno, ao aplicar o Direito, valorando os aspectos sociais, políticos e econômicos dos fatos que lhe são submetidos» (p. 43).

En ese orden de ideas, se asigna un papel similar al Ministerio Público en el ámbito legal brasileño. Sus miembros disfrutan de las mismas garantías que el Poder Judicial. Por ello, y por determinación constitucional, están obligados a asegurar los intereses sociales e individuales no disponibles[12].

A diferencia de estos organismos, la función normativa básica de las Fuerzas Armadas es la defensa de la patria[13]. Sin embargo, como alternativa, son responsables de la cooperación en el progreso nacional[14]. En su contexto tradicional de relaciones de paz con otros pueblos, el ejército brasileño es conocido internamente por el lema «brazo fuerte, mano amiga» y ha participado en importantes iniciativas de asistencia social y desarrollo.

2. La posibilidad legal de donar montos incautados en procesos penales a proyectos sociales en el sistema brasileño

Desde 2012, la ley brasileña tiene reglas muy completas con respecto a la asignación a proyectos sociales de cantidades incautadas por orden judicial. Se trata de valores derivados de movimientos financieros de origen criminal o montos pagados como multa impuesta en una condena penal. Dicho dinero, según la Resolución n.º 154/2012, cuando no está destinado a la víctima o sus dependientes, debe ser utilizado

12 **Artigo 127.** O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

13 **Artigo 142.** As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

14 Lei Complementar n.º 97/99
Artigo 16. Cabe às Forças Armadas, como atribuição subsidiária geral, cooperar com o desenvolvimento nacional e a defesa civil, na forma determinada pelo Presidente da República.

por entidades con fines sociales o para actividades esenciales relacionadas a la seguridad pública, la educación y la salud, particularmente que aborden áreas de naturaleza social relevante (art. 2)[15].

El análisis de los programas a contemplar será una responsabilidad del juez de la unidad judicial correspondiente, quien ejecuta la sanción o la medida alternativa[16]. Así, este sistema ha estimulado el desarrollo de iniciativas útiles y creativas en todo el país; asimismo, mantiene al Poder Judicial consciente de las necesidades sociales y la amplitud de su capacidad de intervenir en la realización de planes altamente relevantes.

En ese sentido, los recursos financieros manejados son expresivos, rigurosamente supervisados y han proporcionado resultados sorprendentes.

Entre miles de proyectos importantes totalmente financiados con fondos asignados por la entidad judicial, resaltan las construcciones del Hospital Psiquiátrico en la ciudad de Campo Grande (Mato Grosso do Sul), el Centro de Detención Provisional de Apodi (Río Grande do Norte) y una reestructuración de la prisión de Jason Soares Albergaria en São Joaquim de Bicas (Minas Gerais). También se hizo la edificación de la unidad APAC en Varginha (Minas Gerais), una agencia de salud para transfusiones de sangre en la ciudad de Iúna (Espírito Santo) y

15 De acuerdo con la Resolución CNJ n.º 154/2012, se manifiesta que «Os valores depositados, referidos no art. 1, quando não destinados à vitima ou aos seus dependentes, serão, preferencialmente, destinados à entidade pública ou privada com finalidade social, previamente conveniada, ou para atividades de caráter essencial à segurança pública, educação e saúde, desde que estas atendam às áreas vitais de relevante cunho social, a critério da unidade gestora» (art. 2).

16 Según la Resolución CNJ n.º 154/2012, se tiene que «Adotar como política institucional do Poder Judiciário, na execução da pena de prestação pecuniária, o recolhimento dos valores pagos em conta judicial vinculada à unidade gestora, com movimentação apenas por meio de alvará judicial, vedado o recolhimento em cartório ou secretaria.

Parágrafo único. A unidade gestora, assim entendida o juízo da execução da pena ou medida alternativa de prestação pecuniária, deverá encaminhar para a instituição financeira estadual ou federal, os dados do processo – número da autuação, comarca, vara e nome do réu – para depósito judicial, que será feito pelo apenado, na forma e periodicidade fixada na sentença, se mais de uma prestação, e cujos valores somente poderão ser movimentados por alvará judicial» (art. 1).

una nueva obra en el Centro Integrado de Operaciones de Seguridad Pública (CIOSP), incluye monitoreo concurrente de cámaras públicas y detenidos del régimen semiabierto en Cruzeiro do Sul.

3. La realidad socioeconómica actual del norte de Brasil

La región norte es la más grande de las cinco regiones brasileñas y ocupa más del 40 % del territorio nacional, con una extensión similar a la de la Unión Europea. En adición, tiene el segundo índice de desarrollo humano (IDH) más bajo en Brasil, solo por detrás del sector noreste.

Asimismo, se encuentra en la región geoeconómica de la Amazonía, que solo después de la Segunda Guerra Mundial se convirtió en parte del proceso de desarrollo nacional, cuyo asentamiento tuvo la contribución de la creación del Instituto Nacional de Investigación del Amazonas (INPA), la Superintendencia de Desarrollo del Amazonas (SUDAM) y la Zona Libre de Manaus.

El producto interno bruto (PIB) de la región norte representa un poco más del 5 %. Por otro lado, las tasas de fertilidad (hijos por mujer) son las más altas del país.

Seis de los siete Estados del norte limitan con otros países. En ausencia de políticas eficientes de integración internacional, se originan problemas con la delincuencia transnacional, con una parte importante de sus jóvenes cooptados por organizaciones criminales.

En este escenario, los desafíos para reducir la propagación de cometer delitos y crear alternativas sostenibles para el futuro de la juventud son inmensos.

3.1. La situación de la ciudad Cruzeiro do Sul

De otro lado, Cruzeiro do Sul, en el Estado de Acre, cubre parte del área del Parque Nacional Serra do Divisor. Además, está ubicada en la parte occidental de la selva amazónica y habitada por varias aldeas indígenas. Se caracteriza por su gran biodiversidad, pero carente de desarrollo económico y sin perspectivas de creación de empleo a corto y mediano plazo. Es la segunda ciudad más grande del Estado de

Acre, en el extremo oeste de Brasil, y actualmente cuenta con más de 100 000 habitantes que abarcan ciudades vecinas a las que solo se puede acceder en barco o avioneta.

Cruzeiro do Sul sigue siendo parte de una de las principales rutas utilizadas por los narcotraficantes. Durante algunos años, se ha visto perjudicada por la acción de organizaciones criminales que operan internacionalmente. Esta situación trae como consecuencia constantes asesinatos por la disputa de territorios y la facilidad de la entrada de drogas en Brasil, debido a la complejidad de la selva amazónica y la ausencia de una política pública eficiente para la protección fronteriza.

La continua afluencia de narcóticos ha llevado a un aumento significativo de los usuarios de sustancias indebidas en el lugar, especialmente en los adolescentes, quienes son más vulnerables a pertenecer a organizaciones criminales.

En esa línea, el trabajo desarrollado por el Conservatorio Musical de Valle de Juruá, además de ayudar y retirar a estos niños de las calles, permite su educación cultural, musical y profesional, así como también inculca principios importantes como la jerarquía, la disciplina y el trabajo grupal.

4. La experiencia de Cruzeiro do Sul y los resultados obtenidos con la musicalización de los niños

El objetivo de la creación del Conservatorio de Música de Cruzeiro do Sul fue introducir a los niños y los adolescentes necesitados al mundo de la música de manera relajada y agradable, mediante la ejecución de un programa de educación musical que promueva la formación, la construcción de la ciudadanía, el rescate de los valores culturales, el descubrimiento del talento y la profesionalización. Asimismo, busca integrar la música en el proceso interdisciplinario para reducir las diferencias; además, contribuye a la inclusión social de los niños y los adolescentes de la comunidad Cruzeiro do Sul, Acre.

A través del contacto con la música, los estudiantes aprenden a vivir mejor con los demás, establecen un diálogo más armonioso y

fomentan las relaciones interpersonales. En ese sentido, desarrollan un sentido de colaboración y respeto mutuo. La música hace posible trabajar con contenido y conceptos de una manera lúdica, agudizando el uso de la imaginación por la fantasía. De esta manera, el proceso de aprendizaje es más agradable y natural.

También es bien sabido que el estudio de esta disciplina estimula áreas del cerebro no desenvueltas por otros medios, como la escritura y el lenguaje oral. Por tanto, labora en cualidades como la sensibilidad, la concentración y la memoria; en ese aspecto, aporta beneficios al proceso de aprendizaje, así como al pensamiento matemático.

La metodología es llevada a cabo por la Fiscalía del Estado de Acre y el Ejército de Brasil, y perfeccionada por la Sociedad Eunice Weaver de Cruzeiro do Sul —«Educandário»— y el Poder Judicial de Acre, con la intervención del fiscal Iverson Bueno como coordinador.

Cada uno de los socios ejecuta acciones relacionadas con las metas y los objetivos propuestos en el proyecto. Sumado a ello, las entidades tienen personas y trabajos vinculados con el tema de la música, que promociona, a su vez, la sostenibilidad del mismo.

El Conservatorio Musical también cuenta con el inestimable apoyo del Poder Legislativo, la Prefectura Municipal y varios empresarios de la región.

Unos 400 niños y adolescentes se benefician directamente de este programa, pues participan en la orquesta, el coro, las conferencias (aprendizaje musical y lectura de partituras) y las prácticas. Aunque la institución ha estado operando por menos de tres años, los infantes que la integran ya realizan óperas en inglés y latín.

En la actualidad, el coro está conformado por alrededor de 100 niños y adolescentes, entre ellos, el 70 % representa a las mujeres, un porcentaje que ayuda a la valorización y el reforzamiento de la percepción de la importancia social del sector femenino.

Los objetivos generales son:

- Permitir mecanismos para que nuestros jóvenes amplíen su conocimiento del mundo, desarrollando la sensibilidad y la creatividad a través del contacto con el lenguaje artístico-musical.

- Formación del carácter del ciudadano, capaz de contribuir activamente a los cambios socioculturales necesarios para la construcción de una sociedad ética e intelectualmente digna.
- Estructuración de la Orquesta Sinfónica del Estado de Acre, culturalmente ecléctica, con la unión de varios instrumentos musicales, incluidos los indígenas, y promoviendo las culturas mixtas como una forma de reducir los prejuicios e incentivar el intercambio de conocimientos.

De manera específica, se encargan de:

- Introducir música, primero a través de la teoría musical y luego con sus instrumentos.
- Mejorar la cultura y el arte musical.
- Guiar sobre la idoneidad y el uso de instrumentos musicales.
- Proporcionar desarrollo de conocimiento.
- Estimular el desarrollo de concentración, atención y memoria.
- Proporcionar a los estudiantes conocimiento personal, disciplina, dedicación, sensibilidad, trabajo en equipo, respeto y compañía.
- Crear oportunidades culturales para los estudiantes, reduciendo su tiempo de inactividad.
- Desarrollar la autoestima y la autoconfianza de los estudiantes, desencadenada por el desarrollo de su capacidad para leer partituras y tocar instrumentos musicales.
- Mantener a los niños y los adolescentes alejados de las actividades delictivas.
- Animar a los niños y los adolescentes a permanecer en la escuela y mejorar su rendimiento escolar.
- Reducir la violencia doméstica en los hogares de niños y adolescentes, a través de la mediación de conflictos y la armonía familiar, y también alienta a los padres a controlar la educación de sus hijos.
- Fomentar la igualdad de género y étnica, fortalecer el coro de niñas en busca de respeto e inclusión social, así como valorar a los niños indígenas que forman parte del Conservatorio Musical.

- Califica profesionalmente a niños y adolescentes, dándoles la opción de trabajar como músicos en el futuro.
- Inculcar en niños y adolescentes la importancia de respetar a sus mayores, maestros y padres, en la búsqueda de una mejor relación interpersonal para su futuro éxito profesional.

5. Conclusiones

La creación del Conservatorio Musical fue el resultado de la unión de los esfuerzos de importantes órganos de la estructura estatal brasileña, que ayudaron a los niños y los adolescentes del proyecto a tener contacto con las más variadas facetas de la jerarquía gubernamental.

Como parte de sus presentaciones ante la Presidencia de la República, el Tribunal Supremo, el Comando General del Ejército, el Consejo Nacional del Servicio de Fiscalía, la Oficina del Fiscal General, la Asamblea Legislativa y el Tribunal de Justicia, a nuestros jóvenes se les ha enseñado cómo interactuar con estructuras de poder y cómo utilizar los servicios públicos en general.

Referencias

Congreso Nacional de Brasil (1999). Lei Complementar n.º 97/99. Brasilia: 9 de junio de 1999. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp97.htm

Consejo Nacional de Justicia (2012). Resolução n.º 154. Brasilia: 13 de agosto de 2012. Recuperado de https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/58

Dorneles, R. (2004). A função social dos contratos e o novo Código Civil. *Revista Direito*. *Santa Cruz do Sul*, (21), 27-46.

Kant, I. (1995). *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70.

Pico della Mirandola, G. (2012). *A dignidade do homem*. São Paulo: Escala.

Piske, O. (2010). A função social da magistratura na contemporaneidade. Revista CEJ, Brasília, *14*(49), 42-50.

La edad como factor de vulnerabilidad

Percy Milton Valencia Carrera
Poder Judicial del Perú
percyvalcar@hotmail.com

1. Introducción

Según la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la cifra contemporánea de personas de sesenta años a más es de aproximadamente 900 millones en el mundo. Esta cantidad podría aumentar a 1400 millones hacia el año 2030 (Comisión Económica para América Latina y El Caribe, 2016).

Este factor etario dio lugar, desde hace un buen tiempo atrás, a una serie de reacciones de las autoridades de diversos países, quienes se comprometen a dotar a este segmento poblacional de los resguardos y las políticas que contribuyan a su bienestar.

2. Instrumentos internacionales sobre el envejecimiento

2.1. De carácter general

La andadura regulatoria respecto de esta temática inició con el Plan de Acción Internacional de Viena sobre Envejecimiento (1982), aprobado en la Asamblea Mundial de Envejecimiento, realizada entre el 26 de julio y el 6 de agosto en Viena (Austria). En él, se procuró fomentar la comprensión de las consecuencias económicas, sociales y culturales que el envejecimiento de la población presenta en el proceso de desarrollo; promover las cuestiones humanitarias y de desarrollo

relacionadas con el envejecimiento; proponer políticas y programas orientados a la acción y destinados a garantizar la seguridad social y económica a las personas de la tercera edad. Asimismo, se consideró brindarles oportunidades para que compartan sus beneficios; presentar alternativas y opciones de política que sean compatibles con los valores y las metas nacionales, y con los principios reconocidos internacionalmente acerca de este tema. En función de ello, alentar la enseñanza, la capacitación y la investigación, las cuales respondan adecuadamente al envejecimiento de la población mundial y a difundir el intercambio internacional de aptitudes y conocimiento.

Años más tarde, en 1991, la ONU proclamó los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad, que tuvo como ejes rectores los ideales de independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad.

Con respecto al primero, se sostiene que las personas tendrán acceso a las necesidades básicas (alimentación, agua, vivienda, vestimenta y atención de salud adecuados, mediante ingresos, apoyo de sus familias y de la comunidad y su propia autosuficiencia). Además, contarán con la oportunidad de trabajar u obtener otras posibilidades de ingresos. También incentiva la participación en la decisión de dejar de desempeñar sus actividades laborales; acceso a programas educativos y de formación adecuados; vivir en entornos seguros y adaptables a sus preferencias personales y a sus capacidades en continuo cambio; y residir en su propio domicilio por tanto tiempo como sea posible.

El segundo consiste en crear una red integrada por sujetos mayores de 70 años, a fin de colaborar activamente en la formulación y la aplicación de las políticas que afecten directamente a su bienestar. En esa línea, compartir sus conocimientos y habilidades con las generaciones más jóvenes; prestar servicio a la comunidad, ya sea como voluntarios en puestos apropiados a sus intereses y capacidades; y formar movimientos o asociaciones de ciudadanos de edad avanzada.

El tercero tiene como finalidad «disfrutar de los cuidados y la protección de la familia y la comunidad de conformidad con el sistema de valores culturales de cada sociedad»; acceder a servicios de atención

de salud para recuperar un nivel óptimo de bienestar físico, mental y emocional, así como prevenir o retrasar la aparición de una enfermedad. A ello se añade que los servicios sociales y jurídicos aseguren mayor autonomía, protección y cuidado; mientras que los medios apropiados de atención institucional les proporcionen protección, rehabilitación y estímulo social y mental en un entorno humano y seguro; gozar de sus derechos humanos y libertades fundamentales en hogares o instituciones donde se les brinden tratamientos, con pleno respeto de su dignidad, creencias, necesidades e intimidad.

El penúltimo propone aprovechar las oportunidades para mejorar sus habilidades, mediante recursos educativos, culturales, espirituales y recreativos de la sociedad. Finalmente, la dignidad refuerza la idea de vivir con seguridad y verse libres de explotaciones y malos tratos físicos o mentales. En suma, «recibir un trato digno, independientemente de la edad, sexo, raza o procedencia étnica, discapacidad u otras condiciones, y han de ser valoradas independientemente de su contribución económica» (ONU, 1991, párr. 18).

En 1992, la Asamblea General de las Naciones Unidas emitió la Proclamación sobre el Envejecimiento, en donde se expresó que «[las personas mayores] contribuyen a las sociedades y no son una carga para ellas» (s. p.).

A través de la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2002), los Estados se comprometieron a «llevar a cabo la tarea de incorporar eficazmente el envejecimiento en las estrategias, políticas y acciones socioeconómicas, teniendo presente que las políticas concretas variarán en función de las condiciones de cada país» (art. 8). Esta propuesta se examina cada cinco años y la CEPAL es el organismo encargado de su seguimiento y evaluación en esta región, siendo este el primer documento de *soft law* referido al acceso a la justicia.

Sin perjuicio de ello, mediante observaciones generales, recomendaciones generales o informes de relatores especiales del sistema universal de protección de los derechos humanos, se ha abordado la situación de los derechos de los ciudadanos de tercera edad.

2.2. De carácter regional

2.2.1. África

El 31 de enero de 2016, en Adís Abeba (Etiopía), se adoptó el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los derechos de los adultos de la tercera edad, el mismo que otorga una protección especial para ellos. Así sostiene que «Los ancianos y los minusválidos también tendrán derecho a medidas especiales de protección adecuadas a sus necesidades físicas o morales» (art. 18.4).

2.2.2. Europa

El Sistema Europeo de Derechos Humanos no cuenta con un instrumento jurídico específico que proteja de manera diferenciada a los de la tercera edad; sin embargo, la Carta Social Europea (1999) establece el derecho de ellos a la protección social, a través de las siguientes propuestas:

> permitir que las personas de edad avanzada sigan siendo miembros plenos de la sociedad durante el mayor tiempo posible mediante:
> a) recursos suficientes que les permitan llevar una vida digna y participar activamente en la vida pública, social y cultural;
> b) la difusión de información sobre servicios y facilidades a disposición de las personas de edad avanzada, y las posibilidades que estas tienen de hacer uso de ellos;
>
> a permitir a las personas de edad avanzada elegir libremente su estilo de vida y llevar una existencia independiente en su entorno habitual mientras lo deseen y les sea posible hacerlo mediante:
> a) la disponibilidad de viviendas adaptadas a sus necesidades y a su estado de salud o de ayudas adecuadas para la adaptación de su vivienda;
> b) la asistencia sanitaria y los servicios que requiera su estado, a garantizar a las personas de edad avanzada que vivan en instituciones la asistencia apropiada, respetando su vida privada, y la participación en las decisiones que afecten a sus condiciones de vida en la institución (art. 23).

2.2.3. América

En 2012, se aprobó, en Costa Rica, la Carta de San José sobre los derechos de las personas adultas mayores de América Latina y el Caribe, que constituye la hoja de ruta regional respecto del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2002), antes mencionado.

Asimismo, el 15 de junio de 2015, se adoptó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que ha sido suscrita, ratificada y adherida por Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador y Uruguay, encontrándose vigente desde el 11 de enero de 2017, la misma que, en su apartado de acceso a la justicia, expresa que «Los Estados Parte se comprometen a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales» (art. 31).

3. Acceso a la justicia

De acuerdo con Rosana Feliciotti (2017), el acceso a la justicia es un derecho humano fundamental que se encuentra íntimamente relacionado con el derecho de defensa. En esa línea, surge como consecuencia de la existencia de barreras geográficas; la falta de información como la escasez de recursos humanos y capacitación; actitudinales, por las que se realizan talleres de sensibilización; comunicacional y, por ello, la existencia de intérpretes, el suministro de información oral y escrita, los formatos de comunicación alternativa como lenguaje de señas y Braille.

4. Legislación sobre el envejecimiento y su acceso a la justicia en el Perú

Una primera facilitación al problema del envejecimiento lo encontramos en nuestro país en el tratamiento fiscal contenido en el artículo 19

del Decreto Legislativo n.º 776, Ley de Tributación Municipal, relacionado con la deducción de la base imponible del impuesto predial a la persona adulta mayor no pensionista propietaria de un solo predio, a nombre propio o de la sociedad conyugal, que esté destinado a vivienda de estos, y cuyos ingresos brutos no excedan de una UIT. No obstante, con la promulgación de la Ley n.º 30490 sobre la persona adulta mayor —que se estableció desde los 60 a más años de edad—, se aborda de manera integral este tema, con basamento en la promoción y la protección de los derechos del adulto mayor, como su seguridad física, económica y social, también familiar y comunitaria y la atención de su salud.

Así, a través del artículo 4 del Decreto Legislativo n.º 1310 (de medidas adicionales de simplificación administrativa), sustituido por el artículo 4 del Decreto Legislativo n.º 1417, se reguló la designación de apoyos (persona natural que facilita la manifestación de la voluntad de la persona adulta mayor, que incluye la comunicación, la comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, la manifestación y la interpretación de la voluntad; y la administración de dinero); salvaguardias (mecanismos que garantizan el respeto de la voluntad y las preferencias de la persona adulta mayor para asegurar el uso adecuado en su beneficio) para el cobro de pensiones; devolución de aportes económicos o subvenciones de programas nacionales de asistencia no contributivos (aunque condiciona a que el adulto mayor no pueda manifestar su voluntad, aun después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes; y prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables). Sin embargo, el objeto de nuestro tema se encuentra en la Ley n.º 304890, particularmente en el inciso ñ de su artículo 5.1, que estableció como uno de sus derechos el acceso a la justicia.

En sintonía con estos mecanismos facilitadores del acceso a la justicia, en fecha reciente se aprobó la Ley n.º 30927, que faculta a la Oficina de Normalización Previsional para establecer salidas alternativas al conflicto judicial en el régimen pensionario del Decreto Legislativo n.º 19990. Para ello, regula una serie de criterios de solución extrajudicial. Además, mediante la Ley n.º 30939, se dictaminó el Régimen Especial de Jubilación Anticipada para Desempleados en el Sistema

Privado de Pensiones, que ordenó una edad mínima para obtener dicho beneficio, en el caso de los varones es de cincuenta y cinco años, mientras que en el de las mujeres es a partir de los cincuenta.

5. Legislación comparada relacionada con el envejecimiento y su acceso a la justicia

La Ley n.º 27260 (del 29 de junio de 2016), expedida por el Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en el Congreso, crea el Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados, con el objetivo de implementar acuerdos que permitan reajustar los haberes y cancelar las deudas previsionales; los mismos que se celebrarán con un proceso iniciado, con o sin sentencia firme, y también en los que no hubiera empezado, aunque tendrán que ser homologados judicialmente. Para ello, se declara la emergencia en materia de litigiosidad previsional por tres años, desde la promulgación de la referida ley.

6. El envejecimiento y las Reglas de Brasilia (acceso a la justicia)

Las Reglas de Brasilia, con el carácter de básicas, fueron dadas en la XIV de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en desarrollo de los principios recogidos en la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (2002), específicamente los que se incluyen en la parte titulada «Una justicia que protege a los más débiles» (apartados del 23 hasta el 34), la cual fue diseñada en función de identificar grupos de vulnerabilidad.

Con respecto a las Reglas de Brasilia, Claudio Nash (2011) menciona que:

> [son] normas que concretan un derecho ampliamente consagrado, que han sido dictadas por los órganos destinatarios de dicha obligación y que suponen una de las formas más directas de dar efectividad a dicho

> derecho. En efecto, son los mismos órganos capaces de comprometer la responsabilidad del Estado los que acuerdan la adopción de pautas para la adecuada aplicación del derecho de acceso a la justicia respecto de un segmento específico de sus titulares: las personas en condiciones de vulnerabilidad (p. 10).

En esa línea, conforme a su actualización realizada en la XIX Cumbre Judicial Iberoamericana (Ecuador), en 2018, se dispone que:

> el envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades atendiendo a sus capacidades funcionales y/o barreras producto del entorno económico y social, para ejercitar sus derechos ante en el sistema de justicia con pleno respeto a su dignidad (Regla 6).

En tal sentido, nos interesa averiguar cómo se han implementado estas reglas en la región y en el Perú. Además, cómo se debe afrontar esta problemática a nivel judicial, por lo que resulta pertinente, en cuanto a este extremo, recurrir a la jurisprudencia.

7. Implementación de las Reglas de Brasilia en la región

En cuanto al objeto de la presente exposición, Carolina Villadiego Burbano y Marcela Arroyave Sandino (2014), en el Informe de Seguimiento de las Reglas de Brasilia, en el acápite D, sobre adultos mayores, realizado ante la Asamblea Plenaria de la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana, indicaron los avances elaborados por algunos de los países de la región en cuanto al acceso a la justicia para ellos, particularmente en el rubro de las medidas de organización y la gestión judicial de otorgamiento de trato específico.

Lo anterior se observa en Brasil con la política de prioridad en el trámite judicial, por petición de parte y los programas de visitas a tribunales para conocer sus funciones y su desenvolvimiento. Por su parte, en Chile, encontramos el establecimiento de metas de gestión, las cuales incluyen charlas en hogares de ancianos, centros del adulto

mayor y tribunales para la concientización de sus derechos. Por otro lado, en Costa Rica, se realiza la fundación de una Subcomisión de Acceso a la Justicia de la población adulta mayor; además, la creación de un carné de atención, las alertas en los sistemas de denuncias y de gestión judiciales, la habilitación de una página web con información específica sobre el tema y la atención *in situ* de algunos problemas relacionados con al acceso a la justicia de esta comunidad. Mientras tanto, en Cuba, se implementa una política judicial consistente en la adecuación de la pena para la persona adulta mayor condenada. También, en El Salvador, se ejecutan los centros integrados en los juzgados para orientación; la revisión de condenas; la creación de un casillero y una carátula especial en los expedientes y la atención de la salud de las personas privadas de libertad y su atención multidisciplinaria. Finalmente, en Puerto Rico, se pone en marcha el establecimiento de turnos preferentes, y México con la dación de una Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores.

8. Implementación de las Reglas de Brasilia en nuestro país

Mediante Resolución Administrativa n.º 266-2010-CE-PJ, el Poder Judicial del Perú implementó las 100 Reglas de Brasilia; y, a través de la Resolución Administrativa n.º 028-2016-CE-PJ, se crea el Programa Nacional de Acceso a la Justicia de Personas Vulnerables para su desarrollo. En esa línea, en la Resolución Administrativa n.º 090-2016-CE-PJ, se aprueba el Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad-Poder Judicial del Perú 2016-2021. Sin embargo, antes, por Resolución Administrativa n.º 228-2016-CE-PJ, publicada en el *Diario Oficial El Peruano*, el 30 de noviembre de 2016, se había aceptado el Protocolo de participación judicial del niño, la niña y el adolescente; y con posterioridad a la aprobación del referido Plan en la Resolución Administrativa n.º 10-2018-CE-PJ, del 10 de enero, se promulgó el Protocolo de atención judicial para personas con discapacidad, a fin de asegurar el efectivo acceso a la justicia en igualdad de condiciones y sin ningún tipo de discriminación,

en todos los ámbitos del sistema de administración de justicia. De otro lado, relacionado con la Regla 6, y con el objetivo de realizar con celeridad los procesos judiciales en los que intervienen adultos mayores, en la Resolución Administrativa n.º 134-2016-CE-PJ, se admite la Directiva n.º 006-2016-CE-PJ «Sistema de Alerta Judicial para personas Adultas Mayores», mediante un mecanismo de identificación de la parte procesal en cuestión, en función de su edad; asimismo, por Resolución Administrativa n.º 264-2017-CE-PJ se implementa la justicia itinerante para permitir el acceso a la justicia de la población en condición de vulnerabilidad, brindándole un servicio de justicia descentralizado e integrado.

Sin perjuicio de ello, es oportuno mencionar que la justicia de nuestro país no se ha mostrado insensible frente a esta problemática y, sin ser necesariamente parte de la implementación antes aludida, la Corte Superior de Justicia de Lima, en su Pleno Jurisdiccional Distrital Contencioso Administrativo, llevado a cabo entre el 20, 21 y 23 de julio de 2007, adoptó, por unanimidad, que:

> En atención al principio pro homine, al principio de solidaridad, al principio de tutela judicial efectiva, dado el promedio de supervivencia del hombre peruano y, a fin de cautelar su oportuno acceso a la pensión, la comisión declara la necesidad de formular una propuesta de cambio legislativo, proponiendo que: «En el trámite de los procesos judiciales sobre pensiones de personas mayores de 70 años , el agotamiento de la vía administrativa será facultativo para el accionante» (Poder Judicial, 2017, p. 83).

Asimismo, de acuerdo con la Resolución Administrativa n.º 358-2014-P-PJ, de fecha 26 de noviembre de 2014, se aprobó la Directiva n.º 001-2014-P-PJ acerca de «Normas y Procedimientos para la atención y tramitación preferente de causas en materia de derecho laboral ante la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República», donde uno de sus destinatarios es los adultos mayores, con base en la Declaración de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en su octogésima sexta

reunión en Ginebra, el 18 de junio de 1998, particularmente en los procesos de nulidad de despido y reposición, con adelanto extraordinario de fecha de calificación de expediente a personas de 70 años a más.

No se puede dejar de mencionar que el Tribunal Administrativo Previsional, que tiene la función de resolver, en última instancia administrativa, controversias en materia previsional de regímenes pensionarios administrados por la Oficina de Normalización Previsional (ONP) —tales como la Ley n.º 19990—, ha emitido precedentes administrativos obligatorios, establecidos en la Resolución n.º 2028-2018-ONP/TAP, del 2 de agosto de 2018, en la cual se analizó la prórroga de pensión de orfandad por estudios para un beneficiario del régimen del Decreto de Ley n.º 19990. Además, en la Resolución n.º 2349-2018-ONP/TAP, de 6 de septiembre de 2018, se analizó el cálculo de monto de la pensión de invalidez para un beneficiario del régimen del Decreto Ley n.º 19990. En esa línea, la Resolución n. º 2886-2018-ONP/TAP, del 18 de octubre de 2018, examinó el cálculo de la remuneración de referencia que debe realizarse sobre los períodos efectivamente aportados y no tomar en cuenta los aportes en cero. Mientras que en la Resolución n.º 3285-2018-ONP/TAP, del 22 de noviembre de 2018, se consideró la fecha de inicio de pensión y el pago para solicitudes de la misma, ambos provienen de un procedimiento de libre desafiliación informada. Todas estas decisiones se esperan que sean observadas por los órganos administrativos encargados de otorgar pensiones (en la mayoría de veces a las personas adultas mayores) y, de esta manera, se evite un litigio judicial o se termine uno ya iniciado.

9. Jurisprudencia internacional y local

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que, recordemos, tiene como función hacer efectivos los derechos humanos en la región, entre ellos el de acceso a la justicia, ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de este derecho en relación con los mayores de edad. Lo anterior se muestra en el caso Yakye Axa vs. Paraguay, donde se estableció una especial consideración para ellos, a fin de adoptar

medidas para su funcionalidad y autonomía, como por ejemplo una alimentación adecuada, acceso a agua limpia y atención de salud, más aún si al hecho de la mayoría de edad se agrega el riesgo de enfermedades crónicas, y en fase terminal (CIDH, 2005).

En el caso García Lucero vs. Chile, la referida Corte (2013) consideró como persona en situación de vulnerabilidad a una de 79 años. Además, señaló como fuentes el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1969) y los artículos 17 y 18 del Protocolo de San Salvador (1988), en este último la pertinencia de la protección a los ancianos. En esa línea, se incluye la adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1991, de los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad (Resolución n.º 46/91).

Las situaciones de vulnerabilidad en general, que involucran cuestiones de razonabilidad en los plazos procesales, obligan en las autoridades actuaciones de excepcional diligencia. Este aspecto ha sido objeto de estudio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1988), particularmente en el caso H. vs. Reino Unido, Sentencia n.º 9580/81; y, con una versión regional, por la CIDH (2012) con respecto al caso Furlan y Familiares vs. Argentina. En este último se instó a tomar medidas pertinentes como la priorización en la atención y la resolución del procedimiento, específicamente en edad avanzada como factor de vulnerabilidad. En esa línea, también se encuentran las resoluciones del Tribunal Europeo en casos como Jablonská vs. Polonia, Sentencia n.º 60225/00, de 9 de marzo de 2004. Final, 9 de junio de 2004; Codarcea vs. Rumanía, Sentencia n.º 31675/04, de 2 de junio de 2009; Styranowski vs. Polonia, Sentencia n.º 28616/95, de 30 de octubre de 1998; y Krzak vs. Polonia, Sentencia n.º 51515/99, de 6 de abril de 2004, las cuales son reiterativas en la doctrina general de la excepcional diligencia.

No obstante, en el caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, la Corte IDH (2018) abordó por primera vez la situación de vulnerabilidad y discriminación de las personas mayores de edad. Así, consideró la edad como categoría sospechosa, no enmarcada expresamente en el artículo

1 del Pacto de San José, pero incluida dentro de la categoría «u otra condición social». Por lo tanto, tutelada por la Convención Americana, la Corte, en la Opinión Consultiva n.º OC-18/03 sobre la Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, indicó que:

> Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens* (2003, párr. 101).

De ello, la CIDH (2018) también dedujo que la prohibición de discriminación en el caso de adultos de la tercera edad comporta, entre otras cosas, la aplicación de políticas inclusivas para la totalidad de la población y un fácil acceso a los servicios públicos, ordenándose en dicho caso lo siguiente:

> fortalecer el Instituto Nacional de Geriatría y su incidencia en la red hospitalaria […], así como diseñar una publicación o cartilla que desarrolle los derechos de las personas mayores en materia de salud […], adoptar las medidas necesarias, a fin de diseñar una política general de protección integral a las personas mayores (puntos resolutivos 15-16).

Asimismo, en este caso, la institución abordó las violaciones del derecho a la salud bajo una óptica de la repercusión en la edad de la persona y las circunstancias particulares del caso, como el consentimiento informado sustituto o el entendimiento de los servicios médicos urgentes, indicándose que:

> El señor Poblete Vilches era un adulto mayor con patologías agregadas que hacían que su situación lo convirtiera en un paciente aún más vulnerable. Sin perjuicio de lo anterior, quedó evidenciado que no recibió

> el tratamiento adecuado conforme a su situación particular. Del marco fáctico se desprende que, en el segundo ingreso, existió urgencia de las prestaciones de salud requeridas en el caso, cuya dispensa de forma inmediata resultaban de carácter vital. En suma, el paciente requería de una atención médica urgente y de calidad, que el sistema de salud pública no proveyó, por lo que dicha situación derivó en una discriminación por su condición de persona mayor (párr. 87).

De modo más reciente, en el caso Muelle Flores vs. Perú, se determinó que:

> la falta de materialización del derecho a la seguridad social por más de 27 años generó un grave perjuicio en la calidad de vida y la cobertura de salud del señor Muelle, una persona en situación de especial protección por ser una persona mayor con discapacidad. La vulneración generada por la falta de pago de la pensión se extendió más allá del plazo razonable debido, y al ser este el único ingreso de la víctima, la ausencia prolongada del pago generó indefectiblemente una precariedad económica que afectó la cobertura de sus necesidades básicas, y por ende también su integridad psicológica y moral, así como su dignidad (CIDH, 2019, párr. 207).

En ese sentido, la referida Corte (2018) consideró que:

> en un contexto de no pago de la pensión reconocida judicialmente, los derechos a la seguridad social, a la integridad personal y la dignidad humana se interrelacionan, y en ocasiones, la vulneración de uno genera directamente la afectación del otro, situación que se acentúa en el caso de las personas mayores. A pesar de que ni la Comisión ni las representantes alegaron de manera expresa la violación de los artículos 5.1 y 11.1 de la Convención en el presente caso, ello no impide que dichos preceptos sean aplicados por esta Corte en virtud de un principio general de Derecho, *iura novit curia*, del cual se ha valido reiteradamente la jurisprudencia internacional en el sentido de que el juzgador posee la facultad, e inclusive el deber, de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente (párr. 204).

De otro lado, desde ese enfoque, definió la seguridad y señaló que:

> es un derecho que busca proteger al individuo de contingencias futuras, que de producirse ocasionarían consecuencias perjudiciales para la persona, por lo que deben adoptarse medidas para protegerla[;] el derecho a la seguridad social buscar proteger al individuo de situaciones que se presentarán cuando éste llegue a una edad determinada en la cual se vea imposibilitado física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia necesarios para vivir un nivel de vida adecuado, lo que a su vez podría privarlo de su capacidad de ejercer plenamente el resto de sus derechos. Esto último también da cuenta de uno de los elementos constitutivos del derecho, ya que la seguridad social deberá ser ejercida de modo tal que garantice condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso (CIDH, 2018, párr. 183).

Por su parte, a nivel local, en el Perú, el Tribunal Constitucional (2018), considerando la relevancia de la materia previsional, puesto que en la misma se encuentran en juego los derechos de las personas en especial situación de vulnerabilidad por su mayoría de edad, quienes buscan asegurar condiciones de subsistencia, implementó la Comisión de Seguimiento y Cumplimiento de Sentencias del Tribunal Constitucional. Además, informó que, en cuanto a la materia previsional, estaba encargado de entablar comunicación con las entidades competentes destinadas a garantizar el cabal cumplimiento de las sentencias en estos temas. De este modo, impulsa pronunciamientos en asuntos donde había vacíos o imprecisiones; con respecto a la última línea, se expidió la STC n.º 07677-2016-PA/TC, «Carrillo Espejo», para determinar el obligado pago de una pensión de invalidez, es decir, quisiéramos tener en cuenta su monto y, desde cuándo con la precisión que el pensionista no está obligado a devolver dinero, si su pensión fue inicialmente compartida con un monto mayor al percibido.

10. Conclusiones

En suma, se ha tenido oportunidad de resolver, pues es importante para los casos del otorgamiento de medidas cautelares en materia de seguridad social. En esa relación, con respecto al requisito del peligro en la demora, considera que puede ser por la legislación. Por ello, se tiene en cuenta la situación de vulnerabilidad de la persona mayor de edad, ya que es indudable que la duración del proceso incide directamente en que esta vulnerabilidad se acreciente, puesto que solo hay que recordar que el factor edad es representativo de tiempo, igual que el parámetro que mide el transcurso de un proceso.

Referencias

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2016). Expertos analizan avances. Recuperado de https://www.cepal.org/es/comunicados/expertos-analizan-cepal-avances-la-implementacion-plan-internacional-personas-mayores-la

Congreso de la Nación Argentina (2016). Ley n.º 27260. Buenos Aires: 29 de junio de 2016. Recuperado de http://biblioteca.afip.gob.ar/dcp/LEY_C_027260_2016_06_29

Congreso de la República de Perú (1994). Decreto Legislativo n.º 776. Ley de tributación municipal. Lima: 1 de enero de 1994.

_____ (2016a). Decreto Legislativo n.º 30490. Lima: 30 de junio de 2016.

_____ (2016b). Decreto Legislativo n.º 1310. Lima: 30 de diciembre de 2016.

_____ (2018). Decreto Legislativo n.º 1417. Lima: 13 de septiembre de 2018. Recuperado de https://www.gob.pe/institucion/conadis/normas-legales/258341-1417

_____ (2019a). Decreto Legislativo n.º 30927. Ley que faculta a la Oficina de Normalización Previsional para conciliar, desistirse,

transigir o allanarse en los procesos judiciales en materia previsional del régimen pensionario establecido por el Decreto Ley 19990. Lima: 9 de abril de 2019.

_____ (2019b). Ley n.º 30939. Ley que establece el Régimen Especial de Jubilación Anticipada para desempleados en el Sistema Privado de Pensiones. Lima: 3 de mayo de 2019. Recuperado de https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-establece-el-regimen-especial-de-jubilacion-anticipa-ley-n-30939-1765878-1/

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. San José: 17 de junio de 2005. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

_____ (2012). Caso Furlan y familiares vs. Argentina. San José: 31 de agosto de 2012.

_____ (2013). Caso García Lucero y otras vs. Chile. San José: 28 de agosto de 2013. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_267_esp.pdf

_____ (2018). Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. San José: 8 de marzo de 2018. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf

_____ (2019). Caso Muelles vs. Flores. San José: 6 de marzo de 2019. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf

Cumbre Judicial Iberoamericana (2008). Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Brasilia: 4, 5 y 6 de marzo de 2008. Recuperado de https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf

Feliciotti, R. (2017). El acceso a la justicia durante el proceso de envejecimiento. En Centro para el Estudio de las Relaciones Interpersonales, *Descarte vs. inclusión. Hacia la resignificación de los adultos mayores*. Buenos Aires: Universidad Austral. Recuperado de http://www.recursosmayores.com.ar/assets/data/publicaciones/Descarte.pdf

Nash, C. (2011). Minuta sobre fuerza normativa de las 100 Reglas de Brasilia. Apuntes para una discusión. Recuperado de https://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/Fuerza-Obligatopria-100-Reglas_discusion.REV_.2.cnr_.pdf

Poder Judicial (2010). Resolución Administrativa n.º 266-2010-CE-PJ. Lima: 26 de julio de 2010. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/66cd87804c77aed798f6de7b99635ed1/RA_N_266-2010-CE-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=66cd87804c77aed798f6de7b99635ed1

_____ (2014). Resolución Administrativa n.º 358-2014-P-PJ. Lima: 26 de noviembre de 2014. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3afb438046747e57a995f9e3fb127402/RA_358_2014_P_PJ+-+26_11_2014.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3afb438046747e57a995f9e3fb127402

_____ (2016a). Resolución Administrativa n.º 006-2016-CE-PJ. Lima: 20 de enero de 2016. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/de432f804d09fb61bbacbbd13fde886c/006.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=de432f804d09fb61bbacbbd13fde886c

_____ (2016b). Resolución Administrativa n.º 028-2016-P-CE-PJ. Lima: 18 de marzo de 2016. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bec126804c66e0cf857e8595e22c6fa8/RA_028_2016_P_CE_PJ+-+18_03_2016.pdf?MOD=AJPERES&CACHEI=bec126804c66e0cf857e8595e22c6fa8

_____ (2016c). Resolución Administrativa n.º 090-2016-CE-PJ. Lima 16 de abril de 2016. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/05401f80461a5daa881afa04d51e568e/RA_090_2016_CE_PJ%2B-PLAN+NACIONAL.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=05401f80461a5daa881afa04d51e568e

_____ (2016d). Resolución Administrativa n.º 134-2016-CE-PJ. Lima: 1 de junio 2016. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4c9c42004f20ddeda7fbb76976768c74/RA_134_2016_CE_PJ%2B-01_06_2016.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4c9c42004f20ddeda7fbb76976768c74

_____ (2016e). Resolución Administrativa n.º 228-2016-CE-PJ. Lima: 31 de agosto de 2016. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fce98d004f2ba78fa10fa9ecaf96f216/RA_228_2016_CE_PJ+-31_08_2016.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=fce98d004f2ba78fa10fa9ecaf96f216

_____ (2017). Resolución Administrativa n.º 264-2017-CE-PJ. Lima: 8 de septiembre de 2017. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8428c90046200e2ba821fa04d51e568e/Protocolo+de+Justicia+Itinerante+RA_264_2017_CE_PJ%2B-%2B08_09_2017.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8428c90046200e2ba821fa04d51e568e

_____ (2018). Resolución Administrativa n.º 010-2018-CE-PJ. Lima: 10 de enero de 2018. Recuperado de https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-el-protocolo-de-atencion-judicial-para-personas-co-resolucion-administrativa-no-010-2018-ce-pj-1608223-1/

Tribunal Administrativo Provisional (2018a). Resolución n.º 2028-2018-ONP/TAP. Lima: 2 de agosto de 2018. Recuperado de https://www.onp.gob.pe/seccion/centro_de_documentos/Documentos/2342.pdf

_____ (2018b). Resolución n.º 2349-2018-ONP/TAP. Lima: 18 de octubre de 2018.

_____ (2018c). Resolución n.º 3285-2018-ONP/TAP. Lima: 22 de noviembre de 2018.

Tribunal Constitucional (2018). Tribunal Constitucional anuncia dos nuevos precedentes y cumplimiento de sentencias emblemáticas. Recuperado de https://www.tc.gob.pe/institucional/notas-de-prensa/tribunal-constitucional-anuncia-dos-nuevos-precedentes-y-cumplimiento-de-sentencias-emblematicas/

Villadiego, C. y Arroyave, M. (2014). Informe sobre la aplicación de las 100 Reglas de Brasilia por parte de la Cumbre Judicial Iberoamericana.

¿Quién es vulnerable en la vejez? Aportes del enfoque social de la discapacidad para el acceso a la justicia de las personas mayores

Juan Camilo Rúa Serna
Laboratorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Colombia
juancamiloruas@gmail.com

1. Introducción

La imagen de los países latinoamericanos como esencialmente jóvenes se ha transformado radicalmente. Si bien no podemos afirmar que la región esté envejecida, sí hay un acelerado proceso de envejecimiento que muestra una serie de transiciones demográficas a las que se les apareja retos en niveles individuales, familiares, sociales, económicos y políticos. Así, la región pasó de tener un 5.7 % de personas mayores en la década del 50 a un 11.2 % en el 2015, porcentaje que podría subir, según las estimaciones, a un 21 % al llegar al 2040 (Fondo de Población de las Naciones Unidas, 2017).

Estas transformaciones suponen múltiples retos al presentarse en el marco de economías que subsisten a profundas brechas sociales, donde la generación de oportunidades a lo largo de la vida sigue siendo una de las principales promesas sin cumplir de los Estados sociales de derecho. En ese sentido, el cambio se da como parte de una grave inseguridad económica de las personas mayores de edad, debido a los bajos niveles de acceso a esquemas de pensión (Banco Interamericano de Desarrollo, 2015); asimismo, en situaciones en las que, además de una dependencia económica, una importante proporción de estas tienen necesidad de cuidado familiar y comunitario (Araníbar, 2001; Comisión

Económica para América Latina y el Caribe, 2009). Adicionalmente, el envejecimiento se ha observado en las condiciones de salud que distan de ser óptimas, ya que la mayoría de las enfermedades que se experimentan en este periodo suelen ser de tipo crónico y no transmisibles, que podrían haberse prevenido con mayores cuidados en otras etapas del ciclo vital (Organización Mundial de la Salud, 2015; Jewell, Rossi y Triunfo, 2006). En suma, el envejecimiento no opera en abstracto, se cruza e intersecta con las condiciones sociopolíticas en las que viven las personas, así como con las capacidades y los quiebres de los Estados latinoamericanos.

Además, si el envejecimiento es un proceso esencialmente diverso, la vejez también lo es. Ello genera que a este momento de la vida lleguen personas de todos los orígenes socioeconómicos, etnias, sexos, orientaciones sexuales, religiones, creencias filosóficas y políticas y con distintas condiciones de discapacidad. Ahora, en vista de que la vejez no es homogénea, las respuestas de política pública no pueden partir de la premisa falsa de que la población del adulto mayor muestra las mismas necesidades. Este reconocimiento de la heterogeneidad resulta particularmente importante, a fin de anotar las relaciones que se encuentran entre la vejez y la discapacidad. Si bien la ancianidad no es sinónimo de discapacidad, al ser dos expresiones diferenciables de la pluralidad humana, es posible observar que, en países como Colombia, «el aumento de la edad está correlacionado con el incremento en la discapacidad; y a su vez las personas con discapacidad, tradicionalmente consideradas como jóvenes, alcanzan cada vez más edades avanzadas» (Correa y Uribe, 2017, p. 66).

Una de las modificaciones institucionales que tuvo menor atención ha sido la que requieren los sistemas de acceso a la justicia. En buena medida, los sistemas de justicia se han establecido sobre la base de un derecho liberal que parte de un sujeto jurídico abstracto y universal. Estos presupuestos se han venido cuestionando y, con ello, el proceso de especificación de los derechos humanos se ha trasladado a los ámbitos procedimentales para redefinir las formas que sustentan el acceso efectivo a la justicia (Bobbio, 1991). Los sistemas de justicia y, particularmente, las instituciones judiciales deben

reflexionar sobre la manera en la que sus actuaciones, prácticas e imaginarios están dialogando con la transición demográfica.

La literatura académica se ha ocupado de esta reflexión (Chaves, 2012; Feliciotti, 2017); sin embargo, una parte importante de los trabajos se han enfocado en el estudio del acceso a la justicia en casos de maltrato y violencia contra las personas mayores. Así, algunos de ellos se han centrado en identificar las barreras legales e institucionales que dificultan el acceso a los sistemas de justicia, desde un análisis de las políticas públicas nacionales (Sage-Jacobson, 2015). También hubo una fuerte crítica hacia los potenciales efectos negativos de las medidas de criminalización del maltrato a las personas mayores y sobre la viabilidad de las decisiones judiciales en esta materia (Kohn, 2012). Otros estudios han procurado distinguir las buenas prácticas y las experiencias significativas frente a la protección del derecho a la integridad de las personas mayores, en temas como la investigación criminal, la protección de datos, la seguridad financiera, entre otros (Pritchard, 2009). Finalmente, otros han abordado la situación de las mujeres mayores en los esquemas de protección judicial frente a la violencia basada en género (Vallet, Duret, Ciancia y Minaggia, 2017).

Todos estos trabajos parten de un consenso por lo menos implícito: las personas mayores son una población que requiere de una protección reforzada. En otras palabras, hay una aceptación más o menos general de que los agentes públicos y privados sumen esfuerzos para adecuar sus acciones, de tal manera que la igualdad de las personas mayores sea real y efectiva y no un mero mandato formal. No obstante, los acuerdos son mucho menos claros en la definición misma de quién es una persona mayor y en los niveles de protección que establecen ante las edades de estas. Las discusiones surgen de una serie de preguntas de fondo: ¿todas las personas mayores están en una condición de vulnerabilidad? ¿Qué personas mayores están en condición de vulnerabilidad? ¿Es la vejez por sí misma una condición que genera vulnerabilidades?

El presente texto pretende brindar algunos elementos de reflexión frente a estas preguntas, tras señalar que la vulnerabilidad en la vejez se entiende como una interacción entre factores sociales, económicos,

culturales y no meramente biológicos y funcionales. Es decir, la vejez implica una condición de vulnerabilidad general, no por el mero desgaste que se pueda llegar a producir en el cuerpo por el paso del tiempo, sino por la interacción de la edad con barreras, obstáculos, prejuicios, condiciones y circunstancias que están en el entorno social. En ese sentido, la propuesta está en retomar los postulados centrales del enfoque social de la discapacidad para pensar la vulnerabilidad en la vejez, las restricciones de derechos y la desigualdad como un problema que está en el entorno y no en la persona.

Para ello, este texto se divide de la siguiente manera. En primer lugar, señalamos algunas ideas relevantes para pensar en la importancia del uso del lenguaje y cuáles son las consecuencias jurídicas que ello reviste. En segundo lugar, nos detenemos en mencionar la experiencia de la Corte Constitucional colombiana como un caso concreto que muestra cómo una determinada definición de la vejez tiene consecuencias sobre la protección constitucional y judicial efectiva. A partir de ahí, ofrecemos una visión crítica que se nutre de los postulados del enfoque social de la discapacidad, y proponemos un esquema para pensar en la vulnerabilidad en la vejez desde un énfasis en los entornos sociales. Finalmente, cerramos con una serie de reflexiones finales que recapitulan la discusión.

2. Viejo, anciana, adulto mayor, persona mayor: ¿quién es qué en la vejez?

Existe una profusa terminología para referirnos a la vejez. Dabove (2018) hace un amplio recorrido histórico de los distintos significantes para hablar sobre esta etapa de la vida, en donde encuentra que el más antiguo de ellos es la palabra «viejo». A partir de allí, la lista es extensa y responde a distintos momentos de la historia y los contextos culturales: viejo, vejezuelo, envejecido, abuelos, vejete, vejestorio, veterano, senil, pensionado, jubilado, mayor, adulto, etc. Unos tienen cargas sociales frente a lo que se cree que pasa con las personas en este momento de la vida, y otros presentan directamente una carga

negativa muy profunda. El uso de este lenguaje no es neutro, pues afecta al mundo, la vida de las personas y su protección.

En el campo del derecho, el empleo impreciso e indiferenciado de las palabras tiene consecuencias jurídicas que dificultan un consenso claro para los operadores judiciales y, con ello, genera mayores vacíos en la protección de los derechos, incluso, mediante el lenguaje de las sentencias judiciales, se puede desencadenar prácticas edadistas o viejistas[1]. Por su parte, Gendron, Wellerford, Inker y White (2016) han establecido una tipología de las consecuencias que se producen a partir de la discriminación por vía del lenguaje. A través de este, se establece la utilización de ciertas palabras para referirse a grupos que presuponen generalizaciones; es decir, extender sobre la totalidad uno o más atributos que, en realidad, son compartidos por solo una proporción de las personas. Así, por ejemplo, al pensar en «abuelos» se acepta que todos cuentan con nietos y, tras esto, sostenerse en una falsa idea de que tienen redes familiares que los protegen.

Por lo tanto, el lenguaje también logra hacer que un cierto grupo se establezca como un «otro», que no comparte los mismos rasgos de humanidad que los demás. Los viejos han sido construidos como los otros y es una definición por oposición, pues son aquellos que no queremos ser. No se acomodan al ideal de producción necesario para el sistema económico hegemónico, de juventud y capacidad (Beauvoir, 1970). Otra de las consecuencias más extendidas es la infantilización (viejitos y viejitas, abuelitos y abuelitas, ancianitas y ancianitos), que es una forma en la que se trata a las personas en la vejez, como si fueran menores de 18 años, que se acompaña de prácticas que niegan el derecho a la autonomía.

En este contexto, por lo menos en el ámbito regional, el consenso se ha venido moviendo hacia la utilización de la palabra «persona mayor». Esta utilización se ha fortalecido tras la promulgación de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM) (2015), que fija esta expresión para referirse a quienes se encuentran en la vejez. Es, además, una expresión con

1 El edadismo o viejismo, traducción del término *ageism*, consiste en la discriminación que se hace a la vejez (Bytheway, 2005).

una carga política que responde al uso tradicional de «adulto mayor». Así, parecería reafirmar que no se está en la adultez, sino en una etapa que difiere de aquella con sus propios rasgos, ventajas y desventajas.

El segundo problema que ha venido aparejado de la multiplicidad de voces para hablar de la vejez es su contenido sustancial. ¿Quién está en la vejez? ¿Qué es llegar a la vejez? ¿Cuándo se llega a la vejez? Puesto que alude a una realidad de múltiples facetas, no incluye solo la edad, como paso cronológico del tiempo, sino también consideraciones y transformaciones socioculturales (Huenchuan, 2006). Esto supone que la edad en la que se establece este momento de la vida dependerá de las realidades socioculturales de cada país. Ante esta situación de indeterminación, la CIPDHPM ha venido a fijar otro estándar, tras considerar que una persona mayor es «aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor» (art. 2). Esta definición se comprende a la luz de la idea de vejez que plantea la Convención en este mismo artículo, entendida como la «construcción social de la última etapa del curso de vida». La lectura conjunta nos permite establecer, por lo tanto, que una persona mayor es aquella que, al tener 60 años, ha llegado a la vejez como construcción social de la última etapa de la vida.

La fijación de un estándar internacional no involucra que este sea incorporado por todos los actores de un Estado nacional, máxime cuando este se encuentra en un instrumento jurídico que no ha sido incluido al derecho interno, como es el caso de la CIPDHPM, que solo ha sido firmada y ratificada por siete de los más de treinta países del Sistema Interamericano de Derechos Humanos[2]. Y, en una vía mucho más compleja, dicho estándar no responde claramente al problema de la vulnerabilidad en la vejez, pues la pregunta subsiste: ¿todas las personas mayores de 60 años están en una situación de vulnerabilidad? La práctica judicial colombiana constituye un importante caso de estudio para mostrar la zona de penumbra en la que se

2 Al momento de escribirse este artículo, la Convención ha sido firmada y ratificada por Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador y Uruguay (Organización de Estados Americanos, 2017).

mueven los jueces, sus tipos de argumentos para tomar decisiones y las consecuencias de las mismas en términos de una protección efectiva en la vejez. Por ello, nos detendremos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y la forma en la que ha venido estableciendo qué personas mayores de 60 años requieren de una especial protección, a partir de la cual ofreceremos una lectura sobre este problema desde el paradigma del enfoque social propuesto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

3. La tesis de la vida probable en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

La literatura sobre los derechos de las personas mayores en Colombia nos ha ayudado a identificar que la Corte Constitucional «no ha sido constante ni sistemática en la comprensión de quiénes hacen parte de este grupo poblacional» (Correa, Rodríguez, Suárez y Rúa, 2018, p. 59). Esta inconsistencia presenta una consecuencia relevante para la protección, pues a partir de la definición de esta cuestión se determina quién tiene derecho a un especial amparo constitucional por vía de la acción de tutela. Es decir, de acuerdo con el Decreto n.º 2591 de 1991, en Colombia, es el mecanismo constitucional que posibilita «una protección inmediata de sus derechos fundamentales» (art. 1), mediante un instrumento judicial preferente y sumario, que se muestra ante cualquier juez de la República, cuando quiera que haya una amenaza o una vulneración sobre estos derechos por parte de una autoridad pública o de particulares.

La acción de tutela ha sido uno de los mecanismos judiciales más importantes en la historia reciente del constitucionalismo colombiano, pues ha permitido acercar a la justicia a un mayor número de personas y con un mayor grado de efectividad, y ha supuesto una verdadera democratización de la protección de los derechos fundamentales (Carrera, 2011). Fue particularmente importante para la defensa de las minorías y los grupos poblacionales con menor grado de visibilidad en las políticas públicas. Además, ha facultado mayores niveles de

igualdad material en relaciones desiguales de poder, ya que también es susceptible de interponerse frente a particulares, cuando estos prestan servicios públicos o están en una situación de poder. El acceso preferente de las personas mayores ante instrumentos como este puede ayudar a eliminar múltiples barreras sociales que las ponen en desventaja en el conjunto social.

Ahora bien, una mirada al conjunto de las sentencias de la Corte Constitucional sobre quiénes son las personas mayores y cuándo son vulnerables nos posibilita a encontrar dos grandes líneas jurisprudenciales: una dominante, en virtud de la cual la especial protección constitucional se reserva para las personas que hayan superado el límite de la esperanza de vida certificada por el Departamento Nacional de Estadística (DANE), que es la entidad oficial encargada de gestionar las cifras del país; y una línea emergente, según la cual el criterio es el estándar de 60 años.

La Corte ha llamado a la primera línea de decisión la tesis de la vida probable*.* El argumento de fondo se asienta en el hecho de que cuando se sobrepasa el límite de la esperanza de vida hay una mayor amenaza de que los accionantes no puedan disfrutar del reconocimiento de los derechos por su probable muerte dentro del proceso ordinario. La lógica de esta línea fue instaurada por las sentencias n.º T-076 de 1996 y n.º T-456 de 1994, las cuales hacen una comparación entre la edad de los accionantes, la esperanza de vida nacional y el potencial número de años que podrían vivir aquellos. El riesgo que se busca precaver, por lo tanto, es el de no sobrevivir a las vías ordinarias. Se trata, por supuesto, de una preocupación legítima. La congestión de los despachos judiciales suele ser una de las principales barreras para el acceso efectivo a la administración de justicia, y es un problema que, en Colombia, ha sido objeto de numerosos estudios (Ricardo, 2016; Quiroz y Peña, 2016). Y si bien algunos trabajos parecen ser más optimistas frente a los avances en términos de descongestión ante el pasado (Camacho, Villamil, Rico y Ramos, 2019), subsisten profundos retos frente a la celeridad y oportunidad de los procesos judiciales.

La consecuencia inmediata de este tipo de decisiones es que no se reconoce que las personas mayores (que, en Colombia, están por encima

de los 75 años) tengan un derecho *ex ante* a una especial protección constitucional. Es decir, una persona de 69 años no tendría derecho a una especial protección constitucional. Esto es relevante en la medida que la especial protección constitucional genera una suerte de presunción táctica de superior riesgo y exposición ante la vulnerabilidad. Para comprender mejor esta idea, acudamos a los argumentos de la Corte Constitucional (2003), mediante el análisis de la Sentencia n.º T-463/03. En ella, señala que no procede la protección del amparo constitucional, por las siguientes razones:

> ¿Qué sucede cuando una persona que tiene una edad avanzada pero no ha cumplido 71 años, estimados como límite mínimo de la ancianidad, reclama la protección de derechos fundamentales cuyo objeto está constituido por pretensiones no requeridas previamente ante la administración? En primer lugar, para que el no pago de las mesadas pensionales —o su reajuste— constituya una vulneración directa de derechos fundamentales, aquel debe afectar de manera grave la posibilidad fáctica de subsistencia del accionante, es decir, el perjuicio que ocasiona la omisión de un deber legal debe redundar en un menoscabo desproporcionado de los derechos fundamentales de la persona. Se sigue de lo anterior que, si el actor no acredita, al menos sumariamente, la grave afectación de su mínimo vital o de su derecho a la vida digna como consecuencia del no pago —o no reconocimiento— del reajuste pensional, la tutela no será la vía adecuada para demandar el cumplimiento de sus pretensiones (s. p.).

De este argumento, parecería seguirse que si la persona ha superado dicho umbral de edad, se presume la afectación al mínimo vital y a la vida digna. Esta tesis, que resulta restrictiva por las razones que se expondrán en el siguiente acápite, ha sido reiterada en dos importantes y recientes decisiones de la Corte: las sentencias n.º C-177/16 y n.º T-015/19. Esta última, en particular, constituye una clara síntesis de la argumentación de esa idea. Allí se hace una diferenciación entre las personas mayores (adultas mayores, en los términos de la sentencia) y las personas en la «tercera edad». Además, señala que las personas mayores son quienes superan los 60 años que, de acuerdo

con la Ley n.º 1276 de 2009, cumplen con los requisitos para ingresar a los Centros Vida, que son espacios de cuidado en la comunidad. En vista de ello, no hay un estándar fijo para Colombia, pues la definición legal contenida en esta ley no se extiende a otros ámbitos de la vida; asimismo, cuenta con una aplicación limitada y restringida para el objeto de la norma. Mientras que, según la Sentencia n.º C-177/16, la «tercera edad» estaría conformada por aquellas personas mayores que han sobrepasado la esperanza de vida, que, en el periodo 2015-2020, en Colombia, se fijó en los 76 años.

En este punto, la Corte (2019) hace una evaluación de utilidad de esta diferenciación a luz de un criterio «biológico», pues señala que:

> La distinción entre adultos mayores y los individuos de la tercera edad implica el reconocimiento de la heterogeneidad entre personas de avanzada edad y la necesidad de brindar un trato especial a las que, entre aquellas, presenten mayores dificultades asociadas con los efectos biológicos del paso del tiempo (párr. 16.5).

El énfasis en los efectos del paso del tiempo sobre los adultos mayores instala el problema de la vulnerabilidad en la persona. En función de ello, se establece como una diferenciación que protege al sistema judicial. En efecto, la misma sentencia afirma que si se considera que toda persona mayor requiere de una especial protección constitucional y un análisis flexible frente a la procedencia de la acción de tutela, entonces, esta sería la vía para la resolución de cualquier conflicto judicial que tenga un adulto mayor. Según la Corte (2019), esa visión:

> terminaría por hacer que las vías ordinarias de defensa judicial laboral en esa materia en particular queden inoperantes […], trastocaría la naturaleza excepcional de la acción de tutela y comprometería el sistema de distribución de las competencias judiciales y jurisdiccionales (párr. 16.5).

Una segunda línea se ha venido presentando tímidamente en algunas decisiones de la citada institución, aunque con mucha menor fuerza. En este sentido, las sentencias n.º T-475 del 2012 y n.º SU-856

del 2013 han resultado de la mayor relevancia. Particularmente, esta última decisión parte de reconocer la línea jurisprudencial dominante; también señala que existe una legislación nacional que comprende un lineamiento legal puntual. Así, la Corte (2013) considera que:

> Al respecto la Sala observa *prima facie* que le asistiría razón al *a quo*, toda vez que, en algunas oportunidades, la doctrina acogida por esta Corporación indica que la tercera edad se alcanza cumplidos los 71 años de edad. Empero, esta no ha sido una postura continua, pues en ciertos casos se ha estimado que personas de menos de 71 años pertenecen a la tercera edad. Sin embargo, cabe advertir que esa discusión quedó zanjada con la expedición de la Ley n.º 1276 de 2009, cuyo artículo 7 dispuso que las personas de la tercera edad o adultos mayores son aquellas que tengan 60 años o más (s. p).

En principio, la importancia de esta sentencia radica en el hecho que es de unificación. Las sentencias de unificación son decisiones tomadas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, en donde se fijan líneas de interpretación con mayor grado de vinculatoriedad. Sin embargo, en este tema en particular, la Corte ha continuado con una inclinación hacia la tesis de la vida probable. Una de las posibles razones para que el estándar de 60 años tenga dificultades en seguirse es debido a que las sentencias que lo han afirmado no incorporaron una argumentación clara sobre por qué la especial protección constitucional puede operar a partir de esa edad.

Para responder a este vacío, en el acápite siguiente nos ocupamos de ofrecer una crítica a la tesis de la vida probable como criterio para garantizar la especial protección constitucional, dentro de los mecanismos de acceso a la justicia, así como de ofrecer un argumento para pensar dicha protección desde un enfoque social que instale el problema de la vulnerabilidad en el entorno social y no en la persona.

4. Un enfoque social para la vulnerabilidad en la vejez

Las Reglas de Brasilia proponen una definición general de vulnerabilidad, al entenderla como el hecho de encontrar especiales dificultades para el ejercicio pleno de los derechos, «en razón de la edad, el género, el estado físico o mental o por circunstancias étnicas o culturales» (Regla 3). Si bien es útil como un punto de partida, se enfoca más en las consecuencias de la vulnerabilidad que en la explicación de esta. En efecto, la vulnerabilidad tiene como consecuencia que las personas no puedan disfrutar de un ejercicio pleno de los derechos. La generalidad de esta idea supone una dificultad para darle mayor precisión y contenido al concepto. Por ello, requerimos de otros pasos conceptuales para conocer qué hay en la vulnerabilidad y qué la compone que hace que las personas presenten esas especiales dificultades para ejercer los derechos.

Las Reglas presentan algunas ideas de desarrollo sobre cada uno de los factores que enuncia: género, estado físico o mental, circunstancias étnicas o culturales, discapacidad, victimización, etc. En cuanto a la edad, plantea lo siguiente:

> Se considera *niño, niña y adolescente* a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable.
>
> Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo.
>
> El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la *persona adulta mayor* encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia (Regla 5-6, énfasis del original).

Al hacer hincapié en las «capacidades funcionales», las Reglas plantean una visión biologicista de la vulnerabilidad en la vejez. Sin embargo, esta no debe entenderse como un asunto biológico y puramente funcional, ni como un problema que está en los cuerpos. Por lo tanto, es necesario que se comprenda como la interacción entre unas capacidades personales disminuidas y las barreras expuestas en el entorno

social, que, al interactuar con las primeras, impiden el goce efectivo de los derechos y el acceso a bienes y oportunidades sociales. Es decir, para leer e interpretar la vulnerabilidad en la vejez retomemos la esencia del modelo social de la discapacidad, que nos plantea potentes elementos conceptuales y políticos.

En ese sentido, la historia de las respuestas frente a la discapacidad es útil para pensar la vulnerabilidad en la vejez. De acuerdo con la reconstrucción histórica que hace Agustina Palacios (2013) de estas respuestas, encontramos tres modelos básicos: la marginación, la rehabilitación y la social de la discapacidad[3]. La característica esencial del primero es la exclusión. No se plantea la eliminación física de las personas, a quienes se les ve como portadoras de un mal, como podría suceder con un modelo de prescindencia, sino que, ya sea por compasión o rechazo, se plantea aislar a las personas con discapacidad: sacarlas de los espacios sociales, económicos y culturales en los que participan las personas sin discapacidad. Es decir, se expone una especie de conformación de guetos, con o sin institucionalización, dependiendo del ámbito de la vida de la que se trate: escuelas «especiales», centros culturales y recreativos donde solo se incluye a la persona con discapacidad. En cuanto a espacios económicos o productivos, se reduce toda posibilidad de intervención. En suma, bajo este modelo no es sujeto político, económico o cultural, o lo que es lo mismo, no se es un sujeto de derechos. Las respuestas políticas y sociales, por lo tanto, pasan por un trato «humanitario» y «misericordioso», o por uno cruel y marginador. Es la ambivalencia entre la mirada paternalista y la acción que deshumaniza.

Desde el modelo rehabilitador, la necesidad se enfoca en una apuesta normalizadora. Las diversidades funcionales ya no se piensan, como en el modelo de la marginación, como una maldición bíblica, sino como una enfermedad. Un problema físico o mental que está en el cuerpo. En sí, en este último, hay un fallo que le es inherente y se tiene que resolver, a fin de que la persona se integre a la comunidad de la que aún

3 La autora habla, además, de un cuarto modelo, anterior a los expuestos: el modelo de la prescindencia, en el que se elimina físicamente a las personas con discapacidad. Por razones conceptuales, lo omitimos en este texto.

no es parte, pero que puede pertenecer. También se observa una actitud paternalista mediante la mirada compasiva que se fija sobre el cuerpo mutilado o incompleto, sobre unos ojos que no ven, un cerebro que no piensa como debería ser. La acción pública, eminentemente sanitaria, busca «curar»: reparar, normalizar, rehabilitar.

El modelo social es una superación de este. No niega que haya factores personales y de salud en la discapacidad, pero su propuesta central es que la causa básica de la discapacidad no está en la persona, sino en el entorno, particularmente sus motivos son sociales o esencialmente sociales. El conflicto es de interacciones, pues hay una diversidad funcional que colisiona con unas barreras sociales que impiden el pleno goce de los derechos. Al partir de esta premisa, las soluciones de política pública están encaminadas a transformar los entornos sociales. La distinción central que cabe se da entre la «deficiencia» y la «discapacidad». Por una parte, la primera «sería esa característica de la persona consistente en un órgano, una función o un mecanismo del cuerpo o de la mente que no funciona, o que no funciona de igual manera que en la mayoría de las personas» (Palacios, 2013, p. 123); mientras que la segunda sería la desventaja que se ocasiona por la organización social.

Este último concepto es clave para el modelo social de la discapacidad, y así se ha plasmado en la propia Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), cuando señala que:

> Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (ONU, 2006, inc. e).

Las barreras constituyen el elemento externo que frena el disfrute de los derechos. La legislación colombiana nos ofrece una clasificación sobre el tipo de dificultades que experimentan las personas al clasificarlas como físicas, comunicativas y actitudinales (Congreso de la República de Colombia, 2013). Los obstáculos físicos son materiales y tangibles, los cuales impiden el pleno goce de los derechos; por ejemplo, aceras irregulares, estructuras arquitectónicas sin ajustes

razonables o diseño universal, transporte público sin adecuaciones, etc. Por su lado, los comunicativos impiden el acceso a la información, por las dificultades en la interacción; ya sea mediante documentos que no se publican en lectura fácil, ausencia de intérpretes, entre otros. Y, finalmente, los actitudinales se entienden como los prejuicios, los estigmas, las preconcepciones, los imaginarios y las ideas que tienen las personas sobre la discapacidad, que obstruyen el ejercicio de sus derechos.

Este marco nos permite llegar a una conclusión, analizar la vulnerabilidad desde la funcionalidad es instalar el problema en el cuerpo que envejece, y la vejez es mucho más compleja que eso. Se trata de un momento de la vida con múltiples cambios, modificaciones y alteraciones en todos los ámbitos y campos de la vida, tanto en lo biológico y funcional como en los aspectos psicológico, económico, político y social (Dulcey-Ruiz, 2011; Chong, 2012; Anstey, Stankov y Lord, 1993). Y, muchos de estos cambios, casi todos, están en el entorno. Las personas mayores se enfrentan a un entorno social que las expulsa. Allí está la mayor fuente de vulnerabilidad, empiezan a habitar espacios en los que ya no tienen lugar. Las teorías funcionalistas han señalado esta exclusión de manera contundente, particularmente las teorías de la actividad social (Giró-Miranda, 2004).

La teoría de la actividad propone una respuesta a la teoría del desenganche, según la cual las personas mayores se retiran de la vida social y económica por razones biológicas y psicológicas inevitables, a través de un proceso de distanciamiento que, supuestamente, beneficia al conjunto social, puesto que las personas más jóvenes entrarán a ocupar espacios que dejan los viejos. Asimismo, postula que esa disminución no es voluntaria, pues no es una decisión libre de la persona, sino una imposición. La sociedad expulsa a las personas mayores de espacios donde estos todavía podrían participar. También el interaccionismo simbólico y, en especial, la teoría del etiquetado han mostrado que la estigmatización y la construcción de ciertos roles producen conductas que responden a etiquetas creadas por otros. En otras palabras, hay un cierto poder performativo del lenguaje que hace que las personas actúen de acuerdo con las palabras que la sociedad

usa para nombrarlas. Por ello, no es extraño insistir en que las personas mayores sean dependientes y tengan un efecto sobre ellas (Kehl y Fernández, 2001).

La vejez se aproxima con deterioro, por el paso del tiempo, y presenta consecuencias en término de salud e, incluso, de discapacidad. Ello es fuente de vulnerabilidad, pues supone una potencial disminución de las capacidades para responder ante amenazas o riesgos que impidan el goce pleno de los derechos. Sin embargo, la mayor reducción de las capacidades está en el entorno expulsor y negador de la agencia; esto es, las capacidades, pocas veces, son estrictamente personales, más bien son preponderantemente relacionales. Así, pues, la vulnerabilidad no es el cuerpo que envejece, ya que asumir que el problema es funcional es equivalente a pensar en un modelo rehabilitador, que no parte de la experiencia de la diversidad y no cuestiona al entorno social.

En ese sentido, partimos de una presunción de vulnerabilidad para todas las personas mayores, en la medida en la que enfrentan lugares potencialmente agresivos o excluyentes, como los sociales paternalistas que piensan y actúan sobre la vejez desde la compasión o el rechazo. La imagen del viejo es de aquello que no se quiere ser. Y, en este contexto, contar con recursos económicos o buena salud no implica una eliminación de la vulnerabilidad, aunque sí pueda ser una mitigación.

La vulnerabilidad se encuentra en una relación de poder desventajosa entre las personas mayores y el resto del conjunto social. Además, está en un paternalismo infantilizador que se cierne sobre ellas, puesto que están sujetas a esta vulnerabilidad causada por el entorno social, y las respuestas de políticas públicas están orientadas a eliminar las barreras de dicho entorno. Esta presunción se desmonta a través de un examen riguroso de qué capacidades personales, familiares y sociales hay en la vida de la persona mayor y cómo se dan las interacciones con estas. En cada caso, el juez constitucional tiene que hacer un examen del lugar que ocupa la persona en las relaciones de poder con el conjunto social, a través de cinco niveles o ámbitos claves de la vida: los ingresos económicos, el estado de salud y acceso a servicios de salud, el círculo familiar de apoyo, las redes comunitarias y el goce general de derechos; en conjunto, este examen contribuye a conocer el grado de exclusión social.

Los ingresos económicos son una fuente de vulnerabilidad en la vejez. Por ello, una de las primeras acciones del juez constitucional es observar cuál es el nivel de ingresos de la persona mayor y, particularmente, el grado de control que tiene sobre ellos. No basta con que el núcleo familiar en el que vive tenga ingresos económicos, pues, aunque esto es importante en la medida en la que favorece el acceso a bienes y servicios para la satisfacción de necesidades básicas, no garantiza una disposición autónoma de los recursos. El hecho de no generar ingresos propios ya supone una capacidad disminuida para reaccionar ante potenciales riegos y agresiones contra los derechos. Si una persona mayor solo dispone de los recursos que genera su entorno familiar (sus hijos, o compañero o cónyuge, o sus sobrinos o nietos o amigos), queda en una especie de relación de subordinación frente a ellos; incluso en los casos en los que hay obligaciones legales de fondo en términos de garantía del derecho a la alimentación y la subsistencia mínima, como sucede en la relación entre los hijos y los padres personas mayores. De esta manera, cuando el juez constitucional encuentre que la persona mayor vive en un núcleo familiar que cuenta con ingresos económicos, no debe asumir que no hay allí una situación de vulnerabilidad, pues la pregunta tiene que ir más allá, hacia las relaciones de poder, a partir de dicha dependencia económica.

El segundo nivel de análisis está vinculado con el estado de salud de la persona y, sobre todo, el acceso efectivo a servicios de salud. Que una persona tenga una enfermedad no quiere decir que está en una situación de vulnerabilidad, dado que la clave no es la enfermedad por la enfermedad, sino el acceso a servicios integrales de salud que permitan que, incluso con esta, las personas puedan estar incluidos en la comunidad y hacer las acciones que resultan significativas. En ese sentido, el examen determina si el estado de salud posibilita o no llevar una vida que se disfrute, con respecto del proyecto de vida deseado. La pregunta establece si el estado de salud disminuye la posición de las personas mayores en las relaciones sociales en las que participan.

En tercer lugar, el juez constitucional está obligado a preguntarse por la composición de la red familiar de apoyo con la que cuenta la persona mayor y, particularmente, por cómo es la posición que ocupa

en dicha red. La familia constituye el primer espacio de participación en la vejez, pues es allí donde más dinámicas de denegación de la igualdad se generan. ¿Qué relaciones de cuidado se establecen frente a la persona mayor? ¿Cómo se garantiza que sus opiniones se escuchen y sean tomadas en cuenta? ¿Qué tipo de aportes hacen a la familia y qué mecanismos existen para reconocer dichos aportes? Estas son algunas de las interrogantes que el magistrado necesita para construir un panorama claro de cuál es la situación de poder de la persona mayor en su entorno familiar, para considerar si este es o no un espacio que promueve sus derechos.

Un cuarto nivel de análisis se ubica en el entorno social, y lleva al juez a determinar si existen esquemas de protección y cuidado integral de tipo comunitario. Es decir, los vecinos y amigos, los habitantes de un mismo barrio, comuna, localidad, sector, etc., constituyen una fuente de respaldo para aquellas circunstancias en las que no se cuenta con una red familiar de apoyo o esta es débil. La comunidad ofrece acciones de acompañamiento, inclusión, participación y acercamiento a las rutas para la protección de derechos. Conocer si estas capacidades contribuyen a reconocer cuál es el grado de vulnerabilidad en la vejez.

Finalmente, en el último nivel, se hace una valoración general del goce de los derechos humanos de las personas mayores. Frecuentemente, se tiende a creer que hay tres tipos de derechos que preocupan e interesan a las personas mayores: salud, pensiones y cuidados. Por supuesto, se trata de derechos de la mayor relevancia, pero ello no implica suponer que no hay otros derechos sobre los que tienen interés y necesidad de protección. El juez constitucional debe superar sus propios prejuicios y hacer un examen integral que ayude a saber de qué manera la vulneración de otros derechos impacta sobre las relaciones de poder en las que participa la persona mayor.

En conjunto, este examen hace una evaluación del grado de exclusión social que vive la persona mayor, y comprende si está viviendo un envejecimiento activo, entendido este como una ampliación de oportunidades a lo largo de la vida (OMS, 2002). El efecto de la vulnerabilidad es justamente el contrario, un estrechamiento de las oportunidades a lo largo de la vida.

5. Conclusiones

Hasta este punto, hemos querido sostener una idea central: la vulnerabilidad en la vejez es un asunto social y no personal. La pregunta está en el entorno social en el que viven las personas mayores y no tanto en estas como tal. Ese ha sido el principal aporte del modelo social de la discapacidad a las acciones sobre poblaciones vulnerables, y retomarse al pensar en la vejez. Por lo tanto, tenemos que resistir los embates de un impulso que suele presentarse en estos campos: el medicalizar una problemática social. Pensar en la vulnerabilidad desde la funcionalidad es el camino expreso para llegar a una solución que pasa más por la medicina que por el derecho, más por los profesionales de la salud que por los operadores jurídicos.

La principal consecuencia de esta idea es reconocer que los adultos mayores se encuentran en una situación de vulnerabilidad en la medida en la que viven en entornos sociales que restringen sus oportunidades y los marginan. En la mayoría de nuestras sociedades, la vejez se ha vuelto un motivo de exclusión, no solo en los ámbitos laborales, sino en otras esferas de poder. El hecho de que muchas figuras políticas sean mayores hace perder de vista que, en realidad, constituyen una franca minoría dentro del conjunto. En los espacios de poder de la vida cotidiana (en las casas, los trabajos, los centros culturales, las asociaciones de vecinos, etc.), los adultos mayores no suelen ocupar posiciones ventajosas.

En ese contexto, la tarea de los jueces es balancear esas relaciones desiguales de poder y evitar que las personas mayores sean excluidas. En países en los que las políticas públicas suelen fallar, la tarea de los operadores judiciales es indispensable para garantizar el pleno ejercicio de los derechos. Es una responsabilidad ardua, máxime en países en los que son casi nulas las medidas diferenciales y puntuales para responder a los retos de una sociedad que envejece.

Y esta tarea técnica y judicial está acompañada de una mucho más compleja, a nivel cultural y social: la transformación de los imaginarios sobre el envejecimiento y la vejez. Hemos construido unas imágenes acerca de lo que implica envejecer y llegar a ser viejo, y

dichos imaginarios son tan potentes que, incluso, cuando se llega a la vejez, se aceptan y las personas terminan por vivir de acuerdo con ellos. La primera tarea del operador judicial está en identificar esos sesgos. A partir de lo anterior, cuestionar y construir una visión realista y ponderada del envejecimiento y la vejez, que ayude en su toma de decisiones que propendan por la garantía plena de los derechos para personas de todas las edades.

Referencias

Anstey, K., Stankov, L. y Lord, S. (1993). Primary aging, secondary aging, and intelligence. *Psychology and Aging*, *8*(4), 562-570.

Araníbar, P. (2001). *Acercamiento conceptual a la situación del adulto mayor en América Latina.* Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

Banco Interamericano de Desarrollo (2015). *Panorama de las pensiones. América Latina y el Caribe.* Bogotá: BID, OCDE y Banco Mundial. Recuperado de https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Panorama-de-las-Pensiones-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe.pdf

Beauvoir, S. (1970). *La vejez*. Buenos Aires: Editorial Suramericana.

Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema.

Bytheway, B. (2005). Ageism and age categorization. *Journal of Social Issues*, *61*(2), 361-374.

Camacho, J., Villamil, K., Rico, D. y Ramos, A. (2019). *La eficiencia en el sector justicia colombiano, énfasis en la jurisdicción ordinaria.* Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia. Recuperado de https://www.repository.fedesarrollo.org.co/handle/11445/3793

Carrera, L. (2011). La acción de tutela en Colombia. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, *5*(27), 72-94. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000100005

Chaves, L. (2012). El acceso a la justicia de las personas mayores: nociones, avances y desafíos. En Huenchuan, S. (coord.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos* (pp. 111-133). Ciudad de México: Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Recuperado de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1470/S301435D4312012_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Chong, A. (2012). Aspectos biopsicosociales que inciden en la salud del adulto mayor. *Revista Cubana de Medicina General Integral*, *28*(2), 79-86. Recuperado de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-21252012000200009

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2009). *Envejecimiento y sistemas de cuidado: ¿oportunidad o crisis?* Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Recuperado de https://www.cepal.org/es/publicaciones/3859-envejecimiento-sistemas-cuidados-oportunidad-o-crisis

Congreso de la República de Colombia (2009). Ley n.º 1276. Bogotá: 5 de enero de 2009. Recuperado de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=34495#:~:text=La%20presente%20ley%20tiene%20por,mejorar%20su%20calidad%20de%20vida.

_____ (2013). Ley n.º 1618. Ley que establece disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Bogotá: 27 de febrero de 2013. Recuperado de http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/2013/LEY%201618%20DEL%2027%20DE%20FEBRERO%20DE%202013.pdf

Correa, L., Rodríguez, L., Suárez, C. y Rúa, J. (2018). El olvido del derecho. Desprotección legal de las personas mayores de hoy y del mañana en Colombia. *Opinión Jurídica, 17*(33), 43-71.

Correa, L. y Uribe, L. (2017). *La vejez de hoy y del mañana en Colombia: logros y retos de la implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Bogotá: Fundación Saldarriaga Concha. Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/COL/INT_CESCR_CSS_COL_27308_S.pdf

Corte Constitucional de Colombia (1994). Sentencia n.º T-456-94. Santa Fe: 21 de octubre de 1994. Recuperado de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-456-94.htm

_____ (1996). Sentencia n.º T-076-96. Santa Fe: 28 de febrero de 1996. Recuperado de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-076-96.htm

_____ (2003). Sentencia n.º T-463/03. Bogotá: 5 de junio de 2003. Recuperado de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-463-03.htm

_____ (2012). Sentencia n.º T-475/12. Bogotá: 25 de junio de 2012. Recuperado de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-475-12.htm

_____ (2013). Sentencia n.º SU-856 de 2013. Bogotá: 27 de noviembre de 2013. Recuperado de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU856-13.htm

_____ (2016). Sentencia n.º C-177-16. Bogotá: 13 de abril de 2016. Recuperado de https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-177-16.htm

_____ (2019). Sentencia n.º T-015/19. Bogotá: 22 de enero de 2019. Recuperado de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/t-015-19.htm

Cumbre Judicial Iberoamericana. (2008). Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Brasilia: 4, 5 y 6 de marzo de 2008. Recuperado de https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf

Dabove, M. (2018). *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance.* Buenos Aires: Editorial Astrea.

Dulcey-Ruiz, E. (2011). Calidad de vida y derecho al reconocimiento en la vejez. *Oñati Socio-Legal Series*, *1*(8), 1-13.

Feliciotti, R. (2017). Medidas adoptadas por el Ministerio Público de la defensa para el acceso a la justicia. En Dabove, I. (coord.), *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección* internacional (pp. 87-102). Bogotá: Astrea y Editorial Universidad del Rosario.

Fondo de Población de las Naciones Unidas. (2017). *Una mirada sobre el envejecimiento. ¿Dónde están varios países latinoamericanos a 15 años del Plan de Acción Internacional de Madrid?* Ciudad de Panamá: Fondo de Población de las Naciones Unidas. Recuperado de https://lac.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Una%20mirada%20sobre%20el%20envejecimiento%20FINAL21junB.pdf

Gendron, T., Wellerford, E., Inker, J. y White, M. (2016). The Language of Ageism: Why We Need to Use Words Carefully. *The Gerontologist, 56*(6), 997-1006. Recuperado de https://academic.oup.com/gerontologist/article/56/6/997/2952876

Giró-Miranda, J. (2004). El significado de la vejez. En *Envejecimiento y sociedad: una perspectiva pluridisciplinar* (pp. 19-45). Logroño: Universidad de la Rioja.

Huenchuan, S. (2004). *Marco legal y de políticas públicas en favor de las personas mayores en América Latina.* Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

Jewell, T., Rossi, M. y Triunfo, P. (2007). El estado de salud del adulto mayor en América Latina. *Cuadernos de Economía, 26*(46), 147-167.

Kehl, S. y Fernández, M. (2001). La construcción social de la vejez. *Cuadernos de Trabajo Social*, (14), 125-161. Recuperado de http://envejecimiento.sociales.unam.mx/archivos/europa.pdf

Kohn, N. (2012). Elder (In)Justice: A Critique of the Criminalization of Elder Abuse. *American Criminal Law Review*, *49*(1), 1-29. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2140569

Marco, F. (2004). *Los sistemas de pensiones en América Latina: un análisis de género*. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

Organización de Estados Americanos (2017). *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores: Estado de Firmas y Ratificaciones*. Recuperado de http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp

Organización de las Naciones Unidas (2006). *Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.* Nueva York: ONU. Recuperado de https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf

Organización Mundial de la Salud (2015). *Informe Mundial sobre el Envejecimiento y la Salud*. Washington: Organización Mundial de la Salud. Recuperado de https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/186466/9789240694873_spa.pdf?sequence=1

_____ (2002). Envejecimiento activo: un marco político. *Revista Española Geriatría y Gerontología*, *37*(2), 74-105.

Palacios, A. (2013). *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Ediciones Cinca.

Presidencia de la República de Colombia (1991). Decreto n.º 2591 de 1991. Ley que reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Bogotá: 19 de noviembre de 1991. Recuperado de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=5304

Pritchard, J. (2009). *Good Practice in the Law and Safeguarding Adults. Criminal Justice and Adult Protection*. London and Philadelphia: Jessica Kingsley Publishers.

Quiroz, A. y Peña, J. (coords.) (2016). *Diagnóstico de la situación de la justicia ordinaria. Elementos para un balance.* Bogotá: Editorial Ibáñez y Corte Suprema de Justicia de Colombia.

Ricardo, A. (2016). La política de descongestión judicial 2009-2014. Un costoso e ineficiente esfuerzo. *Revista de Derecho Público*, (36), 1-36.

Sage-Jacobson, S. (2015). Access to Justice for Older People in Australia. *Law Context: A Socio-Legal Journal*, *33*(142), 142-159.

Vallet, H., Duret, G., Ciancia, O. y Minaggia, M. (2017). Acceso a la justicia de las adultas mayores víctimas de violencia de género en Argentina. *Trayectorias Humanas Trascontinentales*, (1), 18-36.

Las Reglas de Brasilia y el acceso a la justicia de las personas con discapacidad

Claudia Elizabeth Zalazar
Instituto de Investigación de Ciencias Jurídicas, Argentina
cursoszalazar@gmail.com

1. Introducción

A lo largo de la historia, los ciudadanos, mediante un tercero, han buscado el apoyo para lograr la resolución de sus conflictos, es decir, las pretensiones resistidas por diferencias sobre alguna cuestión de hecho o la aplicación del derecho. Con el nacimiento del Estado y el fortalecimiento de las estructuras de poder, la justicia se consolidó como el espacio adecuado para encontrar una solución idónea con un tercero imparcial que observa a las partes y lo que ellas prueban; y, a partir de ello, trata de recomponer el orden jurídico alterado.

Con el transcurso de los años, el acceso a una resolución estatal ha sido complejo, puesto que existen barreras no solo en el sistema, sino también en sus condiciones. Así, las personas se han visto discriminadas por la ausencia de dinero, la nacionalidad, el color de piel, una determinada capacidad o el nivel de estudios. En este escenario, la igualdad real se convierte, entonces, en el presupuesto indeficiente del equilibrio social (Berizonce, 1987); además, la restauración del mismo es tarea primordial de la justicia.

En esa línea, la reconstrucción de los lazos afectados ha sido y es un problema en los Estados que forman parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, dado que se tuvo que cambiar la manera de pensar de los gobernantes, jueces, legisladores y ciudadanos. Ello con

el objetivo de reconocer el acceso a la justicia a través de políticas gubernamentales, leyes y sentencias, pues «la defensa judicial de los derechos asume una significación superlativa, porque su consagración exige el libre e irrestricto acceso a la jurisdicción» (Berizonce, 1987, p. 42).

Ahora bien, somos testigos en comprender que el Estado no puede quedar aislado de hallar un resultado a las dificultades que aquejan a tantos justiciables. Por ese motivo, el reconocimiento de este derecho no debe ser solo una promesa, sino que tiene que estar obligado a una serie de cambios que permitan entender que el acceso a la justicia es «un derecho humano fundamental en un sistema democrático que tenga por objeto garantizar los derechos de todos por igual» (Birgin y Kohen, 2006, p. 15).

Por tanto, de acuerdo con PNUD (2005), es:

> un acceso de todos a los beneficios de la justicia y del asesoramiento legal y judicial, en forma adecuada a la importancia de cada tema o asunto, sin costos o con costos accesibles, por parte de todas las personas físicas y jurídicas, sin discriminación alguna por sexo, raza, religión o nacionalidad (citado en Sartori, 2010, p. 261).

Se trata de un derecho con múltiples facetas y en conexión con un cúmulo de situaciones, lo que demuestra la complejidad de su aprehensión y la amplitud de su espectro.

Como observamos, dicha noción se relaciona con la posibilidad de que todos los individuos están en igualdad de condiciones para reclamar y hacer valer sus derechos; de tal manera que se elimine cualquier situación de desigualdad, discriminación, violencia, maltrato o abuso. Por su propia definición, es un derecho en sí mismo y, a su vez, un remedio que restablece a las personas el ejercicio de aquellos derechos que le hubieran sido desconocidos o quebrantados (Despouy, 2008). En tanto derecho humano fundamental e inalienable, representa las diferentes alternativas que el Estado está obligado a facilitar para la resolución de sus controversias. En esas circunstancias, es un pilar fundamental en toda sociedad y está íntimamente vinculado con el principio constitucional de igualdad ante la ley.

Este concepto parte de un nuevo paradigma que concibe el acceso a la justicia como un derecho cuyo ejercicio es exigido por todos los individuos y, en simultáneo, es una garantía indispensable para el goce efectivo de los restantes derechos de los que son titulares.

En esa línea, Carlos Tiffer (2010) manifiesta que:

> más grave aún que el problema de la inseguridad ciudadana —que está claro no es un asunto de percepción— resulta el tema del verdadero acceso a la justicia. La relevancia del acceso a la justicia es tal que está directamente relacionado con el desarrollo y consolidación del Estado democrático (p. 15).

En un sentido similar, el Programa Iberoamericano de Acceso a la Justicia (2010) sostiene que:

> El acceso a la justicia constituye un área de políticas públicas en materia de justicia que ha sido relegada y marginada respecto a otras áreas de reforma judiciales. Diversos factores contribuyen a incentivar un tratamiento específico de la temática: una visión de la justicia como servicio público, en el marco de un enfoque de derechos que garantice un adecuado cumplimiento de los derechos de los ciudadanos, especialmente de aquellos que están en situación de mayor vulnerabilidad (p. 3).

En este orden de ideas, se menciona como componentes del derecho al acceso a la justicia el derecho a la tutela judicial efectiva (juicio justo o debido proceso); el derecho a un recurso efectivo; el derecho a la igualdad ante los tribunales; la igualdad de los medios procesales; el derecho a la asistencia letrada; sumado al derecho de ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial.

Dentro del amplio marco de la protección de dichos derechos, se incluye a las personas con alta vulnerabilidad, como los niños, las niñas y los adolescentes, los ciudadanos con restricción a la capacidad mental, los discapacitados, los adultos mayores, las víctimas de violencia, los enfermos y los pobres, entre otros, a quienes las Reglas de Brasilia han tratado de amparar y custodiar de manera particular.

A continuación, nos detendremos en el estudio de las Reglas de Brasilia, pero sobre todo en su capacidad de protección para el acceso a la justicia de ciudadanos con discapacidad. Para lograr nuestro objetivo, no solo analizaremos dichas reglas, sino que también lo haremos en relación con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), donde explícitamente se menciona que:

> Los Estados partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia e 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 indirecto, incluida la declaración de testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares (art. 16, inc. 1).

2. La protección de la vulnerabilidad y las Reglas de Brasilia

En la declaratoria de las Reglas de Brasilia, como parte de su exposición de motivos, se indica que:

> el sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho (párr. 3).

En este sentido, la finalidad fue tratar de configurar un marco de actuación no vinculante que se tome en cuenta para resolver casos donde los jueces tuvieran frente a ellos a personas en situación de vulnerabilidad. Estos principios se han mantenido y acentuado en la actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana de abril de 2018 (Quito, Ecuador). En el documento, se menciona que:

> las presentes Reglas no se limitan a establecer unas bases de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, sino que también recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan servicios en el sistema judicial. No solamente se refieren a la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas, sino también al trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento (párr. 5).

Como se puede apreciar, presentan un espectro de naturaleza compleja, porque pretenden no solo ser un manual para que los jueces consideren en el marco de un proceso, sino que también buscan concientizar a los operadores jurídicos que participan en un litigio en particular. En ese sentido, son una herramienta para una persona vulnerable que se presenta ante un estrado judicial y aspira a acceder a la justicia.

Bien se ha dicho que «las Reglas recogen […] una preocupación bastante extendida respecto a que los sistemas judiciales sean reales instrumentos de defensa de los derechos de las personas, sobre todo de las más débiles» (Ribotta, 2012, p. 3). Esa inquietud dio origen a estas pautas, las cuales tratan que el «deber ser» se transforme, en el caso en concreto, en el «ser».

Si bien esto podría provocar alguna controversia respecto de su operatividad, incluso su articulación con normas en sentido formal, en tanto que el documento incluye directivas para los Poderes Ejecutivo y Legislativo, no hay duda de que son «interpretativas», ya que encierran valores que el juez evaluará.

En ese contexto, la concepción que inspira su elaboración radica en que el sistema judicial se diseñe como un instrumento para la defensa «efectiva» de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Lo cierto es que, como lo anuncian en la actualización del 2018, «poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho» (Reglas de Brasilia, 2018, párr. 3).

Se asume, además, la dificultad para asegurar la eficacia de los derechos que afectan con carácter general a todos los ámbitos de la sociedad; sin embargo, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad, dado que están expuestas a más obstáculos para su ejercicio.

A nivel nacional, no hay dudas de que lo ideal sería la existencia de normas internas que sancionen expresamente estos principios e incluyan a las Reglas de Brasilia. No obstante, hasta que ello suceda, se velará para que los procedimientos y requisitos faciliten el acceso a la justicia. Por tanto, se aceptan simplificaciones y flexibilizaciones en los procesos que intervienen sujetos en dicha condición, toda vez que priorizan estos casos para evitar dilaciones.

En suma, se requiere la sensibilización de los funcionarios judiciales y magistrados con la finalidad de que en sus resoluciones se incorpore una «perspectiva de vulnerabilidad», sin que signifique una pérdida de credibilidad en el debido proceso, pero sí una protección para estos sectores.

3. La tutela de los discapacitados

A partir de lo anterior, se ha señalado que:

> En nuestro país, la asistencia universal de la discapacidad se instituye como una política pública del Estado, no solo en base a políticas públicas nacionales, sino que, por el principio de convencionalidad y el respeto a los tratados internacionales que tienen rango constitucional, hemos prometido respetar y adoptar en forma programática y efectiva todas las medidas necesarias a dicho fin, con mayor razón cuando la discapacidad afecta a la niñez.
>
> Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que «la niñez, además de la especial atención por parte de quienes están directamente encargados de su cuidado, requiere también la de los jueces y de la sociedad toda; con lo cual la consideración primordial de aquel interés viene tanto a orientar como a condicionar la decisión jurisdiccional; con singular énfasis en aquellos menores aquejados

por impedimentos físicos o mentales, cuyo interés debe ser custodiado, con acciones positivas y por sobre otras consideraciones, por todos los departamentos gubernamentales» (Puccio, 2017, p. 68).

La Ley n.º 24901 instituyó un sistema de protección integral para las personas con discapacidad, a fin de abarcar todos los aspectos relativos a su situación dentro de la sociedad. En función de ello, trata de establecer un régimen particular en relación con los derechos de los discapacitados, así como de las obligaciones que se imponen a los órganos del Estado. Esta cobertura integral tiende a protegerlo en su diagnóstico, rehabilitación, educación, inserción familiar y social; además, contempla acciones de prevención, asistencia, promoción y protección.

El citado decreto se dirige fundamentalmente a conceder franquicias y estímulos que permitan —en lo posible— neutralizar la desventaja que la discapacidad genera en las personas. Sus funciones son múltiples, entre las principales, la elaboración del presupuesto anual diferenciado del sistema único, el análisis y la aprobación del nomenclador de prestaciones básicas y la coordinación de los programas de los organismos que integran el sistema.

Asimismo, y como parte de las políticas destinadas a consolidar el marco normativo para la atención de las necesidades de los discapacitados, el Congreso nacional sancionó —en agosto de 2000— la Ley n.º 25280, por la que promulgó la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. La norma dispone que los Estados partes adopten diversas medidas para el progreso social de los discapacitados y la eliminación progresiva de las barreras arquitectónicas que limitan sus capacidades de movilidad.

Posteriormente, a través de la Ley n.º 26378, se aprueba la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, cuyo propósito «es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad; además, promover el respeto de su dignidad inherente» (art. 1). En esa línea, los Estados partes se responsabilizan de:

> promover el ejercicio de los derechos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna. A tal fin, los Estados partes se comprometen a: […] adoptar medidas legislativas, administrativas y de otra índole para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; […] a derogar o modificar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación; […] a tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad (art. 4).

Por este motivo, el Gobierno nacional se compromete a amparar las medidas pertinentes, especialmente en materia económica y técnica, para lograr —de forma progresiva— la plena efectividad del derecho mencionado. Cabe resaltar que de ninguna manera puede gravitar, en estas políticas activas, las cuestiones relacionadas con el presupuesto de la entidad estatal, tanto nacional como provincial. Por tanto, se afirma que:

> es impostergable obligación de la autoridad pública de emprender, en este campo, acciones positivas, especialmente en todo lo que atañe a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que requieran los infantes, con particular énfasis en aquellos que presenten impedimentos físicos o mentales, cuyo interés superior debe ser tutelado, por sobre otras consideraciones, por todos los departamentos gubernamentales (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002, p. 8).

No obstante, en caso de que estos servicios sean negados, se responsabiliza a garantizar el acceso a la justicia, el cual no concluye con la sola posibilidad de iniciar la acción judicial correspondiente, sino también de lograr el cumplimiento voluntario o forzado de la sentencia.

A partir de las obligaciones generales asumidas por el Estado y el Poder Judicial como sujeto obligado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció la doctrina sobre el control de convencionalidad «de oficio», la cual fue consagrada en los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (Ley n.º 26994-2015).

El decreto establece que los jueces están obligados a que el efecto útil de las convenciones adheridas por su país no se vea mermado o anulado por la aplicación de las leyes locales, las que podrían resultar contrarias a la protección de dichos derechos.

El aludido «control de convencionalidad» es importante debido a la búsqueda de compatibilidad entre las normas locales y las supranacionales; cuando hablamos de estas últimas no nos referimos únicamente al Pacto de San José de Costa rica, sino a todos los tratados internacionales ratificados por Argentina en los términos del artículo 75, inc. 22 de la Constitución (que integran el *corpus iuris* convencional de los derechos humanos), al *ius cogen* y la jurisprudencia de los tribunales supranacionales.

En definitiva, la implementación del modelo social de la discapacidad y el modelo de derechos humanos, por parte de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), significa para los Estados la necesidad de revisar la legislación y las prácticas para adecuar el sistema de protección local al internacional de los derechos humanos, como consecuencia del principio de convencionalidad.

Son muchas las medidas y acciones positivas que ha tomado el Gobierno nacional de Argentina para la protección de las personas con discapacidad, como la creación del Observatorio de la Discapacidad (Decreto del Poder Ejecutivo Nacional n.º 806 del 14 de junio de 2011), la Agencia Nacional de Discapacidad (Decreto del Poder Ejecutivo Nacional n.º 698, del 5 de septiembre de 2017) y el reciente proyecto de resolución elevado el 23 de febrero de 2020 para la adecuación de la normativa en torno al Observatorio Nacional a la Discapacidad.

4. Las Reglas de Brasilia y la protección de las personas con discapacidad

Como hemos observado, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad tienen como objetivo mejorar las condiciones para su acceso efectivo a la justicia, sin discriminación alguna. En función de ello, identificaron a las personas con

discapacidad como grupo que presenta especiales dificultades para ejercer con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico ante el sistema de justicia.

En primer lugar, cabe señalar que, en la actualización de dichas reglas llevadas a cabo en el 2018, estas protegen no solo a las personas con discapacidad, sino también a las que se encuentran de manera temporal en dicha circunstancia. Así, se afirma que:

> se entiende por *discapacidad* la situación que resulta de la interacción entra las personas con deficiencias físicas, psicosociales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, y cualquier tipo de barreras de su entorno, que limitan o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás. A los efectos de estas Reglas también se encuentran en situación de discapacidad, aquellas personas que de manera temporal presenten tales deficiencias, que les limiten o impidan el acceso a la justicia, en igualdad de condiciones con las demás (Regla 7, las cursivas provienen del original).

En esa línea, para que las personas con discapacidad puedan disfrutar de un verdadero acceso a la justicia y ser beneficiarios de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan desventajas, el tribunal se compromete a reconocer y resolver los factores de desigualdad, a través de las herramientas necesarias para ello. Por tanto, se aconseja garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, que incluye medidas dirigidas a utilizar los servicios judiciales requeridos y disponer de los recursos que respalden la igualdad de trato, reconocimiento como persona ante la ley, respeto de su autonomía, capacidad de actuar, «seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación» (Regla 8).

En este sentido, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad exige a los Estados asegurar «el efectivo acceso a la justicia» para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás, «incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad» (art. 13).

La obligación de «asegurar» implica que se realiza todo lo necesario para que el sujeto de derecho pueda acceder a las distintas

fases del proceso judicial; asimismo, avala los ajustes de procedimiento que sean necesarios para tal fin.

En definitiva, vemos que, para que la persona discapacitada obtenga el «acceso al goce pacífico y pleno de sus derechos», tiene que existir la efectiva remoción de los obstáculos que limiten o inhiban de alguna manera el disfrute de estos.

Entonces, las Reglas de Brasilia recogen una preocupación bastante extendida para que los sistemas judiciales sean reales instrumentos de defensa de los derechos de las personas, sobre todo de los más débiles. En ese sentido, las leyes y los códigos no son, por más tiempo, solo declaraciones formales, vacías de contenido. Los sistemas judiciales y la conformación de los Estados democráticos modernos asumen el reto de respaldar realmente la tutela de los derechos que las leyes reconocen a sus ciudadanos. Es más, en el caso de las personas vulnerables, esa tutela de los derechos y las garantías se extralimitará cuando se encuentren en una situación que dificulta su ejercicio, que, invariablemente los vulnera aún más.

Durante los últimos años, y debido a que una sola persona puede estar afectada por más de una vulnerabilidad (vgr. mujer menor de edad discapacitada que ha sufrido violencia de género), la doctrina especializada reflexiona acerca de la «hipervulnerabilidad», frente a la cual las acciones del Estado permitan una posible ayuda que no provoque, por ejemplo, una nueva victimización de esa persona.

Sobre la base de lo expuesto, desarrollaremos algunas recomendaciones generales orientadas al trato adecuado que deben procurar los operadores del sistema de justicia con respecto a las personas con discapacidad. Estas se encuentran en el segundo capítulo de la actualización de las Reglas de Brasilia, particularmente cuando aborda el «efectivo acceso a la justicia para la defensa de los derechos». A partir de ello, propone la revisión de los procedimientos y requisitos procesales como una forma de favorecer el acceso a la justicia, mediante medidas que se adapten a cada condición de vulnerabilidad.

Asimismo, unas propuestas ya se encontraban en el Protocolo para Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad. Propuesta para un trato adecuado (2013). Entre ellas, podemos mencionar que:

Capacitación a los operadores. Se recomienda la capacitación de las personas que operan en el sistema de justicia, incluyendo al personal policial y penitenciario, a fin de que brinden un trato adecuado a las personas con discapacidad en general, conforme los requerimientos particulares de cada sujeto en su individualidad (Cisternas, 2013, p. 32).

También se afirma que:

En el mismo sentido, se recomienda la organización de talleres de capacitación-perfeccionamiento sobre el modelo social y los derechos humanos de la discapacidad, dirigido a jueces(as), defensores(as), fiscales y otros(as) operadores(as) judiciales, con la finalidad de que estos adopten el sistema de apoyo que la persona pueda necesitar en la toma de decisiones, respetando la autonomía, la voluntad y las preferencias personales, en lugar del modelo de sustitución de la voluntad por terceros (Cisternas, 2013, p. 53).

Este modelo social ha sido consagrado en el Código Civil y Comercial de la Nación, Ley n.º 26 994, para los casos de declaración de restricción a la capacidad.

Asistencia legal y defensa pública. Se torna relevante el asesoramiento técnico-jurídico para hacer efectivo los derechos de las personas vulnerables, para lo cual se ofrecerá la asistencia legal correspondiente incluso antes del inicio del proceso judicial y brindando la defensa pública, en todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales, bregando porque la misma sea gratuita. Para ello, se deberán arbitrar medidas como la ampliación de las funciones de las defensorías públicas, y la creación de mecanismos como las casas de justicia, la atención gratuita en los colegios de abogados, etc., para tener una formación especializada en la materia.

Atender en forma prioritaria a las personas con discapacidad. Considerando que no todas las discapacidades son perceptibles a «simple vista», se recomienda que el operador o la operadora esté atento(a) que se respete la prioridad en la atención, independientemente

> de que tenga o no certificado único de discapacidad. Se sugiere la señalización de la prioridad en formatos accesibles, ubicados a altura adecuada, en lugares en los que tanto las personas con discapacidad como el público en general puedan tomar conocimiento de inmediato de su existencia y así minimizar las situaciones de malestar y tensión en la fila. En estos casos, se recomienda una actitud abierta e información clara sobre las situaciones referidas (Cisternas, 2013, p. 32).

Asimismo, se deberán arbitrar todas las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, que proteja la pronta resolución judicial, así como también la ejecución rápida de lo resuelto, sino media un cumplimiento voluntario de la medida. Para ello, se deberá otorgar prioridad no solo en la atención, sino también en la resolución y la ejecución de este, en su caso; y se sugiere que los expedientes tengan un distintivo visible que permita identificar que se trata de una cuestión de vulnerabilidad.

A tal fin, se recomienda la implementación de cursos de capacitación, que tengan como objetivo concienciar sobre los perjuicios derivados de la demora en este tipo de resoluciones. Además, tales cursos deben incluir la «toma de conciencia» respecto de la importancia de la labor de oficio y la responsabilidad en ejercer un control activo y periódico que asegure los derechos de las personas con discapacidad.

En tal orden de ideas, resulta conveniente que las jurisdicciones dicten protocolos de actuación conjunta para mejorar la respuesta del sistema judicial ante la demanda de justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, como la siguiente:

> **Asegurar la efectiva comunicación**. Se debe procurar reducir las dificultades de comunicación que puedan existir entre la persona con discapacidad y las personas que operan en el Sistema de Justicia, de manera de garantizar la comprensión de la información brindada por el o la operador(a) y la fidelidad de las manifestaciones de la persona con discapacidad (Cisternas, 2013, p. 32).

En este sentido, la asistencia gratuita de una traductora o un intérprete es necesaria para que la persona en condiciones de vulnerabilidad conozca las actuaciones judiciales. Por ello, se plantea:

> **Utilizar un lenguaje sencillo**. Si la comunicación se establece a través de la lengua escrita, se recomienda la elaboración de oraciones cortas, en lenguaje sencillo, evitando tecnicismos, con letra lo más clara posible y con un formato que facilite la lectura y la comprensión.
>
> **Proporcionar la información básica sobre los derechos y obligaciones.** Las Reglas de Brasilia incluyen la recomendación de proporcionar la información básica acerca de los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad de todas las etapas del proceso judicial o extrajudicial, a fin de asegurar el efectivo acceso a la justicia en igualdad de condiciones con los demás. Se recomienda informar y formar a las personas que operan en el Poder Judicial en los enfoques contemplados por el derecho internacional de derechos humanos: discapacidad, género, etario e interculturalidad. En este punto, es básico tener en cuenta que los Estados, mediante sus operadores y operadoras judiciales, tienen la obligación de proporcionar (permanentemente si es necesario) los apoyos apropiados a las personas con discapacidad para que ejerzan su capacidad jurídica en el mayor grado posible, para lo cual tiene especial pertinencia el facilitar información y garantizar su comprensión (Cadenas, 2013, pp. 32-22).

Ahora bien, con respecto a la flexibilidad de las formas, se sugiere que:

> los actores del sistema de justicia puedan dar curso a las presentaciones realizadas por las personas con discapacidad, aun cuando estas no cumplan con la totalidad de los recaudos formales exigidos. A tal fin, se recomienda en primer lugar revisar las reglas de procedimiento para facilitar el acceso a la justicia adoptando todas las medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin y en segundo lugar procurar su subsanación por todos los medios posibles, mediante impulso de oficio por parte del tribunal (Cisternas, 2013, p. 52).

Por otro lado, y a los fines de avalar la inmediación del juez con el ciudadano en condiciones de vulnerabilidad, se exige propiciar la oralidad, la que permitirá una mayor agilidad en la tramitación del proceso. Además, es de suma importancia que las personas que operan en el sistema judicial conozcan al sujeto con discapacidad desde el inicio del proceso, a fin de que se «humanice» el trámite judicial mediante los ajustes razonables. Asimismo, se sugiere adecuar el vocabulario a la Convención, procurando evitar denominaciones como ser «incapaz», «interdicción», «demente», «insano», «anormal» o «minusválido», por su contradicción con los modelos social y de derechos humanos, y con el sistema de toma de decisiones con apoyo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (2014) utilizó las Reglas de Brasilia para argumentar en casos que se han sometido a su resolución, diciendo que:

> Tal derecho (el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia) aparece seriamente afectado cuando, en una materia tan sensible como lo es la previsional, el trámite ordinario del proceso, sin razones particulares que lo justifiquen, se traslada de la sede de residencia del actor. En este sentido, cabe resaltar que la importancia de la proximidad de los servicios de los sistemas de justicia a aquellos grupos de población que se encuentren en situación de vulnerabilidad ha sido expresamente destacada en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (p. 9).

5. Conclusiones

El acceso a la justicia no significa solamente reducir las barreras que impiden el ingreso de una causa, sino también propiciar que todo el proceso se celebre desde la especial percepción de los sujetos vulnerables. De este modo, acerca a su entendimiento a aquello que es complejo y explica correctamente las soluciones adoptadas cuando sea necesario.

Las Reglas de Brasilia establecen que los jueces se constituyen como uno de los principales destinatarios de las mismas y, en consecuencia, el rol de ellos tiene una importancia radical en la implementación del nuevo modelo social de discapacidad, donde esta es percibida como una característica de la diversidad humana con el mismo valor y dignidad que las demás. Lo anterior supone centrar las respuestas sociales y jurídicas en la no discriminación e igualdad de oportunidades, incluyendo la diferencia en la construcción y el diseño de la sociedad (Bariffi y Palacios, 2012).

Aceptar este desafío implica, entre otras cosas, que el Poder Judicial sea sensible a las demandas de los grupos más vulnerables, y que su inercia no signifique un agravamiento de dicha vulnerabilidad. Así, la justicia puede asumirse como una función catalizadora y coadyuvante de los procesos de inclusión social. En el ejercicio de las funciones que le son propias, puede resultar un instrumento de transformación social, comprometiéndose con las demandas de los sectores más vulnerables de la sociedad (Bariffi y Palacios, 2012).

Por ello, procuremos que las resoluciones judiciales reflejen la promoción del efectivo acceso a la justicia de las personas con discapacidad, a través de la toma de conciencia de las barreras socioculturales que obstaculizan la participación de aquellas en los procedimientos judiciales y sobre la necesidad de adoptar medidas para su superación, mediante ajustes razonables.

En suma, los jueces deben adoptar buenas prácticas que tengan como fin último el trato adecuado de las personas con discapacidad, garantizando el efectivo acceso a la justicia, entendido este no solo como el acceso prioritario y sin demasiadas formalidades, sino también como la posibilidad de llegar a una solución rápida, razonable y eficiente.

Se trata de que, con medidas efectivas, como la capacitación en estos temas, logremos jueces que fallen con «perspectiva de vulnerabilidad», logrando de esa manera la efectiva consagración de los derechos humanos de las personas en condiciones de vulnerabilidad.

Referencias

Bariffi, F. y Palacios, A. (2012). Acceso a la justicia y discapacidad. En Nogueira, J. y Schapiro, M. (coords.), *Acceso a la justicia y grupos vulnerables. A propósito de las Reglas de Brasilia.* La Plata: Librería Editora Platense.

Berizonce, R. (1987). *Efectivo acceso a la justicia .* Buenos Aires: Librería Editora Platense.

Birgin, H. y Kohen, B. (2006). *Acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas*. Buenos Aires: Biblos.

Cisternas, M. (2013). *Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad. Propuestas para un trato adecuado.* Madrid: EUROsociAL. Recuperado de http://www.jusformosa.gov.ar/biblioteca/legislacion/ProtocoloDiscapacidad.pdf

Congreso Nacional de Argentina (1997). Ley n.º 24901. Sistema de presentaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad. Buenos Aires: 2 de diciembre de 1997. Recuperado de http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/47677/texact.htm

_____ (2000). Ley n.º 2580. Convenciones. Discriminación de Personas con Discapacidad. Buenos Aires: 31 de julio de 2000. Recuperado de https://www.redproteger.com.ar/Legal/capacidades especiales/ce_ley_25280.htm

Despouy, L. (2008). Informe del relator especial sobre la independencia de los magistrados y abogados.

Puccio, S. (2017). La protección de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad: deudas pendientes. *Revista Derecho y Salud*, (1), 67-80. Recuperado de https://revistas.ubp.edu.ar/index.php/rdys/article/view/12

Ribotta, S. (2012). Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia. *Revista Electrónica Iberoamericana*, *6*(2), 1-37. Recuperado de https://www.cijc.org/es/seminarios/2019-CartagenaIndias/Documentos%20CIJC/Documento%20de%20estudio%208_Comentarios%20a%20las%20Reglas%20de%20Brasilia_Silvina%20Ribotta_entregable.pdf

Sartori, J. (2010). Acceso a la justicia y beneficio de litigar sin gastos: estudio de la efectividad del procedimiento establecido para el acceso a la justicia en el fuero civil de la primera circunscripción sede Córdoba Capital. En Andruet, A., *La interdisciplinariedad desde la investigación en el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba* (pp. 255-306). Córdoba: Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Nuñez.

Secretaría General Iberoamericana (2010). Programa Iberoamericano de Acceso a la Justicia. Recuperado de https://www.segib.org/wp-content/uploads/PROGRAMA-IBEROAMERICANO-DE-ACCESO-A-LA-JUSTICIA.pdf

Suprema Corte de la Justicia de la Nación (2002). S. M. C n.º 3225. Martín, Sergio Gustavo y otros c/. Fuerza Aérea Arg. Direcc. Gral. de Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/. amparo. Buenos Aires: 31 de octubre de 2002. Recuperado de https://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2002/becerra/oct/Martin_Sergio_M_3226_L_XXXVIII.pdf

_____ (2014). Competencia n.º 766. Pedraza, Héctor Hugo c/. ANSeS s/. acción de amparo. Buenos Aires: 6 de mayo de 2014. Recuperado de http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-pedraza-hector-hugo-anses-accion-amparo-fa14000063-2014-05-06/123456789-360-0004-1ots-eupmocsollaf

Tiffer, C. (24 de abril de 2010). El acceso a la justicia . *La Nación*, p. 15.

El derecho procesal de las personas con discapacidad

Jorge Pariasca Martínez
Poder Judicial del Perú
jpariascam@pj.gob.pe

1. Introducción

El Decreto Legislativo n.º 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, marca un antes y un después en el derecho procesal. Atrás ha quedado la discriminación a esta comunidad en el ámbito procesal, dado que nos encontramos en la actualidad ante un proceso flexible.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), las normas estatales, las resoluciones judiciales (nacionales e internacionales) y la doctrina sobre la materia han consolidado un territorio autónomo en el derecho para las personas con discapacidad. En esa línea, en estricto, es un auténtico derecho procesal de las personas con discapacidad, caracterizado por un «antirritualismo» similar al que se advierte en los procesos que involucran a niños o adolescentes. Resulta acertado, entonces, que el juez de familia o mixto sea quien conozca el trámite de los procesos de apoyos y salvaguardias[1], con respecto a la experiencia acumulada en asuntos sensibles, sin el constante o necesario apego a las cuestiones formales o protocolares.

1 Ello se evidencia en el artículo 4 (juez/a competente) del Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de la Discapacidad, aprobado por Resolución Administrativa n.º 046-2019-CE-PJ, y el artículo 36 (competencia) del reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, aprobado por Decreto Supremo n.º 016-2019-MIMP.

El Código Civil dispone que:

> Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos. La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida (art. 4).

Del mismo modo, señala que:

> Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad (art. 42).

Si bien la persona con discapacidad presenta capacidad jurídica, requerirá de asistencia en determinadas circunstancias. Esto no debería sorprendernos si consideramos que toda persona, ya sea en algún momento o en el ejercicio de su derecho al libre desarrollo de su personalidad, necesitará la asistencia de un tercero. Es así como surge la importancia del apoyo, quien será el encargado de colaborar o auxiliar a la persona con discapacidad para un acto jurídico.

El reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, aprobado por Decreto Supremo n.º 016-2019-MIMP, divide el apoyo en facultativo y excepcional. En el primer caso, la persona con discapacidad que puede manifestar su voluntad designa a su apoyo en la vía judicial o notarial, mientras que la segunda forma excepcional es la escogida por el juez cuando la persona con discapacidad no expresa su voluntad o es una persona con capacidad de ejercicio restringida, de acuerdo con el numeral 9 del artículo 44 del Código Civil.

Conforme con dicha división, el mencionado reglamento establece dos modalidades o tipos de procesos judiciales de apoyos y salvaguardias. El primero es el reconocimiento judicial de designación de

apoyos y salvaguardias, cuando el proceso es motivado por la persona con discapacidad que puede manifestar su voluntad. El segundo es la designación judicial de apoyos y salvaguardias, cuando quien motiva el proceso es cualquier persona, en tanto que el titular es una persona con discapacidad «que no puede manifestar su voluntad o cuenta con capacidad de ejercicio restringida, según el numeral 9 del artículo 44 del Código Civil» (art. 38.2).

Cabe precisar que el Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de la Discapacidad, aprobado por Resolución Administrativa n.º 046-2019-CE-PJ, señala un tercer tipo o modalidad: el «proceso transformado a designación de apoyos» que «son aquellos procesos de interdicción civil en trámite, transformados y reconducidos con la vigencia del Decreto Legislativo n.º 1384» (art. 5.2.C).

En esta oportunidad, nos corresponde desarrollar brevemente el contemporáneo marco procesal. Para ello, ubiquémonos en el siguiente caso hipotético: «Pedro» interpone una demanda de interdicción y nombramiento de curador, tras considerar que su hermano «Juan» de 50 años, con diagnóstico de esquizofrenia paranoide es «incapaz». Iniciado el proceso, entra en vigor el Decreto Legislativo n.º 1384 y el juzgado, entre otros aspectos, solicita a Pedro que detalle qué actos de Juan requieren apoyo; sin embargo, él no es preciso en su absolución y, por el contrario, menciona, de una manera general, que necesita «ser apoyo para todo lo que corresponde a su hermano Juan». A continuación, analizaremos este caso.

2. Del «sumarísimo» al proceso de apoyos y salvaguardias

Antes de la vigencia de la citada normativa, la persona con discapacidad era considerada «incapaz» y las partes en el proceso incidían en la deficiencia de esta. El demandante, recurriendo exclusivamente a las normas del Código Procesal Civil, iniciaba un proceso judicial sumarísimo que, en rigor, poco o nada tenía de sumario.

Como se aprecia en el caso eventual, Pedro solicitó ser nombrado curador, a fin de que la resolución final, en los hechos, convierta al sujeto Juan en un «objeto a su cargo». Sin embargo, en el trámite del teórico proceso civil inicial, entró en vigor el Decreto Legislativo n.º 1384 y, por tanto, el fortalecimiento de los derechos fundamentales de la persona con discapacidad y las nuevas instituciones procesales.

En un primer momento, la norma dispuso la transformación del proceso «sumarísimo» al sistema de apoyos y salvaguardias. En dicho cambio, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial expidió la Resolución Administrativa n.º 046-2019-CE-PJ, donde se aprueba el Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de la Discapacidad, que fija los parámetros para una correcta adecuación.

Con la experiencia del proceso de interdicción y a fin de evitar que el apoyo realice actos perjudiciales a la persona con discapacidad, destaca en la nueva normativa la institución de las salvaguardias. Con respecto a estas últimas, el Código Civil preceptúa que:

> Son medidas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que recibe apoyo, prevenir el abuso y la influencia indebida por parte de quien brinda tales apoyos; así como evitar la afectación o poner en riesgo los derechos de las personas asistidas. La persona que solicita el apoyo o el juez interviniente en el caso del artículo 659-e establecen las salvaguardias que estimen convenientes para el caso concreto (art. 659-G).

En suma, las salvaguardias son obligaciones determinadas o definidas, impuestas al apoyo para el real cumplimiento asistencial. De esta forma, se busca supervisar la asistencia del apoyo para evitar cualquier «exceso» que pudiera ocurrir. El juez tendrá la responsabilidad de fijar las salvaguardias adecuadas que el asunto amerite, siempre en beneficio de la persona con discapacidad, sin establecer un límite o un máximo de salvaguardias.

En el caso hipotético inicial, si el magistrado resuelve nombrar a Pedro como apoyo de Juan estaría designando a su hermano o familiar; no obstante, nada impide que un tercero no incluido dentro del grupo

familiar sea nombrado apoyo. Este es un aspecto significativo si consideramos que no siempre el pariente es la persona idónea para asistir a la persona con discapacidad. El artículo 659-C del Código Civil manifiesta que «los apoyos pueden recaer en una o más personas naturales, instituciones públicas o personas jurídicas sin fines de lucro, ambas especializadas en la materia y debidamente registradas». En ese sentido, la importancia de la norma difiere con la praxis, pues no es usual que se designe a una persona jurídica o un tercero no miembro de la familia como apoyo.

Por otro lado, el artículo 846 del Código Procesal Civil observa que la solicitud está obligada a indicar qué actos jurídicos restringen el apoyo y por cuánto tiempo regirá, siendo excepcional las facultades de representación, de acuerdo con el artículo 659-B del Código Civil. Pero, en la actualidad, es común que el solicitante no precise los actos para los que requiere la designación del apoyo, pretendiendo que el juez fije un apoyo «por todo concepto y con representación». El caso inicial es un ejemplo de lo que comentamos.

En esa línea, se enfatiza el tiempo que regirá el apoyo, además, es recurrente también que en las solicitudes peticionen «plazo indefinido». No se puede negar que existirán casos en los que se resolverá el carácter indefinido para beneficio de la persona con discapacidad, sin embargo, no debe ser la regla. El solicitante está obligado a colocar en la demanda el periodo para que el apoyo cumpla con la asistencia.

3. Proceso flexible

El Decreto Legislativo n.º 1384, que modifica diversos artículos del Código Civil y Procesal Civil, implementa la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; a partir de ello, surge un proceso judicial ágil para la designación de apoyos que asistan a la persona con discapacidad en un determinado asunto.

En épocas de «incapacidad», el proceso de interdicción era naturalmente civil y, en la práctica, «sumarísimo» no era el trámite. Existía una demora en la calificación de la demanda y en la fijación de la

audiencia. Además, esta se desarrollaba en varias sesiones, donde adquiere suma importancia la participación del médico que suscribió el certificado mostrado por el demandante en el proceso. Adicionalmente, el expediente se remitía en físico al Ministerio Público para el dictamen y cuando retornaba no se emitía una sentencia inmediatamente.

El proceso vigente no es contencioso, según el numeral 13 del artículo 749 del Código Procesal Civil, pero se trata de un proceso distinto al propiamente civil, dispuesto a los artículos especiales que regulan la flexibilización procesal para la oportuna participación judicial de las personas con discapacidad.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece, de una manera amplia, que:

> 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 (art. 13).

Del mismo modo, el Código Procesal Civil indica que:

> El juez realiza todas las modificaciones, adecuaciones y ajustes en el proceso para garantizar la expresión de la voluntad de la persona con discapacidad y el artículo 119-A del mencionado código señala que todo acto procesal debe ser accesible a las partes. Las personas con discapacidad tienen derecho a contar con ajustes razonables y ajustes de procedimiento, de acuerdo a sus requerimientos para facilitar su participación en todos los procedimientos judiciales (art. 845).

En esa línea, el Reglamento, Decreto Supremo n.º 016-2019-MIMP, ha previsto que, en el proceso judicial de apoyos y salvaguardias:

> El(la) juez(a) está obligado(a) a realizar ajustes en el ámbito procedimental y procesal para garantizar el derecho de acceso a la justicia de

> las personas con discapacidad. Dichos ajustes comprenden las medidas de accesibilidad, otorgamiento de ajustes razonables, modificaciones en el procedimiento judicial, la participación de personas de su confianza para coadyuvar a la manifestación de su voluntad, entre otros, y no están limitados por la carga de proporcionalidad (art. 37).

Al marco jurídico antes mencionado, se incorpora el Protocolo de Atención Judicial para Personas con Discapacidad, aprobado por la Resolución Administrativa n.º 010-2018-CE-PJ, la misma que establece el enfoque que:

> procura 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 (art. 2.2).

Finalmente, es oportuno destacar el rol tuitivo de los jueces de familia reiterado en el Tercer Pleno Casatorio Civil, conforme a la Casación n.º 4664-2010-Puno. Dicho pleno reafirma que el juez de familia priorice el derecho material frente al excesivo formalismo procesal.

En tal orden de ideas, no resulta justificado que, en el actual modelo social imperante y con la base normativa específica antes mencionada, se observe que las partes continúen insistiendo en la deficiencia de la persona con discapacidad en algunos procesos. En ese sentido, requieren la presencia y la participación del médico en el desarrollo del proceso actual, como si fuera un proceso de interdicción. En determinados casos, hemos advertido que la audiencia se continúa realizando en varias sesiones, situación que entorpece el pronunciamiento célere o inmediato.

4. «Ajustes» en el proceso de apoyos y salvaguardias para optimizar el acceso a la justicia

El magistrado está obligado a garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, que comprende el «ingreso» al proceso sin obstáculos o aplazamientos injustificados, así como el desarrollo acucioso del mismo, sin la necesaria primacía de las formas y en interés de la persona con discapacidad. Como bien refiere Reynaldo Bustamante Alarcón (2015):

> un imperativo del valor justicia y, por ende, del derecho a un proceso justo, consiste en la exigencia de flexibilizar las formalidades procesales atendiendo más a los fines que con ellas se persigue, aunque sean alcanzados de una manera diferente a las formalidades previamente establecidas (p. 240).

Así, consideramos apropiadas las siguientes modificaciones, ajustes o como también se les denomina «buenas prácticas» en el proceso judicial de apoyos y salvaguardias: oralidad de la audiencia, que debería realizarse en todos los casos en el domicilio de la persona con discapacidad y la expedición de la resolución final en la misma.

El Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de la Discapacidad, aprobado mediante la Resolución n.º 046-2019-CE-PJ, dispone que se procurará la utilización preferente de la oralidad, reconociendo su importancia para el presente proceso. Y es que, en los hechos, resultaría ineficaz un proceso en donde predomine esencialmente lo escrito. La oralidad le permite al juez conocer directamente de los actores todo lo que involucra la petición de la demanda o la solicitud. Tener ese acercamiento necesario con las partes y en particular con la persona con discapacidad para solucionar de mejor manera, advirtiendo aspectos que no se aprecian nítidamente en los escritos. Para ello, el juez tomará en cuenta los estándares de cuidado por tipo de discapacidad desarrollados en el Protocolo de Atención Judicial, aprobado por resolución Administrativa n.º 010-2018-CE-PJ.

La contradicción, en términos del proceso no contencioso, tiene que también realizarse oralmente en la misma audiencia. Aunque existe

un vacío en la norma especial, se notifica con la demanda a la persona propuesta como apoyo y a los familiares de la persona con discapacidad. Ahora bien, puede parecer que estos procesos son «pacíficos», sin embargo, en muchas ocasiones, se presentan casos de familiares que se oponen a la persona propuesta como apoyo e incluso en la misma audiencia ofrecen a otra, adjuntando medios probatorios. En otras oportunidades, ha ocurrido que la persona propuesta como apoyo en la audiencia refiere que no desea ser designado como tal, cuando inicialmente manifestó su conformidad. En estos escenarios, al tratarse de un proceso para beneficio de la persona con discapacidad, el «formalismo» queda en un segundo lugar; así, no impedirá a las partes desenvolver sus posiciones con sencillez en la audiencia oral. En el caso hipotético inicial, si «Pedro» no detalla los actos de «Juan» que requieren apoyo, y no es preciso en su escrito sobre diversos aspectos, nada imposibilita que especifique su postura oralmente en audiencia.

Es recomendable concentrar todo aspecto en la audiencia oral. En el fallo inicial que admite la demanda, luego de fijar la fecha y la hora para el encuentro, se dispone el traslado de la solicitud al emplazado, quien podrá contradecir u oponerse oralmente en la misma audiencia, si así lo considera pertinente.

En esa línea, Hernando Devis (1997) menciona que:

> En el oral, la concentración e inmediación operan de manera perfecta; el juez adquiere una mayor capacidad para juzgar, en razón del conocimiento y apreciación directa que hace de las personas y hechos sometidos a su examen, y dispone, por último, de una mayor actividad y más amplias facultades (p. 69).

El numeral 10 del artículo 3.1 del Protocolo de Atención Judicial para Personas con Discapacidad señala que, en caso sea necesario, se realizará una audiencia en el domicilio de la persona con discapacidad.

En la práctica, es excepcional que un juez desarrolle la audiencia en el domicilio de la persona con discapacidad. Por lo general, el magistrado la lleva a cabo en la misma sede judicial, ya que existen diversas razones para no trasladarse a la vivienda de la persona con discapacidad. Por nuestra parte, consideramos que los procesos sobre

dicha materia no representan un alto porcentaje y el juzgado tendría que programar la audiencia en la residencia del sujeto en cuestión con prioridad y anticipación, con la finalidad de no perjudicar diligencias relacionadas con otros procesos.

Dicho aspecto resultaría beneficioso si el juez apreciara directamente las condiciones en las que reside la persona con discapacidad y quiénes realmente son los familiares o las personas que le brindan el apoyo necesario. Ello, en definitiva, ayuda también en la solución inmediata del caso.

Actualmente, como es de conocimiento general, la COVID-19 ha imposibilitado que las audiencias se desarrollen. No obstante, a fin de no perjudicar el avance de los procesos, contemplamos que las audiencias virtuales se implementen en todas las modalidades o los tipos de procesos de apoyos y salvaguardias, de conformidad con la parte final del numeral 10 del artículo 3.1 del Protocolo de Atención Judicial para Personas con Discapacidad, que dispone la realización de audiencias a través de «videoconferencias o cualquier otra técnica de la información y comunicación (TIC)». De esta forma, los ajustes relacionados con la oralidad se adecuarán sin mayor inconveniente a las audiencias virtuales para que la persona con discapacidad y las partes, sin necesidad de trasladarse al Poder Judicial, participen satisfactoriamente.

Finalmente, con respecto a las circunstancias actuales, dependerá de cada caso en concreto para que el magistrado, con la indumentaria y la orientación sanitaria correspondiente, resuelva la audiencia en el domicilio de la persona con discapacidad.

Una vez finalizada la audiencia oral, el juez se pronuncia oralmente, de una forma sencilla, sin «tecnicismos», para beneficio de las partes.

5. El formulario electrónico para beneficio de la persona con discapacidad

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, mediante la Resolución n.º 000122-2020-CE-PJ, aprobó la Directiva n.º 006-2020-CE-PJ

denominada «Procedimiento Virtual del Reconocimiento Judicial de Apoyos y Salvaguardias». El mencionado documento manifiesta que la directiva o el proceso virtual de reconocimiento de apoyos estará vigente durante el periodo de emergencia nacional y con cargo a evaluación posterior, a fin de determinar su permanencia.

En la directiva, se destaca nítidamente el formulario electrónico. No cabe duda de que el formato es favorable para la celeridad procesal; además, constituye una innovadora propuesta para acceder o ingresar al proceso, sin trabas en la calificación de la demanda. Así, bastará un correcto llenado del formulario para que se inicie el proceso y en la praxis se elimine la «inadmisibilidad» o la «improcedencia» de este tipo de demandas.

Conforme a la mencionada directiva, el formulario electrónico de reconocimiento de apoyo y salvaguardias contiene los siguientes campos que el usuario deberá completar: el nombre y el documento de identidad de la persona con discapacidad; el nombre y el documento de identidad de la persona designada como apoyo; las razones de la demanda; la copia legalizada del certificado de discapacidad de la persona que solicita el apoyo, salvo que el certificado se encuentre en trámite o sea notoria la discapacidad, en estos casos bastará la presentación de una declaración jurada de discapacidad; alcances y/o facultades de la persona designada como apoyo; la duración de las funciones del apoyo y las medidas de salvaguardias.

De manera conveniente, se dispone que el formulario electrónico se ubique en la página web del Poder Judicial para que cualquier persona fácilmente pueda obtenerlo y llenarlo desde su domicilio o en el lugar donde se encuentre. Consideramos que el formulario tendría que ubicarse también en las páginas web de las Cortes Superiores.

Adicionalmente, existen personas que no cuentan con acceso a internet, por ello, estimamos que los formatos también sean en forma física, ya sea en la mesa de partes o la administración de los módulos de los juzgados de familia a nivel nacional. El interesado posee la posibilidad excepcional de presentar su demanda o solicitud de manera verbal ante el magistrado de familia o mixto, según corresponda. Es decir, se incluye la opción para que se recurra directamente al

Poder Judicial a realizar su pedido ante un juez de turno. Para dichos efectos, los presidentes de las Cortes Superiores a nivel nacional establecerían turnos rotativos para la recepción de las solicitudes.

6. Audiencia y tecnología, a propósito de la COVID-19

La pandemia de la COVID-19 ha ocasionado que el Poder Judicial suspenda sus labores ordinarias, a fin de preservar o proteger la salud de los usuarios del sistema jurisdiccional y personal de este Poder del Estado. De esta manera, se ha dictado una serie de medidas extraordinarias durante el periodo de emergencia, entre las que se encuentra el mencionado «procedimiento virtual del reconocimiento judicial de apoyos y salvaguardias».

Si bien hemos destacado del «procedimiento» virtual el formulario electrónico, también es relevante considerar la audiencia virtual. Así, será vital que jueces, fiscales, abogados y ciudadanía en general conozcan las plataformas Google, Hangouts y Meet, desde donde se llevarán a cabo las audiencias.

Como lo anotáramos en el desarrollo de los ajustes o las modificaciones, observamos que las audiencias virtuales tendrían que desempeñarse en todas las modalidades o los tipos de procesos de apoyos y salvaguardias. El sustento lo ubicamos en la parte final del numeral 10 del artículo 3.1 del Protocolo de Atención Judicial para Personas con Discapacidad del Poder Judicial, que autoriza la realización de audiencias a través de «videoconferencias o cualquier otra técnica de la información y comunicación (TIC)».

Por consiguiente, los ajustes se adecuarían a dicha «virtualidad», con el objetivo de continuar con los procesos a nivel nacional, en beneficio de la persona con discapacidad. Así, la audiencia oral virtual será igualmente favorable al no alterar la comunicación entre el juez y las partes. Del mismo modo, al finalizar la audiencia virtual el juez se pronunciará oralmente.

7. Conclusiones

Como mencionamos al inicio del presente trabajo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, las normas estatales, las resoluciones judiciales (nacionales e internacionales) y la doctrina sobre la materia han consolidado una provincia autónoma, el derecho procesal de las personas con discapacidad.

Si bien la persona con discapacidad tiene capacidad jurídica, en circunstancias específicas requerirá de apoyo para que la asistan en un determinado acto jurídico.

El proceso judicial de apoyos y salvaguardias se tramita como proceso no contencioso, sin embargo, conforme con el marco jurídico especial, es uno distinto, flexible para las personas con discapacidad. Además, cuenta con tres modalidades o tipos: el reconocimiento judicial de designación de apoyos y salvaguardias, la designación judicial de apoyos y salvaguardias y el proceso de interdicción civil transformado a designación de apoyos, consecuencia del Decreto Legislativo n.º 1384.

En suma, deben evitarse las «salvaguardias modelos para todos los casos». Estas se establecen en cada asunto singular y se orientan al cumplimiento real de la asistencia.

Concretamente, el artículo 37 del reglamento aprobado mediante Decreto Supremo n.º 016-2019-MIMP establece que el juez está obligado a efectuar ajustes en el ámbito procesal y procedimental, a fin de que garanticen el derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad en el citado proceso. Hemos mostrado tres ajustes o modificaciones que ayudarían a cumplir dicho fin: la oralidad de la audiencia, que se llevaría a cabo en todos los casos en el domicilio de la persona con discapacidad. En este ajuste, vale la pena precisar que, en tiempos de la pandemia de la COVID-19, se priorice la audiencia oral virtual y dependerá de cada caso en particular para que el magistrado resuelva que la audiencia se desarrolle necesariamente en el domicilio de la persona con discapacidad. La última es la expedición de la resolución final en la misma audiencia oral.

Asimismo, se requiere capacitar sobre la materia a los abogados y la ciudadanía en general. En la práctica, es recurrente que algunos letrados, en el proceso, confundan al apoyo con el «curador», pues no precisan los actos para los que se solicita el apoyo y consideran que en todos los casos este tiene facultades de representación.

A nivel judicial, en determinados procesos, se incide en la deficiencia de la persona, priorizando la formalidad, lo que contraviene la normativa vigente sobre la materia.

Un aporte necesario y primordial ha sido la aprobación de la Directiva n.º 006-2020-CE-PJ, denominada «Procedimiento virtual del reconocimiento judicial de apoyos y salvaguardias», donde destaca el formulario electrónico, sencillo y práctico, así como la audiencia virtual.

En las actuales circunstancias, la audiencia virtual se ejecutará en todos los tipos de procesos judiciales de apoyos y salvaguardias, conforme a la parte final del numeral 10 del artículo 3.1 del Protocolo de atención Judicial para Personas con Discapacidad del Poder Judicial, que establece la realización de audiencias a través de «videoconferencias o cualquier otra técnica de la información y comunicación (TIC)». De esta forma, los ajustes se adecuarán a la era «virtual», favoreciendo la celeridad de los procesos y, en definitiva, a las personas con discapacidad.

Referencias

Asamblea General de las Naciones Unidas (2006). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Nueva York: 13 de diciembre de 2006.

Bustamante, R. (2015). *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima: ARA Editores.

Congreso de la República (2018). Decreto Legislativo n.º 1384. Lima: 4 de septiembre de 2018. Recuperado de https://www.gob.pe/institucion/minjus/normas-legales/190877-1384

Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (2018). Resolución Administrativa n.º 010-2008-CE-PJ. Resolución que aprueba el Protocolo de Atención Judicial para Personas con Discapacidad. Lima: 10 de enero de 2018.

_____ (2019). Resolución Administrativa n.º 046-2019-CE-PJ. Resolución que aprueba el Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de la Discapacidad. Lima: 23 de enero de 2019. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d54836804f0b23d7ae31bf6976768c74/RA-046-2019-CE-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d54836804f0b23d7ae31bf6976768c74

_____ (2020). Resolución Administrativa n.º 000122-2020-CE-PJ. Resolución que aprueba la Directiva n.º 006-2020-CE-PJ denominada Procedimiento Virtual del Reconocimiento Judicial de Apoyos y Salvaguardias. Lima: 17 de abril de 2020. Recuperado de https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-la-directiva-n-006-2020-ce-pj-procedimiento-virtu-resolucion-administrativa-n-000122-2020-ce-pj-1866236-8/

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2011). Casación n.º 4664-2010-Puno. Lima: 18 de marzo de 2011. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4d1c47004072439885 74c599ab657107/TERCER+PLENO+CASATORIO+CIVIL.pdf?MOD= AJPERES&CACHEID=4d1c4700407243988574c599ab657107

Devis, H. (1997). *Teoría general del proceso. Aplicable a toda clase de procesos* (t. I). Buenos Aires: Editorial Universidad.

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2019). Decreto Supremo n.º 016-2019-MIMP. Lima: 25 de agosto de 2019. Recuperado de https://www.gob.pe/institucion/mimp/normas-legales/257844-016-2019-mimp

La vigencia de la consulta oficiosa como medida procesal de acceso a la justicia para la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, a propósito de los procesos en los que la parte perdedora estuvo representada por un curador procesal

Álex Fernando Plácido Vilcachagua
Universidad del Pacífico, Perú
placido_af@up.edu.pe

1. Introducción

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2012) precisó al Estado peruano 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 artículo 12 de la Convención» (p. 25). A partir de ello, recomendó también que se «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» (p. 25).

No obstante, desde que el país ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[1] han transcurrido más de

1 Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su sexagésimo primer periodo de sesiones, mediante la Resolución n.º Res 61/106 del 13 de diciembre de 2006; admitida por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa n.º 29127 de fecha 30 de octubre de 2007, publicado

diez años para que el Poder Ejecutivo, a través del Decreto Legislativo n.º 1384, reconozca y regule la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones; y, a su vez, produzca la necesaria adecuación de la legislación civil y procesal civil a los postulados de este tratado de derechos humanos[2].

Uno de los cambios normativos introducidos por el Decreto Legislativo n.º 1384 es el relativo a la modificación del numeral 2 del artículo 408 del Código Procesal Civil para imponer la consulta oficiosa en los procesos de designación de apoyos —al igual que en los de interdicción y nombramiento de tutor o curador—, cuando la sentencia de primera instancia no sea apelada.

Sin embargo, su contenido debió estar referido al inciso 1 de la citada disposición procesal y no al inciso 2, por cuanto, al haberlo efectuado de esa manera, ha provocado que se derogue la consulta oficiosa para los procesos en los que la parte perdedora estuvo representada por un curador procesal. Lo anterior se sustentaba en la idea de suprimir toda complacencia de los profesionales designados como curadores procesales para con sus colegas, y también el desinterés con que frecuentemente se desempeña dicho cargo.

Lo indicado queda de manifiesto considerando el texto del artículo 408 del Código Procesal Civil, conforme a la modificación producida por el artículo 4 del Decreto Legislativo n.º 1384:

> **Artículo 408. Procedencia de la consulta**
> La consulta solo procede contra las siguientes resoluciones de primera instancia que no son apeladas:

---

en el *Diario Oficial EI Peruano* el 1 de noviembre de 2007; y ratificada por el presidente de la República, según Decreto Supremo n.º 073-2007-RE, de fecha 30 de diciembre de 2007, difundido en el *Diario Oficial EI Peruano* el 31 de diciembre de 2007.

2 Durante ese tiempo, continuaron vigentes normas y prácticas basadas en el modelo médico rehabilitador, que centra la discapacidad en las deficiencias de las personas, e implica una sustitución en la toma de decisiones, al asumir que estas deficiencias impiden a las personas decidir por sí mismas; por ello, promovía la rehabilitación con atención sanitaria, que inadecuadamente se asociaba con la idea de «normalizar» a las personas con discapacidad. A este modelo respondían las normas del Código Civil y del Código Procesal Civil relativas a la incapacidad de ejercicio, la interdicción y la curatela.

1. La que declara la interdicción y el nombramiento de tutor o curador.
2. La que declara la interdicción y el nombramiento de tutor, curador o designación de apoyo.

[2. La decisión final recaída en proceso donde la parte perdedora estuvo representada por un curador procesal. DEROGADA].

3. Aquella en la que el juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria.
4. Las demás que la ley señala.

También procede la consulta contra la resolución de segunda instancia no recurrida en casación en la que se prefiere la norma constitucional. En este caso es competente la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema (el énfasis es nuestro).

No cabe duda de que la modificación ha afectado la coherencia y la plenitud del orden jurídico, en tanto que su contenido tuvo que estar referido al inciso 1 de la citada disposición procesal. Así, se presenta como una situación que impacta en el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, si se considera que —de acuerdo con el numeral 3 del artículo 61, concordado con el artículo 66 del Código Procesal Civil[3]— corresponde nombrar curador procesal

3 **Artículo 61. Curadoría procesal**
El curador procesal es un abogado nombrado por el juez a pedido del interesado, que interviene en el proceso en los siguientes casos:
1. Cuando no sea posible emplazar válidamente al demandado por ser indeterminado, incierto o con domicilio o residencia ignorados, según lo dispuesto por el artículo 435;
2. Cuando no se pueda establecer o se suspenda la relación procesal por restricción de la capacidad de ejercicio de la parte o de su representante legal;
3. Cuando exista falta, ausencia o impedimento del representante de la persona con capacidad de ejercicio restringida, según lo dispuesto por el artículo 66;
4. Cuando no comparece el sucesor procesal, en los casos que así corresponda, según lo dispuesto por el artículo 108. Concluye la actuación del curador procesal si la parte o su representante legal comparecen al haber adquirido o recuperado su capacidad procesal.

El artículo 66 del Código Procesal Civil establece que: «Falta, ausencia o impedimento del representante de la persona con capacidad de ejercicio restringida».

en los casos de falta, ausencia o impedimento del representante de la persona con capacidad de ejercicio restringida[4].

Por ello, si no se interpone un recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, esta quedará firme en la medida, dado que ya no está prevista la consulta oficiosa para los procesos en los que la parte perdedora estuvo representada por un curador procesal. De esta manera, se vulneran el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2007)[5] y

---

Artículo 66. En caso de falta, ausencia o impedimento del representante de la persona con capacidad de ejercicio restringida, se aplican las siguientes reglas:

1. Cuando la persona con capacidad de ejercicio restringida no tenga representante legal o este estuviera ausente y surja la necesidad de comparecer en un proceso, lo expondrá así al juez para que le designe curador procesal o confirme al designado por él, si lo considera idóneo.
2. Cuando la demanda se dirija contra una persona con capacidad de ejercicio restringida que carece de representante o este se halle ausente, el juez le nombrará un curador procesal o confirmará el propuesto por la persona con capacidad de ejercicio restringida, si lo considera idóneo.
3. El juez nombrará curador procesal para la persona con capacidad de ejercicio restringida que pretenda demandar a su representante legal, o que sea demandado por este, o confirmará el propuesto por la persona con capacidad de ejercicio restringida, si fuere idóneo.
4. También se procederá al nombramiento de curador procesal cuando el juez advierta la aparición de un conflicto de intereses entre la persona con capacidad de ejercicio restringida y su representante legal, o confirmará el propuesto por la persona con capacidad de ejercicio restringida.

4 **Artículo 44. Capacidad de ejercicio restringida**
Tienen capacidad de ejercicio restringida:

1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2. Derogado.
3. Derogado.
4. Los pródigos.
5. Los que incurren en mala gestión.
6. Los ebrios habituales.
7. Los toxicómanos.
8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.
9. Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.

5 El artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad propone que:

las Reglas 33 y 34 de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad [6].

Esta situación ha desencadenado la existencia de pronunciamientos contradictorios en la judicatura nacional sobre la procedencia de la consulta contra la sentencia de primera instancia recaída en un proceso donde la parte perdedora se encuentra representada por un curador procesal, que no interpone un recurso de apelación contra la decisión final. Ello motivó la convocatoria a un Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, realizado en Lima los días 7 y 8 de noviembre de 2019; en él, por mayoría, se aprobó el criterio de la improcedencia de la consulta:

> por cuanto el actual artículo 408 del Código Procesal Civil, modificado por el Decreto Legislativo n.º 1384, no regula dentro de los supuestos

---

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 capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

6 **Sección 4ª. Revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia**

(33) Se revisarán las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin.

1. Medidas procesales

Dentro de esta categoría se incluyen aquellas actuaciones que afectan la regulación del procedimiento, tanto en lo relativo a su tramitación, como en relación con los requisitos exigidos para la práctica de los actos procesales.

(34) Requisitos de acceso al proceso y legitimación

Se propiciarán medidas para la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos por el ordenamiento para la práctica de determinados actos, a fin de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y sin perjuicio de la participación de otras instancias que puedan coadyuvar en el ejercicio de acciones en defensa de los derechos de estas personas.

> de procedencia, la decisión final recaída en un proceso, adversa a una de las partes que estuvo representada por un curador procesal y no es apelada (s. p.).

En aquella oportunidad, se participó como *amicus curiae* y se sostuvo la tesis de la procedencia de la consulta en atención a que la finalidad de la modificatoria realizada por el Decreto Legislativo n.º 1384 al artículo 408 del Código Procesal Civil es la de proteger a las personas en situación de vulnerabilidad; por lo que, al no ser la ratio de la norma eliminar el supuesto de la consulta, cuando la decisión final recaída en un proceso en el cual la parte perdedora que estuvo representada por curador procesal no es apelada, corresponde al superior jerárquico dar trámite a la consulta.

El presente ensayo tiene como propósito evidenciar que, en el citado caso, la interpretación judicial descarte la aplicación lógica-formal de la ley y, por tanto, restablezca la coherencia y la plenitud del orden jurídico; además, afiance el derecho a la igualdad de acceso a la justicia de las personas con discapacidad.

2. La persona con discapacidad en la Constitución

El artículo 7 de la Constitución del Perú precisa que «La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad».

Sobre esta disposición, el Tribunal Constitucional (2011) ha señalado que:

> la Constitución reconoce a las personas con discapacidad mental como sujetos de especial protección debido a las condiciones de vulnerabilidad manifiesta por su condición psíquica y emocional, razón por la cual les concede una protección reforzada para que puedan ejercer los derechos que otras personas, en condiciones normales, ejercen con autodeterminación (fdto. 13).

Una primera lectura de este referente constitucional concluiría que se consagra el tratamiento de la discapacidad desde el modelo de la sustitución en la toma de decisiones, que se centra en que las deficiencias de la persona le impiden decidir por sí misma. Sin embargo, no es así desde que el propio Tribunal Constitucional (2009), en un pronunciamiento posterior, consideró la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, que tiene como fundamento el respeto a su dignidad. En efecto, precisó que:

> La discapacidad mental no es sinónimo, *prima facie*, de incapacidad para tomar decisiones. Si bien las personas que adolecen de enfermedades mentales, suelen tener dificultad para decidir o comunicar tales decisiones, estas deben ser tomadas en cuenta puesto que ello es una manifestación de su autodeterminación, y en primera instancia de su dignidad (p. 4, las cursivas provienen del original)[7].

Este pronunciamiento complementario lo realizó en relación con los Diez Principios Básicos de las Normas para la Atención de la Salud Mental (1995), aprobados por la Organización Mundial de la Salud (OMS)[8].

---

7 Además, indica que «la referencia a la ausencia de discernimiento estipulada en el artículo 43, inciso 2, del Código Civil, que constituye la causa de la aparición de la curatela, no debe ser comprendida de manera absoluta. Debe interpretarse, en cambio, sobre la base de dos aspectos esenciales, como son: i) la relevancia que la decisión a tomar tiene en la vida de la persona que adolece de una enfermedad mental; y ii) el grado de dificultad que tiene la persona que padece de la referida dolencia para evaluar y transmitir su decisión. Estos elementos tendrán que ser tomados en consideración por el curador, así como por el juez encargado de resolver una controversia sobre estas cuestiones. Precisamente la vulnerabilidad de estas personas y la especial protección que se le reconoce obligan a ello» (p. 4).

8 Agrega también que «Estas consideraciones ya han sido advertidas en un primer momento por este Tribunal en la sentencia del Expediente n.º 03081-2007-PA/TC» (fdto. 32), cuando recuerda que la Organización Mundial de la Salud/División de Salud Mental y Prevención del Abuso de Sustancias estableció Diez Principios Básicos de las Normas para la atención de la Salud Mental. En el punto 5 de este documento, se reconoce directamente la autodeterminación de las personas con enfermedades mentales. Explícitamente se establece que debe suponerse que «los pacientes son capaces de tomar sus propias decisiones,

Posteriormente, la institución ha considerado que, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria y el artículo 55 de la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos forman parte del derecho interno; por tanto, constituyen parámetros interpretativos del contenido de los derechos fundamentales. Por ello, debe hacerse referencia a dichos cuerpos normativos para entender la dimensión de la responsabilidad que se asume respecto de la situación de las personas con discapacidad. De acuerdo con este criterio, e invocando los principios de respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y a la independencia de las personas, la participación y la inclusión plenas y efectivas en la sociedad, así como la accesibilidad, recogidos en el artículo 3, incisos a), c) y g), de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, señaló lo siguiente:

> cualquier medida que se tome en esta materia se oriente a remover los obstáculos que impiden que las personas con discapacidad gocen de sus derechos de manera plena y puedan ejercerlos, en especial, aquellos que imposibilitan el acceso a ciertos entornes físicos, sin afectarse en ningún caso su autonomía, libertad e independencia. Ha de tratarse, pues, de medidas que fomenten el desarrollo autónomo de las personas con discapacidad en espacios físicos adecuados (Tribunal Constitucional, 2014, párr. 15).

A partir de lo anterior, el tratamiento dispensado en la carta magna a la persona con discapacidad atiende, por un lado, al respeto de su dignidad, reconociendo su plena capacidad jurídica para tomar decisiones

---

a menos que se pruebe lo contrario». De igual forma: «**Asegurarse de que los prestadores de atención de salud mental no consideren sistemáticamente que los pacientes con trastorno mental son incapaces de tomar sus propias decisiones**» (énfasis nuestro), y también establece que no debe considerarse «sistemáticamente que un paciente es incapaz de ejercer su autodeterminación con respecto a todos los componentes (ej. integridad, libertad) por el hecho de que se lo haya encontrado incapaz con respecto a uno de ellos (ej. la autoridad para una hospitalización involuntaria no implica automáticamente una autoridad para un tratamiento involuntario sobre todo si ese tratamiento es invasivo)» (2009, p. 4).

en todos los asuntos de la vida; por otro lado, a la consideración de su situación de vulnerabilidad que exige la adopción de medidas de protección que le permita disfrutar del más alto nivel posible y el restablecimiento de las mejores condiciones de vida digna.

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

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un tratado internacional sobre derechos humanos que contiene el catálogo mínimo de derechos específicos de la discapacidad, con carácter vinculante para los Estados, que frente a toda persona en esta situación están sometidos a sus jurisdicciones y con mecanismos de supervisión para el cumplimiento de estas obligaciones.

El carácter vinculante surge para el Estado, que por su ratificación o adhesión voluntaria, está obligado con el individuo que habita en su jurisdicción, ya que en los términos del instrumento internacional sobre derechos humanos son efectivamente los auténticos destinatarios. Al respecto, el artículo 55 de la Constitución establece que «los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional», precisándose, en la Cuarta Disposición Final y Transitoria, que «las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú».

El propósito de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 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» (art. 1). Al efecto, define a las personas con discapacidad como «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» (art. 4).

3.1. El derecho a la capacidad jurídica en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

En el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se reafirma el paradigma de que todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica. El derecho —al igual que el reconocimiento como persona ante la ley— exige que la capacidad jurídica sea un atributo universal, inherente a todas a las personas debido a su humanidad; por tanto, reconocido a los individuos con discapacidad en igualdad de condiciones.

Los dos primeros párrafos del artículo 12 de la citada convención lo precisan:

> 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.

Al respecto, en su Observación General n.º 1, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014) manifiesta que:

> La capacidad jurídica tiene dos facetas. La primera es la capacidad legal de ser titular de derechos y de ser reconocido como persona jurídica ante la ley. La segunda es la legitimación para actuar con respecto a esos derechos y el reconocimiento de esas acciones por la ley. *La capacidad jurídica significa que todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen la capacidad legal y la legitimación para actuar simplemente en virtud de su condición de ser humano. Por consiguiente, para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de esta; esas dos facetas no pueden separarse* (p. 4, el énfasis es nuestro).

De otro lado, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que:

> 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 (art. 12, párrs. 3-4).

Sobre estos puntos, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014) sostiene que:

> 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. […] «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. El tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad (p. 5).

Además, añade lo siguiente:

> Las salvaguardias constituyen el sistema de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, cuyo objetivo principal es garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. La «mejor interpretación de la voluntad y las preferencias» es el principio rector

> que permite que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás. Las salvaguardias deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores. Se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación (p. 6).

Mientras que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reitera que:

> Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria (párr. 5).

Con relación a este punto, el citado comité señala que:

> Tradicionalmente se ha negado a las personas con discapacidad el acceso a las finanzas y la propiedad sobre la base del modelo médico de la discapacidad. Este criterio de negar a las personas con discapacidad la capacidad jurídica para las cuestiones financieras debe sustituirse por el apoyo para ejercer la capacidad jurídica. De la misma manera que no se puede utilizar el género como base para discriminar en las esferas de las finanzas y la propiedad, tampoco se puede usar la discapacidad (2014, p. 6).

De acuerdo con ello, el tratado internacional afirma el reconocimiento de las personas con discapacidad al derecho a la capacidad jurídica, cuyo contenido esencial y alcances son demarcados por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. En primer lugar, es

un derecho inherente reconocido a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. En segundo lugar, comprende la capacidad legal y la legitimación para actuar simplemente en virtud de su condición de ser humano, facetas que no pueden separarse. En tercer lugar, importa reconocer un sistema de apoyos que contemple distintos mecanismos que permitan proporcionar acceso al ejercicio de la capacidad jurídica, a fin de responder acerca de la diversidad de situaciones que realizaba ordinariamente la persona con discapacidad frente lo que necesita hacer y lo que no puede hacer por sí misma. Por último, admite salvaguardias y ajustes razonables que tienen por objeto respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, con la finalidad de contestar a un criterio funcional respecto de los actos de trascendencia jurídica para los que se solicita el apoyo.

Estos parámetros convencionales trascienden hacia todas las personas en la promoción del derecho a la capacidad jurídica. Por tanto, si en el contexto de los tratados de derechos humanos se entiende por persona a todo ser humano[9], ya no puede contemplarse en la legislación ordinaria disposiciones que importen restricciones a dicha capacidad por situaciones relacionadas con la propia condición. De esta manera, quedan en el pasado criterios que no reconocían que el goce y el ejercicio de este derecho sea igual para todos, lo que generó un tratamiento diferenciado respecto de ciertas categorías de individuos, a los que se les denominó incapaces absolutos y relativos de ejercicio[10].

---

9 Así, por ejemplo, en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos se precisa que «persona es todo ser humano».

10 Pronunciamientos anteriores a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad han admitido esos criterios, que hoy son desfasados. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (1984), en la Opinión Consultiva n.º OC-4/84, lo refirió para los menores de 18 años y las personas con discapacidad mental. Señaló también que no existe «discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio» (párr. 56). También ha precisado que «la mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de

3.2. El derecho a la igualdad de acceso a la justicia en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, las Reglas de Brasilia y el Protocolo de Atención Judicial para Personas con Discapacidad

El acceso a la justicia es un derecho fundamental que se garantiza en una sociedad democrática, participativa e igualitaria. Es el derecho que tienen todas las personas de acceder de forma efectiva al sistema de justicia para la tutela de sus derechos, mediante su asistencia a los tribunales y su pedido a las protecciones y los remedios correspondientes de manera efectiva.

En la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con respecto al derecho a la igualdad de acceso a la justicia, se refiere que:

> **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 capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

De acuerdo con esta norma, la necesidad de avalar la eficacia de los derechos de las personas con discapacidad exige un sistema de justicia que contribuya a la reducción de las desigualdades sociales para favorecer la cohesión social. La frase «en igualdad de condiciones a los

---

naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de esta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana» (CIDH, 2002, párr. 41).

demás» destaca que las personas con discapacidad tienen derecho a recibir protección de manera efectiva y a intervenir de forma positiva. Esto «significa que no se otorgará a las personas con discapacidad ni más ni menos derechos o prestaciones que a la población en general» y «exige que los Estados partes adopten medidas específicas concretas para lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad a fin de que puedan disfrutar realmente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales» (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2018, párr. 17). En ese sentido, en el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, de 27 de diciembre de 2017 sobre el derecho de acceso a la justicia, aprobado por el Consejo de Derechos Humanos (2018), se señala que en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el acceso a la justicia requiere derechos habilitadores para las personas con discapacidad, en especial el igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 12), y la accesibilidad, que comprende medios diversos de comunicación y de acceso a la información (arts. 9 y 21).

El derecho a la igualdad del acceso a la justicia asegura que las personas con discapacidad puedan acudir ante los tribunales a reclamar la protección de sus derechos y su intervención en todas las instancias del proceso, como parte, testigo o tercero, sin que constituya una limitación o una restricción por sus propias deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. Esto es acorde con el modelo de discapacidad, basado en los derechos humanos, que reconoce que la discapacidad es una construcción social, y las deficiencias no son consideradas un motivo legítimo para denegar o restringir los derechos humanos. Lo anterior se establece conforme con el nuevo modelo de igualdad que se desarrolla a lo largo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[11].

11 El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018) precisa que la Convención se basa en la igualdad inclusiva, que «abarca un modelo de igualdad sustantiva, al tiempo que amplía y detalla el contenido de la igualdad en las dimensiones siguientes: a) una dimensión redistributiva justa para afrontar las desventajas socioeconómicas; b) una dimensión de reconocimiento para combatir el estigma, los estereotipos, los prejuicios y la violencia, y para

De acuerdo con el citado informe, los ajustes de procedimiento a los que alude el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad son «un medio para hacer valer efectivamente el derecho a un juicio imparcial y el derecho a participar en la administración de justicia, y son un elemento intrínseco del derecho de acceso a la justicia» (Consejo de Derechos Humanos, 2018, párr. 24) Por lo tanto, deben ser individualizados y adaptados a las necesidades de la persona, independientemente del rol que ejerza durante el procedimiento, ya sea parte, testigo o tercero.

Dicho documento también establece que:

> el acceso efectivo a la información y la comunicación permite a las personas con discapacidad conocer y defender sus derechos. El empleo de tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles, en particular para prestar servicios gubernamentales (gobierno electrónico), puede contribuir a mejorar el acceso a la justicia y a la información (párr. 21).

De otro lado, agrega que:

> la igualdad de medios procesales es un elemento del derecho a un juicio imparcial que garantiza que todas las partes tengan los mismos derechos en materia procesal a fin de asegurar el acceso a la misma información y las mismas oportunidades de presentar o rebatir pruebas. Muchas veces las personas con discapacidad no pueden disfrutar de igualdad de medios procesales debido a la inaccesibilidad de la documentación o de los procedimientos. […] la lista de medidas que los Estados partes deberían adoptar para velar por un acceso efectivo y equitativo a la justicia que figura en el artículo 13, párrafo 1, de la Convención no es exhaustiva y los Estados partes tienen la obligación de proporcionar ajustes de procedimiento y adecuados a la edad para facilitar el desempeño de las personas con discapacidad como participantes

---

reconocer la dignidad de los seres humanos y su interseccionalidad; c) una dimensión participativa para reafirmar el carácter social de las personas como miembros de grupos sociales y el reconocimiento pleno de la humanidad mediante la inclusión en la sociedad; y d) una dimensión de ajustes para dar cabida a la diferencia como aspecto de la dignidad humana» (párr. 11).

> directos e indirectos en todos los procedimientos judiciales, incluidas la etapa de investigación y otras etapas preliminares. Por lo tanto, los ajustes de procedimiento son un medio para hacer valer efectivamente el derecho a un juicio imparcial y el derecho a participar en la administración de justicia, y son un elemento intrínseco del derecho de acceso a la justicia (Consejo de Derechos Humanos, 2017, párr. 24).

Además, reconoce que:

> la obligación de proporcionar ajustes de procedimiento se desprende directamente de los derechos civiles y políticos. Está directamente vinculada al principio de no discriminación y no puede ser objeto de realización progresiva. En las negociaciones relativas al artículo 13 de la Convención se debatió si la terminología que debía adoptarse era «ajuste de procedimiento» o «ajuste razonable» y se decidió abandonar la referencia a razonable. La decisión de descartar voluntariamente el término «razonable» puso de relieve el hecho de que, a diferencia de los ajustes razonables, los ajustes de procedimiento no están sujetos al criterio de proporcionalidad; en consecuencia, el hecho de no proporcionar ajustes de procedimiento cuando una persona con discapacidad concreta los requiera constituye una forma de discriminación por motivos de discapacidad en relación con el derecho de acceso a la justicia (Consejo de Derechos Humanos, 2017, párr. 25).

Asimismo, según el Informe de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, «los ajustes de procedimiento deben respetar la autonomía y libre elección de la persona interesada»; por tanto, a la hora de decidir qué ajuste adoptar, la persona competente tendría que tener en cuenta lo que solicita el sujeto con discapacidad, pues es quien mejor sabe qué necesita. En ese orden de ideas, el documento también establece que los ajustes de procedimiento no pueden depender de informes médicos, de evaluaciones de discapacidad o la tenencia de tarjetas acreditativas de discapacidad.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018) destaca que «los ajustes de procedimiento, en el contexto del acceso a la justicia, no deben confundirse con los ajustes razonables; estos últimos están limitados por el concepto de desproporcionalidad,

mientras que los ajustes de procedimiento no lo están» (párr. 25)[12]. Un ejemplo de ello es el reconocimiento de los distintos métodos de comunicación de las personas con discapacidad en los juzgados y tribunales. Los ajustes adecuados a la edad pueden consistir en divulgar información sobre los mecanismos disponibles para presentar denuncias y acceder a la justicia, utilizando un lenguaje sencillo.

A fin de garantizar el acceso efectivo a la justicia, los procesos tienen que permitir la participación y ser transparentes. Entre las medidas están:

a) Transmisión de información de manera comprensible y accesible;
b) Reconocimiento de distintas formas de comunicación y adaptación a su uso;
c) Accesibilidad física en todas las etapas del proceso;
d) Apoyo financiero en el caso de la asistencia letrada, si procede, y con sujeción a los requisitos reglamentarios en cuanto a los medios de vida y la justificación de esa ayuda;
e) Prestación de asistencia jurídica suficiente y accesible.
   Además, en aras de la transparencia, las medidas deben garantizar que toda la información pertinente esté disponible y sea accesible, que se lleve un registro adecuado de todas las reclamaciones, las causas y las órdenes judiciales y que se informe al respecto (Comisión sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2018, párr. 52).

12 El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018) agrega que la desproporcionalidad está referida a «que los ajustes requeridos no impongan una carga desproporcionada o indebida al garante de los derechos» (párr. 25). Vale decir, la razonabilidad de un ajuste hace referencia a su pertinencia, idoneidad y eficacia para la persona con discapacidad. Por tanto, un ajuste es razonable si logra el objetivo (o los objetivos) para el que se realiza y si está diseñado para satisfacer los requerimientos de la persona con discapacidad. La desproporcionalidad es un límite a la obligación de proporcionar ajustes razonables. Por tanto, para determinar un ajuste razonable se debe evaluar si el ajuste es pertinente (es decir, necesario y adecuado) o eficaz para garantizar el ejercicio del derecho en cuestión; y, a su vez, evaluar si la modificación impone una carga desproporcionada o indebida al garante de los derechos. De esta manera, para que un ajuste razonable suponga una carga desproporcionada o indebida, «hay que evaluar la proporcionalidad que existe entre los medios empleados y la finalidad, que es el disfrute del derecho en cuestión» (párr. 26).

Al respecto, es necesario capacitar a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, crear conciencia entre los titulares de derechos e incrementar la capacidad de los garantes de derechos. Una formación adecuada considera que:

a) Las complejidades de la interseccionalidad y el hecho de que las personas no deben identificarse exclusivamente en razón de la deficiencia. La creación de conciencia sobre las cuestiones de interseccionalidad debe ser pertinente para formas concretas de discriminación y opresión;
b) La diversidad de personas con discapacidad y lo que cada una requiere para tener un acceso efectivo a todos los aspectos del sistema de justicia en igualdad de condiciones con las demás;
c) La autonomía individual de las personas con discapacidad y la importancia de la capacidad jurídica para todos;
d) La capital importancia de una comunicación eficaz y auténtica para una inclusión satisfactoria;
e) Las medidas adoptadas para asegurar la capacitación eficaz acerca de los derechos de las personas con discapacidad de todo el personal, lo que incluye a abogados, magistrados, jueces, funcionarios de prisiones, intérpretes de lengua de señas e integrantes del sistema policial y penitenciario (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2018, párr. 25).

Acorde con ello, las Reglas 33 y 34 de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad complementan los alcances del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Estas procuran instaurar las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluye aquellas disposiciones conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que permitan su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación en lo relativo a la tramitación de los procedimientos y los requisitos para los actos procesales. Así, se menciona que:

Sección 4ª. Revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia

(33) Se revisarán las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin.

1. Medidas procesales

Dentro de esta categoría se incluyen aquellas actuaciones que afectan la regulación del procedimiento, tanto en lo relativo a su tramitación, como en relación con los requisitos exigidos para la práctica de los actos procesales.

(34) Requisitos de acceso al proceso y legitimación

Se propiciarán medidas para la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos por el ordenamiento para la práctica de determinados actos, a fin de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y sin perjuicio de la participación de otras instancias que puedan coadyuvar en el ejercicio de acciones en defensa de los derechos de estas personas.

Las indicadas Reglas de Brasilia, que reconocen a las personas con discapacidad en una situación de vulnerabilidad y establecen propuestas para mejorar la labor jurisdiccional y la protección de sus derechos, han sido implementadas por el Poder Judicial con el Protocolo de Atención Judicial para Personas con Discapacidad. El documento fue elaborado y aprobado en el Primer Congreso Nacional de Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad, realizado los días 28 y 29 de agosto de 2017. Además, fue organizado por la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad y la Corte Superior de Justicia de Puno.

El referido protocolo pretende hacer efectivo el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones y sin ningún tipo de discriminación en todos los ámbitos del sistema de administración de justicia. Además, busca identificar medidas adecuadas de carácter procesal, a fin de enfrentar las barreras judiciales, actitudinales y del entorno, las cuales permitan ejercer plenamente sus derechos.

En esa línea, como estándar de reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en todos los procedimientos judiciales, el acta dispone que el Poder Judicial avale el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de esta comunidad y se evite la sustitución en la toma de decisiones. Asimismo, se disponga de apoyos para su participación en todos los procedimientos judiciales, que, a su vez, garantice su tutela preferente. En particular, «facilitar la legítima comparecencia y actuación de las personas con discapacidad en calidad de partes, testigos u otros intervinientes» (Poder Judicial, 2018, s. p.). También añade que:

> promover y asegurar la eliminación de barreras que restrinjan o impidan su participación plena y efectiva en cualquier acto judicial, disponiendo de todas las medidas y recursos que garanticen su dignidad, seguridad, confianza, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad, adecuada comunicación y autonomía individual (Poder Judicial, 2018, s. p.).

Estos lineamientos constituyen estrategias para promover un trato justo e igualitario a las personas con discapacidad que acuden al Poder Judicial, que aseguran el acceso más amplio posible a la justicia y protegen sus derechos. Se trata de identificar y eliminar o minimizar las barreras presentes en el entorno judicial, a fin de afianzar materialmente el acceso a la justicia de las personas con discapacidad.

4. Las ponencias en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil realizado en Lima los días 7 y 8 de noviembre de 2019

Previamente, cabe señalar que una de las expresiones del principio dispositivo, en el desarrollo del proceso, es la legitimidad para decidir que las decisiones judiciales solo puedan ser revisadas en la medida que sean impugnadas a instancia de parte. A la par, una de las manifestaciones del principio de legalidad es la consulta oficiosa que obliga

al juez, sin petición alguna, para determinados casos en los que se ha comprometido un interés social, donde las conclusiones judiciales deban ser revisadas por el superior.

De acuerdo con estas consideraciones, con la apelación o la consulta, el superior verificará la resolución judicial para saber si el derecho fue debidamente interpretado y la ley justamente aplicada. Por eso, «la consulta se asemeja a la apelación en que el trámite ante el superior es idéntico, pero difiere de su naturaleza en que la consulta se ordena de oficio, mientras que la apelación exige que la interponga el interesado» (Ledesma, 2008, p. 303).

Uno de los casos originalmente regulado en el artículo 408 del Código Procesal Civil era el referido a la consulta oficiosa para los procesos en los que la parte perdedora estuvo representada por un curador procesal. Lo anterior se sustentaba en la idea de suprimir toda complacencia de los profesionales designados como curadores procesales para con sus colegas; además, por el desinterés con que frecuentemente se desempeña dicho cargo. Sin embargo, en la promoción del derecho a la igualdad de acceso a la justicia de las personas con discapacidad, sí se considera que —de acuerdo con el numeral 3 del artículo 61 concordado con el artículo 66 del Código Procesal Civil— corresponde nombrar curador procesal en los casos de falta, ausencia o impedimento del representante de la persona con capacidad de ejercicio restringida.

Con la modificación introducida por el artículo 4 del Decreto Legislativo n.º 1384, que cambia el numeral 2 —y no el 1, como debió ser— del artículo 408 del Código Procesal Civil para imponer la consulta oficiosa en los procesos de designación de apoyos —al igual que en los de interdicción y de nombramiento de tutor o curador—, cuando la sentencia de primera instancia no sea apelada, ha provocado que quede derogada la consulta oficiosa para los procesos en los que la parte perdedora estuvo representada por un curador procesal.

Esta situación ha generado la existencia de pronunciamientos contradictorios en la judicatura nacional sobre la procedencia de la consulta contra la sentencia de primera instancia recaída en un proceso cuando la parte perdedora se encuentra representada por un curador

procesal, y este no interpone recurso de apelación contra la decisión final. Por ello, en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil se planteó la siguiente pregunta, desde la vigencia del Decreto Legislativo n.º 1384, ¿en un proceso cuando la parte perdedora se encuentra representada por un curador procesal, y no interpone recurso de apelación contra la decisión final, es procedente la consulta?

4.1. Primera ponencia: no es procedente la consulta

La primera ponencia sostuvo la tesis de la improcedencia de la consulta, por cuanto el actual artículo 408 del Código Procesal Civil ya no regula dentro de los supuestos de procedencia. La decisión final recae en un proceso adverso a una de las partes que estuvo representada por un curador procesal y no es apelada. Los fundamentos de esta tesis quedan expuestos en la transcripción de la parte pertinente de la resolución siguiente:

> **CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA**
> **SEGUNDA SALA CIVIL**
> **Expediente n.º 10974-2013**
> **RESOLUCIÓN N.º 4**
> Lima, veinticuatro de julio de dos mil diecinueve
>
> **SÉPTIMO:** En consecuencia, de lo expuesto queda claro, que la Consulta efectuada respecto de la Sentencia, de fecha 08 de junio del 2017, **ya no se encuentra contemplada** en los supuestos establecidos del artículo 408 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 4 del D. Leg. 1384; más aún, si **las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite**, conforme a lo dispuesto en la Segunda disposición final del citado Código; siendo ello así, resulta necesario que al caso de autos, se aplique la modificatoria contemplada en el artículo 408 del Código antes referido, debiendo para tal efecto, declararse la nulidad de todo lo actuado en esta instancia, así como la insubsistencia del oficio de elevación respecto al extremo referido de elevar en consulta, y devolver el presente proceso al juez de primera instancia, para que proceda conforme a sus atribuciones (énfasis nuestro).

4.2. Segunda ponencia: es procedente la consulta, previo control difuso de constitucionalidad

La segunda ponencia sostuvo la tesis de la procedencia de la consulta, por cuanto el actual inciso 2 del artículo 408 del Código Procesal Civil no resulta compatible con el inciso 6, referido a la pluralidad de instancia, y, por extensión, con el inciso 3, relacionado con la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional del artículo 139 de la Constitución. Es así que corresponde inaplicarlo por incompatibilidad constitucional (control difuso-inaplicación al caso concreto), sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece. Los fundamentos de esta tesis quedan expuestos en la transcripción de la parte pertinente de la resolución siguiente:

> **CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA**
> **TERCERA SALA CIVIL**
> **Expediente n.º 11485-2016**
> **RESOLUCIÓN N.º 4**
> Lima, veintitrés de julio de dos mil diecinueve
>
> 4. Por tanto, la ausencia de tutela en la que se incurre con la aplicación literal del nuevo texto **del inciso 2 del artículo 408 del Código Procesal Civil colisiona abiertamente con el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución, en cuanto es principio y derecho de la función jurisdiccional, la pluralidad de instancia, que responde con la naturaleza de la institución jurídica de la consulta [...] Por extensión, el mandato legal colisiona también con el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución, en cuanto es principio y derecho de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional**, en cuanto el fin tuitivo que en el caso concreto se busca mediante la revisión de una decisión judicial en una instancia superior.
>
> En consecuencia, [...] consideramos que debe prevalecer una lectura constitucional de los fines de la institución jurídica de la consulta en el proceso civil, frente a la errónea e inmotivada sustitución del texto original del inciso 2 del artículo 408 del Código Procesal Civil; motivo por el cual esta instancia se pronuncia por la inaplicación del

inciso 2 del artículo 408 del Código Procesal Civil, modificado por el Decreto Legislativo n.º 1348 por incompatibilidad constitucional para el presente caso, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece (énfasis nuestro).

4.3. Tercera ponencia: es procedente la consulta, previa interpretación restablecedora de la coherencia y la plenitud del orden jurídico

La tercera ponencia sostuvo la tesis de la procedencia de la consulta, por cuanto la finalidad de la modificatoria realizada por el Decreto Legislativo n.º 1384 al artículo 408 del Código Procesal Civil, es proteger a las personas en situación de vulnerabilidad, por lo que, no siendo la ratio de la norma elimina el supuesto de la consulta, cuando la decisión final recaída en un proceso en el cual la parte perdedora que estuvo representada por curador procesal no es apelada, corresponde al superior jerárquico dar trámite a la consulta.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA CIVIL
Expediente n.º 10788-2015
RESOLUCIÓN N.º 7
Lima, veintiuno de junio de dos mil diecinueve

CUARTO: En ese contexto, apreciándose que desaparecería —sin más— el supuesto de Consulta recogido en el numeral 2 primigenio; tal opción es irrazonable ya **que riñe con la delegación de facultades otorgadas al Poder Ejecutivo para legislar sobre protección de las personas en situación vulnerabilidad**; por tanto, no siendo materia del Decreto Legislativo eliminar de la Consulta la decisión final recaída en proceso donde la parte perdedora estuvo representada por curador procesal, supuesto contemplado en el numeral 2 primigenio, **tal aparente incoherencia o incongruencia normativa no solo puede, sino debe, ser superada por este órgano jurisdiccional**; en consecuencia, corresponde dar trámite a la Consulta de esta sentencia, **conforme al artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil** (énfasis nuestro).

5. La vigencia de la consulta oficiosa como medida procesal de acceso a la justicia para la defensa de los derechos de las personas con discapacidad

No cabe duda de que la mencionada modificación, aprobada por la delegación de facultades otorgadas al Poder Ejecutivo para legislar sobre la protección de las personas en situación de vulnerabilidad, ha afectado la coherencia y la plenitud del orden jurídico, por cuanto su contenido ha debido estar referido al inciso 1 de la citada disposición procesal y al haberlo efectuado respecto del inciso 2. Asimismo, ha provocado que quede derogada —sin motivación alguna— la consulta oficiosa para los procesos en los que la parte perdedora estuvo representada por un curador procesal.

Por ello, se descarta la primera ponencia que supone la aplicación lógica-formal de la ley, sin consideración del presupuesto racional del legislador; en tanto, además, presume la pervivencia de la anotada incoherencia jurídica.

Es preciso recordar que el ordenamiento jurídico se conceptualiza como una pluralidad de normas aplicables en un espacio y lugar determinado; también se caracteriza por su coherencia normativa y plenitud hermética. La primera implica la existencia de una relación armónica ordenada entre las normas que lo conforman. La segunda significa que todo ordenamiento contiene una norma, principio, valor o modo de integración que regula cualquier situación jurídica que se presente en la sociedad.

Si bien se supone que el legislador, al momento de la formulación de la ley, está obligado a preservar la coherencia normativa y la plenitud hermética del ordenamiento jurídico, no obstante, la existencia de incoherencias jurídicas es una posibilidad. Siguiendo a Engisch (1967), pueden distinguirse al menos cinco clases de incoherencias jurídicas: a) incoherencias técnico-legales cuando existen inconsistencias en el uso de términos presentes en varias normas; b) incoherencias teleológicas cuando hay normas que persiguen fines en conflicto; c) incoherencias de principio cuando los principios que inspiran las normas del sistema están en conflicto; d) incoherencias valorativas

cuando, a la luz de las consecuencias jurídicas que el sistema atribuye a determinados hechos o acciones, se revelan inconsistencias en la valoración que el legislador hace de ellos; e) finalmente, incoherencias normativas cuando varias normas del sistema regulan de forma lógicamente incompatible la conducta de las personas (antinomias).

Frente a ellas, es la interpretación la llamada a mantener o restablecer la coherencia normativa y la plenitud hermética del ordenamiento jurídico. En estos casos, se trata de la optimización de su sentido, es decir, el intérprete procederá en la especificación del significado de la ley, restaurando y corrigiendo el tenor literal de la norma, basándose en las reglas derivadas del presupuesto de la racionalidad del legislador. La interpretación asume la tarea de mantener o restaurar la racionalidad del sistema jurídico en su conjunto.

Por ello, se descarta la segunda ponencia en tanto que el control difuso de la constitucionalidad de la ley es de última ratio, mientras que esta potestad judicial solo se ejerce cuando la inconstitucionalidad se manifiesta al punto de que es imposible encontrarle una interpretación conforme a la Constitución[13]. Ello es así por el principio de presunción de constitucionalidad de la ley, que constriñe al juez a aplicar la norma con un sentido que salve su constitucionalidad. En otras palabras, el juzgador está en la obligación de descartar las interpretaciones que son contrarias a la carta magna y preferir aquella que dota de un sentido constitucionalmente aceptable.

En el presente caso, el presupuesto racional del legislador es la armonización de la legislación civil y procesal civil con el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, conforme a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asumido el presupuesto de la racionalidad del legislador, no solo se

13 El artículo 6 del Código Procesal Constitucional establece: «Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución» (párr. 1). Complementariamente, la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley n.º 26435, precisa que: «Los jueces y Tribunales solo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional» (s. p.).

convalida la competencia lingüística del mismo, sino que, además, se encierra la especificación del significado de la ley en la racionalidad del sistema jurídico en su conjunto y se facilitan las conexiones que hacen posible una comprensión ideal, adecuada social e históricamente.

Por tanto, la interpretación restauradora de la coherencia y la plenitud del orden jurídico determina concluir que la modificación propuesta al numeral 2 del artículo 408 del Código Procesal Civil, por el artículo 4 del Decreto Legislativo n.º 1384, está referida al inciso 1 de la citada disposición procesal; por lo que sigue vigente la consulta oficiosa para los procesos en los que la parte perdedora estuvo representada por un curador procesal, conforme al texto original del inciso 2 de la misma norma legal.

En ese sentido, el artículo 408 del Código Procesal Civil debe ser leído de la siguiente manera:

> **Código Procesal Civil**
> **Artículo 408. Procedencia de la consulta**
> La consulta solo procede contra las siguientes resoluciones de primera instancia que no son apeladas:
>
> 1. **La que declara la interdicción y el nombramiento de tutor, curador o designación de apoyo*.**
> 2. **La decisión final recaída en proceso donde la parte perdedora estuvo representada por un curador procesal.**
> 3. Aquella en la que el juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria.
> 4. Las demás que la ley señala.
>
> También procede la consulta contra la resolución de segunda instancia no recurrida en casación en la que se prefiere la norma constitucional. En este caso es competente la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.
>
> * Texto conforme al artículo 4 del Decreto Legislativo n.º 1384 (énfasis nuestro).

Por lo demás, la consideración al presupuesto de la racionalidad del legislador —que es proteger a las personas en situación de vulnerabilidad—, en la interpretación restauradora de la coherencia y la

plenitud del orden jurídico, permite la compatibilización del Decreto Legislativo n.º 1384 con el principio de protección acerca del artículo 7 de la Constitución. Así, hace efectivo el derecho a la igualdad de acceso a la justicia de la persona con discapacidad conforme al artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De esta manera, la vigencia de la consulta oficiosa se presenta como una medida procesal de acceso a la justicia para la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, pues evita los perjuicios que le puede causar la no interposición del recurso de apelación por parte del curador procesal y asegura que la instancia superior revise todo lo actuado, protegiendo sus derechos.

Por ello, se sostiene en la tercera ponencia que:

> En atención a que la finalidad de la modificatoria realizada por el Decreto Legislativo n.º 1384 al artículo 408 del Código Procesal Civil es la de proteger a las personas en situación de vulnerabilidad; por lo que, no siendo la ratio del Decreto Legislativo eliminar el supuesto de la consulta, cuando la decisión final recaída en un proceso en el cual la parte perdedora que estuvo representada por curador procesal no es apelada, corresponde al superior jerárquico dar trámite a la consulta (Pacheco, 2019, s. p.).

6. Conclusiones

Desde que el Perú ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, resultaba imperativo adecuar la legislación civil y procesal civil a los postulados que reconocen la capacidad jurídica y el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones.

Por ello, es pertinente modificar el artículo 408 del Código Procesal Civil para imponer la consulta oficiosa en los procesos de designación de apoyos a favor de la persona con discapacidad —al igual que en los de interdicción y de nombramiento de tutor o curador—, cuando la sentencia de primera instancia no sea apelada.

Sin embargo, el cambio legislativo ha debido estar referido al inciso 1 de la citada disposición procesal y no al inciso 2, como lo propuso el artículo 4 del Decreto Legislativo n.º 1384; por cuanto, al haberlo efectuado de esa manera, ha provocado que quede derogada la consulta oficiosa para los procesos en los que la parte perdedora estuvo representada por un curador procesal, que se sustentaba en la idea de suprimir toda complacencia de los profesionales designados como curadores procesales para con sus colegas, y también el desinterés con que frecuentemente se desempeña dicho cargo.

En suma, la indicada reforma del Código ha afectado la coherencia y la plenitud del orden jurídico, y se presenta como una situación que afecta el acceso a la justicia de las personas con discapacidad; desde que, en caso no se interponga recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, esta quedará firme en la medida que ya no está prevista la consulta oficiosa para los procesos en los que la parte perdedora estuvo representada por un curador procesal.

Definitivamente, la interpretación judicial tiene que descartar la aplicación lógica-formal de la ley; y, por tanto, considerar el presupuesto racional del legislador que motivó la modificación legislativa, a efectos de restablecer la coherencia y la plenitud del orden jurídico, y afianzar el derecho a la igualdad de acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Eso es lo que se logra con la tercera ponencia sostenida en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil realizado en Lima los días 7 y 8 de noviembre de 2019, que, lamentablemente, no fue aprobada y, con ello, preserva una práctica que califica una discriminación por razón de discapacidad.

Referencias

Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (2012). Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Recuperado de http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%

2fPPRiCAqhKb7yhssjCEiYpMEPRoNhdsZPK7VI6RG1n562Mfvp5l7K6ZIieCygEedsP4VVIybf5SQ6Lvb%2bV%2buR%2bJRbF4%2flkgI8%2bMK95vDFlIl%2fGIg%2b61y%2bpqEoR

_____ (2014). Observación General n.º 1. Observación sobre el derecho de las personas con discapacidad a ser iguales ante la ley. Recuperado de https://inclusion-international.org/wp-content/uploads/2016/06/Observaci%C3%B3n-general-N%C2%BA-1-2014_Igualdad-ante-la-ley_LF.pdf

_____ (2018). Observación General n.º 6 sobre igualdad y no discriminación (CRPD/C/GC/6). Recuperado de http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsnbHatvuFkZ%2Bt93Y3D%2Baa2qtJucAYDOCLUtyUf%2BrfiOZ88SbKi18LECUG89QSdTKcf18nNjitMUEa2SCkSFY5q%2B9MbRHQrvCvBQGG9gSVvs0

Congreso de la República (2018). Decreto Legislativo n.º 1383. Decreto que reconoce y regula la capacidad jurídica. Lima: 4 de septiembre de 2018. Recuperado de https://www.gob.pe/institucion/mtpe/normas-legales/201071-1383

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1984). Opinión Consultiva n.º OC-4/84. Propuesta de modificación a la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización. San José: 11 de enero de 1984. Recuperado de https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1267.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1267

_____ (2002). Opinión Consultiva n.º OC-17/ 2002. San José: 28 de agosto de 2002. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

Corte Superior de Justicia de Lima (2019a). Expediente n.º 10788-2015. Resolución n.º 7. Lima: 21 de julio de 2019.

_____ (2019b). Expediente n.º 11485-2016. Resolución n.º 4. Lima: 23 de julio de 2019.

_____ (2019c). Expediente n.º 10974-2013. Resolución n.º 4. Lima: 24 de julio de 2019.

Engisch, K. (1967). *Introducción al pensamiento jurídico* (trad. de E. Garzón Valdés). Madrid: Guadarrama.

Ledesma, M. (2008). *Comentarios al Código Procesal Civil* (t. II). Lima: Gaceta Jurídica.

Poder Judicial (2018). Resolución Administrativa n.º 010-2018-CE-PJ. Lima: 10 de enero de 2018.

Tribunal Constitucional (2008). Sentencia recaída en el expediente n.º 02480-2008-PA/TC. Lima: 11 de julio de 2008. Recuperado de https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02480-2008-AA.html

_____ (2009). Expediente n.º 2313-2009-HC/TC. Lima: 24 de septiembre de 2009. Recuperado de https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02313-2009-HC.pdf

_____ (2014). Expediente n.º 02437-2013-PA/TC. Lima: 16 de abril de 2014. Recuperado de https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02437-2013-AA.pdf

Repensando la discapacidad desde el enfoque de derechos en el contexto actual: reflexiones sobre el acceso a derechos en condiciones de pobreza y vulnerabilidad de personas con discapacidad motriz

Verónica Celeste Roncoli
Instituto Nacional de Rehabilitación Psicofísica del Sur «Dr. Juan O. Tesone», Argentina
veroncoli@gmail.com

1. Introducción

El presente trabajo forma parte de una publicación mayor de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú, que invita a reflexionar sobre las «100 Reglas de Brasilia». Asimismo, incentiva a pensar sus propuestas en poblaciones en condición de vulnerabilidad —en las que se encuentran las personas con discapacidad—. En esa línea, es de suma importancia explicar desde dónde escribo y cuál es mi intención en este artículo.

En principio, y de acuerdo con la propuesta general, tomo lo expuesto en el documento «100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad», elaborado en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en Brasilia, en marzo de 2008. En febrero de 2009, Argentina se adhiere mediante la Acordada n.º 5/2009 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Allí se define la comunidad en situación de vulnerabilidad y sus posibles causas, a saber, que:

> Se consideran en condición de vulnerabilidad 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.
>
> Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico (Reglas 3-4).

Lo expuesto aquí permite tener un punto de partida en la temática a desarrollar, en tanto que la población con discapacidad, ya sea en Argentina o el mundo, se encuentra expuesta cotidianamente a situaciones que generan condiciones de vulnerabilidad, como la desigualdad, la inequidad, los problemas de accesibilidad por barreras sociales, culturales, económicas, arquitectónicas, comunicacionales, entre otras.

Al inicio de este texto, plantee que iba a dar cuenta del lugar y la finalidad de estas consideraciones. En ese sentido, escribo como licenciada en Servicio Social, integrante del Departamento de Servicio Social del Instituto Nacional de Rehabilitación Psicofísica del Sur, de la ciudad de Mar del Plata, Buenos Aires (Argentina). En esta institución, me desempeño profesionalmente desde hace aproximadamente cinco años; además, es un espacio en el que circulan a diario personas con discapacidad motriz y sus figuras de apoyo, quienes portan vivencias, expectativas, cuestionamientos, mandatos, miradas sociales y derechos, los cuales están en ejercicio y también en proceso de reclamo para ser efectivizados. Me posiciono, entonces, desde el modelo social de la discapacidad y la perspectiva de derechos en el ejercicio profesional. Por ello, el objetivo de este estudio constituye una invitación a pensar sobre aquellas situaciones y determinantes a los que las personas con discapacidad —y, a los fines de este trabajo, con discapacidad motriz— se enfrentan en su acontecer cotidiano.

Así, es posible reflexionar en distintos ejes temáticos o líneas de análisis que visibilizan la complejidad del ser y estar de la persona con

discapacidad en el escenario social actual. A lo largo del trabajo, incluyo aportes teóricos en relación con el acceso a derechos de las personas con discapacidad, las dificultades en su ejercicio y los atravesamientos socioeconómicos, marcados por las barreras del mercado de trabajo, con recursos económicos escasos y la dificultad en la cobertura de necesidades básicas. Todo ello analizado a la luz de las políticas públicas en Argentina, explicitadas a través de leyes de acuerdo con las prestaciones en discapacidad y la adhesión a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

2. Características de la población con discapacidad en la realidad argentina actual

Si hablo de condiciones que conllevan a situaciones de vulnerabilidad en la población de personas con discapacidad —y particularmente con discapacidad motriz— en Argentina, es pertinente realizar una breve caracterización de dicha población. Para tal fin, recojo los aportes teóricos de autoras que analizan los datos estadísticos del Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas, implementado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), en el año 2010, así como los resultados del Estudio Nacional sobre el Perfil de las Personas con Discapacidad, realizado en 2018, también impulsado por la citada institución en convenio con la Agencia Nacional de Discapacidad. Estos son los últimos datos oficiales acerca del tema en el país. Cabe mencionar que, como marco teórico, esta última investigación se apropia del concepto de discapacidad expuesto por la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (Organización Mundial de la Salud, 2001)[1].

A partir del documento elaborado por el INDEC (2018), se menciona que:

1 La Organización Mundial de la Salud (OMS) (2001) sostiene que la discapacidad es toda limitación en la actividad y la restricción en la participación, originada en la interacción entre la persona con una condición de salud y los factores contextuales (entorno físico, humano para desenvolverse en su vida cotidiana, dentro de su entorno físico y social, según su sexo y edad).

> El Estudio Nacional sobre el Perfil de las Personas con Discapacidad fue implementado en las localidades urbanas de 5000 y más habitantes de todo el territorio nacional, durante los meses de abril y mayo de 2018. Se visitaron alrededor de 41 000 viviendas particulares (p. 13).

En este orden, los resultados de la investigación arrojan que «la prevalencia de población de seis años y más con dificultad es del 10.2 % en viviendas particulares de la mencionada muestra. En términos absolutos, se corresponde con una estimación de 3 571 983 personas» (p. 35), que a su vez registran a un 25.3 % de hogares con al menos un integrante con dificultad. Dentro de estos porcentajes, el 82.3 % de la población estudiada adquirió la condición después del nacimiento. Es aquí donde me interesa realizar la primera apreciación, que la discapacidad adquirida sea una cifra tan alta implica que la persona y sus familias o figuras de apoyo deban desarrollar estrategias en torno a convivir con esa dificultad y sortear la multiplicidad de barreras. Esta situación conlleva a desplegar habilidades para el desenvolvimiento en la vida social, cultural y económico-laboral con relación directa al ejercicio de sus derechos.

Cabe destacar que el 25.2 % de la ciudadanía presenta solo dificultad motora, aquí entra en juego el aprendizaje y el conocimiento de obstáculos de índoles físicas y/o arquitectónicas, además de las ya mencionadas. Los resultados muestran que «el 26.5 % de los hogares con personas con dificultad consideran que es o fue necesario realizar algún arreglo o reforma en la vivienda a causa de la dificultad» (p. 15).

La publicación del año 2018 aporta datos acerca de los ámbitos de salud, educación, sistema previsional, trabajo, convivencia y vivienda. En esa línea, a rasgos generales, transcribiré algunos de ellos a los fines del mencionado trabajo.

En lo que respecta a la obtención del Certificado Único de Discapacidad[2] (en adelante CUD) y su consecuente acceso a prestaciones,

2 El Certificado Único de Discapacidad (CUD) es un documento público y gratuito que prueba la discapacidad en todo el territorio argentino. Se otorga después de una evaluación que realiza una junta conformada por profesionales de distintas disciplinas.

«el 33.4 % de la población total con dificultad tiene certificado de discapacidad vigente» (INDEC, 2018, p. 14), ya que utilizado por el 90.8 % de dicha población. «El certificado de discapacidad vigente es usado principalmente para obtener el pase libre de transporte y la cobertura integral de medicación y salud» (p. 14).

Asimismo, se expone que «el 59.4 % de la población con dificultad de 6 años y más posee cobertura de salud por obra social o PAMI[3]» (p. 14), mientras que el 21.4 % no cuenta con ella, ni medicina prepaga, ni plan estatal de salud, constituyéndose en usuarios del sistema público de salud en la medida de que puedan acceder al mismo. En esta línea, y en lo referente a aspectos previsionales, «el 62 % de la población con dificultad de 6 años y más recibe jubilación o pensión. Este porcentaje es del 98.2 % para la población de 80 años y más» (p. 14), población con alta incidencia en el porcentaje de personas con obra social o cobertura de PAMI. Es factible observar que contar con cobertura social no significa en la práctica diaria acceder fehacientemente a la atención integral de salud.

En lo que refiere al acceso a la educación, a nivel general, se arriba que «el 90.6 % de la población con dificultad de diez años y más sabe leer y escribir» (p.14), ello identifica que el grado de inserción escolar guarda relación con la cantidad de dificultades que enfrenta la persona. Con respecto al mercado de trabajo, la tasa de inactividad registra los porcentajes más elevados siendo de un 64.1 % en la población de catorce años y más. Es necesario resaltar aquí que:

> la condición de acceso al trabajo formal y las desigualdades socioeconómicas generan inequidades en el acceso a la salud y la protección social. Esto profundiza un proceso de individuación en el que el Estado traspasa su responsabilidad en el sujeto y en las entidades que lo deberían amparar (Venturiello, 2017, p. 163).

En cuanto a las condiciones habitacionales de la población estudiada, se expone que «el 96.9 % de los hogares con al menos una persona con

3 Obra social del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados.

dificultad no presentan hacinamiento crítico. El 65.5 % de estos hogares presentan una calidad suficientemente buena en los materiales de las viviendas» (INDEC, 2018, p. 15).

Los datos expuestos hasta entonces ayudan a conocer, de manera preliminar y mediante fuentes oficiales, la caracterización de la población con discapacidad a nivel nacional en Argentina. No obstante, la investigación se realizó —como se mostró precedentemente— en áreas urbanas; por tanto, se excluye a aquellos que residen en zonas periurbanas y/o rurales, quienes por condiciones de contexto geográfico —entre otras circunstancias— tienen mayores dificultades en el acceso a servicios, atención y derechos; además, reconoce elevados niveles de inactividad, inaccesibilidad y vulnerabilidad. En ese sentido, pongo en juego la categoría de preliminar, ya que los resultados no representan el total de la población con discapacidad en el país.

En ese orden de ideas, es relevante el aporte que realiza María Pía Venturiello (2017) al tomar los datos del Censo 2010 para analizar las condiciones de vida de la población con discapacidad. La autora plantea que hay una relación directa entre discapacidad y pobreza; además, hace hincapié en la exclusión de las personas con discapacidad de los espacios productivos, más precisamente del mercado de trabajo con consecuencias directas en la participación del resto de los espacios sociales. Basándose en las cifras del INDEC (2010), la investigadora sostiene que los domicilios con necesidades básicas insatisfechas «constituyen un mayor porcentaje en los hogares donde vive al menos una persona con discapacidad en comparación con el total de hogares (11.1 % vs. 9.1 %)» (p. 159).

Asimismo, refiere que las barreras arquitectónicas, sociales y culturales desalientan la participación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo. Se genera así un proceso que se retroalimenta negativamente y culmina en la discriminación de la población con discapacidad de la escena productiva, con su consecuente situación de desigualdad y vulnerabilidad. «Se da una lógica en la cual la estructura social discapacita biológicamente a algunos de sus miembros, promoviendo modos de vulnerabilidad social donde se conjugan la pobreza y la ayuda focalizada» (Ferrante, 2015, p. 169).

Lo planteado hasta aquí guarda estrecha relación con la conceptualización de la discapacidad propuesta en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, entendida como la interacción entre las personas con deficiencias y los obstáculos del entorno, que limitan su participación en igualdad de condiciones. Desde esta perspectiva, la discapacidad por sí misma no desencadena la exclusión, ni la vulnerabilidad, sino que entra en interrelación con contextos sociales, políticos, económicos y culturales, los cuales habilitan o inhabilitan prácticas, discursos y mandatos de las personas con esa condición en los distintos ámbitos.

En este orden, Carolina Ferrante (2015) reconoce procesos que conducen a la «mendicidad de hombres con discapacidad en la ciudad de Buenos Aires» (p. 161), los cuales pueden ser trasladables al análisis de la población con discapacidad en el contexto económico actual signado por una profunda crisis socioeconómica. En esa línea, la investigadora expone «la *pérdida de empleo*, ya sea asociado a la adquisición de la deficiencia o a la crisis económica», el «*debilitamiento de redes o apoyos sociales*» (p. 161, énfasis del original) y «*el desempleo crónico*, resultado de las políticas públicas, que inhabilitan a las personas con discapacidad para el proceso de trabajo» (p. 162, énfasis del original).

Son procesos que serían identificados en muchas de las personas con discapacidad de nuestra sociedad; además, estos se naturalizan y enraízan apartamientos, exclusiones y derechos vulnerados. Nada de lo escrito hasta entonces es ajeno a la práctica cotidiana que, como profesional de la salud en el campo de la discapacidad, observo y abordo a diario. En el siguiente apartado, ahondo en las reflexiones sobre el ejercicio y el acceso a derechos de esta población.

3. Situación de discapacidad con respecto a las políticas públicas. Acceso a derechos: ¿utopía, ejercicio real o lucha por su cumplimiento?

No es ingenuo comenzar esta sección con la cita de Venturiello (2017): «El modo que se conceptualiza la discapacidad orienta los

modos de intervención del Estado en el tema» (p. 153). Planteo esto para aludir a las maneras de pensar y entender la discapacidad traducidas en modelos históricos —ya desarrollados por la literatura en la temática[4]—, que conducen a identificar que en la sociedad argentina actual confluyen mayoritariamente el modelo rehabilitador y el social. Ambos entran en contradicciones entre el decir y el hacer de la sociedad, de las cuales los y las profesionales del campo de la discapacidad formamos parte.

Estos modelos, en convivencia y contradicción constante, se reflejan en la letra de las normas vigentes en el país, que ratifican en el año 2008, mediante Ley n.º 26378, lo expuesto por la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, otorgándole jerarquía constitucional. Pero se mantiene también la Ley n.º 22431, creada en 1981, y la Ley n.º 24901, de 1997, ambas con rasgos de un paradigma que tiende a la normalización desde un prototipo rehabilitador, tal como lo sostienen Carolina y Ricardo Nassif (2019). Dichos autores, a partir del contexto histórico en que las normativas fueron creadas, exponen que:

> Se hace necesario de manera urgente actualizar estas leyes o desarrollarse otras que apliquen un enfoque de derechos en cuanto a un sistema de protección integral y de un sistema de prestaciones básicas para las personas con discapacidad. No podemos pensar que se garanticen sus derechos cuando el sistema de protección integral ha quedado caducado y con un paradigma de lectura de tipo asistencialista, tutelar y rehabilitador fundamentado en un principio de normalización que no aplica la CDPcD[5] y coalicionan con los principios que la misma establece (p. 73).

Ambas normas mencionan que para acceder a los derechos de las personas con discapacidad —principalmente en lo que respecta a la

4 Sugiero consultar el libro *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, de A. Palacios (2008).

5 La abreviatura hace referencia a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

atención integral de salud— es necesaria la obtención del CUD, expedido por las Juntas Evaluadoras de la Discapacidad. «Bajo las condiciones sociales, culturales y políticas, el CUD es aceptable entre comillas, siendo un arma de doble filo, como facilitador y como estigmatizador, sin entrar profundamente en conflicto con la CDPcD» (Nassif y Nassif, 2019, p. 66). Por tanto, se considera al CUD como facilitador, en tanto «llave de acceso» al sistema de prestaciones básicas; sin embargo, no deja de constituir una «etiqueta» a través de la cual la persona tiene que «certificar» su condición o situación de discapacidad, de allí el posible carácter estigmatizador que conciben los investigadores.

Lo cierto es que más allá de la obtención concreta del CUD, en el acontecer cotidiano actual, las personas con discapacidad no acceden —en su mayoría— de manera efectiva e inmediata a prestaciones y derechos en ese campo. Por ello, menciono las características de «efectiva e inmediata», que reconocen a través de los relatos —en el marco de entrevistas con personas que concurren a tratamiento de rehabilitación en la institución donde me desempeño profesionalmente— que las personas con discapacidad y sus figuras de apoyo dan cuenta de los circuitos que deben realizar para intentar hacer efectivo el ejercicio de sus derechos.

Ante gestiones de medicación, equipamiento, transporte, apoyos en la vida cotidiana (figuras de cuidador/a, acompañante terapéutico), tratamientos de rehabilitación, ingreso a dispositivos institucionales, entre otros, se encuentran barreras que complejizan el acceso a prestaciones. En esa línea, aparecen las arquitectónicas, debido a que no todos los edificios cuentan con la accesibilidad requerida, también porque trasladarse implica costos, principalmente para personas con discapacidad motriz que no pueden utilizar transporte público, ya que las obras sociales solo cubren movilidad para tratamientos o atención médica, mientras que muchas ni siquiera cuentan con cobertura social. Asimismo, se encuentran las barreras económicas, tras no contar con los recursos disponibles para la cobertura de gastos de dichas gestiones o, en ocasiones, al tener que interrumpir la actividad laboral para completar las mismas —principalmente en el caso de figuras de apoyo que pertenecen al mercado de trabajo—. Además, se presentan las

barreras sociales, culturales y comunicacionales, dado que las gestiones son complicadas, pues se requiere completar formularios, adquirir una lecto-escritura y recursos simbólicos con los que no todas las personas cuentan. Aquí surge la mirada social como temor, cuando la persona con discapacidad tiene que estar en el espacio público, interpelado por las propias dinámicas familiares y tramas vinculares, que influyen en el desarrollo de estos procesos.

Sumado a esto, una vez completados los circuitos requeridos para solicitar el acceso a las prestaciones, en ocasiones la resolución de estas —es decir, el acceso efectivo a lo solicitado— no responde de manera favorable por la falta de recursos en las instituciones. Lo anterior genera que las personas con discapacidad recurran a nuevos espacios para el reclamo de sus derechos, los cuales en muchos casos culminan en instancias de asesoramiento judicial y legal. Así, «la perspectiva de derechos encuentra sus límites en las dificultades para convertir los preceptos de no discriminación y opresión en políticas estatales integrales» (Venturiello, 2017, p. 157).

De acuerdo con Beatriz Martínez Ríos (2013), el concepto de «costes extraordinarios derivados de la discapacidad» se define como la cantidad de dinero adicional que necesita una persona con discapacidad para alcanzar un nivel de vida, en líneas generales, similar al de una que no atraviesa su condición. Por ello, considero traer a colación la siguiente noción:

> Los costes de la discapacidad están presentes en todas las áreas de la vida y, en muchas ocasiones, son el fruto de los valores culturales, de la forma de concebir la discapacidad en el entorno en el que la persona se encuentra o de actitudes discriminatorias. Además, las consecuencias de estos costes son muy diferentes dependiendo del apoyo de la comunidad o de los servicios existentes para las personas con discapacidad. Los estudios nos muestran que cuanto menor es la inclusión, la accesibilidad de los entornos y los servicios disponibles, mayores son los costes extraordinarios de la discapacidad (p. 24).

La autora plantea que existe una relación directa y mutua entre estos costes extraordinarios y la vulneración de sus derechos. Así, se afirma que:

> Por una parte, la vulneración de los derechos de las personas con discapacidad genera costes extraordinarios, que conducen, a su vez, a situaciones de pobreza. Por otra, la existencia de costes extraordinarios no cubiertos genera una pérdida de derechos para las personas con discapacidad, y las coloca en una situación de desventaja y desigualdad. (Martínez Ríos, 2013, p. 28)

A partir de la multiplicidad de situaciones que viven las personas con discapacidad y sus figuras de apoyo, pareciera que el acceso efectivo a sus derechos se constituye en una «utopía», un anhelo escrito en leyes, que es replicado en el cuerpo de texto de las políticas públicas y a diario en el discurso de profesionales. Entiendo que el desafío está en evidenciar, problematizar e intentar transformar estas prácticas a fin de generar andamiajes que faciliten el ejercicio efectivo de los derechos de la población con discapacidad.

4. Conclusiones

En suma, fue posible identificar aspectos característicos generales de la población con discapacidad en Argentina, también comprender que dicha población atraviesa a diario situaciones que generan vulnerabilidad a partir de su interacción con barreras físicas, culturales, sociales, económicas, comunicacionales. Así, la pobreza y la exclusión aparecen en las vivencias de esta comunidad y sus figuras de apoyo. Ello limita el ingreso al mercado laboral y el ejercicio de sus derechos.

Entonces, de acuerdo con Carolina Ferrante (2015), «la existencia de instrumentos legales no es requisito suficiente para modificar inmediatamente los esquemas de percepción y las prácticas sociales que convierten a la discapacidad en una desventaja» (p. 153). Cabe preguntarse, ¿qué debemos hacer los profesionales del campo de la discapacidad ante la vulneración de derechos en la población con la

que trabajamos a diario?, ¿repetimos discursos?, ¿generamos barreras?, ¿naturalizamos ciertas prácticas? o ¿podemos situarnos desde el lugar de la pregunta, la incomodidad, la necesidad de intervención, acompañando a la persona con discapacidad en la lucha por el ejercicio de sus derechos? «Las distintas formas de concebir la discapacidad y los posicionamientos profesionales se reflejan en nuestras intervenciones y pueden constituirse en fuertes barreras simbólicas y culturales» (Schneidermann, 2012, p. 14).

Si en nuestra práctica diaria dichas interrogantes aparecen tras entrevistar o brindar atención a las personas con discapacidad, es factible que comencemos un cambio de perspectiva por más lejano que parezca. De esta manera, se sostiene que:

> Propiciar un enfoque que avance sobre el modelo social de la discapacidad implica una consolidación de la perspectiva de derechos en el diseño e implementación de acciones públicas, así como la participación de los principales actores sociales involucrados: movimientos sociales de personas con discapacidad, familias y organismos de la sociedad civil (Venturiello, 2017, p. 166).

En la práctica profesional cotidiana, ante la complejidad de las tramas familiares —de las que no están exentas las personas con discapacidad—, se inserta la escasez o la dificultad en el acceso a los recursos, el debilitamiento de los lazos sociales, la pérdida de empleo y de posibilidades concretas de acceso y la falta de políticas públicas, las estrategias de trabajo en redes y desarrollo de intervenciones intersectoriales e interinstitucionales cobran un valor preponderante. El trabajo en redes aparece como sumamente necesario en el campo de la discapacidad en la actualidad, como una estrategia inherente a la intervención del trabajo social. En este sentido, se supone que:

> son espacios en los cuales el profesional puede construir y, en caso de que existan, facilitar mecanismos colectivos de articulación y trabajo conjunto, coordinando actividades de diversa naturaleza, desde una derivación de una situación singular, o la cooperación entre organizaciones para desarrollar acciones conjuntas. […] Al hacer referencia a las

> instituciones, es indispensable no solo pensar en aquellas de carácter estatal, sino también las organizaciones desarrolladas por las clases subalternas (Gianna, 2011, p. 63).

Además, se torna necesario también acompañar a la población con discapacidad en la creación de redes de actores sociales involucrados en la temática que posibiliten el encuentro, la reflexión, el intercambio tendiente a visibilizar y planificar acciones concretas de reclamo en el ejercicio de sus derechos. Es así como considero importante no perder de vista esta dimensión e insistir en el encuentro de las personas con discapacidad como colectivo, promoviendo para tal fin condiciones de accesibilidad que permitan sortear las dificultades que presentan en el contexto actual.

Por último, es preciso aclarar que, en la mayoría de los casos, el reclamo por el acceso al derecho a instituciones estatales, obras sociales u otros organismos, se relaciona con la atención de la salud y el ingreso a tratamientos o insumos. De esta manera, quedan solapados aquellos relacionados con el desarrollo de un proyecto de vida independiente con todos los aspectos que el mismo contempla (recreativos, culturales, sociales, sexuales, de cuidado, entre otros). Es en este punto también donde los profesionales de este campo debemos situar nuestra mirada, intervención, a fin de analizar todos los aspectos que interpelan y constituyen a las personas con discapacidad y sus figuras de apoyo, desde un modelo social de la discapacidad, en el marco de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asimismo, comprendamos la singularidad de las tramas familiares, vinculares y sociales como parte de un análisis contextual.

> Es importante que en nuestras prácticas de intervención profesional […] no dejemos «escapar la vida» de los sujetos con quienes trabajamos, sus trayectorias, sus afectos, sus potencias, sus preocupaciones, recuperando la pasión y la vinculación a la realidad desde una mirada crítica, analítica, fundada, sensible, comprensiva y conocedora de la complejidad de cada situación singular (Lera et al., 2007, p. 38).

Referencias

Congreso de la Nación Argentina (1997). Ley n.º 24901. Buenos Aires: 2 de diciembre de 1997.

_____ (2008). Ley n.º 26378. Buenos Aires: 6 de junio de 2008. Recuperado de http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141317/norma.htm#:~:text=El%20prop%C3%B3sito%20de%20la%20presente,respeto%20de%20su%20dignidad%20inherente.

Corte Suprema de la Nación Argentina (2009). Acordada n.º 5/2009. Buenos Aires: 24 de febrero de 2009. Recuperado de https://www.mpba.gov.ar/files/documents/Reglas_Brasilia_Corte.pdf

Cumbre Judicial Iberoamericana (2008). Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Brasilia: 4, 5 y 6 de marzo de 2008. Recuperado de https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf

Ferrante, C. (2015). Discapacidad y mendicidad en la era de la Convención: ¿postal del pasado? *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, (68), 151-176.

Gianna, S. (2011). Vida cotidiana y trabajo social: límites y posibilidades en la construcción de estrategias de intervención profesional. *Revista Cátedra Paralela*, (8), 48-68. Recuperado de https://core.ac.uk/download/pdf/61705401.pdf

Gobierno de Argentina (1981). Ley n.º 22431. Buenos Aires: 16 de marzo de 1981. Recuperado de https://www.conicet.gov.ar/wp-content/uploads/Ley-N%C2%BA-22431-Sistema-de-Protecci%C3%B3n-Integral-de-los-Discapacitados.pdf

Instituto Nacional de Estadística y Censos (2018). *Estudio Nacional sobre el Perfil de las Personas con Discapacidad: resultados definitivos 2018*. Buenos Aires: Instituto Nacional de Estadística y Censos. Recuperado de https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/poblacion/estudio_discapacidad_12_18.pdf

Lera, C., Genolet, A., Rocha, V., Schoenfeld, Z, Guerriera, L. y Bolcatto, S. (2007). Trayectorias: un concepto que posibilita pensar y trazar otros caminos en las intervenciones profesionales del Trabajo Social. *Revista Cátedra Paralela*, (4), 33-39.

Martínez, B. (2013). Pobreza, discapacidad y derechos humanos. *Revista Española de Discapacidad*, *1*(1), 9-32.

Nassif, C y Nassif, R. (2019). La discapacidad desde un enfoque de derechos: a propósito de la legislación nacional en Argentina. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, *3*(2), 58-74.

Organización de las Naciones Unidas (2006). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Recuperado de https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf

Organización Mundial de la Salud (2001). Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud. Madrid: Organización Mundial de la Salud. Recuperado de https://ccp.ucr.ac.cr/bvp/pdf/desarrollohumano/oms-clasificacion-01.pdf

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

Schneidermann, D. (2012). Facilitando la accesibilidad desde distintos ámbitos de intervención profesional. *Revista Margen*, (66). Recuperado de https://www.margen.org/suscri/margen66/03_schneidermann.pdf

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2009). Acordada n.º 821/2009. Buenos Aires: 24 de febrero de 2009. Recuperado de https://www.mpba.gov.ar/files/documents/Reglas_Brasilia_Corte.pdf

Venturiello, M. (2017). Políticas sociales en discapacidad: una aproximación desde las acciones del Estado en Argentina. *Revista Española de Discapacidad*, *5*(2), 149-169.

Adultocentrismo y discapacidad intelectual: recorte etnográfico al interior de un Centro de Día

Matías Bonavitta
Universidad Nacional de Córdoba, Argentina
matiasbonavitta@yahoo.com.ar

1. Introducción

Este trabajo surge del proceso de investigación del Centro de Día de la ciudad de Córdoba (Argentina), donde, mediante un involucramiento estrecho, siguiendo a Bourgois (2010), recogí datos para mi tesis de maestría en Antropología Social de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). En función de ello, indagué cómo se desarrolla la convivencia entre *profesionales* y *personas adultas con diagnóstico de discapacidad intelectual (PCDI)* [1]; además, me centré en sus fronteras, especialmente erótico-sexuales. Ahora bien, a partir del curso de posgrado dictado en la institución por el Dr. Claudio Duarte Quapper, «Epistemologías de lo juvenil: adultocentrismo y su relación con el patriarcado como paradigmas y como sistemas de dominio», surgió la necesidad de reflexionar sobre la interacción entre la *discapacidad intelectual* y el adultocentrismo.

Dicha tarea solo parece posible si se parte de la comprensión, como postula Duarte (2006), de que este último esconde un sistema de dominio que, visto en una sociedad de pluridominio, se conjuga con otros regímenes; entre ellos, el patriarcado (construye la diferencia entre hombre y mujer, pero pone a esta como objeto de dominación

1 La tipografía cursiva busca cuestionar las categorías empleadas, pues no nacen de convenciones sociales: ¿qué significa *discapacidad intelectual*?, ¿quién lo determina?, ¿qué se entiende por persona adulta?, etc.

masculina), el cristianismo (desde hace siglos es la religión del imperio occidental, dominadora y cooptadora de cualquier otra experiencia religiosa nativa o nueva, sobre todo de aquellas que se plantean la superación de la idolatría), el racismo (el fenotipo blanco es considerado superior a cualquier otro), la normalidad (aquel que se ajusta a los valores hegemónicos, en tanto, los cuerpos y/o las conductas por fuera de la norma resultan patologizados). La adultez ha sido edificada para controlar y subordinar a grupos valorados como menores.

Precisamente, es el efecto de minorización el que interesa aquí, pues, aunque la población diagnosticada con *discapacidad* aloja el establecimiento estudiado, abarca edades que van de 25 a 75 años, asumiendo, según la Ley n.º 26579, la mayoría de edad. De esta manera, es plausible señalar que viven sin la plena capacidad de obrar como adultos (en términos adultocéntricos). En ese orden de ideas, generalmente no votan, no eligen cómo vestir, no tienen permitido mirar cualquier programa televisivo, tampoco se les suele dejar salir solos o tener parejas. Así, los ponen en inferioridad con respecto a otros grupos y siendo nombrados como «chicos» o «pibes», tanto por parte de sus familiares y/o tutores como por el sector *profesional* del Centro de Día. En ese sentido, se reconoce que, tras la producción social de la *discapacidad*, subyace una construcción de la adultez. Es decir, un sistema universal simbólico del dominio que conserva la idea de que quienes están en dicho ciclo vital pueden decidir sobre los grupos enmarcados en otras etapas del desarrollo, por tanto, atribuye la condición de infantes a las personas con *discapacidad intelectual*.

En relación con lo expuesto, se presentan tres apartados. En el primero, se exponen nociones relevantes acerca de la *discapacidad*, particularmente hace énfasis en las tensiones por su reconocimiento y la posición social de la *discapacidad intelectual*. En el segundo, desde un recorte etnográfico, se muestra una escena ligada a un grupo de personas con diagnóstico de *retraso mental,* en la que se exteriorizan algunos conflictos por no ser apreciados como adultos. En el tercer apartado, a través de la inspección de legajos, se investiga el valor epistemológico de los diagnósticos, en el que se halla una ruta analítica para entender la intersección entre el adultocentrismo y la

discapacidad intelectual, dado que tras el paradigma biomédico se sustenta la justificación del gobierno ejercido sobre el grupo analizado. En último lugar, las reflexiones finales.

2. Discapacidad

Lo que habitualmente se entiende como *discapacidad* ha sido definido por medio de categorías biomédicas, las cuales certifican la presencia de una limitación individual fruto de una deficiencia biológica, que prescribe prácticas rehabilitadoras. Según Foucault (1975), está vinculado a un proceso de patologización social llevado a cabo durante los siglos XVIII y XIX, en donde los cuerpos que no se ajustaban a los esquemas pretendidos desde el Estado fueron atravesados por una serie de categorías ligadas a la anormalidad. De allí, se ordenaron disímiles destinos de apartamiento, aunque sin la exclusión del modelo leproso, sino que incluyéndolos[2] mediante el modelo del apestado, que apunta a normalizar lo considerado desviado. Esta situación originó, a fines del siglo XIX, la Escuela Diferencial (luego se agregaron los Centros de Día y los Centros Educativos Terapéuticos), que albergó, desde el modelo biomédico, a quienes hoy se designan personas con *discapacidad*.

En este sentido, Le Breton (1995) plantea que la idea de cuerpo anormal brota a causa de la producción de los anatomistas. En ese sentido, la anatomía, como disciplina, aportó una forma específica de conocimiento que, a partir del Renacimiento, inició un proceso de poblamiento del imaginario hegemónico occidental, que concedió una prevalencia de un significante que explica a los cuerpos que no entran en sus cánones como patológicos. Lo que no solo puso en marcha un amplio abanico de prácticas ligadas a la exclusión y la corrección, sino que, como dice Skliar (2002), siguiendo el pensamiento foucaltiano, inauguró a un otro:

2 En un Centro de Día cabe pensar en una inclusión mediada por la creación de circuitos específicos y toda una industria de la rehabilitación (Rabinow y Rose, 2006).

> Hay un otro, en medio de nuestras temporalidades y de nuestras espacialidades, que ha sido y es todavía inventado, producido, fabricado, (re)conocido, mirado, representado e institucionalmente gobernado en términos de aquello que podría denominarse como un otro «deficiente», una alteridad «deficiente», o bien, aunque no sea lo mismo, un otro «anormal», una alteridad «anormal» (p. 113).

Solo recién entrada la década de los sesenta surgió en Estados Unidos e Inglaterra un pronunciamiento de personas con *discapacidades* motrices llamado Movimiento de Vida Independiente (MVI), que tensionó las nociones biomédicas dominantes. Así, denunció que las limitaciones individuales no eran la causante de la *discapacidad*, sino el entorno. Por ello, empezaron a reclamar los derechos que se les eran negados. Su lema, «¡Nada sobre nosotros sin nosotros!», logró distintas conquistas sociales, como la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) en el 2006, cuyos artículos recogen derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, adoptando la siguiente definición:

> 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 (art. 1).

Si bien esto permitió que las condiciones de vida mejoren, algunos sectores de la población con *discapacidad* se vieron más beneficiados que otros. No solo debido a que, como explica Gómez Bernal (2016), las mujeres en esta condición viven obstáculos extras ligados al género y el sistema patriarcal —evidenciado en su invisibilización durante los inicios del MVI y las dos primeras olas del feminismo—, sino a causa del tipo de diagnóstico de *discapacidad*. Según Kittay (2011), quienes portan *discapacidad intelectual* son apartados de asuntos elementales para otros seres humanos, incluso con otras *discapacidades*: como andar sin el acompañamiento de un familiar/tutor/profesional, tener pareja, vivir sin padres y/o tutores, etc.

Para Ferrante y Ferreira (2010), la *discapacidad* debe analizarse bajo la teoría bourdiana del campo social, entendido como un espacio compuesto por reglas, agentes, disputas y relaciones sociales. En función de ello, las personas ocupan una posición a partir de una distancia entre el cuerpo que es o no legítimo, desde donde se adquiere, de acuerdo con el lugar ocupado, esquemas de obrar, pensar y sentir específicos: habitus.

Bajo dicha clave analítica, si se estima que el modelo biomédico definió a la *discapacidad intelectual* como una deficiencia individual, resultado de una lesión o varias que causan limitaciones en el funcionamiento intelectual —leve, moderado y profundo, según el Sistema Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías basado en el Sistema de Clasificación Internacional de Enfermedades— (Guerrero, 2010). Cabe pensar que el diagnóstico es teñido de una mirada tutelar que subalterniza a un grupo específico por no poseer las capacidades cognitivas que requiere para la sociedad occidental. De esta manera, se ejerce una relación de pluridominio, en el que como se desarrolla más adelante, el adultocentrismo puede operar con vigor.

3. Recorte etnográfico

Durante mi trabajo de campo vivencié distintas situaciones, cuyo denominador común radicaba en que presentaban prácticas carentes de dificultades para algunos sectores sociales, aunque repletas de conflictos para otros. Se evidenció la manera en la que un grupo de personas con diagnóstico de *discapacidad intelectual*, con edades que superaban los 30 años, es separado de la vida de pareja, el consumo de determinado género televisivo y el acceso al dinero. Ahora bien, con el objeto de analizar la intersección entre el adultocentrismo y la *discapacidad intelectual,* se despliega el siguiente breve relato etnográfico:

«Los pibes andaban preguntando por vos», me dijo Cintia (35), una profesional que yacía parada cerca de la puerta de la sala del Centro de Día, donde investigaba a un grupo de personas con diagnóstico de *discapacidad intelectual,* concretamente, *retraso mental moderado*. Allí

me encontré con Carla (40) y Javi (37), que tomados de la mano miraban el *Chavo del 8* en una vieja computadora. Las carcajadas que les provocaba Don Ramón caminando sonámbulo y extraviando los platos de Doña Florinda se entremezclaban con el chamuyo que Ramiro (48) le hacía a Laura (39), ya que se jactaba de que había salido a bailar solo, algo incierto, dado que supe que su madre no le permitía salir ni a la esquina; así, ante las incisivas dudas de su amiga, convencido sostuvo: «Lo que pasa es yo soy mayor, no como vos». Pasados unos pocos minutos, la puerta de la sala fue bruscamente abierta, aunque no por los espíritus chocarreros sugeridos por la Bruja del 71 al explicar la misteriosa desaparición de platos, sino que por Tito (55). Este último, inquieto y ajeno al humor de Roberto Gómez Bolaños, expresó que una profesional del Centro de Día lo había retado.

Tito: Estábamos con Gisela (45) en la cocina meta chapar. Cerramos la puerta y nos bajamos el pantalón, qué boludos, porque ahí nomás llegó Regina y nos retó. Lo que pasa es que no se puede en ningún lado, ni en la casa, ni en la calle, ni en un hotel, solo queda acá en la escuela[3]. No tenemos ni lugar ni plata, encima a Gisela la dejan salir menos que a mí.

Yo: ¿Y a la casa de ella no podés ir?

Tito: Ni a gancho. No me quieren ver ni en figuritas, menos la tía, me odia. ¡Ah! ¡Ya sé cómo voy a hacer! Me voy a poner un disfraz. Con lentes, sombrero y capucha me van a dejar entrar a su casa.

Yo: ¿Che, no se van a dar cuenta?

Tito: No, por el disfraz. Eso tendría que haber hecho y no esta cagada; capaz que me dan una nota y me suspenden. Mi familia me va a retar.

Luego de aquella charla, Tito siguió temeroso, por esa razón sus colegas de sala lo apoyaban diciéndole que todo saldría bien. En tanto, Laura compartió algunos sucesos amargos, en concreto, que sus padres no querían que tenga novio y que, pese a tener 39 años, jamás había tenido relaciones sexuales, ni siquiera le permitían mirar telenovelas. De allí que con seriedad me indagó: «¿Vos sos de confiar?, porque

3 Término con el que las personas con diagnóstico de *discapacidad intelectual*, familiares y tutores de estas suelen referirse al Centro de Día.

una vez una profe que creía de confianza me mandó al frente con mi familia». «¡Culiada!», manifestó Ramiro. Atravesado por su sorpresiva pregunta quedé en silencio, no obstante, apoyé mi dedo índice sobre mis labios declarando algo que sentí que me ponía entre la espada y la pared: «Yo no mando al frente a nadie».

4. Ruta analítica: adultocentrismo y discapacidad intelectual

Cabe preguntarse: ¿por qué dicho grupo no accede a salir solo, tener dinero o vida en pareja? Para responder, se debe pensar que la exclusión aplicada opera como una diferenciación social en la que la mayoría de edad no explica la dependencia vivida, al contrario, es manipulable. Por ello, me acerqué a los legajos de los miembros de dicho grupo para hallar una ruta analítica posible; allí encontré que el valor epistemológico dominante en común implicaba el diagnóstico de *retraso mental moderado*, que es definido mediante una puntuación de *coeficiente intelectual (CI)* menor a 70 (Pichot, López y Valdés, 1995); ello es consecuencia de una falla del cerebro, pues no se desarrolló y frenó en fases evolutivas inferiores. Las evaluaciones que lo certifican están colmadas de prefijos tales como «in», «dis», «a»; también incluye otros calificativos, entre ellos, «pensamiento concreto», «operatorio», «lentitud», «inmadurez», etc. De este modo, es evidente la asociación entre la falta de inteligencia y la inferioridad y/o dependencia.

Al respecto, Duarte, Hernández y Palenzuela (2019), con los aportes de Morin (1995), exponen que uno de los rasgos de la actual dominancia de la cultura occidental ha sido su modo de imaginar, extender y estructurar determinado tipo de racionalidad, que niega la complejidad a partir de los principios de disyunción, reducción y unidimensionalización. En efecto, es posible advertir que en los diagnósticos indicados subyace una operación que, mediante la universalidad del sistema nosológico biomédico, certifica la diferencia a través de un pensamiento reductivo, dado que sitúa la falla biológica como déficit. En esa línea, la definición de inteligencia que usualmente involucran

los manuales diagnósticos (CIE-10; DCM-V; CIF) adopta una visión gaussiana, cuya barrera separa el funcionamiento intelectual *normal* de la *discapacidad intelectual* (CI 71-85) que reposa en la capacidad de resolver problemas satisfaciendo ciertos criterios de razón; esto es, cuantificando la aptitud verbal, el razonamiento lógico matemático, la abstracción y la velocidad por intermedio de distintas pruebas psicométricas, como la Escala de Inteligencia de Wechsler, y trastoca la diferencia en desigualdad.

Por tanto, si me detengo en los calificativos *pensamiento concreto* e *inmadurez,* se logra entrever cómo, tras estos léxicos diagnósticos, está la asociación entre razón y madurez. Con respecto a esta última, podría pensarse en cómo históricamente se ha transpuesto su representación, cuando no la adultez, para referirse a aquello que está por fuera del presupuesto de la convención social biomédica, en este caso la razón[4]. En relación con ello, el filósofo francés Michel Foucault (1974) reflexiona acerca del vínculo entre norma, desarrollo y escuela desde la psiquiatrización infantil, la cual diferenció al loco con la inauguración del niño idiota. De este modo, es concebido como sujeto a un estado de estupor de las facultades mentales, tan generalizadas que no permiten ni la conformación de un pensamiento delirante. Hacia 1840, a partir de los planteamientos de Édouard Seguin, se hizo una diferenciación entre los idiotas y los retrasados; para ello, se sostuvo la anterior definición de la idiotez, pero se afirmó que el retrasado no es alguien con el desarrollo retenido, sino que es lento. Por consecuencia, se consideró a estos no como enfermos, por el contrario, solamente dentro de las categorías del desarrollo, aunque del lado de la anormalidad, puesto que se desvían de dos normatividades centrales: la de otros niños y la adultez, en tanto que el ideal occidental implica la fórmula razón y madurez.

Conforme a lo citado, resulta plausible decir que allí hay, como revelan Duarte, Hernández y Palenzuela (2019), cierta dimensión simbólica que cristaliza sobre el imaginario social a la adultez como

4 Esta es la facultad del ser humano de reflexionar para formar juicios de una determinada situación. Su etimología proviene del latín *ratio, rationis,* que significa «cálculo o razonamiento».

el punto máximo del ciclo vital, donde la infancia y la juventud aparecen como parajes previos para arribar a la culminación de las potencialidades adultas. En esta dirección, la noción de *retraso mental* descansa sobre una minorización crónica en la que la adultez, como periodo en el que —adultocéntricamente hablando— se goza de plena capacidad de obrar, no llega. Es más, pese a que se tenga 30, 40 o 50 años, el grupo etnografiado suele ser nombrado bajo el apelativo de «pibes», «chicos» y «jóvenes», quizás porque, tras categorías tales como «insuficiencia», «primitivo», «impulsividad», existen fronteras simbólicas que operan como un artificio que impide la ampliación de la participación social, inscribiéndose sobre la idea de una inocencia inherente para preservar: el(la) *retrasado(a)* con el razonamiento de un(una) niño(a) y no de un(una) adulto(a).

En el imaginario social, cabe mencionar que tradicionalmente, y de acuerdo con Abarca y Nassar (1983), la adultez ha sido definida sobre la idea de la culminación del crecimiento biológico y psicológico, en el que se logra la responsabilidad de los propios actos, la independencia familiar y la autosuficiencia económica. No obstante, según Duarte, Hernández y Palenzuela (2019), tras dicha episteme se presentan nociones que deben tomarse críticamente. Al respecto, una de las doctrinas del paradigma adultocéntrico es la que involucra al imaginario elaborado sobre el ciclo vital, el cual sostiene que es un cúmulo de etapas sucesivas propias de un proceso evolutivo. De esta manera, la adultez se define como el momento principal de plenitud, siendo representados los demás ciclos en dependencia y asimetría sobre esta (incompletud en la niñez y decadencia en la vejez).

Ahora bien, los autores manifiestan que esta perspectiva, cimentada en gran parte por la obra de Stanley Hall y Erick Erickson, coincide con la certeza natural de una vida delimitada por etapas y tareas asignadas a ellas. Empero, dicha lógica no es esencial sino construida culturalmente —como el hallazgo de Margaret Mead en torno a la no universalidad de la adolescencia, pues en Samoa no existía tal cosa— para garantizar la reproducción del capitalismo. Por ello, determina la *discapacidad intelectual* en un estadio infantil, debido a la carestía de razón, pues la producción de los recursos económicos resulta nodal.

Salir de dicha infantilización, adultocéntricamente hablando, solo sería posible convirtiéndose en alguien racional, consumidor y trabajador; es decir, dominante y capacitista.

De acuerdo con lo mencionado, es pertinente pensar, por ejemplo, que el comentario de Ramiro a Laura, «lo que pasa es yo soy mayor, no como vos», constituye un intento dual por diferenciarse. Por un lado, tomar distancia de la población con *discapacidad intelectual* a fin de conseguir una identidad social adulta; por otro lado, alejarse de la concepción biomédica de cuerpo legítimo, cuya episteme, vigente desde el siglo XVI, certifica la condición inconclusa mediante el paradigma del organismo máquina, en el que si falla algún componente —como la inteligencia— existe una anomalía. En otras palabras, Ramiro se justificó con la negación de la intolerable minoridad a la cual era empujado; asimismo, la medición de *normalidad* efectuada sobre él conlleva a mentirle a Laura; así, velan el orden normalista y adultocéntrico que caía en él. Por tanto, se pone en juego una relación generacional de dominio para demostrar su desemejanza con respecto a la condición del resto del grupo.

En tanto a Laura, es factible considerar que lo sucedido con Tito motivó la expresión de sus propias dificultades; a partir de ello, y conforme a lo establecido por Rosato y Angelino (2009), se puede observar que la prohibición familiar a tener pareja y ver determinados géneros televisivos no se liga solo a cierta ideología de la *normalidad*, que la sitúa en un área de subalternidad, sino que, además, a su condición de mujer. Siguiendo a Duarte, Hernández y Palenzuela (2019), existen lazos entre el adultocentrismo y el sistema de dominio patriarcal, dado que, comenzando de la ancestral división de tareas entre hombres y mujeres, estas últimas fueron desposeídas de cualquier valor asociado a la razón y la autonomía. Por tal motivo, se las ubicó en el terreno de la debilidad, las emociones, la incapacidad y lo instintivo; en consecuencia, lo contrapuesto al hombre blanco, adulto y capaz de inteligencia *normal* (lenguaje verbal, abstracción, lógica e independencia). De este modo, la supresión de la vida de pareja de Laura, entre otras cosas, se vincula tanto a la producción social de la *discapacidad,* como al costo epistémico machista de la falta de inteligencia, pues ambas producciones sociales conllevan un efecto de minorización.

En función de lo anterior, me pregunto, ¿qué subyuga más, la *discapacidad* o el patriarcado? Responder a dicha interrogante es apresurado, aunque tanto la superioridad masculina por sobre la femenina, alrededor de la idea de desarrollo lento, aparece a modo de condición natural y biológica y no como construcción social. La falta de inteligencia, expuesta en la mujer por la literatura tradicional (al menos de Aristóteles en adelante) y en la *discapacidad intelectual* por la biomedicina, se refleja en la exclusión cotidiana (social, política y económica). Ello deja entrever la dimensión corporal sexual del adultocentrismo, puesto que, a raíz de un formato humano no calificado *normal* y sumado a su condición de mujer, sus padres la consideran una niña por quien hay que decidir como adulto.

Más aun, la situación de Tito y Laura parece asemejarse a la necesidad de que sus familias no se enteren de la vida sexual y en pareja que tienen clandestinamente. De ahí que el temor de ambos se deba a la transformación, fruto del nexo entre la *discapacidad* y el adultocentrismo, de la dependencia en obediencia socioafectiva (Duarte, Hernández, Palenzuela, 2019). En efecto, el imaginario que los ciñe parece instalarlos en otro tiempo, acaso ¿viven una infancia cultural?, ¿experimentan una trama símil a la del *Chavo del 8,* en donde los personajes cronológicamente mayores de edad (según la ley argentina) son vestidos y tratados como infantes? Hay que tener en cuenta que si bien nadie está en una sola posición (chiquillo, joven, adulto y anciano), la lógica adultocentrista pretende que vivamos en un solo sitio del desarrollo evolutivo.

En el caso del grupo etnografiado, socialmente, aunque tengan 40 años, son limitados en su dimensión simbólica y material (por ejemplo, no acceden al dinero, pues sus pensiones son cobradas por sus familias), despojados de las posibilidades de experimentar sus sexualidades, entre otros aspectos. Incluso están obligados a ir aún a la «escuela», palabra con la que estos y sus familias nombran al Centro de Día, el cual no reposa sobre enmarcaciones legales pedagógicas. Específicamente, la Ley n.º 24901 señala que es un servicio que brinda «el más adecuado desempeño en su vida cotidiana mediante la implementación de actividades» (art. 24). Por tal motivo,

el despliegue humano del grupo estudiado resulta precario, algo solo posible de resolver cuando la sociedad los reconozca como adultos(as).

5. Conclusiones

En suma, se reflexionó sobre la interacción entre la *discapacidad intelectual* y el adultocentrismo. Esta última categoría se refiere a la existencia de un sistema de dominio que, visto en una sociedad de pluridominio, se conjuga con el patriarcado, el capitalismo, la discapacidad, etc. En dicha clave, se entrevió cómo la adultez no es natural, sino que fue construida a lo largo de la historia, al igual que las nociones hegemónicas acerca de la *discapacidad*, cuyo origen yace en la biomedicina. A partir de ello, se adscribe a un paradigma que edifica diagnósticos, en el que la inteligencia se pondera desde un punto de vista evolutivo, que establece parámetros de requerimientos de racionalidad. Asimismo, si estos no se cumplen, permiten el control y la subordinación sobre quienes se consideran bajo un desarrollo lento, es decir, en minoridad. Este es el caso de las personas diagnósticas de *retraso mental*, pues, a pesar de que cronológicamente estén por encima de los 40 años, son determinadas en una etapa inferior.

Finalmente, ante la pregunta de Laura que imprevistamente me interpeló: «¿Vos sos de confiar?», resulta menester autocuestionarse «¿cómo reproduzco el adultocentrismo?», como así también examinar qué alternativas hay para no perjudicar a la persona. En este caso, no sin sentirme incómodo, espontáneamente apunté a decir que yo callaba, quizás tejiendo, sin darme cuenta, una alianza que acompañaba el tenso momento que atravesaba tras lo sucedido con Tito; así, daba lugar a una coconstrucción. Ello, a lo mejor, es algo afín a lo que Duarte (2006) recupera como participación social, en el sentido de pensar la interacción social compuesta por personas en vinculación, autónomas y en ejercicio de negociación, que esquiva las intervenciones asimétricas y monopólicas (muchas veces callando) para alcanzar una toma de decisiones democrática, en conjunto.

Referencias

Abarca, S. y Nassar, H. (1983). *Psicología del adulto.* San José: EUNED.

Asamblea General de las Naciones Unidas (2006). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Recuperado de https://www.ohchr.org/sp/hrbodies/crpd/pages/disabilitiesconvention.aspx#:~:text=Art%C3%ADculo%201&text=Las%20personas%20con%20discapacidad%20incluyen,de%20condiciones%20con%20las%20dem%C3%A1s

Bourgois, P. (2010). *En busca de respeto. Vendiendo crack en Harlem*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Congreso de la Nación Argentina (1997). Ley n.º 24901. Ley del Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad. Buenos Aires: 2 de diciembre de 1997. Recuperado de http://www.bnm.me.gov.ar/giga1/normas/5940.pdf

_____ (2009). Ley n.º 26579. Ley de Mayoría de Edad. Buenos Aires: 21 de diciembre de 2009. Recuperado de http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/161874/norma.htm

Duarte, C. (2006). *Género, generaciones y derechos: nuevos enfoques de trabajo con jóvenes. Una caja de herramientas.* La Paz: Fondo de Población de las Naciones Unidas y Family Care International. Recuperado de https://lac.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Genero%2C%20Generaciones%20y%20Derechos.%20Una%20caja%20de%20herramien.pdf

_____ (2015). *El adultocentrismo como paradigma y sistema de dominio. Análisis de la reproducción de imaginarios en la investigación social chilena sobre lo juvenil* [Tesis doctoral]. Barcelona: Departamento de Sociología de la Universidad Autónoma de Barcelona. Recuperado de https://www.tdx.cat/handle/10803/377434#page=1

Duarte, C. y Álvarez, C. (2016). *Juventudes en Chile, miradas de jóvenes que investigan*. Santiago de Chile: Social-ediciones.

Duarte, C., Hernández, N. y Palenzuela, Y. (2019). *Juventudes en Chile, miradas de jóvenes que investigan*. Santiago de Chile: Social-ediciones.

Ferrante, C. y Ferreira, M. (2010). El habitus de la discapacidad, la experiencia corporal de la dominación en un contexto económico periférico. *Política y Sociedad*, *1*(47), 85-104. Recuperado de https://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/view/POSO1010130085A

Foucault, M. (1974). *El poder psiquiátrico*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
_____ (1975). *Los anormales. Cursos del Colegio de Francia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Guerrero, J. (2010). La discapacidad intelectual en el contexto de la investigación etnográfica: rutas y enclaves. *Revista Gazeta de Antropología*, *26*(2), 64-79. Recuperado de http://www.gazeta-antropologia.es/?p=1769

Le Breton, D. (1995). *Antropología del cuerpo y modernidad*. Buenos Aires: Nueva Visión.

Pichot, P., López, J. y Valdés, M. (1995). Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. Recuperado de www.edras.cl/wg/data.edras.cl/resources-files-repository/dsm-iv_castellano-completo.pdf

Rabinow, P. y Rose, N. (2006). O conceito de biopoder hoje. *Revista Política & trabalho*, *24*(4), 27-56. Recuperado de https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/politicaetrabalho/article/view/6600/4156

Rosato, A. y Angelino, A. (2009). El papel de la ideología de la normalidad en la producción de discapacidad. *Ciencia, Docencia y Tecnología*, *20*(39), 87-105.

Skliar, C. (2002). Alteridades y pedagogías. O… ¿si el otro no estuviera ahí? *Educação y Sociedade*, *23*(79), 1-39.

La Ley n.º 1996 de 2019: el tránsito de Colombia al reconocimiento pleno de los derechos de la población con discapacidad

Federico Isaza Piedrahita
Universidad de los Andes, Colombia
f.isaza@uniandes.edu.co

Alejandro León Marín
Universidad de los Andes, Colombia
a.leon11@uniandes.edu.co

1. Introducción

La sustitución en la toma de decisiones para la población con discapacidad ha sido una constante histórica. La visión paternalista, segregadora y excluyente se ha manifestado no solo en espacios sociales y numerosos contextos, sino que ha sido estructurada desde las leyes sustanciales que atraviesan la relación del Estado con la ciudadanía. Así, las transformaciones requeridas seguramente van a tardar muchas décadas más, pues solo hasta la promulgación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) (2006) se combatieron con éxito, a nivel jurídico internacional, estas perspectivas.

Antes de la promulgación de la Ley n.º 1996 de 2019, las regulaciones sobre la capacidad de decisión para las personas con discapacidad mayores de edad se regían principalmente por la Ley n.º 1306 de 2009, «por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación

Legal de Incapaces Emancipados» (p. 1)[1]. Este sistema, basado esencialmente en el modelo médico-rehabilitador de la discapacidad, propuesto por Agustina Palacios (2008), partía de la medicalización de la discapacidad desde diagnósticos que el juez traducía en limitaciones jurídicas sin mayor objeción.

La clasificación de la discapacidad en este dictamen consistía en separar a personas con discapacidad mental absoluta de aquellas con discapacidad mental relativa[2]. Las primeras eran consideradas como incapaces absolutas y, a través de la interdicción, se les asignaba un curador para el cuidado y la administración de sus bienes, según los artículos 15 y 52. Las segundas eran denominadas incapaces relativas y, mediante la inhabilitación, se les destinaba un consejero para asistirlas en ciertos negocios (arts. 16 y 54). Así, se contradecía de manera directa con el derecho internacional de los derechos humanos y, especialmente, con los preceptos de la CDPD y la lucha de la población con discapacidad a nivel mundial. El reconocimiento en igualdad de condiciones de la caracterización como ciudadanos, con la posibilidad de ejercer todos sus derechos por el hecho de ser personas, debía ser el punto de partida para su modificación.

En ello radica la importancia de la Ley n.º 1996 de 2019, pues implica el primer paso para admitir el llamado derecho a tener derechos y, además, la creación de una serie de mecanismos que ejercen derechos en igualdad de condiciones, desde el respeto a la diversidad y la dignidad. Si bien es un avance descomunal el contar con un estatuto que no solo se ajusta a los contenidos de la CDPD, sino que nuevamente pone sobre la mesa el tema de los derechos de las personas con discapacidad. En esa perspectiva, Colombia enfrenta varios desafíos para lograr una correcta implementación.

---

1 Es importante aclarar que no se derogó en su totalidad, pues solo se anularon específicamente las regulaciones acerca de las personas con discapacidad y la posibilidad de restringir el derecho a la capacidad jurídica por su condición. De los 120 artículos, se modificaron los artículos del 1 hasta el 48, 50 a 52, 55, 64 y 90.

2 Recordemos que esta disposición ni siquiera tenía como fundamento una base científica objetable, sino que fueron conceptos creados por el legislador.

A nuestro modo de ver, los principales retos en este momento son dos. Por un lado, una correcta interpretación a partir de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Por medio del acompañamiento de diversos espacios de socialización de la normativa, con distintos actores necesarios para su puesta en marcha, se evidencia que aún no hay una lectura juiciosa y consciente de la Convención, tampoco desde el Comité de las Naciones Unidas. Esta situación conlleva a confundir conceptos, reducir el campo de aplicación y explicar según el dictamen anterior los nuevos procedimientos, entre otros. La desinformación que han creado los propios juristas ha generado desbarajustes entre la población con discapacidad y sus familias, lo que trae como consecuencia una resistencia al cambio.

Por otro lado, la aplicación de la ley sin interiorizar el concepto de reconocimiento pleno de derechos y la toma de consciencia. En estos mismos ámbitos, se ha desencadenado la idea de que el estatuto se puede aplicar, pero con serias restricciones a la participación de la persona en los trámites y la búsqueda de las decisiones de los familiares y terceros, de acuerdo con lo que consideran correcto. Los prejuicios y estigmas hacia la discapacidad suscitan una restricción de facto a la presunción de la capacidad de las personas en esta condición.

A partir de lo anterior, pretendemos comentar la norma que sea acorde a la CDPD y no vinculada con el modelo anterior. Creemos que esto servirá para hacer aplicables sus contenidos, toda vez que promueve el respeto a la dignidad inherente de las personas con discapacidad y las identifica como ciudadanas en igualdad de condiciones. Para ello, analizaremos las dos nociones convencionales que más ruido han producido en los espacios de discusión: los apoyos y las salvaguardias. Una vez realizado este desarrollo conceptual, mostraremos cómo la Ley n.º 1996 de 2019 los acoge para la toma de decisiones con apoyo, que serán expuestos de manera general. Finalizaremos con algunas posibles problemáticas que surgen en la aplicación de estos mecanismos y la vigencia del régimen de transición, así como unas probables respuestas a estas.

2. La interdicción debe desaparecer del panorama legal

La obligación de la modificación legislativa que realizó Colombia deriva de las propias disposiciones nacionales y las observaciones comentadas al país por parte del Comité CDPD. De esta manera, la Ley Estatutaria n.º 1618 de 2013 señala la responsabilidad del Estado de reformar el sistema de sustitución en la toma de decisiones para las personas con discapacidad. También manifiesta que:

> El Ministerio de Justicia y del Derecho, o quien haga sus veces, en alianza con el Ministerio Público y las comisarías de familia y el ICBF, deberán proponer e implementar ajustes y reformas al sistema de interdicción judicial de manera que se desarrolle un sistema que favorezca el ejercicio de la capacidad jurídica y la toma de decisiones con apoyo de las personas con discapacidad, conforme al artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (art. 21).

Posteriormente, el Comité CDPD (2016), en su primer examen a Colombia, le recomendó que:

> derogue toda disposición en el Código Civil y otras normas que restrinjan parcial o totalmente la capacidad jurídica de personas con discapacidad, y adopte medidas legales y administrativas para proporcionar los apoyos que requieran las personas con discapacidad para ejercer plenamente este derecho, tomar decisiones en los ámbitos de salud, sexualidad, educación y otros, sobre la base del respeto pleno a su voluntad y preferencias, tal y como lo establece la Observación General n.º 1 (2014) del Comité, sobre igual reconocimiento como persona ante la ley (párr. 31).

En función de lo anterior, la Ley n.º 1996 de 2019 derogó de manera expresa la figura de la interdicción del régimen jurídico colombiano e instituyó distintos procesos para proporcionar y acceder a apoyos, en el entendido de que «crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción

de decisiones sustitutiva no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención» (Comité CDPD, 2014, párr. 28).

3. Aclaración conceptual: apoyos y salvaguardias

En esta sección abordaremos dos conceptos centrales tanto de la CDPD como de la Ley n.º 1996 de 2019: los apoyos y las salvaguardias. Hemos identificado una constante confusión por parte de los actores relevantes en la implementación de la normativa al abordar estas nociones. Por lo tanto, queremos comenzar por aclarar ambas concepciones para luego comprender las dificultades que supone su implementación.

3.1. El concepto de apoyo

Si bien la CDPD hace referencia a múltiples tipos de apoyo[3], en lo que concierne al derecho al igual reconocimiento, plantea que los Estados «adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica» (art. 12).

Mediante la Observación General n.º 1, el Comité CDPD (2014) sostiene que el concepto de apoyo con respecto al párrafo 3 del artículo 12 está comprometido a «respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad» (párr. 17). Allí mismo, manifiestan que el apoyo «nunca debe consistir en decidir por ellas» (párr. 17). Ello evidencia que los apoyos no son nuevas formas

3 Las referencias a los apoyos en la Convención se pueden encontrar en el literal j del preámbulo, el literal g y h del artículo 4 sobre obligaciones generales de los Estados; el literal f del artículo 9 sobre accesibilidad; el párrafo 2 del artículo 16 sobre protección contra la explotación, la violencia y el abuso; el literal b del artículo 19 sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad; los literales b y d del artículo 20 sobre movilidad personal; el párrafo 3 del artículo 23 sobre respeto del hogar y de la familia; los literales d y e del párrafo 2 y el literal a del párrafo 3 del artículo 24 sobre educación inclusiva; los párrafos 1 y 3 del artículo 26 sobre habilitación y rehabilitación; y el literal a del artículo 29 sobre participación en la vida política y pública.

de denominar y entender el concepto previo de tutor, guardador o curador, pues no buscan representar o tomar decisiones por la persona con discapacidad.

En esa línea, se afirma que el apoyo es «un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades» (Comité CDPD, 2014, párr. 17), y que «el tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad» (párr. 18). Por lo anterior, el Comité (2014) distingue que, ante la heterogeneidad dentro de la propia población con discapacidad, el apoyo no tiene que ser impuesto ni requerido para ser garantizada la capacidad jurídica, en tanto que hay personas que «pueden no desear ejercer su derecho a recibir el apoyo previsto en el artículo 12, párrafo 3» (párr. 19) y «la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento» (párr. 29).

Es importante anotar que, de acuerdo con la interpretación del concepto de apoyos para la toma de decisiones y el ejercicio pleno de la capacidad jurídica, los Estados tienen que adoptar medidas inmediatas para hacer realidad el derecho al igual reconocimiento, puesto que la noción de efectividad progresiva no puede predicarse del artículo 12 (Comité CDPD, 2014); por ello, es exigible de carácter inmediato.

Ahora bien, la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (en adelante, Relatora Especial) ha presentado dos informes ante el Consejo de Derechos Humanos: uno relacionado con el acceso de las personas con discapacidad a apoyos (2016) y otro frente al igual reconocimiento como persona ante la ley (2017). En ambos, se determina que, en lo referente a proporcionar apoyos para la adopción de decisiones, los Estados tienen que, de manera definitiva, «reemplazar los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por regímenes de apoyo para la adopción de decisiones que respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad» (2016, párr. 76; 2017, párr. 26).

Una de las mayores solicitudes en materia de apoyos es la ilustración de esta noción a través de ejemplos. Consciente de esta necesidad, los dos estudios presentan algunos modelos de apoyo para la toma de

decisiones. Entre ellos, se enlistan redes de apoyo, acuerdos de apoyo, grupos de apoyo entre pares y de autoayuda, apoyo para la defensa de los intereses propios, defensa independiente y directivas anticipadas (Relatora Especial, 2016; 2017).

En ese sentido, consideramos que los regímenes jurídicos que sustituyen la toma de decisiones de las personas con discapacidad deben ser abolidos. Estos tienen que ser reemplazados por mecanismos de apoyo que, en su tipo e intensidad, varían de acuerdo con la persona y sus necesidades. Asimismo, los apoyos no pueden ser impuestos, dado que son exigibles de manera inmediata; además, están comprometidos a respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad.

3.2. El concepto de salvaguardia

El otro concepto clave que introduce la nueva Ley n.º 1996 de 2019 es el de salvaguardias, que se encuentra en la CDPD. El artículo 12 de la CDPD es claro al afirmar que, para el caso de las medidas que afectan la capacidad jurídica, es necesario verificar que «se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos» (núm. 4). Así, son un elemento accesorio de los apoyos. En otras palabras, no existe salvaguardia sin un apoyo que evite una sustitución en la toma de decisiones de una persona.

En tanto, la Observación General n.º 1 del Comité CDPD (2014) se enfocó en analizar el igual reconocimiento ante el estatuto. Aquí se precisa aún más esta figura, cuyo objetivo principal «debe ser garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona» (párr. 18). Un ejemplo concreto es la aplicación del principio de voluntad y preferencias, que es empleado en reemplazo del principio del interés superior para evitar interpretaciones que avalen sustituciones de voluntad. Sumado a esto, una de las prioridades es proteger a la persona con discapacidad de la influencia indebida sin vulnerar sus derechos, su voluntad y sus preferencias, y respetando su «derecho a cometer errores y asumir riesgos» (art. 12, párr. 4).

Con respecto a la noción de salvaguardias, la Ley n.º 1996 desarrolla que:

> todas aquellas medidas adecuadas y efectivas relativas al ejercicio de la capacidad legal, usadas para impedir abusos y garantizar la primacía de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos (art. 5).

Además, sienta cuatro criterios para su implementación: necesidad, correspondencia, duración e imparcialidad.

La necesidad implica que solo podrán determinarse apoyos por solicitud del titular del acto jurídico o por vía judicial después de verificar la imposibilidad de disponer de su voluntad y sus preferencias (art. 5). Por tanto, es coherente con la presunción de capacidad que tienen las personas con discapacidad, mayores de edad, a partir de la promulgación de la citada norma (art. 6). Asimismo, también delimita los apoyos a los actos jurídicos específicos que requieran dichas medidas. En este sentido, el segundo criterio, la correspondencia, se refiere a una adecuación entre los apoyos y las exigencias de la persona titular del acto jurídico.

El tercero es su duración, que de ser indefinida dificultaría la evaluación del apoyo. En función de ello, aumentaría el riesgo de producir una sustitución en la toma de decisiones. En el caso de los acuerdos de apoyo, su extensión máxima es de 5 años, según el artículo 18 del decreto. Por otra parte, no se establece un tiempo exacto para los apoyos adjudicados judicialmente. Si se trata de un proceso de adjudicación judicial de apoyos promovido por una persona distinta al titular del acto jurídico, el juez determina el periodo del apoyo (art. 38, núm. 8, lit. e).

Tratándose de un proceso de adjudicación judicial de apoyos promovido por la persona titular del acto jurídico (art. 37), no hay referencia a la duración. Sin embargo, una interpretación sistemática de la ley tiene que reconocer el principio de autonomía (art. 4, núm. 2), los criterios de necesidad y duración de las salvaguardias (art. 5), y el favorecimiento de la voluntad y las preferencias de la persona titular del acto jurídico como criterio general para la actuación judicial

(art. 34). Con base en esta interpretación, manifestamos que no puede adjudicarse judicialmente un apoyo sin un tiempo determinado. Por esta razón, nuestra posición es que la regla es la misma para ambos procesos de adjudicación judicial de apoyos, pues el magistrado define el transcurso de todo apoyo que se adjudique judicialmente.

Finalmente, el cuarto es la imparcialidad, esto es, que la persona de apoyo respete la voluntad y las preferencias de la persona titular del acto jurídico sin ejercer alguna influencia indebida (art. 5). Lo anterior implica también que los apoyos están limitados por el principio de autonomía, según el cual las personas con discapacidad y mayores de edad tienen derecho a «autodeterminarse, a tomar sus propias decisiones, a equivocarse, a su independencia y al libre desarrollo de la personalidad conforme a la voluntad, deseos y preferencias propias» (art. 4, núm. 2), sin exceder las limitaciones de la Constitución y los reglamentos internos de entidades públicas y privadas.

Ahora bien, hay dos figuras centrales que incorpora la Ley n.º 1996 de 2019 para salvaguardar la imparcialidad de los apoyos: la influencia indebida y el conflicto de interés. La primera es una afectación a la autonomía en la que «la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación» (art. 5, núm. 4). La segunda se define como una «situación en la cual un interés laboral, personal, profesional, familiar o de negocios de una persona, puede llegar a afectar el desempeño y/o las decisiones imparciales y objetivas de sus funciones» (art. 3, núm. 9). Al mencionar la adjudicación de salvaguardias como elemento de la sentencia, el dictamen expresa que estas tienen como propósito «evitar y asegurar que no existan los conflictos de interés o influencia indebida del apoyo sobre la persona» (art. 37, núm. 7, lit. f; art. 38, núm. 8, lit. c).

Consideramos que una buena forma de diferenciarlas es su grado de afectación de la autonomía. De una parte, la influencia indebida trae consigo la verificación de algunas señales que inducen un cierto nivel de coerción, tales como el miedo, la agresión, la amenaza, el engaño o la manipulación. En cambio, el conflicto de interés advierte un alto nivel de riesgo que no necesariamente requiere que se haya concretado en una coerción o un abuso. Así, la influencia indebida

se refiere a una afectación actual de la autonomía de la persona que recibe el apoyo, mientras que el conflicto de interés a una potencial afectación que puede ocurrir en cualquier momento.

Solo como aclaración, la frase «todas estas [salvaguardias] deberán regirse por los siguientes criterios» (art. 5) lleva a deducir que los cuatro criterios enunciados son de carácter acumulativo. En otras palabras, todo apoyo adjudicado judicialmente está delimitado mediante salvaguardias que abarquen no uno o algunos, sino los cuatro criterios sin excepción. Frente a los apoyos convencionales, después abordaremos la discusión sobre la obligatoriedad de salvaguardias como un reto de la implementación de la Ley n.º 1996 de 2019.

Tras las distinciones conceptuales entre apoyos y salvaguardias, conviene también precisar las diferencias entre las salvaguardias y la interdicción. Uno de los argumentos más recurrentes para defender la supuesta constitucionalidad de la interdicción antes de la Ley n.º 1996 de 2019 era que esta medida representaba una salvaguardia a la luz de la CDPD. La confusión conceptual de este fundamento se encontraba en asemejar protección con sustitución en la toma de decisiones. La interdicción, que se entendía por muchas personas como una medida de protección, en realidad constituía una subordinación de la voluntad de la persona con discapacidad a la de quien tenía a cargo su «protección»[4].

En ese sentido, esta partía de un modelo en el que se busca que otra persona tome las decisiones de la persona con discapacidad pensando en su «mejor interés», que el Comité CDPD (2014) denomina «régimen basado en la sustitución en la adopción de decisiones» (párr. 25). De este modo, las salvaguardias buscan evitar justamente que se sustituya la voluntad de las personas con discapacidad, como ocurría cotidianamente con la interdicción, carente de protección alguna. Por lo anterior, hablar de interdicción es expresarse sobre una ausencia absoluta de salvaguardias para las personas con discapacidad.

En síntesis, la salvaguardia es una figura de limitación de las facultades que tienen las personas de apoyo en relación con las personas titulares de los actos jurídicos que asisten. Como queda claro al

4 En los artículos 6, 15 y 25 de la Ley n.º 1306 de 2009, ya derogados, se evidencia claramente esta posición.

revisar la CDPD, el espíritu de esta norma es que todo apoyo tenga salvaguardias que lo limiten. En palabras de Juan Olmo y Eliana Prach (2015), la función de la salvaguardia es «custodiar el correcto funcionamiento de la medida de apoyo, cuidando, fundamentalmente, que la persona con discapacidad no vea suplida su voluntad por quien tiene a su cargo el desempeño de la función de apoyo» (p. 2).

4. Mecanismos legales

Ahora, la ley establece tres mecanismos para solicitar la formalización de apoyos con respecto a la realización de actos jurídicos. Sin embargo, recordemos que, en virtud del artículo 6, se presume la capacidad jurídica plena de todas las personas con discapacidad. Se aclara también que esta presunción no está condicionada al uso de apoyos para realizar actos jurídicos, y se clarifica que la discapacidad ya no es una causa de incapacidad. A partir de ello, las personas con discapacidad logran acceder a apoyos, cuando lo requieran, a través de acuerdos de apoyo, directivas anticipadas (que se celebra ante centros de conciliación y notarías) y un proceso judicial (promovido por la misma persona o por un tercero en casos excepcionales).

A continuación, desarrollaremos una breve explicación sobre los mecanismos, para luego introducir algunas posibles problemáticas de aplicación, así como sus posibles soluciones.

4.1. Los acuerdos de apoyo

Esta herramienta permite que una persona con discapacidad formalice con su apoyo o red de apoyos, mediante una convención, los asuntos en los que desea recibir asistencia para la realización de actos jurídicos concretos. Este podrá realizarse a través de conciliadores extrajudiciales o una notaría. Quien asista a la persona como apoyo para los actos jurídicos manifestados en el acuerdo de apoyos será una persona jurídica o una persona natural[5]. Asimismo, este tiene

5 De acuerdo con los artículos 12 y 13 de la Ley n.º 1996, el ente rector de la política de discapacidad en Colombia, que en este momento es la Consejería

una duración máxima de 5 años, en donde se volverá a agotar algún procedimiento del decreto para acceder a apoyos formales.

Por otro lado, el precepto dictamina unas obligaciones particulares a las y los funcionarios que harán parte de estos trámites, pues, tanto notarios como conciliadores extrajudiciales, tendrán que garantizar la provisión de ajustes razonables y las medidas de accesibilidad para que la persona participe en la suscripción del acuerdo de apoyo. Además, las y los empleados públicos tienen la tarea de entrevistarse personalmente con la persona con discapacidad, a fin de asegurarse de que el contenido del documento que se suscribirá se ajuste a la voluntad y las preferencias de esta.

De esta manera, las personas de apoyo entienden cuáles son sus responsabilidades acerca de los contenidos del documento, pero también con aquellas que son asistidas. Ahora bien, la disposición modificó los requisitos de validez de los actos jurídicos en el sistema normativo colombiano, en tanto añade la condición de que, si una persona cuenta con un acuerdo de apoyos vigente, para que el acto jurídico sea válido, es requisito que la persona utilice los apoyos establecidos en el acuerdo, pues, en caso de que no lo haga, será causal de nulidad relativa. Por último, se señala algunas situaciones específicas en las que el acuerdo de apoyos termina, y observa los pasos para modificar el contenido del mismo.

4.2. Las directivas anticipadas

De acuerdo con la Relatora Especial (2017), el mecanismo de las directivas anticipadas, entendido también como uno de apoyo, permite a una persona mencionar su voluntad y sus preferencias en decisiones relacionadas con uno o más actos jurídicos (sobre asuntos de salud, financieros o personales, entre otros), con antelación a que ocurran. También se celebra ante notarías y conciliadores extrajudiciales, y exige las mismas obligaciones frente a la provisión de ajustes razonables y entrevista personal.

Presidencial para la participación de las personas con discapacidad, será el encargado de reglamentar la prestación de servicios de valoración de apoyos, así como de emitir los protocolos y lineamientos para su realización.

Quizás, la mejor manera de diferenciar entre los acuerdos de apoyo y las directivas anticipadas, ambos para formalizar apoyos, es analizar estas figuras en el momento en el que adquieren realmente su función, más allá de las responsabilidades generales que se les aplicaría como apoyos[6]. De este modo, mientras que en el acuerdo de apoyos se busca que exista un asesoramiento o un acompañamiento más permanente y secuencial para la toma de decisiones, respecto a los actos jurídicos del acuerdo, sin que ello agote necesariamente el rol, acciones y responsabilidades del apoyo; la directiva anticipada se fundamenta en manifestaciones de voluntad concretas, que solo requieren que la persona de apoyo materialice lo expresado en esas cláusulas y así busca que se respeten esas decisiones.

Por otro lado, a diferencia de lo dictaminado en los artículos relacionados con los acuerdos de apoyo, la disposición fija unos requisitos mínimos de contenido para el documento, que constarán por escrito. Asimismo, y de manera explícita, se ordenó que algunos ajustes razonables se realizarán para la expresión de la voluntad y las preferencias de la persona que esté llevando a cabo la directiva, a través de conciliadores extrajudiciales o notarios. Igualmente, señala, específicamente, los trámites por los cuales la directiva podrá modificarse, sustituirse o revocarse.

Ante ello, el dictamen aclara que estas solo serán de cumplimiento obligatorio para las personas que se han designado como apoyo en el mismo documento, y han asumido ese rol a través de su suscripción, o cuando versen sobre procedimientos médicos. Estas decisiones, por el contrario, solo serán necesarias para terceros ajenos a la suscripción del documento en el momento que sean responsabilidades de no hacer, que no sean contrarias a la ley.

---

6 Las regulaciones pertinentes sobre personas de apoyo se encuentran contenidas en el capítulo VI de la ley, en donde se manifiestan los requisitos para ser persona de apoyo, las inhabilidades para adquirir ese rol, las obligaciones y acciones, así como su responsabilidad y en los casos en los que podría haber representación. Es importante anotar que estas son solo regulaciones generales y que mediante los diversos mecanismos se pueden delimitar con más claridad sus funciones y responsabilidades, pues dependerá de la situación de la persona que requiere la asistencia.

Si bien en el oficio se expresan la manifestación de voluntad y preferencias sobre decisiones que aún no han acaecido, se plantea que la voluntad posterior de la persona siempre va a prevalecer, excepto cuando se cuente con una cláusula de voluntad perenne. Esta última es uno de los elementos novedosos que agrega a las directivas anticipadas, en tanto que dentro del documento invalidará las decisiones futuras, cuando estas contradigan lo expuesto en la estipulación.

4.3. La adjudicación judicial de apoyos

El estatuto instaura, además de los apoyos por acuerdo o la directiva anticipada, dos vías, a través de un proceso judicial, por las cuales una persona accede a apoyos formales. De esta manera, si la propia persona desea solicitar apoyos por vía judicial, este proceso se tramitará por jurisdicción voluntaria. En caso de que la persona se encuentre en una situación específica en la que no pueda acudir ante la jurisdicción[7], un tercero con interés legítimo promoverá una demanda de adjudicación de apoyos mediante un proceso contencioso.

Ante esta situación, hay un elemento que solo se evidencia en los dos procesos judiciales de adjudicación: la valoración de apoyos. Se trata de un componente esencial para tramitar ambos procesos, ya que tiene como objetivo «acreditar el nivel y grados de apoyos que la persona requiere para decisiones determinadas y en un ámbito específico, al igual que las personas que conforman su red de apoyo y quiénes podrán asistir en aquellas decisiones» (Ley n.º 1996 de 2019, art. 33). Esta valoración se realizará de manera gratuita por algunas entidades estatales y, posteriormente, por privados, toda vez que se reglamenten los lineamientos y protocolos, así como la prestación del servicio[8].

---

7 La norma señala, en los artículos 37 y 38, que, para poder acudir a la jurisdicción, se probará, a través de la demanda, que a) la persona titular del acto jurídico se encuentra absolutamente imposibilitada para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio, modo y formato de comunicación posible, y b) que la persona con discapacidad se encuentre imposibilitada de ejercer su capacidad legal y esto conlleve a la vulneración o amenaza de sus derechos por parte de un tercero.

8 El plazo que establece es de dieciocho meses desde el 26 de agosto de 2019 para generar la reglamentación. A ello se suma un año para la generación

Ambos procesos judiciales cuentan con una serie de criterios para su actuación, que tiene como objetivo adecuar los trámites, la participación y el accionar judicial, de acuerdo con los derechos de la Convención, y con el especial interés de garantizar siempre la capacidad jurídica de la persona, así como un correcto acceso a la justicia. Por último, se manifiesta quiénes podrán solicitar la modificación de los apoyos adjudicados judicialmente.

5. Posibles retos de aplicación

A partir de los dos principales retos identificados en la introducción de este artículo, la toma de consciencia y la errónea interpretación de la norma, como parte del desconocimiento y la desinformación sobre los estándares de derechos humanos, ubicaremos estos dos desafíos en la aplicación de los mecanismos de apoyos expresados por la misma. Por supuesto, no pretendemos cubrir todas las posibilidades de aplicación e interpretación que se presenten, pero sí comentar algunas ideas que admitan una aplicación correcta del estatuto acerca de las dudas que han surgido en círculos de discusión.

5.1. La prestación de servicios

En primer lugar, ante la idea de que la discapacidad es causal de incapacidad, se decreta la prohibición de empezar procesos de interdicción o inclusive requerir sentencia de interdicción para comenzar cualquier trámite privado o público (art. 53). A primera vista, puede parecer obvia la imposibilidad de solicitar el inicio de estos procesos, en el entendido de que la figura no existe. No obstante, aún hay lugares en los que, a pesar de la reforma, sigue siendo una práctica recurrente exigirles a las familias y las personas con discapacidad la sentencia de interdicción.

---

de lineamientos y protocolos. Mientras se escribe este texto, se han venido realizando las mesas de trabajo para la elaboración de la reglamentación, bajo el liderazgo del Ministerio de Justicia y del Derecho.

Sin embargo, cabe resaltar que, pese a que la interdicción como figura jurídica ya no existe, y en virtud del artículo 5 se presume la capacidad legal plena de todas las personas con discapacidad, aquellas personas que cuentan con sentencia de interdicción son consideradas como incapaces ante la legislación, hasta que no se revise su situación, acorde al artículo 56. De esta manera, un error de interpretación reiterativo es el observar que los sujetos declarados interdictos, antes de la validez de la ley, ya no lo están. Y esto lleva a pensar que los deberes y las responsabilidades de los curadores no se encuentran vigentes. No obstante, las obligaciones que se tenían como curador bajo el anterior decreto son válidas, hasta que se investigue la situación de la persona interdicta, de acuerdo con el régimen de transición.

En segundo lugar, una de las novedades que introduce la Ley n.º 1996 de 2019 es el acercamiento personalizado a la justicia por parte de las y los funcionarios, quienes se ven inmersos en los procesos para la formalización de apoyos. En general, muchas de las prácticas administrativas y de prestación de servicios que podían vincular a las personas con discapacidad evitaban ese primer contacto directo o, por la misma visión de la discapacidad, buscaban profesionalizar el servicio y solo ofrecerlo si se reclamaba una intervención «autorizada», que, en su mayoría, provenía de un psiquiatra u otro profesional de la medicina.

En este sentido, se declara el deber principal, derivado de la CDPD y de la normativa colombiana[9], a fin de realizar ajustes razonables, en el marco del ejercicio de la capacidad legal (Ley n.º 1996 de 2019, art. 8). De manera específica, el dictamen exige que se realicen los ajustes razonables que la persona requiera.

Entonces, es importante aclarar el concepto de ajustes razonables, pues estos hacen parte integral del derecho a la igualdad y la no discriminación. En primer lugar, se predican para la persona con discapacidad, no para el tercero que está elaborando el trámite. Lo anterior

9 La CDPD sostiene en diversos artículos la necesidad de acudir a los ajustes razonables para permitir una participación sin discriminación y en igualdad de condiciones. Por su parte, las leyes colombianas, como la Ley n.º 1618 de 2013, el Decreto n.º 1421 de 2017 y la Resolución n.º 1904 del mismo año señalan la tarea de suministrar ajustes razonables, como parte de la garantía de derechos a los que se refieren estas normas.

parecería obvio, pero es común, en los debates sobre la regla, escuchar a las y los funcionarios señalar que, por ejemplo, solicitan necesariamente la intervención de un tercero profesional en algún área de la medicina, en el momento en que una persona con discapacidad acuda a pedir el servicio. Ello no solo sería imponer condicionamientos innecesarios para proveerlo, sino que se continuaría asumiendo que las personas con discapacidad son el problema, mas no los espacios que no son incluyentes para la diversidad.

La responsabilidad de adecuar los espacios y hacerlos accesibles (no solo como accesibilidad física, sino también en la información), brindar los apoyos comunicacionales y realizar los ajustes razonables requeridos son, exclusivamente, una responsabilidad de quien provee el servicio, no de la persona con discapacidad. Asumir lo contrario sería romper con la visión de la discapacidad desde el modelo de derechos humanos, el cual es vinculante para Colombia a partir de la ratificación de la CDPD.

Por otro lado, los ajustes razonables «deben realizarse desde el momento en que una persona con discapacidad requiera acceder a situaciones o entornos no accesibles, o quiera ejercer sus derechos» (Comité CDPD, 2018, párr. 24). Si bien estos buscan la accesibilidad, que se diferencia como término, la obligación de realizar el ajuste surge de manera posterior, cuando la persona se encuentra con una barrera que le impide ejercitar sus derechos (reactiva y personalizada). Por tanto, es anterior, así como proactiva y sistémica[10].

De manera particular, el Comité CDPD (2018) afirma, en su Observación general n.º 6, los siguientes aspectos fundamentales que permiten una correcta aplicación del concepto, y así evitar cargas hacia la persona con discapacidad:

a) Detectar y eliminar los obstáculos que repercuten en el goce de los derechos humanos de las personas con discapacidad, mediante el diálogo con la persona con discapacidad de que se trate;

10 Para revisar con más detalle las diferencias entre los conceptos, es importante revisar la Observación General n.º 2 del Comité CDPD sobre accesibilidad (2014), así como la Observación General n.º 6, sobre igualdad y no discriminación (2018).

b) Evaluar si es factible realizar un ajuste (jurídicamente o en la práctica), ya que un ajuste imposible, por razones jurídicas o materiales, no es realizable;
c) Evaluar si el ajuste es pertinente (es decir, necesario y adecuado) o eficaz para garantizar el ejercicio del derecho en cuestión;
d) Evaluar si la modificación impone una carga desproporcionada o indebida al garante de los derechos; para determinar si un ajuste razonable supone una carga desproporcionada o indebida, hay que evaluar la proporcionalidad que existe entre los medios empleados y la finalidad, que es el disfrute del derecho en cuestión;
e) Velar por que el ajuste razonable sea adecuado para lograr el objetivo esencial de promover la igualdad y eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad. Por consiguiente, se requiere un enfoque caso por caso basado en consultas con el órgano competente responsable del ajuste razonable y con la persona interesada. Entre los posibles factores que deben tenerse en cuenta figuran los costos financieros, los recursos disponibles (incluidos los subsidios públicos), el tamaño de la parte que ha de realizar los ajustes (en su integralidad), los efectos de la modificación para la institución o empresa, las ventajas para terceros, los efectos negativos para otras personas y los requisitos razonables de salud y seguridad. En lo que respecta al Estado parte en su conjunto y a las entidades del sector privado, se han de considerar los activos globales, y no solo los recursos de una determinada unidad o dependencia de una estructura orgánica;
f) Garantizar que los costos no recaigan sobre las personas con discapacidad en general;
g) Velar por que la carga de la prueba recaiga sobre el garante de los derechos que sostenga que la carga sería desproporcionada o indebida (párr. 26).

Como se evidencia, los ajustes razonables son personalizados y, precisamente por ello, se requiere un acercamiento oportuno hacia la persona. En esa línea, asegurar la inmediación y la participación de la misma en el trámite es esencial para iniciar el proceso. Y si bien hay elementos que ayudan a guiar la aplicación del concepto, pero si no se

conoce a la persona es imposible evidenciar las barreras o admitir la solicitud. De manera más específica, tanto el Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia, como la Unión Internacional del Notariado, han emitido documentos que permiten el desarrollo de estos conceptos, así como su correcta aplicación en el marco de sus actividades propias[11].

Otro asunto clave en relación con la prestación del servicio de formalización de apoyos es la obligación que tendrán notarios y conciliadores[12] de verificar la imparcialidad de los apoyos. Como se mencionó anteriormente, la imparcialidad es uno de los cuatro criterios para establecer salvaguardias a los apoyos. Dos figuras que representan afectaciones a la imparcialidad son la influencia indebida y el conflicto de interés, las cuales ya fueron explicadas en este texto. Al respecto, consideramos que, al momento de formalizar apoyos a través de los mecanismos de su competencia, las y los notarios y conciliadores verificarán la imparcialidad de los apoyos para salvaguardar la autonomía de las personas.

Para llevar a cabo este ejercicio de verificación de imparcialidad, no es necesario que se utilicen metodologías diferentes a las ya empleadas en su servicio. En las discusiones sobre la ley, se ha mencionado constantemente que se centra en su capacidad de percepción para evitar nulidades absolutas de los actos jurídicos, de acuerdo con el artículo 21 del Decreto de Ley n.º 960 de 1970. En este caso, su capacidad de percepción justamente será valiosa para evaluar si hay señales de coerción en una relación entre dos personas que se presentan a formalizar un acuerdo, sin que la discapacidad de una de ellas requiera

11 Desde el Ministerio de Justicia y del Derecho en Colombia, se encuentra el Protocolo de atención inclusiva en el acceso a la justicia para personas con discapacidad (2019), así como la cartilla sobre Capacidad jurídica y derechos de las personas con discapacidad en el marco del derecho notarial (2016). Desde la Unión Internacional del Notariado, a través de su Comisión de Derechos Humanos, se emitió el documento «Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad: el notario como apoyo institucional y autoridad pública» (2019).

12 Es importante aclarar que, en el entendido del decreto, por conciliadores extrajudiciales en derecho, se refiere a aquellos y aquellas que están adscritos a un centro de conciliación, no en general a los funcionarios públicos que tendrían la facultad de conciliar de acuerdo con la Ley n.º 640 de 2001.

un análisis diferente. La coerción puede identificarse con miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación, estas conductas se manifiestan en todo tipo de personas. En otras palabras, las y los funcionarios tienen que ser neutrales para evitar discriminar a las personas con discapacidad mediante la imposición de cargas excesivas[13].

5.2. El régimen de transición

Esta transición hacia un sistema de apoyos requiere, como era de esperarse, un periodo donde tanto los empleados públicos como los usuarios de la norma puedan adaptarse. Para ello, la Ley n.º 1996 de 2019 anticipó un régimen de transición en su capítulo VIII (arts. 52 a 56). De este modo, en el artículo 52, se afirma que todo el contenido «entrará en vigencia desde su promulgación», ocurrida el 26 de agosto de 2019. Las únicas excepciones a esta regla son aquellas que tengan especificaciones sobre su vigencia[14]; además, el capítulo V se refiere al proceso de adjudicación judicial de apoyos, que entrará en vigencia veinticuatro meses después de la promulgación, es decir, el 26 de agosto de 2021.

Ante la extensión que supone veinticuatro meses de espera para acceder a una formalización judicial de apoyos, la ley realizó un proceso de adjudicación judicial de apoyos transitorio. Esta vía judicial parecería estar disponible exclusivamente «para una persona mayor de edad cuando se encuentre absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad y preferencias por cualquier medio» (art. 54). No obstante, acogemos la tesis jurisprudencial de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (2020), que retoma el artículo 12 del Código General del Proceso: «cualquier vacío en las disposiciones

13 El concepto de «disability-neutral», acuñado por Arlene Kanter (2014), consiste en evitar discriminar sobre la base de la discapacidad.

14 La vigencia del artículo 16, relacionado con los acuerdos de apoyo por escritura pública ante notario, está supeditada a la implementación de un plan de formación de notarios por parte del Ministerio de Justicia y del Derecho en un plazo no superior a un año desde la promulgación de la norma. El mismo caso ocurre con el artículo 17 en materia de acuerdos de apoyo ante conciliadores extrajudiciales en derecho, con la diferencia de que se trata de un proyecto para los conciliadores.

del presente código se llenará con las normas que regulen casos análogos». De este modo, toda persona que solicite una adjudicación judicial de apoyos antes del 26 de agosto de 2021 podrá hacerlo a través del proceso transitorio, puesto que es «el proceso vigente que mayor similitud tiene con el caso concreto» (p. 11).

Otra medida del régimen de transición es la suspensión inmediata de todos los procesos de interdicción e inhabilitación en curso (Ley n.º 1996 de 2019, art. 55). En la actualidad, los jueces ya han suspendido los procesos que tienen en sus despachos tanto de interdicción como de inhabilitación. No obstante, una duda que suscita esta transición se refiere a los procesos de rehabilitación, los cuales tenían como objeto el levantamiento de medidas de interdicción vigentes (Ley n.º 306 de 2009, art. 30).

Actualmente no existe un consenso entre los operadores judiciales. Por un lado, algunos abogan por la suspensión de estos procesos, dado que presentan la misma naturaleza que el proceso de interdicción. Por otra parte, la postura contraria sugiere que la rehabilitación persigue al buscar levantar sustituciones de voluntad y, por ende, dársele trámite, ya sea como proceso de rehabilitación o transitorio de adjudicación judicial de apoyos. Nuestro punto de vista es que los procesos de rehabilitación en curso tienen que transformarse en procesos transitorios de adjudicación judicial de apoyos, a fin de seguir el razonamiento ya expuesto de la Corte Suprema de Justicia frente al proceso vigente más similar al caso concreto.

Finalmente, el régimen de transición contempla el proceso de revisión de interdicción o rehabilitación (art. 56). Este tiene como objetivo el levantamiento de toda medida de interdicción o inhabilitación; en ese sentido, solo, en caso de que el juez lo considere indispensable, adjudicar apoyos judicialmente en la sentencia de revisión. En materia temporal, se adelantará a partir de la entrada en vigencia del capítulo V (adjudicación judicial de apoyos). Es decir, los procesos de revisión se iniciarán el 26 de agosto de 2021.

Sin embargo, un problema del proceso de revisión es que los jueces de familia están obligados a supervisar de oficio todas las interdicciones vigentes de sus despachos en un plazo no superior a treinta y

seis meses después del 26 de agosto de 2021 (art. 56). Asimismo, las personas bajo medida de interdicción o inhabilitación pueden solicitar la revisión en el mismo plazo. Así, la incertidumbre gira alrededor de las medidas de interdicción que no se alcancen a revisar en este plazo, ya sea porque no fueron iniciadas de oficio o a petición de parte, o porque el plazo llegó con el proceso en curso.

Consideramos que en este punto el plazo de tres años para realizar revisiones parece ser razonable a primera vista. Lo importante será el compromiso que demuestre el Consejo Superior de la Judicatura para analizar la eficiencia con que se llevan a cabo estos procesos. En caso de ser necesario, se examinarán estrategias como el aumento de este plazo, como ocurrió con el régimen de transición del Código General del Proceso. Sin embargo, todavía es muy temprano.

Cabe aclarar, en materia del régimen de transición, que las personas con interdicciones e inhabilitaciones en firme seguirán con esta condición hasta tanto que no haya sentencia de revisión ejecutoriada (art. 56, párr. 2). Esto es clave en materia de la presunción de capacidad de las personas con discapacidad (art. 6). Es así que, si bien se presume la capacidad legal en igualdad de condiciones para las personas con discapacidad, una forma de desvirtuar esta presunción, hasta tanto no culmine el régimen de transición, es demostrar que la persona con discapacidad tiene una interdicción en firme que limita su capacidad legal.

Esta aclaración es oportuna para recordar que se prohíbe empezar procesos de interdicción o rehabilitación (art. 53), pero esto no quiere decir que los vigentes pierdan efectos automáticamente. En otras palabras, se revisan para ser levantadas y adjudicarse apoyos, en caso de ser necesarios. Sumado a esto, todo trámite que se requiera hacer antes del 26 de agosto de 2021, fecha en que se podrán iniciar revisiones de oficio o a petición de parte, se rige por el numeral 14 del artículo 21 del Código General del Proceso, según el cual es competencia de los jueces de familia, en única instancia, de aquellos «asuntos de familia en que por disposición legal sea necesaria la intervención del juez», siendo competente el juez que conoció la interdicción o inhabilitación.

5.3. La inclusión de salvaguardias para los apoyos

Un caso posiblemente difícil será aquel en el que una persona con discapacidad decida acudir ante un notario o un conciliador para formalizar un acuerdo de apoyo con salvaguardias insuficientes. Esto es, uno que no contemple la totalidad de los cuatro criterios de salvaguardias del artículo 5 de la Ley n.º 1996 de 2019. Como se explicó anteriormente, en materia de acuerdos de apoyo, está previsto legalmente el límite temporal de 5 años. También podría estimarse como salvaguardia la limitación material que tienen los apoyos «respecto a uno o más actos jurídicos determinados» (art. 15).

A partir de ello, manifestamos que si el decreto no ha observado las salvaguardias adicionales a la duración y el objeto como requisito de los acuerdos de apoyo, no exime a notarios y conciliadores de explicar la noción de salvaguardia y los cuatro criterios del artículo 5 a quienes pretendan formalizar dicho acuerdo. Lo anterior debido a que justamente esta transición hacia un sistema de apoyos busca evitar que se sigan materializando sustituciones en la toma de decisiones de personas con discapacidad. Como lo desarrolla la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018), «también se pueden incluir salvaguardias procesales en los arreglos de apoyo formalizados» (párr. 58). Por ejemplo, podría establecerse, en el acuerdo de apoyo, la verificación periódica por parte de una autoridad (defensor de familia, notario, conciliador o juez) de las labores que ha cumplido la persona de apoyo. Sin embargo, si la persona que pretende recibir el apoyo manifiesta su intención de suscribir el acuerdo sin modificarlo, se tiene que respetar su voluntad y sus preferencias.

6. Conclusiones

La sanción de la Ley n.º 1996 de 2019 implicó, para Colombia, no solamente un cambio gigantesco a nivel normativo en la regulación de la capacidad jurídica realizada desde una perspectiva tradicionalista y discriminatoria hacia las personas con discapacidad, sino, sobre todo, una modificación del modelo en la forma en cómo el

Estado tiene que acercarse a la discapacidad. Como lo manifiesta la Corte Suprema de Justicia (2019), adoptamos un modelo:

> según los cuales estas (las personas con discapacidad) no deben ser tratadas como pacientes sino como verdaderos ciudadanos y sujetos de derechos, que requieren no que se les sustituya o anule en la toma de sus decisiones, sino que se les apoye para ello, dando prelación a su autodeterminación (p. 16).

La presunción de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad presenta, por supuesto, una serie de desafíos importantes para toda la sociedad, pero estos no se van a superar si la perspectiva —de aquellas que de alguna manera se encuentran relacionadas con la discapacidad— es la de mantener una visión paternalista, donde las deficiencias reales o percibidas de un sujeto son el condicionamiento del ejercicio de derecho. Todas las personas con discapacidad tienen el derecho a ejercitar todos sus derechos, en igualdad de condiciones, con los apoyos y las salvaguardias que se requieren para su ejercicio. Para ello, es esencial informarse, replantear discusiones que desde el derecho se entendían como naturales y estáticas, pero, sobre todo, escuchar a la propia población con discapacidad y hacerla partícipe de esta transformación.

Reconocer estos derechos es un paso fundamental, no obstante, la realización implica entender cómo afecta y es afectado por la garantía del resto de derechos contenidos en la CDPD. La autonomía sobre la propia existencia, así como el planteamiento de proyectos de vida que puedan ser respetados por terceros, depende también de la generación y el potenciamiento de habilidades, que son inherentes a la garantía de derechos como el de la educación inclusiva, el respeto al hogar y la familia, el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, al acceso a la justicia y a ser protegido contra la explotación, la violencia y el abuso, entre otros.

De manera concreta, la norma presenta algunos retos en su implementación, que pasan específicamente a través de la errónea interpretación de los conceptos que se redundan en prestaciones de servicios desde un paradigma anterior al de la CDPD, y quizás generar otro tipo de barreras que impidan un ejercicio de derechos en igualdad de

condiciones. En el presente artículo, se buscó aclarar algunas de las dudas más puntuales que en este momento se originan en espacios de discusión, tanto en las y los funcionarios públicos como en familias y organizaciones de y para personas con discapacidad. En ese sentido, el decreto invita a una reflexión constante en aspectos tanto teóricos y conceptuales como de practicidad en la prestación de servicios, especialmente cuando los plazos de entrada en vigencia de algunos de los capítulos se acercan.

Referencias

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014). Observación general número 1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley (CRPD/C/GC/1). 19 de mayo de 2014.

_____ (2016). Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia (CRPD/C/COL/CO/1). 31 de agosto de 2016.

_____ (2018). Observación General n.º 6 sobre la igualdad y la no discriminación (CRPD/C/GC/6). 26 de abril de 2018.

Congreso de la República de Colombia (2009a). Ley n.º 1306. Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados. Bogotá: 5 de junio de 2009.

_____ (2009b). Ley n.º 1346. Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Bogotá: 31 de julio de 2009.

_____ (2012). Ley n.º 1564. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Bogotá: 12 de julio de 2012.

_____ (2013). Ley Estatutaria n.º 1618. Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Bogotá: 27 de febrero de 2013.

_____ (2019). Ley n.º 1996. Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con

discapacidad mayores de edad. Bogotá: 26 de agosto 2019. Recuperado de https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201996%20DEL%2026%20DE%20AGOSTO%20DE%202019.pdf

Corte Suprema de Justicia de Colombia (2019). Sentencia STC n.º 16392-2019. Bogotá: 4 de diciembre de 2019. Recuperado de https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10635/33084603/2019-03411+CSJ+-+Ley+1996+de+2019.pdf/648f838c-69ae-4488-94c9-7457cff85580

_____ (2020). Sentencia n.º AC253-2020. Bogotá: 31 de enero de 2020.

Olmo, J. y Prach, E. (2015). Distinción entre medidas de apoyo y de salvaguardia. Comentario al fallo «C., H. M. s/Declaración de Insania». *Revista de Derecho de Familia y Sucesiones*, (6). Recuperado de http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=41310&n=Distinci%F3n%20entre%20medidas%20de%20apoyo%20y%20de%20salvaguardia.%20Olmo%20Prach.pdf

Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad.* Madrid: Editorial CINCA.

Presidencia de la República de Colombia (1970). Decreto de Ley n.º 960 de 1970. Por el cual se expide el Estatuto del Notariado. Bogotá: 5 de agosto de 1970. Recuperado de https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/13790/Decreto%20960%20de%201970.pdf?sequence=1

Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2016). Informe sobre los derechos de las personas con discapacidad sobre el acceso de las personas con discapacidad a apoyo (A/HRC/34/58). 20 de diciembre de 2016. Recuperado de https://undocs.org/es/A/HRC/34/58

_____ (2017). Informe sobre el derecho de las personas con discapacidad al igual reconocimiento como persona ante la ley (A/HRC/37/56). 12 de diciembre de 2017. Recuperado de https://undocs.org/es/A/HRC/37/56

Análisis multivariante de las causas del aumento de la tasa de delincuencia en México

Adolfo Federico Herrera García
Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México
adolfo.herrera@correo.buap.mx

Ada Celsa Cabrera García
Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México
ada.cabrera@correo.buap.mx

Beatriz Martínez Carreño
Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México
beatriz.martinez@correo.buap.mx

1. Introducción

En los últimos doce años, en México, se ha evidenciado un aumento en las tasas de delincuencia, que ha generado, a su vez, problemas sociales y económicos en las diferentes zonas del país. Según los datos del ranking de las 50 ciudades más peligrosas del mundo en el 2018, presentado por el Consejo Ciudadano para la Seguridad Pública y la Justicia Penal (2019), muestran que, dentro de las 10 más peligrosas a nivel mundial, cinco son mexicanas, de las cuales destacan Tijuana con 2640 homicidios; Acapulco con 948; Ciudad Victoria con 314; Ciudad Juárez con 1251; e Irapuato con 473, pero estas no son las únicas urbes mexicanas que integran la lista, ya que, en total, son 15 las que se incluyen en este estudio.

En nuestro país, son varios los factores que produjeron su incremento, una de las causas que explica esta situación son los elevados índices de pobreza en la actualidad, los cuales se derivan de diversos

motivos como la ausencia de ingresos, el desempleo, la falta de oportunidades, la sobrepoblación, los gobiernos corruptos, el crecimiento de zonas marginadas y la desigualdad, entre otros aspectos. Asimismo, estos enmarcan a la sociedad de una manera cotidiana y normativa, que trae como consecuencia una mayor cifra de delitos y la propensión a cometerlos. Por consiguiente, afecta la calidad de vida de la sociedad y aumenta la inseguridad.

Con respecto a lo anterior, uno de los principales fundamentos es el crecimiento de la pobreza en México, puesto que llevamos más de treinta años tratando de combatirla y no se ha logrado mejorar las condiciones de vida.

En esa línea, un estudio realizado por Deepa Narayan (2000) para el Banco Mundial, en 1999, buscó recoger las experiencias de las personas en condiciones de pobreza de diferentes países. Los testimonios de ese trabajo se dieron a conocer en *La voz de los pobres: hay alguien que nos escuche*. En este libro, se discuten cuatro temas principales:

1. Las percepciones sobre lo que es una buena vida y una mala vida,
2. Sus problemas y prioridades más angustiantes,
3. La calidad de sus interacciones con las principales instituciones públicas, de mercado y de la sociedad civil en sus vidas, y
4. Cambios en las relaciones de género y sociales (p. 274).

El objetivo fue describir las carencias en las que vive gran parte de la ciudadanía, mediante la percepción y la evaluación social, con el interés de saber qué es lo que se requiere hacer para superar esta circunstancia.

A partir de ello, se observa que la pobreza es una cualidad multifactorial, la cual toma como referencia el ingreso o la percepción de los individuos en su día a día. Así, se permite construir el concepto de «calidad de vida» a través de dos significados, de acuerdo con Felipe Casas (1991). En primer lugar, «la presencia de condiciones consideradas necesarias para una buena vida» (García, 2002, p. 20); y, en segundo lugar, la práctica del vivir bien como tal. Además, se

incluye la necesidad de no sufrir violencia en ningún ambiente en el que se interactúa, sino más bien vivir en cordialidad consigo mismo y los demás.

Estas ideas se expresan en las conclusiones del estudio de Narayan (2000), dado que las personas en esta situación manifiestan que existe una «falta de alimentos y el desempleo como los principales problemas» (p. 266); de esta manera, «sienten que el Estado es ineficaz, poco pertinente y corrupto» (p. 269). Sumado a esto, sostienen que hay una «colusión entre los funcionarios y las élites locales» (p. 270), pues creen que la labor de las organizaciones no gubernamentales (ONG) también es deficiente, porque presentan una ausencia de pertinencia y la coexistencia de un favoritismo, que suscita la discriminación. Por tanto, como lo afirma la autora, las redes informales de apoyo y las asociaciones son cruciales para su supervivencia, debido a que se «convierten en el salvavidas» (p. 271) de estos ciudadanos. Por último, «las personas pobres informan que viven en un entorno de mayor delincuencia, corrupción, violencia e inseguridad» (p. 273). Por ello, las oportunidades solo están disponibles para los ricos, aspecto que perpetúa el ciclo vicioso de exclusión.

Las reflexiones de la investigación demuestran que los pobres perciben la ineficiencia del Estado en regular y distribuir la riqueza, cuya acción genera descontentos y malestares en ellos. Así, se intuye una percepción de corrupción e inoperancia del mismo, que solo trabaja de manera clientelar sin ver a los sectores más desprotegidos, actividad que acrecienta la delincuencia y la marginación.

Ahora bien, los altos índices de la marginación y la pobreza desencadenan la delincuencia, la corrupción, la explotación y la inseguridad, cada una de ellas daña el tejido social y contamina rápidamente a los miembros de una sociedad. Por consiguiente, las políticas se deben centrar en lo mencionado por el estudio; es decir, las estrategias a nivel mundial tienen que «partir de las realidades de las personas pobres» (p. 264), sin incluir preceptos ya utilizados y que no hayan funcionado. También «invertir en la capacidad de organización de los pobres» (p. 275) con el objetivo de generar células productivas, así como «cambiar las normas sociales» (p. 78) sobre ellos. En ese orden de

ideas, quitar los estigmas sociales sobre cómo verlos, atenderlos y ayudarlos; a ello se suma el apoyo a «los empresarios que fomenten el desarrollo» (p. 281).

Estos cuatro componentes constituyen la exigencia de este sector por ser escuchado en sus necesidades, que no son iguales entre países y regiones, tampoco son constantes en un periodo de tiempo a otro. En esa medida, requieren de políticas públicas y sociales que involucren a la población y solucionen sus conflictos, mas no contenerlos. De este modo, provocarán un círculo virtuoso que disminuya las brechas de la marginación.

2. Planteamiento del problema

Para el caso de México se llevó a cabo un estudio en el 2003, realizado por la Secretaría de Desarrollo Social (Sedesol), llamado *Lo que dicen los pobres: una perspectiva de género*, donde se desarrolló una encuesta con el fin de documentar y analizar la perspectiva de los mexicanos con bajos recursos acerca de la materia de satisfactores mínimos, vida digna, bienestar y pobreza. Así, se concluyó que el 34.6 % de ellos consideran que ser pobre es no tener para comer; el 34.2 % que es la falta de oportunidades para salir adelante; y un 12 % que es no contar con una casa (Orozco, De Alba y Cordourier, 2004). La mayoría de encuestados relacionan su situación con elementos inmediatos como la comida, el dinero y la vivienda.

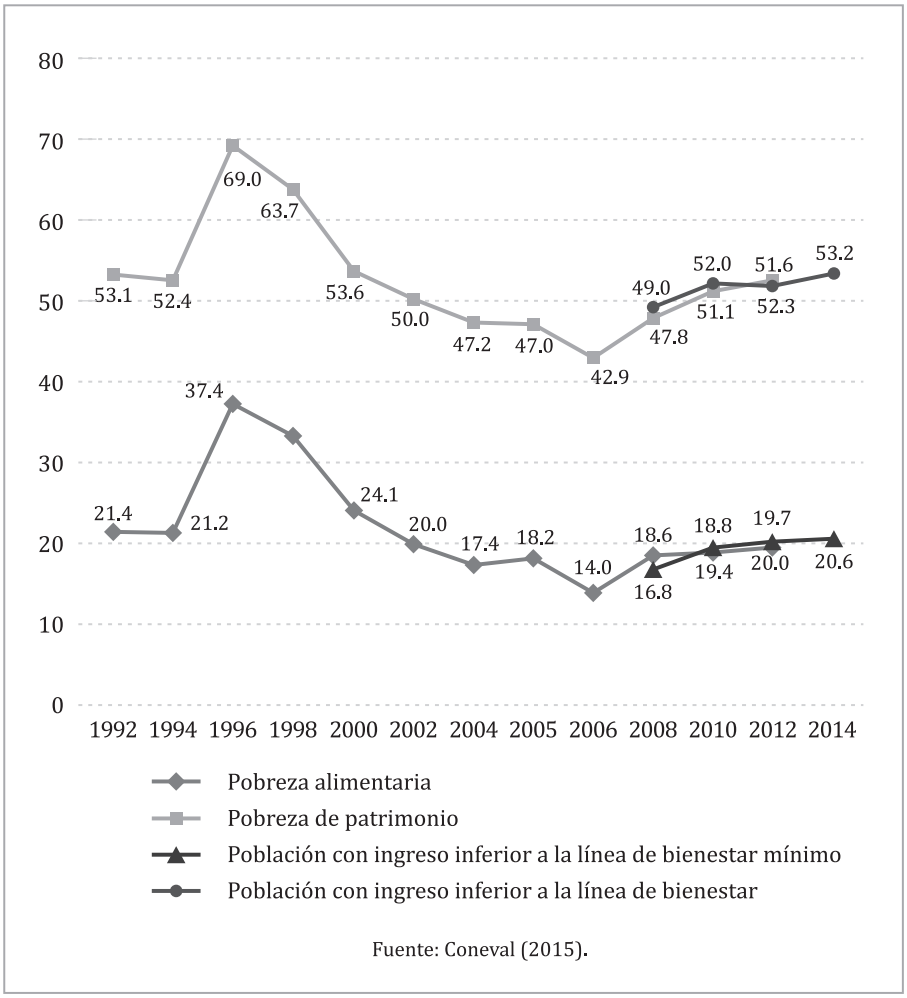
Igualmente, se advierte que la principal exigencia es que logren satisfacer la necesidad básica de alimentación. En el año 2016, el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval) (2017) informó que existían 9.4 millones de personas en esta circunstancia, lo que equivalía al 7.6 %; además, agregó que para ese mismo año contábamos con 53.4 millones de personas en pobreza, que representaba el 43.6 %.

Siguiendo el estudio de Sedesol, otra de las causas que se deriva es la mala distribución del ingreso, ya que limita la capacidad de compra de los individuos (Orozco, De Alba y Cordourier, 2004); por tal razón,

el Coneval (2015) describe a la pobreza como el porcentaje de la población cuyos ingresos se encuentran por debajo de las líneas de bienestar y de bienestar mínimo.

Este tipo de medición solo examina el comportamiento de los flujos de ingreso de los individuos, pues deja a un lado las demás variables que comprenden a la pobreza. Para el Coneval (2015), una familia urbana con una recaudación mensual menor a los $1513.59 pesos se encuentra en la pobreza, ya que no alcanza la línea de bienestar mínimo y no logra obtener los bienes de la canasta básica.

Gráfico n.° 1. Evolución de la población en pobreza en materia de ingresos (1992-2014)



Fuente: Coneval (2015).

El salario mínimo mensual promedio, acordado por la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos (Conasami) (2015), en el 2015, era de $ 2103 pesos mensuales, esto fue establecido en la Ley Federal del Trabajo, en el artículo 123 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. En este, se afirma que la diferencia entre el salario mínimo y la línea de bienestar mínimo es de solo $ 589.41 pesos.

De acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (2015), México ocupaba el primer lugar en desigualdad de ingresos, debido a los bajos niveles de salario y el crecimiento económico, así como también por las altas tasas de concentración de la riqueza en un solo sector del país.

Al tener una desigualdad elevada de ingresos, se observa un descenso en las oportunidades de igualdad y productividad para desarrollarse, que condena a continuar en la escasez de recursos y bienestar.

2.1. Desempleo

En materia de empleo, México no ha podido cubrir la demanda de la población en los últimos quince años, por causa de la caída del crecimiento y la pérdida de la inversión extranjera directa. Además, se han suscitado reformas laborales que han buscado extender el tiempo de jubilación de los trabajadores, un nuevo esquema de pensiones y la flexibilización de las formas de contratación, con la finalidad de estimular el empleo formal, que aún no se logra alcanzar.

En el cuadro, se muestra la tasa de ocupación parcial y desocupación, que considera desocupadas a las personas que no tuvieron ninguna actividad o si la tuvieron, no fue más de 15 horas durante la semana. Del año 2000 a 2010, se plasmó que la ciudadanía desocupada más la parcialmente ocupada pasó de 7.2 a 12 % de la PEA. Esto significa que, en el 2010, 5.5 millones de personas estuvieron desempleadas o bien trabajaron menos de 15 horas a la semana (INEGI, 2010).

Cuadro n.° 1. Tasas de desocupación, ocupación parcial y subocupación en México

	Desocupación	Ocupación parcial y desocupación	Subocupación
1995	6.9	13.7	10.9
1996	5.3	10.7	8
1997	4.1	10	7.1
1998	3.6	9.5	8.2
1999	2.5	7.5	5.9
2000	2.6	7.2	6.4
2001	2.8	7.4	6.9
2002	3	7.6	6.9
2003	3.4	8.5	7.8
2004	3.9	9.5	7.7
2005	3.6	9.4	7.5
2006	3.6	9.4	6.9
2007	3.7	10.1	7.2
2008	4	10.2	6.9
2009	5.5	11.7	9.2
2010	5.4	11.9	8.9

Fuente: elaboración propia sobre los datos de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) (2010).

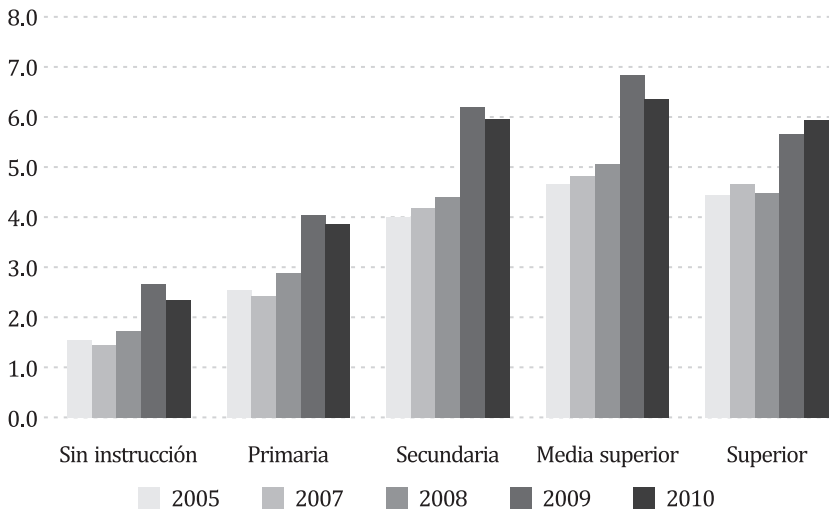
Además de esto, y debido a la estructura poblacional que tenemos en la actualidad, el desempleo ha afectado sobre todo a los jóvenes, quienes no tienen un trabajo o se enfrentan a un subempleo precario o temporal, con pocas o nulas perspectivas de obtener uno por un tiempo indeterminado.

En México, el Instituto Mexicano de la Juventud (2014), en su Programa Nacional de la Juventud (PND) 2014-2018, afirma que el no

contar con un empleo perjudica más a los jóvenes, pues las tasas de desempleo abierto son el doble de la de adultos. En tanto, las cifras de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE), elaborada por el INEGI (2010), muestran que el número de jóvenes entre 14 y 29 años desocupados ha aumentado en los últimos cinco años cerca del 50 %. En el 2017, de acuerdo con la OCDE (2017), la población de entre 15 y 24 años registra una tasa de desempleo de 6.7 % (hasta mayo de ese año), las personas mayores a 25 años poseen una tasa de desocupación de solo 2.8 %.

Como evidencia la gráfica siguiente, los niveles de desocupación laboral son superiores en los niveles educativos más altos, ya que, al contraerse el mercado laboral, se reducen las oportunidades. De este modo, la ciudadanía tampoco se ve absorbida por el sector educativo, ya sea por falta de conocimientos previos o estímulos económicos para seguir estudiando, etc. Dicho aspecto trae como consecuencia que sienta una atracción por el crimen organizado.

Gráfico n.° 2. Tasas de desempleo en México, según nivel educativo



Fuente: INEGI (2010).

2.2. Delincuencia

La delincuencia es, para muchos, una alternativa de supervivencia tras verse agobiados por una serie de conflictos económicos, sociales, familiares y políticos. Estos aspectos ocasionan que los individuos sean discriminados y excluidos socialmente.

Para el caso de algunos países analizados por el BM (2001), las altas tasas de delincuencia y criminalidad perjudican el clima de inversión privada y desvían los escasos recursos públicos al fortalecimiento del sistema policial, en lugar de fomentar las actividades económicas provocando la erosión de la calidad de vida.

El aumento de la violencia en el país afecta no solo a la ciudadanía y los jóvenes de escasos recursos, sino que también menoscaba la imagen en el exterior, puesto que imposibilita el ingreso de la inversión y la oportunidad de nuevos negocios (Banco Mundial, 2001). Se trata, así, del círculo vicioso de la violencia, que impide la producción de la riqueza.

De acuerdo con el estudio de Thomé (2004), la sociedad presenta exigencias para las instituciones, las cuales deben brindar seguridad, dado que se piensa que el crimen ha pasado por encima de estas. Por ende, provoca desconfianza en la comunidad sobre sus organimos, además, legitima el uso de la justicia por su propia mano.

Para el periodo de 1994 a 2014 en México, se tuvo un total de delitos de 1 406 989. En esta etapa, se dio una caída de la producción nacional, que empezó con la crisis cambiaria de diciembre de 1994; luego, continuó con la burbuja hipotecaria de 2008, donde existió una disminución en el ritmo de crecimiento del PIB, tras pasar de 3.3 %, en 2007, a 1.8 %, en 2008. También hubo un decrecimiento del -6.5 %, en 2009, que genera un impacto en el desempleo al tener un aumento de 54.72 %, este es uno de los principales factores de explicación del aumento de la tasa de delitos, que cambió de 64 071 delitos, en el 2008, a 71 908, en el 2009, a nivel nacional (Coneval, 2015).

La mala implementación de la política de seguridad del «combate contra el narcotráfico», llevada a cabo por el presidente Felipe Calderón Hinojosa (2006-2012), trajo consigo un incremento del conflicto

armado y la inseguridad en el país, como lo menciona Langner (2018). De esta manera, se elevaron los indicadores de incidencia en las zonas de Guerrero, Michoacán, Veracruz, Tamaulipas, entre otros estados. Sumado a esto, en el Gobierno de Felipe Calderón, se lanzó una ofensiva militar que invirtió 864 millones 722 pesos en seguridad. Esta estrategia se mantuvo constante para los siguientes años, pues, según Martínez (2018), durante la etapa del mandatario Enrique Peña Nieto (2012-2018), el gasto en seguridad alcanzó los 1126 millones 300 pesos. Ello dio como resultado altas tasas de muertos, desaparecidos y el incremento del 25 % de la delincuencia.

2.3. Bajos niveles educativos

La desigualdad también se expresa en la educación al tener distintos niveles sociales, económicos y modos de aprendizaje, variables que se toman en cuenta en las escuelas, ya que la equidad educativa se ve afectada por la calidad de conocimientos que recibe cada uno de los estudiantes, quienes están en diferentes entornos familiares, incluso con maltrato, pobreza, etc. Estos factores se reflejan en el desempeño de los alumnos.

De acuerdo con Schultz (1961), existe una correlación entre el nivel de ingreso con el de escolaridad, que describe que el capital humano está correlacionado con la formación especializada que tienen los agentes económicos o individuos de una sociedad. Ello enmarca la influencia positiva de la educación en el combate a la pobreza, además de contribuir al desarrollo de mano de obra especializada.

Los datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) (2010) muestran que, en México, solo el 24 % de los niños terminan la educación media y un endeble 10 % logra concluir la educación superior. En ese sentido, es un problema educativo en la población infantil y de generación de pobreza en los años siguientes.

Dado lo anterior, es oportuno estudiar estas causas y su impacto en las altas cifras de delincuencia en México, con el objetivo de analizar cuáles de estas variables son significativas para este problema y ver cómo combatirlo desde la raíz.

3. El modelo de Becker-Ehrlich

El modelo de Becker-Ehrlich (1968) plantea un análisis desde el pensamiento económico que aborda la incidencia a la delincuencia, a partir de las preferencias en el comportamiento humano y la asignación de recursos dentro y fuera del mercado convencional. Esta teoría plantea que los individuos dispuestos a cometer crímenes reaccionan a incentivos económicos positivos y negativos, los cuales maximizan racionalmente sus utilidades al actuar bajo incertidumbre, solo si esta supera la utilidad que obtendría si se emplearan los mismos recursos de los que dispone en otra actividad (Becker, 2002).

De acuerdo con lo anterior, el modelo de decisión de Becker-Ehrlich es expresado con la siguiente ecuación logarítmica:

$$\ln(\theta) = \alpha + \beta \ln(D) + \gamma \ln(Y) + \delta \ln(X)$$

Donde θ representa la tasa de crímenes, D las acciones de disuasión. En tanto, Y el nivel de ingreso y X un vector de influencia adicional.

Sobre la base de la teoría de Ehrlich, se expone que el nivel de ingreso de los individuos puede derivarse de actividades lícitas o ilícitas, esperando que D sea negativo a Y. Así, al tener un menor ingreso, los individuos buscan incentivos adicionales que los orillan a cometer un delito. Asimismo, si se presenta una desigualdad en el ingreso, el coeficiente será positivo, ya que, al tener mayor diferencia en ingreso, los individuos de menor ingreso cometerán delitos para compensar la cantidad que no reciben.

A partir del vector X, que sirve de influencia adicional de diferentes factores demográficos y económicos (como desempleo, distribución de la población por edad, género, nivel de urbanización, desempleo, etc.), conoceremos qué variables de influencia son estadísticamente significativas para el análisis.

Cuadro n.° 2. Base de datos con variables significativas[1]

Años	Tdeli	Unemp	Pobreza	Pop Urbana	Pop 0 a 14	Alfabeti
1994	27427.6	4.2	9.92	72.9782	36.32	90.56
1995	27427.6	6.9	12.005	73.368	35.89	90.56
1996	66457.1	5.2	14.09	73.63	35.49	90.55
1997	66457.1	4.1	14.19	73.9	35.11	90.55
1998	107377	3.6	14.29	74.18	34.76	90.54
1999	94721	2.5	12.645	74.45	34.41	90.54
2000	78060	2.6	11	74.72	34.07	90.54
2001	77892.7	2.5	9.905	75.03	33.73	90.54
2002	72704	2.9	8.81	75.35	33.39	90.27
2003	68433.7	3	6.815	75.67	33.03	90.28
2004	56069.3	3.7	4.82	75.99	32.66	90.95
2005	54035.3	3.5	4.055	76.3	32.27	91.63
2006	51326	3.2	3.29	76.61	31.86	91.73
2007	58652.5	3.4	3.545	76.91	31.44	92.8
2008	64070.7	3.5	3.8	77.21	30.99	92.93
2009	71907.3	5.2	3.8	77.52	30.53	93.44
2010	82682	5.2	3.8	77.82	30.04	93.07
2011	87740.3	5.3	3.24	78.1058	29.53	93.52
2012	80758	4.9	2.68	78.38	29	94.23
2013	78290.7	4.9	2.86	78.7	28.99	93.96
2014	34498	4.9	3.04	79	28.98	94.56

Fuente: elaboración propia sobre los datos del INEGI (2010).

1 Se hace un promedio por año de los crímenes con mayor impacto en México, que son homicidio culposo, secuestro y robo con violencia, de acuerdo con los índices expuestos por el Banco Mundial (2013, 2014, 2016, 2017, 2019).

3.1. Variable dependiente: tasa de delitos

La variable tasa de delincuencia (Tdeli) por cada 100 000 habitantes, construida para el periodo de 1994 al 2014, toma como variables de control los tres delitos de mayor impacto en el país. Estas cifras se obtuvieron de la base de datos Clasificación Estadística de Delitos del INEGI (2019), las cuales son:

- Tasa de homicidios culposos por cada 100 000 habitantes.
- Robo con violencia por cada 100 000 habitantes.
- Secuestro por cada 100 000 habitantes.

De esta forma la tasa de delitos $T\ .\ D$ es calculada al multiplicar el número de delitos N.º por índice corrector iC, el cual es un conector que se fija en función de la población, que con carácter general usaremos el 100.000. Este entre la población N, definida como:

$$\frac{T\ .\ D\ =\ \text{N.º}\ *\ iC\ (100.000)}{N}$$

3.2. Variables explicativas

Las variables fueron seleccionadas según la teoría de Ehrlich, por lo que fueron agrupadas de cuatro maneras: socioeconómicas, demográficas, disuasorias y políticas públicas. Conforme con su disponibilidad, no fue posible recopilar todos los datos, dado que se emplearon diferentes técnicas para construirlos y así ser explicados.

3.2.1. Variables socioeconómicas

- Pobreza (pobreza), esta variable la definimos como la falta del individuo a no poder satisfacer las necesidades físicas y psíquicas básicas de una vida digna.
- Desempleo (Unemp), cuando un individuo se encuentra en la población económicamente activa no cuenta con empleo, pero lo sigue buscando.

- Sueldos (W), remuneración salarial al desempeñar un cargo o un servicio profesional.
- Desigualdad (GINI), se toma como indicador al índice de GINI, que es una medida de desigualdad relativa entre los habitantes de una región.
- Nivel de escolaridad (MatriSec), el tiempo de escolaridad es la cantidad de años que aprueba un individuo en el sistema escolar.
- Analfabetización (Alfabeti), porcentaje de la población mayor a 15 años que no es capaz de leer y escribir.
- Inmigración (MigraNeta), personas de nacionalidad mexicana que emigraron y regresan del extranjero a vivir en su lugar de origen.

3.2.2. Variables demográficas

- Crecimiento poblacional (CrecimientoPop), proviene del censo poblacional del INEGI acerca del incremento de población y vivienda por cada diez años.
- Población total (Pop), número total de habitantes en el país.
- Género (PopM y PopH), potenciales delincuentes. En este caso, para México, no se tiene datos, por lo que se incluyó la población total de hombres y mujeres.
- Tasa de urbanidad (PopUrbana), corresponde a la relación entre la cantidad de personas que habitan en zonas urbanas con respecto a la población total.
- Etariedad (Pop014), estructura etaria con relación a un factor que caracteriza a la población total del país o región, según la distribución de las edades de sus componentes de 0 a 14 años.
- Mujeres jefas de familia, número de hogares donde el jefe de familia está en el sexo femenino.
- Drogas, las personas que más consumen.

3.2.3. Variables relacionadas con políticas públicas

- Gasto en seguridad (gassed), inversión destinada a los servicios públicos.
- Ingreso nacional bruto (INB), cantidad de bienes y servicios producidos por los residentes de un país, aunque estos bienes se produzcan en un país extranjero.

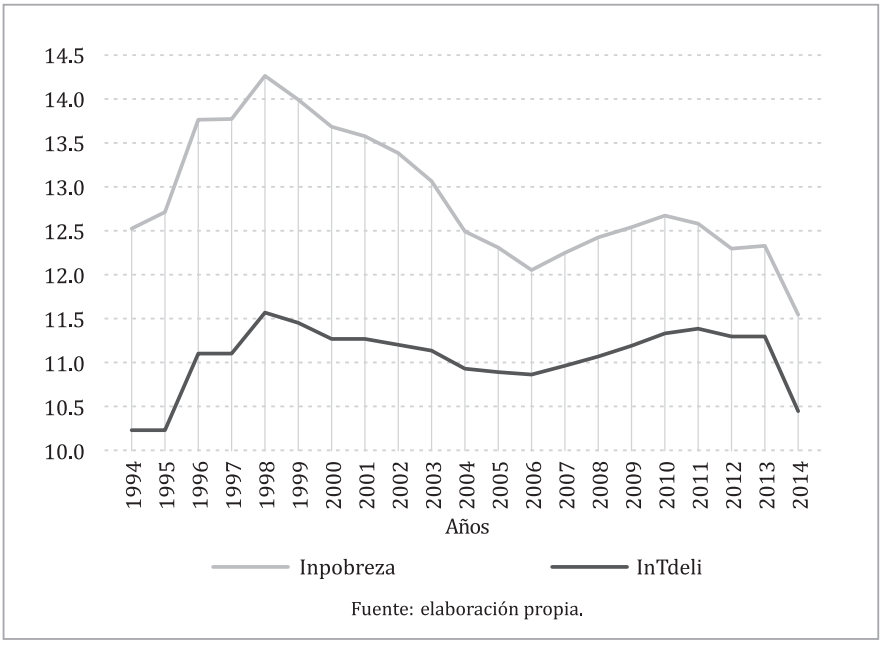
- PIB per cápita (Pibper), cuantifica la producción total llevada a cabo en un país, con independencia de la residencia del factor productivo que la genera.

4. Análisis estadístico

4.1. Tasa de delitos y pobreza

La pobreza es una de las primeras causas estructurales de los problemas en el país, una de las consecuencias es el aumento de la tasa de delincuencia que existe actualmente; como se puede observar en el gráfico n.º 3, hay una asociación directa entre la tasa de pobreza y la de delitos, ya que, a medida que aumenta la tasa de pobreza, se eleva también la tasa de delitos, esta se ve reflejada como una sombra.

Gráfico n.º 3. Tasa de delitos y pobreza 1994 a 2014



Fuente: elaboración propia.

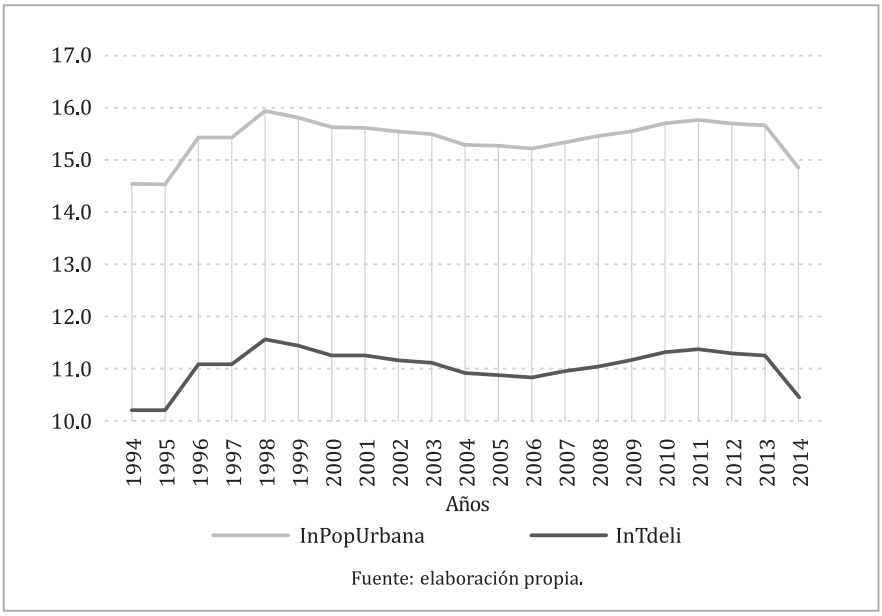
4.2. Tasa de delitos y población de 0 a 14 años

La variable etariedad está conformada por la población de 0 a 14 años, la cual fue una variable explicativa para la tasa de delitos. Se observa que a medida que esta comunidad crece, la tasa de delitos también.

4.3. Tasa de delitos y población urbana

Otra de las variables explicativas es la población urbana, que describe una misma tendencia de crecimiento con la tasa de delitos, porque se encuentra en las zonas urbanas donde existe mayor propensión a cometer un delito.

Gráfico n.° 4. Tasa de delitos y población urbana de 1994 a 2014

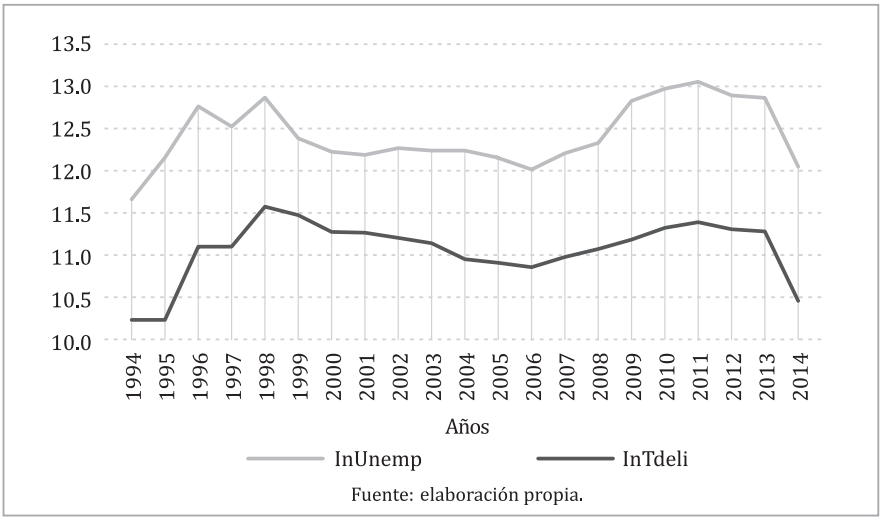


Fuente: elaboración propia.

4.4. Tasa de delitos y desempleo

Las personas que no tienen un trabajo digno, que no cubren sus necesidades, cuentan con muy pocas oportunidades de sobrevivencia. Por lo tanto, tienden a delinquir, y con lo obtenido buscan saciar sus necesidades básicas personales y familiares.

Gráfico n.° 5. Tasa de delitos y desempleo de 1994 a 2014

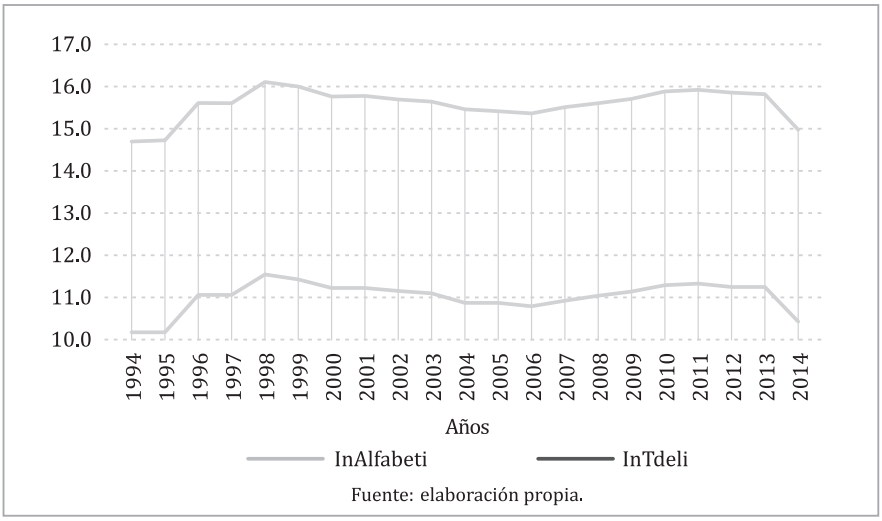


Fuente: elaboración propia.

4.5. Tasas de delitos y analfabetización

La alfabetización en el país, al igual que la educación, es una variable descriptiva para el análisis, ya que al tener una mayor población letrada y educada, los niveles de delincuencia se verán disminuidos. Esto se observa en el gráfico n.º 6, donde al descender la tasa de analfabetización, la tasa de delincuencia también se contrae.

Gráfico n.° 6. Tasa de delitos y analfabetización de 1994 a 2014



Fuente: elaboración propia.

5. Formulación del modelo

Para ilustrar ello, se formula el siguiente modelo de regresión para explicar la variable endógena «Y» (tasa de delitos), en el periodo de 1994 al 2014, para así conocer el comportamiento de las variables explicativas y los cambios que estas presentan. Asimismo, se plantea el análisis de los últimos veinte años, a fin de considerar acontecimientos relevantes, durante ese tiempo, con un total de 21 observaciones. Lo anterior se explica de la siguiente forma:

$$Yit = \beta 0t + \beta 1\ (X1) + \beta 2\ (X2) \ldots + ui$$

$$i = 1, 2,3 \ldots n \qquad t = 1994, 1995, 1996 \ldots t$$

Y: es la variable explicativa tasa de delitos
i: es el número de observaciones dentro del estudio
t: es la dimensión en el tiempo
X: es un vector de variables explicativas

6. Resultados de estimación

Conforme a la evaluación, se exhibieron distintas pruebas de combinación de variables para observar la significancia de cada una con la variable dependiente. De este modo, al estimar el modelo con las variables explicativas, es relevante mencionar que once de las analizadas no fueron significativas, por lo cual fueron eliminadas y quedaron solo cuatro, que demostraron de manera más consistente las hipótesis planteadas en el estudio.

A partir de ello, denotamos a la ecuación de la siguiente manera:

$$Yit = \beta 0t + \beta 1\ (pobreza) + \beta 2\ (Pop014) + \beta 3\ (PopUrbana) + \beta 4\ (Alfabeti) + ui$$

En algunos casos, el análisis de regresión no solo se usa para determinar causalidad, sino que también se utiliza para ver si dos variables

están relacionadas negativa o positivamente. De acuerdo con los resultados presentados en el cuadro anterior, notamos que, al realizar el análisis de regresión, obtenemos el coeficiente de determinación (R^2) de 0.8213 y un $\hat{R}$ ajustado de 0.7617, los cuales expresan la bondad de ajuste del modelo de regresión.

Cuadro n.° 3. Modelo econométrico para la estimación de la tasa de delitos en México

Número de observaciones: 21					
Periodo correspondiente: 1994-2014					
Prueba de diagnóstico		R^2 = 0.8213	$\hat{R}$ ajustada = 0.7617		
Variables	**Descripción**	**Coeficiente**	**Error estándar**	**t-statistic**	**Probabilidad P>|t|**
Pobreza	Pobreza	5386.146	1240.699	4.34	0.001
Pop014	Población de 0 a 14 años	75014.58	15460.51	4.85	0.000
Pop Urbana	Población urbana	74308.55	20314.84	3.66	0.002
Alfabeti	Personas alfabetizadas	-11417.25	5101.16	2.24	0.041
_cons		9183610	2118159	4.32	0.001

Fuente: elaboración propia.

6.1. Interpretación de resultados

6.1.1. Tasa de delitos y pobreza

La primera variable es la pobreza, la cual evidencia un coeficiente positivo de 5386.146. La cifra indica que a medida que aumenta, la tasa de delitos también. En esa línea, es una hipótesis aprobada por nuestro modelo, a través del valor del coeficiente p-value de 0.00.

6.1.2. Tasa de delitos y población de 0 a 14 años

La siguiente variable es la etariedad (población de 0 a 14 años) que muestra un coeficiente positivo de 75014.58, por la cual comprobamos que mientras se tiene mayor población en este rango de edad, la tasa de delitos se incrementa. Además, un p-value de 0.000 es significativo para nuestra hipótesis.

6.1.3. Tasa de delitos y población urbana

En el caso de la variable población urbana, hay un coeficiente positivo 74308.55 que refiere que a mayor población urbana la tasa de delitos se acrecienta. En función de ello, hay un valor del estadístico p-value de 0.002, que es significativo para nuestro análisis.

6.1.4. Tasa de delitos y alfabetización

Con respecto a mayor alfabetización (con coeficiente de -11417.25), la tasa de delitos disminuye, con un valor estadístico p-value de 0.041, que es significativo para nuestro análisis.

7. Prueba de heterocedasticidad

7.1. Prueba Breusch-Pagan (BP) para heterocedasticidad

Para poder comprobar que las conclusiones no son espurias, realizamos diferentes pruebas, la primera es la de heterocedasticidad BP, propuesta por Wooldridge (2010). Esta expresa que, si el p-value de la prueba es suficientemente pequeño, es decir, menor que el nivel de significancia elegido (en este caso 0.05), se rechaza la hipótesis nula de homocedasticidad. En nuestro caso, el valor obtenido del p-value es de 0.281, por lo tanto, la hipótesis nula de homocedasticidad no se rechaza.

Cuadro n.° 4. Prueba Breusch-Pagan para heterocedasticidad

$chi^2(1)$	Prob > chi2
1.16	0.281
Fuente: elaboración propia.	

7.2. Prueba de White para heterocedasticidad

Para reforzar la prueba anterior, llevamos a cabo la prueba de White, la cual consiste en observar los valores ajustados de las variables independientes, de acuerdo con esto y con el análisis del estadístico p-value, se evidencia que en la prueba no hay heterocedasticidad.

Cuadro n.° 5. Prueba de White para heterocedasticidad

chi²(20)	**Prob > chi2**
21	0.3971
Fuente: elaboración propia.	

Cuadro n.° 6

Source	**Chi²**	**df**	**p**
Heteroskedasticity	21	20	0.3971
Skewness	7.12	5	0.2119
Kurtosis	0.07	1	0.7976
Total	**28.18**	**26**	**0.3494**
Fuente: elaboración propia.			

7.3. Prueba de autocorrelación

Siguiendo con el estudio de correcta especificación y funcionalidad del modelo, desarrollamos la tabla de correlaciones de las variables independientes con el objetivo de medir la asociación lineal entre ellas y descartar autocorrelación.

7.3.1. Correlación de variables significativas

Cuadro n.° 7

Observaciones 21						
	Tdeli	Pobreza	Desem-pleo	Población de 0 a 14 años	Población urbana	Personas alfabeti-zadas
Tdeli	1.0000					
Pobreza	0.1401	1.0000				
Desem-pleo	-0.3054	-0.1383	1.0000			
Población de 0 a 14 años	-0.168	0.8901	-0.2067	1.0000		
Población urbana	0.1324	-0.9006	0.19	-0.9978	1.0000	
Personas alfabeti-zadas	0.0125	-0.8003	0.4353	-0.923	0.9161	1.0000

Fuente: elaboración propia.

En el correlograma, se expone la relación lineal de la tasa de delincuencia con las variables explicativas de nuestro análisis, un ejemplo sería que a medida que aumenta la tasa de pobreza, la tasa de delincuencia sube en 0.14 %. No obstante, en el caso de la variable etariedad, mientras se eleva la población de 0 a 14 años, la tasa de delincuencia disminuye en 0.16 %. Esto quiere decir que si hay más niños, la tasa de delincuencia cae.

8. Conclusiones

Según los resultados obtenidos en el modelo econométrico, se concluye que, para disminuir la tasa de delitos en México, las variables a controlar son la tasa de pobreza, la etariedad, la población urbana y la analfabetizada. Lo anterior se basa en la hipótesis de que a mayor número de delitos, estas variables se verán afectadas de diferentes

maneras; por lo tanto, mostrará un comportamiento de causa y efecto, por lo que se propone combatir las causas.

Con respecto al factor socioeconómico, las personas que viven bajo la línea de bienestar muestran una gran motivación para cometer un acto delictivo; por tanto, se propone ampliar la cobertura de los programas sociales que permitan entregar las transferencias a las personas que lo necesitan, en especial a los más jóvenes.

Por otro lado, dentro del factor demográfico, tenemos a la etariedad con la variable población de 0 a 14 años, que manifiesta una relación positiva. Ello comprueba que los más jóvenes son los que más tienden a cometer delitos. Por consiguiente, se considera realizar campañas de actividades lúdicas, deportivas y capacitación para el trabajo en este sector de la población, así como de control poblacional que eviten embarazos no deseados en ese rango de edad.

En tanto, acerca de las variables demográficas, tenemos la de población urbana, donde la densidad poblacional afecta el incremento delictivo, es decir, entre más número de personas vivan en una zona urbana, mayor delincuencia se cometerá.

Por último, la variable de analfabetización supone que, al tener un mayor número de población letrada, la tasa de delitos se verá en descenso, por lo cual también se plantea mejorar el acceso de la población a los diferentes niveles educativos, así como la calidad de los conocimientos que adquieran.

Además de esto, se ofrece generar programas de retención de la población de 0 a 14 años en los niveles educativos correspondientes y en los superiores. El objetivo es dotar a la población de capacidades y competencias que favorezcan su desarrollo en el mercado laboral para la obtención de mejores ingresos.

En suma, se puede señalar que los factores que acrecientan la delincuencia deben ser considerados con mayor interés, mediante la incorporación de políticas públicas que mejoren la calidad de vida. Es necesario también la inclusión de políticas sociales que impulsen el empleo, que desencadenará oportunidades económicas para los jóvenes que se encuentran en riesgo social, sin dejar de lado la educación, la cual influye en la ocurrencia de delitos en el país.

Referencias

Banco Mundial (2011). *Crimen y violencia en Centroamérica. Un desafío para el desarrollo*. Washington D. C.: Banco Mundial. Recuperado de https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7598.pdf

_____ (2013). Tasa de alfabetización, total de adultos (% de personas de 15 años a más). Recuperado de https://datos.bancomundial.org/indicador/SE.ADT.LITR.ZS

_____ (2014). Desempleo, total (% de la población activa total) (estimación modelado OIT). Recuperado de https://datos.bancomundial.org/indicador/SL.UEM.TOTL.ZS

_____ (2016). Rural population (% of total population). Recuperado de https://data.worldbank.org/indicator/SP.RUR.TOTL.ZS

_____ (2017). Tasa de incidencia de la pobreza, sobre la base de la línea de pobreza nacional (% de la población). Recuperado de https://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.NAHC

_____ (2019). Population ages 0-14, total. Recuperado de https://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.0014.TO

Becker, G. (2002). Crimen y castigo: un enfoque económico. En Roemer, A. (ed.), *Derecho y Economía: una revisión de la literatura* (pp. 383-436). México: Fondo de Cultura Económica.

Casas, F. (1991). El concepto de calidad de vida en la intervención social en el ámbito de la infancia. *III Jornadas de Psicología de la Intervención Social*, (2), 649-672.

Comisión Nacional de los Salarios Mínimos (2015). Nuevos salarios mínimos 2015. *Boletín de prensa*. Recuperado de http://www.conasami.gob.mx/boletin_nvos_sal_2015.html

Congreso de los Estados Unidos Mexicanos (2019). Ley Federal del Trabajo. Ciudad de México: 1 de julio de 2019. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_020719.pdf

Consejo Ciudadano para la Seguridad Pública y la Justicia Penal (2019). Ranking 2019 de las 50 ciudades más violentas del mundo. Recuperado de http://seguridadjusticiaypaz.org.mx/sala-de-prensa/1590-boletin-ranking-2019-de-las-50-ciudades-mas-violentas-del-mundo

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (2015). Evolución de las dimensiones de la pobreza 1990-2014. Recuperado de https://www.coneval.org.mx/Medicion/EDP/Paginas/Evolucion-de-las-dimensiones-de-la-pobreza-1990-2014-.aspx

_____ (2017). Resultados de pobreza en México 2016 a nivel nacional y por entidades federativas. Recuperado de https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx

García, M. (2002). El bienestar subjetivo. *Estudios de Psicología*, (6), 18-39. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=281674

Instituto Mexicano de la Juventud (2014). *Programa Nacional de la Juventud 2014-2018*. México D. F.: SEBGOB.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) (2010). *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo*. México D. F. Recuperado de https://www.snieg.mx/DocumentacionPortal/iin/Acuerdo_6_V/Encuesta%20Nacional%20de%20Ocupaci%C3%B3n%20y%20Empleo%20ENOE%202010.pdf

Langner, A. (10 de enero de 2018). Bolsa para seguridad se duplica en guerra vs. narco. *El Economista*. Recuperado de https://www.eleconomista.com.mx/politica/Bolsa-para-seguridad-se-duplica-en-guerra-vs-narco-20180110-0149.html

Martínez, L. (25 de junio de 2018). Incremento de delincuencia organizada en México, producto de su debilidad institucional: Índice de Paz México 2018. *El Economista*. Recuperado de https://www.eleconomista.com.mx/politica/Incremento-de-delincuencia-organizada-en-Mexico-producto-de-su-debilidad-institucional-Indice-de-Paz-Mexico-2018-20180625-0041.html

Narayan, D. (2002) *La voz de los pobres. ¿Hay alguien que nos escuche?* Washington D. C.: Banco Mundial. Recuperado de http://www.psicosocial.net/historico/index.php?option=com_docman&view=download&alias=819-la-voz-de-los-pobres-ihay-alguien-que-nos-escuche&category_slug=teoria-politica& Itemid=100225

Organismo para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2015). *¿Cómo va la vida? 2015. Medición del bienestar*. París: OCDE.

_____ (2017). OECD unemployment rate stable at 5.9% in May 2017. Recuperado de http://www.oecd.org/sdd/labour-stats/OECD-HUR-07-17.pdf

Orozco, M., Alba, C. de y Cordourier, G. (2004) *Lo que dicen los pobres: una perspectiva de género*. México D. F.: Secretaría de Desarrollo Social. Recuperado de http://www.pot.sedesol.gob.mx/work/models/SEDESOL/Resource/2155/1/images/Docu_13_2003.pdf

Schultz, T. (1991). Investment in Human Capital. *The American Economic Review*, *51*(1), 1-17. Recuperado de https://www.jstor.org/stable/1818907?seq=1

Thomé, H. (2004). *Victimización y cultura de la seguridad ciudadana en Europa* [Tesis doctoral]. Barcelona: Departamento de Sociología y Análisis de las Organizaciones de la Universidad de Barcelona. Recuperado de https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/2866/TOL356.pdf

Wooldridge, J. (2010). *Introducción a la econometría*. México D. F.: Cengage Learning.

Vulnerables y proceso concursal[1]

Miguel Alberto Piedecasas
Consejo de la Magistratura de la Nación, Argentina
piedecasasmiguel@gmail.com

1. Introducción

La relación entre los derechos de las personas en condiciones de vulnerabilidad y el derecho positivo vigente de los distintos países es una cuestión que ha sido debatida por la doctrina autoral y judicial; asimismo, recientes fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en Argentina, tratan esta temática central que obliga a la reflexión.

En este análisis, la cuestión se plantea en el marco de los derechos de las personas vulnerables y la insolvencia empresarial (Ley de Concursos y Quiebras), que coloca al deudor en imposibilidad para afrontar sus obligaciones. Entre ellas, se encuentra la relación que mantiene con el sujeto en dicha situación, que, por la norma vigente en el país, carece de principio de privilegio legal; es decir, detenta la calidad de quirografario.

Ello provoca la tensión entre un derecho positivo actual, de orden legal, frente a un individuo que se ve impedido absoluta o relativamente, según el caso, de percibir sus acreencias para la vida y la salud, con la urgencia y la inmediatez que requiere. Por tanto, afecta el ejercicio de sus derechos fundamentales y perturba su acceso a la justicia en igualdad.

1 El artículo fue publicado como material del curso «Concursos y Quiebras» de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Lomas de Zamora (Argentina) (Piedecasas, s. f.).

De esta manera, la vulnerabilidad se proyecta hacia ámbitos del ordenamiento jurídico, que refieren a derechos tradicionalmente patrimoniales, en los cuales imperan fuertemente las nociones de propiedad, la autonomía de la voluntad, la libertad contractual, la conservación de la empresa y el resguardo de los acreedores, que han dado origen y sostén a esa actividad empresarial.

Esta temática ha sido abordada recientemente por la CSJN y, en lógica consecuencia, el debate se ha trasladado a la doctrina y la jurisprudencia de otros tribunales, por ello el motivo de nuestra intervención.

A partir de lo anterior, se ha señalado que:

> La crisis de la empresa es causa, por muchos aspectos, de alarma social, y esto porque múltiples intereses colectivos se ven gravemente amenazados. Un primer motivo de alarma, que socialmente ha sido advertido desde hace mucho tiempo, consiste en el perjuicio que la crisis del establecimiento acarrea a los acreedores, ya que la empresa ordinariamente vive del crédito ajeno y su crisis conduce, en perjuicio de la masa a menudo innumerable de los acreedores, a la imposibilidad de recuperar, o de recuperar en su totalidad todo lo que se les debe (Galgano, 1999, p. 185).

Esta situación se torna más crítica cuando el que no cobra es una persona vulnerable, quien requiere de ese dinero para poder mantener vigente su derecho a la vida, la salud y su integridad psicofísica, es decir, sus derechos fundamentales.

Por tanto, la vulnerabilidad, los derechos humanos fundamentales, la insolvencia empresarial, los acreedores —con y sin privilegio— y los plazos judiciales irrazonables constituyen algunos de los elementos a analizarse; además, se encuentran articulados o en pugna, según la perspectiva que se adopte.

El primer precedente al que hacemos mención es la sentencia «Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L. A. R. y otros», dictado el 6 de noviembre de 2018, por el CSJN.

El supuesto de hecho nos ubica ante un crédito con causa en una indemnización de daños derivados de responsabilidad médica

ocurrida durante el nacimiento de M. B. L. (20 de diciembre de 1994), «que le provocó una parálisis cerebral con 100 % de capacidad irreversible» (CSJN, 2018, p. 16).

Desde el 20 de diciembre de 1994, se transitaron los ámbitos y los tiempos del proceso de daños respectivos y, posteriormente, el proceso concursal. Así, transcurrieron alrededor de veinticuatro años desde el hecho hasta el fallo de la Corte. El otro dato fáctico central es que el reclamante es un(a) niño(a) con una incapacidad total. En otras palabras, reúne dos condiciones de vulnerabilidad.

El segundo precedente de la institución tiene una similar plataforma fáctica y jurídica, que se expide el 26 de marzo de 2019, llamado «Institutos Médicos Antártida S/ Quiebra S/ Incidente de Verificación (RAF y LRH de F)».

Se trata también de un caso de responsabilidad médica, cuyo hecho fundante ocurrió el 25 de mayo de 1990. Durante el nacimiento de BMF, se «le provocó una parálisis cerebral con 100 % de incapacidad total e irreversible» (CSJN, 2019a, p. 4), desde el momento de la sentencia han transcurrido veintiocho años.

Concurren, al igual que en el anterior precedente citado, por lo menos dos escenarios de vulnerabilidad: la niñez y la discapacidad. Además, se le ha causado el mayor daño, debido a la demora o el retraso en la resolución judicial que le permita acceder a su derecho a una justa y necesaria indemnización.

2. Las Reglas de Brasilia en la normativa de Argentina

El texto de las 100 Reglas de Brasilia contempla los supuestos de «mayor vulnerabilidad» justamente cuando coincide más de una causa que influye en el ejercicio de sus derechos, en el que encuadra el presente caso y agudiza su gravedad.

En este sentido, y en forma preliminar, hay un concepto de base consensual que los Poderes Judiciales han adoptado con respecto a quienes son «personas en condiciones de vulnerabilidad». Por tanto, toman en cuenta a una que está en dicha posición cuando su capacidad

para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto, que los sitúe en una situación de riesgo, no está desarrollada; en otras palabras, está limitada por circunstancias diversas para actuar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

En este contexto, «se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales», o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas «encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico» (Regla 3).

Asimismo, se manifiesta que:

> Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas-culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad . La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico (Regla 4).

En sintonía con ello, los organismos judiciales han incorporado las Reglas de Brasilia sobre la base de su propio derecho interno. Así, estas, en sus fundamentos, se autodefinen como «recomendaciones» de políticas públicas y «trabajo cotidiano», en relación con las «buenas prácticas». Por ello, han sido calificadas como una expresión de *soft law*, esto es, «elementos normativos sin vinculación que, aunque no produzcan por sí solos, derechos ni obligaciones, sí pueden determinar algunos efectos jurídicos y transformarse, a través del uso de órganos competentes en derecho inmediatamente preceptivo» (Pastore, 2014, p. 76).

Por tanto, proyectan sus efectos en las etapas de la interpretación y la integración de las normas y, correlativamente, en la operatividad cotidiana con respecto a la aplicación del derecho.

Además, el citado instrumento internacional se originó bajo la consigna de «una justicia que protege a los más débiles», que tiende, además, a superar las «desigualdades reales» que las personas, por determinadas condiciones, enfrentan en el sistema de justicia, la misma que le genera una dificultad.

De esta manera, propenden a una tutela diferenciada y recaen las «recomendaciones» sobre el Estado en su conjunto y sus tres poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). Estos son responsables de eliminar todo obstáculo que impida el ejercicio del derecho de la persona o un conjunto de ellas en condiciones de vulnerabilidad. Así, el sujeto debe primar sobre las «formas» jurídicas, pues el derecho está a su servicio, por sobre los rigorismos formales, y se impone la actuación de oficio en todos los procesos en que pueda verse afectado.

Los dos planos con los que se vinculan las Reglas de Brasilia son en referencia al reconocimiento normativo de sus derechos y al de las «buenas prácticas» que tienden a su efectivo cumplimiento.

Se ha expresado que es una «tutela que no se cierne al reconocimiento normativo de derechos de los grupos más vulnerables, sino a las prácticas que tienden a su efectivo cumplimiento. La clave son las prácticas» (Sosa, 2019, s. p.).

De esta manera, se desarrollan sobre las bases de diversos principios e ideas rectoras, entre las que destacan el trato digno, mediante la adecuación del servicio de justicia a las circunstancias (vulnerabilidades), el derecho a la información en todas y cada una de las etapas y los «momentos» del proceso judicial, así como también en vicisitudes anteriores, accesorias o posteriores sobre el mismo.

También establece que se eliminen las barreras o los obstáculos económicos para el acceso a la justicia y el cabal ejercicio de los derechos. Sumado a esto, afirma que se comprometan a garantizar la «gratuidad» para aquellas personas vulnerables, condicionadas por este aspecto. En esa línea, y de acuerdo con las Reglas 34 y 35, la organización y la gestión judicial están orientadas por la «simplificación»,

«oralidad», «actuación interdisciplinaria» y «proximidad o inmediatez» de los actores principales y secundarios del sistema de justicia.

En función de ello, se resalta el valor de los medios alternativos de resolución de conflictos, que estimula las formas propias en ámbitos especiales como el de las comunidades indígenas. En adición, incorpora el respeto por la dignidad, la cosmovisión, la costumbre y las tradiciones culturales; por consiguiente, plasma en su postulación, el derecho de toda persona de «entender y ser entendida» en un proceso judicial.

En esa línea, propicia el lenguaje claro, sencillo e inclusivo en todos los documentos judiciales, ya sea las resoluciones y las notificaciones. Además, brinda la posibilidad de recurrir a «referentes emocionales» (Regla 65), según la naturaleza del proceso, así como a «ambientes amigables» para evitar la disuasión por las formas o los ritos judiciales; y propugna la eliminación de las barreras arquitectónicas, informativas, actitudinales, toda vez que facilita no solo la comprensión, sino también el acceso y la permanencia de la persona en condición de vulnerabilidad en ámbitos judiciales.

Sumado a lo anterior, postula, y es fundamental, la idea rectora y transformadora de «colaboración» de todos los poderes del Estado, las organizaciones de la sociedad civil, las académicas, las universitarias y de toda índole, a fin de convertir en realidad estos principios que hacen a la «dignidad humana».

Las Reglas de Brasilia fueron incorporadas a las prácticas del sistema de justicia en la Argentina, a través de la Acordada n.º 5/2009, que decide adherirlas y expresa que «deberán ser seguidas, en cuanto resulte procedente, como guía en los asuntos a que se refieren» (p. 1). En sentido equivalente, se han pronunciado las Cortes y Tribunales Superiores de las Provincias, el Ministerio Público de la Defensa y el Ministerio Público Fiscal de la Nación.

Ahora bien, determinado el concepto de vulnerables y el alcance las 100 Reglas, en cada caso en particular, existen convenciones internacionales que han sido ratificadas, adoptadas e incorporadas por nuestro país a su legislación interna, o bien, atienden a su rango de reconocimiento constitucional, pues son directamente operativas en el ámbito del país.

En particular, y en relación con los precedentes jurisprudenciales a los que nos estamos refiriendo, se tiene que prestar atención a la noción general de personas en condiciones de vulnerabilidad. El instrumento internacional dice lo siguiente:

> Se considera niño, niña y adolescente a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud del ordenamiento jurídico nacional e internacional aplicable.
>
> Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo (Regla 5).

Por tanto, prevalecerá el interés superior de los menores de edad en el momento que interactúan con el sistema de justicia. En esa línea, se afirma que:

> Se entiende por discapacidad la situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias físicas, psicosociales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, y cualquier tipo de barreras de su entorno, que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (Regla 7).

A los efectos de estas Reglas, se encuentran en situación de discapacidad las personas que, de manera temporal, presenten deficiencias que limiten su acceso a la justicia en igualdad de condiciones. De esta manera, se señala que:

> Se establecerán las condiciones necesarias de accesibilidad para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen igualdad de trato, reconocimiento como persona ante la ley, respeto de su autonomía, capacidad de actuar, seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación, sea esta a través de cualquier medio tecnológico que requiera, atendiendo la brecha digital y cultural (Regla 8).

A partir de lo anterior, se promoverá la inclusión laboral en los Poderes Judiciales.

En estos casos en análisis, algunos de los tratados internacionales con los cuales se tiene un punto de conexión, y que resultan aplicables, son la Convención de los Derechos de los Niños y Niñas (Ley n.º 23849 de 1990), la Convención de las Personas con Discapacidad (Ley n.º 26378 de 2008), entre otros.

La Convención de Personas con Discapacidad propone un sistema de protección y enaltecimiento de sus derechos; además, impone obligaciones generales y específicas a los Estados, entre ellas destacamos:

> 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;
>   c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad;
>   d) 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 (el énfasis es nuestro).

Como se puede observar, se exige la adopción de cualquier clase o naturaleza de medidas tendientes a hacer efectivos los derechos. En otras palabras, comprende las decisiones judiciales para realizarse en sentido positivo o de abstención de implementar determinaciones que puedan afectarlos.

En relación con algunas de las responsabilidades específicas a tomar en cuenta, se presentan las siguientes:

> Artículo 17. Protección de la integridad personal.
> Toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás.

También se sustenta que:

> Artículo 25. Salud.
> Los Estados partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud.

Si se ha ordenado, en el caso concreto, que el crédito, cuyo pago se reclama, está directamente vinculado con la vigencia y el goce de estos derechos fundamentales, la decisión judicial debe acogerse, ya que así, desde nuestra perspectiva, lo requiere el instrumento internacional.

Mientras tanto, la Convención sobre los Derechos del Niño instaura, en diversas normas, la responsabilidad del Estado de resguardar sus derechos e implementar disposiciones positivas para su real concreción. Así, afirma que:

> Artículo 3.
> 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
> 2. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 4.

Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

A ello se añade que:

Artículo 23.

1. Los Estados partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.
2. Los Estados partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.
3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

Entonces, se aprecia la resolución judicial (tribunales, adopción de las medidas hasta el máximo de los recursos disponibles) como una alternativa válida, posible y exigible al Estado para los fines de la preservación de los derechos que consagra la Convención.

A estas normas se suma la Ley n.º 26601, que en distintos artículos consagran este carácter superior, obligatorio e imperativo. De este modo, se rescata lo siguiente:

> Artículo 1. OBJETO. Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.
>
> Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.
>
> Artículo 2. APLICACIÓN OBLIGATORIA. La Convención sobre los Derechos del Niño es de *aplicación obligatoria* en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, *judicial* o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.
>
> *Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles*.
>
> Artículo 3. INTERÉS SUPERIOR. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley .

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros (énfasis nuestro).

Además, se agrega que:

Artículo 5. RESPONSABILIDAD GUBERNAMENTAL. *Los Organismos del Estado* tienen la responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal.

En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los Organismos del Estado mantener siempre presente el *interés superior de las personas sujetos de esta ley* y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen.

Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes.

Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con *absoluta prioridad* el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

La prioridad absoluta implica:

[…]

2. *Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas* (énfasis nuestro).

De otro lado, se hace hincapié en que:

Artículo 8. DERECHO A LA VIDA. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida.

Artículo 9. DERECHO A LA DIGNIDAD Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas,

abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral.

La persona que tome conocimiento de malos tratos, o de situaciones que atenten contra la integridad psíquica, física, sexual o moral de un niño, niña o adolescente, o cualquier otra violación a sus derechos, debe comunicar a la autoridad local de aplicación de la presente ley.

Los Organismos del Estado deben garantizar programas gratuitos de asistencia y atención integral que promuevan la recuperación de todas las niñas, niños y adolescentes.

Sumado a esto, se sostiene que:

Artículo 14. DERECHO A LA SALUD. Los Organismos del Estado deben garantizar:
Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud.
[…]
Artículo 27. GARANTÍAS MÍNIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTÍAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías.
[…]
Artículo 29. PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD. Los Organismos del *Estado deberán adoptar todas las medidas* administrativas, legislativas, *judiciales* y de otra índole, *para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley* (énfasis nuestro).

Es dable sostener que estamos frente a un conjunto de normas obligatorias para el Estado (en cualquiera de sus manifestaciones, aun la judicial), de orden público internacional y nacional, que deben imponerse a través de las decisiones judiciales. Estas tienen que resguardar el principio de efectividad y prevalencia; es decir, cuando colisionen con otros derechos que no presenten la misma jerarquía, la determinación será a favor de los derechos de las personas vulnerables.

Desde nuestra perspectiva, y conforme a las reglas de derecho de los tratados y el derecho constitucional de nuestro país, estas convenciones internacionales, debidamente ratificadas y aprobadas e incorporadas por nuestras leyes, constituyen un derecho propio aplicable a los supuestos de hechos en los que se configure una circunstancia de vulnerabilidad; en otras palabras, que comprometa a un niño o una niña con discapacidad o impedimentos, según la terminología del instrumento internacional al que nos referimos.

Sobre el estado de situación, en general, en Argentina, se ha señalado que:

> Todo el sistema reposa en la Constitución y en la ley, pero su implementación puede comprender la aplicación de tratados y demás convenios internacionales, que en muchos casos requieren *a posteriori* —para su vigencia efectiva— la sanción de normas reglamentarias que les permitan ser autosuficientes ante los jueces. Como ejemplo, pueden citarse casos referidos a las convenciones sobre eliminación de toda forma de discriminación.
>
> La Argentina se ha mostrado y dispuesto a ratificar los «pactos especiales» que tanto las Naciones Unidas (ONU) como la Organización de los Estados Americanos (OEA) han sancionado con el fin de perfeccionar las respectivas Declaraciones de Derechos de 1948. Así la «Convención Americana sobre Derechos Humanos» de la OEA, firmada en 1969 y conocida también como «Pacto de San José de Costa Rica», fue aprobada por el Congreso Nacional el 01/03/1984 (Ley n.º 23054) y ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 14 de agosto del mismo año, entrando en consecuente vigor para nuestro país en esa última fecha.
>
> En el ámbito de las Naciones Unidas, por su parte, se firmaron en 1966 el «Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

> Culturales» y el «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos», así como un «Protocolo Facultativo» de este último. Estos tres instrumentos fueron aprobados por el Congreso nacional el 17/04/1986 (Ley n.º 23313) y su ratificación fue efectuada por el Poder Ejecutivo el 8 de agosto del mismo año, entrando en vigor para nuestro país tres meses después.
>
> De ese modo, nuestro país se incorporó al concierto de las naciones que reconocen y asumen internacionalmente la obligación de respetar los derechos humanos, y que se someten a los procedimientos e instituciones internacionales destinados a otorgarles efectiva protección en los casos concretos. Con la reforma constitucional de 1994, en el art. 75, inc. 22, fueron reconocidos (y abiertos a su ampliación ulterior) la mayoría de los tratados y convenciones de «derechos humanos», los que tienen «jerarquía constitucional» en las condiciones de su vigencia; y advirtiendo que «no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos». Trece «declaraciones» y «convenciones» están hoy en vigor (Vanossi, 2019, pp. 203-204).

Se evidencia que existen tratados internacionales en la materia y las respectivas leyes nacionales de aprobación e incorporación al derecho interno. Ello permite eliminar cualquier conflicto con respecto a la operatividad y/o la supremacía de fuentes.

En consecuencia, y según nuestra interpretación, las decisiones legislativas, administrativas y judiciales deben ser adoptadas en consonancia con los preceptos de las convenciones aplicables al caso, con la finalidad de lograr su efectivo cumplimiento.

En el caso específico, los magistrados en ejercicio de la jurisdicción tienen que producir, entonces, los «ajustes razonables y proporcionales», a fin de aplicar el derecho en su conjunto; esto es, la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. En ese sentido, se pondera la situación de vulnerabilidad de la persona; lo anterior se materializa con una solución justa, sobre la base de los fundamentos que hacen al resguardo de la dignidad humana. De lo contrario, lo que podrá ocurrir es la «cristalización o profundización» de la desventaja.

Si el supuesto de hecho quedara comprendido en el ámbito de vigencia temporal del Código Civil y Comercial (CCyC), consideremos los artículos 1, 2 y 51 de ese cuerpo legal, pues los casos son resueltos conforme a las leyes aplicables, de acuerdo con la Constitución y los tratados de derechos humanos en los que sea parte. Asimismo, la norma tiene que ser interpretada a partir de sus palabras, finalidades, normas análogas y las disposiciones que surgen de los mismos, de modo coherente con todo el ordenamiento y la estructural preservación y respeto por la dignidad humana.

En ese orden de ideas, exige que se preste atención a los artículos 705 y siguientes del CCyC, ya que abordan los procesos de familia, pero, a su vez, proponen una pauta de aplicación genérica, que bien puede ser trasladada a todos los ámbitos procedimentales en los que se perciba la presencia de una persona en condiciones de vulnerabilidad. Así, expresa que «las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables» (art 706, inc. a).

Estas reglas refieren, entre otras cosas, al «resguardo de la tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe, lealtad procesal, oficiosidad, oralidad» (art. 706), así como también a las facilidades para el acceso a la justicia, la resolución pacífica de los conflictos, los jueces especializados, el apoyo multidisciplinario, el interés superior del niño, la niña y los adolescentes; a ello se añade el derecho a ser oídos, las pruebas de oficio, la carga probatoria dinámica, la libertad, la amplitud y la flexibilidad en la prueba.

A partir de la información recogida, sostenemos que muchos de estos son receptados en las Reglas de Brasilia, las convenciones internacionales aplicables al caso; por tanto, la Constitución y el Código Civil y Comercial se encuentran en esa línea de actuación y desarrollo. De esta manera, el régimen de privilegios del propio Código, proyectado al esquema normativo de los concursos y quiebras, no resulta ajeno a estas pautas rectoras para la interpretación y la aplicación del derecho.

Desde otro plano de análisis, y con la finalidad de hacer concurrir ambos desarrollos, se presenta un crédito quirografario sin privilegio alguno, el cual en principio obstaría a que esa indemnización, vinculada

con la persona vulnerable, se haga efectiva. No obstante, depende de los fondos y los activos que existen para hacer frente a las obligaciones incumplidas.

En relación con los fallos, es necesario introducir a esta secuencia un detalle para que no pase desapercibido, la vulnerabilidad se generó en una «acción/omisión/responsabilidad» del deudor de la indemnización. Ello se valora con el conjunto de circunstancias fácticas, tras realizar las reflexiones que correspondan.

Ahora, ingresemos en la exploración de otro aspecto que confluye en el caso. Esto es, la situación de insolvencia (total o relativa) que procede como impedimento para el inmediato cobro de la acreencia de la persona desprotegida, la situación de concurso o quiebra, según los casos. Este carece de privilegio en un proceso concursal. Ello nos impulsa a preguntarnos sobre el sentido, la naturaleza, el alcance y los efectos del sistema de privilegios en el proceso concursal nacional.

La norma general se encuentra en el actual artículo 2574 del CCyC, donde «los privilegios resultan exclusivamente de la ley. El deudor no puede crear a favor de un acreedor un derecho para ser pagado con preferencia a otro, sino del modo como la ley lo establece». En ella se reitera el principio que antes consagraba el Código Civil derogado en los artículos 3875 y 3876.

Cuando la temática de los privilegios se traslada al ámbito concursal, hay que conjugar, entre otras normas, el artículo 2579 del CCyC y los preceptos 239 y siguientes de la Ley n.º 24522. Asimismo, el artículo 2573 del CCyC nos brinda la definición legal de privilegio, que «es la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro». Se ha dicho que al atribuirle la calificación jurídica de «calidad» se determina el carácter de accesorio del crédito. Los fundamentos, las razones o los motivos para decretarlos son diversos.

Aquí se podría formular una de las preguntas centrales para la institución de la decisión judicial, ¿cuáles son las razones, los motivos o los fundamentos por los que un crédito se considera privilegiado? Podríamos indagar sobre la naturaleza de estos como lo sugiere Manuel Obarrio (1898) en una de sus obras con respecto al primigenio Código de Comercio (hoy derogado). El autor menciona que:

> el privilegio puede definirse diciendo que es un derecho que la calidad del crédito da a un acreedor para ser preferido a los demás […]. Los privilegios existen sin necesidad de estipulación, y proceden meramente de la naturaleza de los créditos (p. 241).

Pero este no existe sin una norma que lo establezca. La ley determina si un crédito tiene o no privilegio (cualquiera sea su clase, general o especial). En esa línea, el legislador es el encargado de indagar en la naturaleza de este, ya sea en su relación con el bien o el giro de la empresa, así como también el financiamiento que de otra manera no se hubiera logrado.

De este modo, si el crédito al que estamos haciendo referencia no tiene un privilegio (calidad) ordenado por ley, no tendrá preferencia (cualquiera sea esta) para ser pagado con prelación a otro. En este sentido, se afirma que «los privilegios son de origen exclusivamente legal, accesorios a un crédito, de hermenéutica restringida e indivisibles» (Rivera, Roitman y Vítolo, 2005, p. 454).

Con respecto a su naturaleza jurídica, se agrega que:

> el crédito es el objeto de las obligaciones, mientras que el privilegio uno de sus efectos. Entonces, también este es concebido para permitir el cumplimiento de la obligación que lo origina, con cuyo objeto, el crédito, no se confunde, sino que a su logro se ordena (Villanueva, 2004, p. 33).

También se ha definido al privilegio como «el derecho surgido de la calidad del crédito, por motivo del cual la ley confiere al acreedor la facultad de ser pagado con preferencia a los otros acreedores del deudor» (Kemelmajer, Kiper y Trigo, 2006, p. 23).

Ahora bien, sobre los fundamentos de estos privilegios, se ha dicho que bajo este título se pretende responder a la pregunta: ¿por qué el legislador otorga una prioridad en el cobro que escapa a la regla de la igualdad de todos los acreedores? Se trata de averiguar las razones que han movido a crear legalmente cada uno de ellos.

Dar respuesta a esta interrogante es necesario, dado que el conflicto de intereses que toda concurrencia de acreedores implica no es un asunto a resolverse por un mero y caprichoso favor, dispensado por el legislador sobre los créditos en pugna, sino por un afinado y hondo sentido de la justicia mediante el cual se dé la satisfacción de los preferidos sin protesta de los relegados o pospuestos (De Gasperi y Morello, 1964).

Según un criterio minoritario, todos los privilegios hallan un único fundamento último, esto es, el acreedor se encuentra en imposibilidad de exigir seguridades personales o reales. El privilegio vendría a ser la solución jurídica a una desigualdad fáctica, por lo que, en definitiva, favorecería a la igualdad real. La desigualdad puede violentar la igualdad jurídica, ante cuyo quebrantamiento el Estado no tiene que permanecer indiferente. Por ello, el magistrado en presencia de una contratación irregular, y debido a las circunstancias de hecho, el acreedor carece prácticamente de libertad para exigir la constitución de una seguridad personal o real que respalde el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, cuando el contrato es interesante desde el punto de vista económico o social para la colectividad, acuerda al crédito un privilegio (Molinario).

La opinión mayoritaria entiende que no es posible encontrar una explicación única para todos los privilegios (Llambias, Highton, Trigo Represas, Pizarro-Vallespinos, Muller, Cordeiro Alvarez). Más aún, cada privilegio responde a más de una motivación. En cada caso, el funcionario toma en consideración razones peculiares. Algunas veces son el motivo de equidad, el amparo al trabajo y el interés público, de conveniencia económica, etcétera.

En una posición intermedia, pero más cercana a la segunda, se ha dicho que hay un fundamento mediato único (ante un pasivo mayor al activo, algunos acreedores quedarán pospuestos por otros que el legislador prefiere) y otros fundamentos inmediatos plurales, que varían según los casos (Boffi Boggero) (Kemelmajer, Kiper y Trigo, 2006).

De la lectura de los artículos 241 y 246 de la Ley n.º 24522, señalamos que los privilegios están fundados en razones lógicas y justas, que hacen a la existencia misma de los activos realizables y, así,

«los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de la cosa tienen esa preferencia» (art. 241), porque son los que hicieron posible que existiera. En tanto, los créditos laborales por un periodo determinado y/o provenientes de situaciones concretas encuentran su razón de ser en el orden público interno e internacional (convencional); también sin esa prestación de tareas la empresa y su giro no se hubieran originado. Por ende, tampoco los activos de los cuales los acreedores pretenden obtener todo o parte de sus créditos, porque fueron necesarios para acceder al financiamiento, base del negocio mismo. Si no estuvieran cubiertos con esas garantías especiales (y lógica preferencia), la subvención no se habría logrado, ni los activos que producen. En consecuencia, los acreedores no tendrían bienes y derechos para cobrar sus acreencias; así podríamos seguir enunciando a modo de ejemplo las razones lógicas y justas que llevan a la existencia de los privilegios (especiales o generales).

Ello no implica que no sean desplazados por otras acreencias que posean un argumento de mayor valor, que, a su vez, se relacione de manera más directa con la realización de lo justo en el caso concreto, como son aquellos fundados en el resguardo de derechos fundamentales y sustentados en el orden público nacional e internacional.

Como se observa, el orden público no se invoca entre los fundamentos genéricos de los privilegios. No obstante, sí se contempla en algunos de los supuestos enumerados (laborales, salud, alimentarios). De lo anterior se infiere dos iniciales conclusiones; por un lado, puede ser fundamento de la preferencia; por otro lado, no todos los privilegios tienen ese argumento; entonces, son en mayor medida desplazables (si se adopta esa posición).

Pero ¿podría desplazarse esta normativa legal, por considerarla inconstitucional y contraria a la disposición convencional de Argentina, mediante una decisión judicial?, o ¿solo es posible hacerlo a través de una reforma legislativa? A continuación, resolveremos estas interrogantes.

3. Las medidas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el proceso concursal

El fallo de primera instancia entendió que era procedente hacerlo por una decisión judicial. De esta manera, declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales prevista en los artículos 239 párr. 1, y 241, 242 y 243 parte general e inciso 2, de la Ley n.º 24522. Se verificó a favor de MLB un crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio. El pronunciamiento fue elogiado por sectores de la doctrina (Junyent, 2007).

La Cámara revocó la sentencia y consideró al crédito como quirografario, por lo que dejó sin efecto el pronto pago dispuesto por el juez de grado, respecto de la parte privilegiada del crédito.

La CSJN (2018) por mayoría (3 votos a favor y 2 en contra) confirma la sentencia de la Cámara. Además, sostiene que los privilegios solo se originan en la ley, la misma que, por ser una excepción a la garantía de igualdad, es interpretada restrictivamente, pues es un sistema cerrado, «sin que esté dado a los jueces realizar una interpretación amplia o extensiva de los supuestos reconocidos por la ley» (p. 5).

El voto de la mayoría considera que:

> ni las convenciones internacionales invocadas, ni la ley n.º 26601 contiene referencias específicas a la situación de los niños o personas con discapacidad como titulares de un crédito en el marco de un proceso concursal. Por consiguiente, no se prevé expresamente, ni puede derivarse de sus términos, una preferencia de cobro, por la sola condición invocada, respecto de los restantes acreedores concurrentes ni la exclusión de sus créditos del régimen patrimonial especialmente previsto por la ley concursal (CSJN, 2018, p. 6).

Además, reconoce, en esa elección, el valor de las convenciones y el mandato general de mayor protección constitucional, pero de ello no se deriva la distinción específica del derecho que se reclama. Por tanto, el juez no puede suplir al legislador en la implementación de esas políticas públicas que los tratados internacionales y las leyes citadas imponen, en virtud del principio de división de poderes.

Asimismo, con respecto a la mayoría, agrega que:

> una eventual declaración de inconstitucionalidad del régimen de privilegios con sustento en los amplios mandatos contenidos en los convenios internacionales podría conllevar también la invalidez de toda norma o acto que no conceda a los menores y/o discapacitados un trato preferente, cualquiera sea el ámbito de que se trate; consecuencia que podría extenderse incluso a todos los sujetos comprendidos en algunos de los grupos vulnerables que cuente con especial protección constitucional (artículo 25, inciso 23 de la Constitución Nacional) (CSJN, 2018, p. 9).

El juicio de valor es real, probablemente exista en la cultura jurídica actual y en el derecho comparado, el entendimiento de que es así. Es decir, cuando confrontan personas en condiciones de vulnerabilidad, cuyos derechos están reconocidos en convenciones internacionales que obligan a un Estado determinado; y, en función de ello, su sentido y alcance desplaza al derecho interno, máxime en tanto que es de puro contenido patrimonial. Es una posibilidad.

Cabe resaltar el señalamiento que ejecuta este voto, en relación con cualquier debate sobre el reconocimiento de privilegios, en el marco de un proceso falencial. Para ello tiene que abordarse de manera sistémica o integral, pues lo que está en juego (y ello es totalmente cierto) no es solo el vínculo entre el deudor y sus acreedores, sino, especialmente, la de estos entre sí.

En ese sentido, se ejemplifica con créditos que pueden tener privilegios y corresponder a grupos vulnerables, así como también que esa preferencia fue otorgada basándose en intereses económicos y sociales, como la protección del mismo, que es indispensable para el desarrollo y el crecimiento del país. Por ese motivo, existen las garantías que aseguran en una mayor medida y manera el cobro del crédito (hipoteca, prenda).

De otro lado, la CSJN (2018) expresa que:

> en síntesis, la preferencia que se otorgue a un acreedor respecto de los restantes en el marco de un proceso concursal es una decisión que incumbe al legislador y no a los jueces de acuerdo con las circunstancias subjetivas que en cada caso en particular se puedan plantear (p. 11).

Correlativamente, se insta al Estado nacional a desarrollar las políticas públicas enderezadas a garantizar el derecho a la salud reconocido por la Constitución y los tratados internacionales.

En su disidencia, el ministro Maqueda realiza una precisa reseña de los derechos (de las personas vulnerables) y obligaciones (de los Estados respecto de estas) que emanan del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), la Convención sobre los Derechos de los Niños (1990) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006). En esta orientación, hace referencia al criterio de nuestra Corte, en la que la vida, la salud y la dignidad de la persona humana son derechos fundamentales, cuya preservación desplaza cualquier otro derecho, máxime si se vincula con una situación de vulnerabilidad. En adición, los conjuga con el interés superior del niño y el deber de protección de sectores especialmente vulnerables como las personas con discapacidad.

De esta manera, sustenta en su voto que:

> la extrema situación de vulnerabilidad descripta y la urgente necesidad de afrontar los tratamientos médicos adecuados para que MBL lleve el nivel más alto posible de vida digna, sumado a la especial protección que los instrumentos internacionales incorporados a nuestro sistema jurídico con igual rango constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional) le otorgan a su persona, conducen a declarar la inconstitucionalidad de las normas concursales en juego —arts. 239, primer párrafo; 241; 242, parte general, y 243, parte general e inc. 2 de la ley 24.522— habida cuenta de que no dan respuesta adecuada, definitiva y acorde con la particular situación descripta al no prever privilegio o preferencia de pago alguno que ampare y garantice el goce de los derechos constitucionales mencionados (CSJN, 2018, p. 24).

En efecto, trae a colación una cuestión que, en nuestra interpretación, es de alta incidencia para definir la decisión que se adoptará. Así, se sostiene que:

> tiene dicho la Corte que la Constitución Nacional —y los instrumentos internacionales incorporados a ella— asume el carácter de una norma jurídica y, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en juego un derecho humano fundamental (CSJN, 2018, p. 25).

De este modo, se hace referencia al denominado «principio de efectividad», que es crucial para dirimir estas cuestiones complejas o «difíciles».

En tanto, el segundo voto en disidencia corresponde al ministro Rosatti, quien se expresa acerca de los derechos en juego y, al igual que la disidencia del doctor Maqueda, cita la doctrina del precedente «Pinturas y Revestimientos aplicados SA» de la propia CSJN en 2014. Señala que las normas legales son integradas con las disposiciones de los instrumentos internacionales correspondientes y reseña los mismos.

Sumado a lo anterior, agrega que:

> Las declaraciones contenidas en dichos instrumentos al ser ratificadas por nuestro país adquirieron jerarquía constitucional, status que es superior a las leyes y que complementan los derechos y garantías consagrados en la primera parte de la Constitución Nacional. De ahí que si una norma de rango infra-constitucional violenta los derechos derivados de la dignidad de la persona deberá concluirse que no es válida y tacharla de inconstitucional (CSJN, 2018, p. 35).

En relación con el caso concreto, y tras describir la situación de la persona en condición de vulnerabilidad, expresa que «es deber ineludible de los jueces evaluar si las excepcionales particularidades del caso autorizan o justifican —con apoyo en normas y principios superiores— apartarse de la solución que impone el ordenamiento legal» (CSJN, 2018, p. 35). También afirma que los jueces no son

responsables de aplicar mecánicamente las normas y desentenderse de las circunstancias fácticas, y el ordenamiento jurídico tiene que ser contemplado en su integridad.

Considera que el crédito está vinculado a la salud y la vida de una persona vulnerable. Los derechos fundamentales están acompañados por una tutela judicial efectiva, máxime en este ámbito.

Respecto del precedente citado, y que pertenece a la misma Corte, «Pinturas y revestimientos aplicados SA S/ Quiebra». El crédito tuvo su origen en una indemnización derivada de un accidente de trabajo ocurrido en el año 1991, veintitrés años de proceso judicial anteceden a esta sentencia. La resolución se adoptó por mayoría de 4 a 3 votos.

En este supuesto, el privilegio reclamado, en base a las directivas del Convenio n.º 173 de la OIT, ratificado por la Ley n.º 24285 «sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador». Según la sentencia de primera y segunda instancia, no resulta procedente porque estas normas convencionales carecen de operatividad sobre el ordenamiento concursal, en virtud de que no se han armonizado estas regulaciones con el derecho interno y no pueden desplazar la normativa concursal.

El elección de la mayoría de la Corte, por el contrario, manifestó que este convenio de la OIT, ratificado por una ley nacional, permite que los créditos de los trabajadores ante la insolvencia del empleador cuenten con un privilegio superior al de los demás créditos privilegiados.

A ello se suma, en este caso concreto, que el convenio 17 de la OIT, admitido por Argentina a través de la Ley n.º 13560, obliga a garantizar el pago contra la insolvencia del empleador o el asegurador.

Entonces, queda como doctrina del fallo que «de conformidad con el convenio internacional, el crédito del trabajador debe estar resguardado por un privilegio que lo coloque en un plano superior al de los demás créditos privilegiados» (CSJN, 2014, p. 6). Además, considera que:

> en las condiciones expuestas cabe concluir que las normas internacionales invocadas por el apelante han desplazado en el conflicto concreto que resulta de autos, a las reglas de los arts. 239, párrafo primero, 247 y 249 de la ley concursal sobre cuya base los jueces de la causa fundaron sus decisiones (CSJN, 2014, p. 8).

Es oportuno precisar lo expuesto en un precedente jurisprudencial de Cámara, en torno a los privilegios, el sentido y el alcance, así como su relación con los derechos que emanan de los tratados internacionales sobre personas en condiciones de vulnerabilidad.

Al respecto, corresponde señalar que quienes suscriben este pronunciamiento no ignoran que:

> los privilegios —en tanto implican una preferencia de cobro— son creados por la ley y solo por ella (conf. CSJN, 20.3.07, «Inmobiliaria Financiera y Agropecuaria La Ferrolana S.A. s/quiebra», publ. en Fallos, 330:1055; 28.2.06, «Banco Central de la República Argentina s/incidente de revisión en Banco Coopesur Coop. Ltdo.-quiebra», publ. en Fallos 329:299; CNCom., Sala A, 28.6.85, «Reysol S.A. s/quiebra s/inc. de verificación por Osvaldo L. de Prati S.R.L.»; entre muchos otros); ni tampoco que —por ende— ni las partes convencionalmente ni los jueces —aún invocando razones de equidad o justicia distributiva— podrían crearlos u otorgarlos a créditos que no los tienen. Mas, por otra parte, no debe olvidarse que al momento de determinar el orden justo en materia de privilegios, el legislador no puede obviar la necesidad de distinguir entre lo que no es igual, estableciendo un régimen en el que todos los acreedores sufran un sacrificio equivalente. Y tal equivalencia, huelga aclararlo, solo puede lograrse si, por un lado, se asegura la aplicación de iguales reglas a quienes se hallen en la misma situación y, por el otro, se releva de ellas a quienes derivan sus créditos de contextos en los que no se verifica ese presupuesto de hecho. Es que si el cometido del derecho es regular las relaciones humanas y a estas resulta inherente la diversidad, la ley no puede prescindir de esta (conf. Villanueva, Julia, «Privilegios», Santa Fe, 2004, pp. 16 y 20). Por lo tanto, parece claro que si bien casi todas las normas son, en mayor o menor medida, susceptibles de interpretación, la ley concursal es una de las que, para desempeñar tal labor interpretativa, requiere especial prudencia por parte de los jueces, tanto para flexibilizar la ley al caso como para adoptar posiciones de más rigidez cuando sea necesario. Ello, porque en la disciplina concursal suelen presentarse —como aquí ocurre— situaciones de hecho no abarcadas en la expresión necesariamente genérica de la norma jurídica. Y entonces cobran vital importancia la finalidad de la ley y —especialmente— las consecuencias que pueden derivarse de una determinada solución al caso, a lo que no es ajeno el

juez (conf. Alegría, Héctor, «Breve apostilla sobre la flexibilidad en la interpretación de la ley concursal», publ. en Suplemento de Concursos y Quiebras —La Ley— del 7.9.04) (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 2014, p. 9).

Sentado ello, e ingresando de lleno en el particular caso que nos ocupa, debe tenerse especialmente presente que: (i) la Ley n.º 24522, al ser sancionada por el legislador, planteó un régimen de privilegios específico (arts. 239 y 250), y (ii) la Convención de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) también fue incorporada a nuestro ordenamiento positivo —con rango constitucional superior a las leyes— por aquel mismo diputado a través de la Ley n.º 23849. De modo que si el propio legislador sancionó la Ley n.º 24522 e incluyó en nuestro marco normativo —ya con jerarquía constitucional por la vía del art. 75 inc. 22 de la ley fundamental— al tratado citado, pues otorgó operatividad al principio de prioridad del interés superior del niño (ver art. 2 de la Ley n.º 26061, que decreta su obligatoriedad), principio que, si bien es genérico, opera cuanto menos como pauta de interpretación de la norma en los casos concretos sometidos a juzgamiento. Mal podría sostenerse entonces que, al reconocerse un privilegio al menor discapacitado M. M., se violaría el *numerus clausus* de privilegios del régimen concursal (art. 239, Ley de Concursos y Quiebras), pues —como ha quedado claro— el propio legislador otorgó a los derechos de aquel una protección prioritaria. Lo cual implica que, en la práctica, su crédito goza de un pago preferente (art. 16, LCQ), en atención a las particulares características que ostenta. Por lo anterior, es evidente que no existe una contradicción de orden legal ni un vacío normativo que, para reconocer el derecho prioritario del menor discapacitado a percibir su crédito en forma apropiada a los tiempos que su especial situación requiere, imponga declarar la inconstitucionalidad del régimen de privilegios del ordenamiento concursal. Basta con aplicar la ley vigente integrándola de acuerdo con el orden jerárquico establecido por el art. 31 de la Constitución Nacional, que bajo el prisma del art. 75, inc. 22, dota a la Convención de Derechos del Niño de fuerza normativa de innegable proyección en el particular caso que nos ocupa.

En ese sentido, cabe recordar que tal convención expresamente propone —entre otros aspectos— que: (i) los Estados partes respetarán los derechos allí enunciados, asegurando su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna (art. 2), (ii) en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales se atenderá primordialmente el interés superior del niño (art. 3.1), (iii) los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño (art. 6), (iv) los Estados partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido tiene que disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan bastarse a sí mismo y faciliten su participación activa en la comunidad (art. 23) y, (v) los Estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27.1; el destacado no es del original). Es así como si el crédito del menor discapacitado M. M. fuera sometido al trato igualitario correspondiente a los acreedores quirografarios o comunes —como postula la concursada y lo entendió el juez *a quo*—, el sacrificio de aquel no resultaría igual al de estos, sino que lo excedería notablemente. Y lo que es peor: sin fundamento legal alguno, ya que, como hemos visto, la Convención de los Derechos del Niño —de rango constitucional— otorga a los menores un derecho prioritario, que este Poder Judicial debe hacer valer según las circunstancias particulares de cada caso (art. 3.1).

En doctrina, y sobre estos aspectos, se ha sostenido que:

> Es imposible agotar, ni mucho menos tratar, todas las consecuencias que la concurrencia normativa, de principios y valores implica en el sistema concursal; pero tomando como modelo el instituto de los privilegios pretendo demostrar con ciertos ejemplos que, por sobre la letra expresa del articulado de la Ley n.º 24522, los principios y valores comprometidos en el propio sistema concursal, se encuentra la protección de la persona humana, quien sujeto de preferente tutela, según su estado de vulnerabilidad y los Tratados suscriptos en ese sentido harán que la interpretación del juzgador sea diferente en cada caso considerando la posible colisión y desplazamiento de normas y derechos, teniendo en cuenta la integración de todo el ordenamiento jurídico.

Más allá del sistema de privilegios cerrados de la Ley n.º 24522 (ley de concursos y quiebras), existen muchos presupuestos que nos demuestran que de acuerdo al diálogo de fuentes propuesto al intérprete debe considerarse desterrado el concepto de «numerus clausus» que surge del art. 239 LCQ, por varias razones:

a) La misma letra del art. 2574 Cód. Civ. y Com. que dispone el origen legal de los privilegios (pero de cualquier ley, no solo de la concursal).
b) Previsiones contenidas en el Libro Sexto Título II del Código Civil y Comercial de la Nación.
c) Cláusulas de Tratados Internacionales (Boquin, 2018, p. 362).

En esa línea, se manifiesta también que:

> Por ejemplo, un acreedor menor con discapacidad tiene una preferencia de cobro respecto del resto de los acreedores en virtud de los derechos reconocidos por los arts. 4, 5 y 24 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; los arts. 1, 6, 23, 24 y 27 de la Convención de los Derechos del Niño; los arts. 5, 7, 10, 17, 19, 25 y 28 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; el art. 7 de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Personas con Discapacidad; el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Ello a pesar de que por la fría letra de la ley con una mirada simplemente exegética se lo pueda considerar quirografario pues deben compatibilizarse las normas concursales (Ley n.º 24522) con las normas y principios que surgen de los tratados internacionales de derechos humanos receptados con jerarquía constitucional (art. 75 incs. 22 y 23), además de las leyes que reglamentan dichos derechos y principios en el orden interno. La interpretación en cuanto considera como un departamento estanco a la ley concursal implica oponer restricciones al ejercicio del derecho de preferencia o prioridad que se le reconoce a un menor en su condición de tal, pudiéndose entonces vulnerar un principio que surge del art. 31 de la CN y del art. 75, incs. 22 y 23. El interés superior del niño determina que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros (Ley n.º 26061, art. 3) y que «la prioridad absoluta

implica —entre otras—, la prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas» (Ley n.º 26061, art. 5). Es que, en un contexto falencial es justamente donde la cláusula de preferencia del niño cobra especial virtualidad, imponiéndose su aplicación: el patrimonio del deudor no es suficiente y resulta necesario establecer un orden y preferencias en el cobro (Boquin, 2018, pp. 362-363).

Por tanto, se añade que:

Debe, por ende, reconocerse la prioridad del derecho del menor, aunque su crédito por la fría letra de la ley concursal sea quirografario, frente a otros derechos de contenido patrimonial que nace de una ley especial y que reglamenta las disposiciones que consagra un tratado internacional de derechos humanos con jerarquía constitucional, subordinando la ley de concursos y quiebras, desplazando toda regla de la LCQ que se oponga o no se ajuste a sus disposiciones. Para arribar a esta conclusión debo destacar que la preferencia que el bloque de convencionalidad reconoce en favor del menor no se encuentra condicionada a que el acreedor se encuentre *in bonis.* La preferencia legal es «absoluta» y en caso de colisión con otros intereses igualmente legítimos, rige sin condicionamientos ni mermas. Así, la consecuencia directa de la cláusula de atención prioritaria absoluta es que el crédito en cuestión debe ser satisfecho con los primeros fondos disponibles. Por ello, debe analizarse el supuesto a la luz del principio de «interés superior del niño», recordando que los principios tienen una función de integración y control axiológico (y así volvemos al diálogo de fuentes impuesto por el art. 2 CCCN).

Como otro ejemplo de la muerte del criterio del «*numerus clausus* de los privilegios» a manos del art. 2 del Código Civil y Comercial, pareciera, por simple cotejo, que entran en colisión normas relativas a privilegios laborales respecto de otras contenidas en la ley de concursos. El art. 2582 inc. b) del CCyC crea por primera vez como asiento de un crédito laboral con privilegio especial un inmueble para determinadas acreencias de esa naturaleza, en el que se dispone que «cuando se trata de dependientes ocupados por el propietario en la edificación, reconstrucción o reparación de inmuebles, el privilegio

recae sobre estos»; y si bien el mismo Código establece que resulta de una aplicación al sistema de privilegios lo dispuesto en la ley de concursos (art. 2579 CCyC), y estos no están específicamente contemplados, no podemos eludir su implementación justamente tomando como base en el principio de favorabilidad, progresividad y *pro homine* que rige en materia laboral. Por otro lado, sería un verdadero contrasentido apreciar que el trabajador goza de un privilegio especial respecto del inmueble, en el momento en que su empleador está *in bonis,* pero lo pierde ante el concurso o quiebra del mismo (Boquin, 2018, pp. 363-364).

Además, hay que tomar en cuenta que:

> Integrando cláusulas ajenas al régimen de la Ley n.º 24522, tampoco podemos olvidar el valiosísimo precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación «Pinturerías y Revestimientos» por el cual se dio cuenta que el Convenio de la OIT 173 se encuentra operativo y es norma supralegal respecto de las normas falenciales como también lo sería la Recomendación 180. Este Convenio no solo implica el desplazamiento del crédito fiscal respecto del laboral al momento del proyecto de distribución (conforme a la cuestión tratada por el Máximo Tribunal), sino que amplía los rubros protegidos con privilegio especial y general como lo son los salarios, por doce y no solo por seis meses como refiere la ley de concursos en sus arts. 241 y 246 (ver art. 3.1, Recomendación 180 OIT).
>
> En suma, la solución está dada por el análisis que debe hacerse respecto de la inclusión de un crédito para su pago preferente, sin «divorciar» la pretensión debida del derecho vulnerado —que es causa del crédito— y considerando que la ratificación de un tratado internacional o de una ley más favorable produce el desplazamiento de las pautas legales vigentes. Solo a la luz de esa integración normativa es que se encuentra la respuesta jurídica adecuada ante cualquier colisión normativa (Boquin, 2018, pp. 364-365).

Con respecto a la misma temática, el segundo precedente de la CSJN (2019b) tuvo un resultado inverso, es decir, de 3 votos a 2, por la prevalencia del crédito de la persona en condición de vulnerabilidad

por sobre la letra expresa de la norma concursal en materia de privilegios. En este caso, la mayoría fue conformada por los ministros Maqueda, Rosatti y la conjuez para el caso fue la Dra. Graciela Medina.

En la sentencia, se destacó que el titular del derecho, «BMF lleva 28 años transitando con una incapacidad total y sin cobrar su crédito reconocido por sentencia judicial firme en el año 2003» (CSJN, 2019b, p. 5). Asimismo, se recuerda que el derecho a la vida y a la salud son derechos fundamentales, pues son inviolables. Frente a ellos, los demás elementos o recursos son instrumentales.

En esa línea, se resalta el eje esencial que constituye, en esta clase de análisis, la «dignidad de la persona humana» y, a su vez, es la base de las convenciones internacionales en este aspecto.

Sumado a esto, se expresa que:

> dadas las particularidades que presenta el caso, resulta imperativo ofrecer una satisfactoria protección jurídica de la vida y de la salud del incidentista, que sea respetuosa de la dignidad que es inherente al ser humano y que no signifique una demora que desnaturalice y torne ilusoria la reparación del derecho irreversiblemente dañado.
>
> En tal sentido, la extrema situación de vulnerabilidad descripta y la falta de recursos económicos suficientes para afrontar los tratamientos médicos adecuados para que BNF, lleve el nivel más alto posible de vida digna, sumado a la especial protección que los instrumentos internacionales incorporados a nuestro sistema jurídico con igual rango constitucional (art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) le otorgan a su persona, conducen a considerar inconstitucionales las normas concursales en juego (arts. 239, primer párrafo, 241, 242 parte general; 243 parte general e inciso 2 de la Ley n.º 24522, habida cuenta de que no dan respuesta adecuada, definitiva y acorde con la situación descripta, al no prever privilegio o preferencia de pago alguno que ampare y garantice el goce de los derechos constitucionales mencionados (CSJN, 2019b, pp. 11-12).

La Corte (2019b) agrega que un agravante es el provocado por la «inusitada postergación del crédito por circunstancias que le resultaron ajenas» (p. 13).

La institución también manifiesta lo siguiente:

> Asimismo, atento a la citada situación de vulnerabilidad descripta que requiere de una solución que la atienda con urgencia, al tiempo transcurrido desde el reconocimiento del crédito por los daños y perjuicios sufridos, y a la duración que tuvo el trámite del presente incidente de verificación, corresponde que este Tribunal, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16 última parte de la ley, ponga fin a la discusión en examen y fije para el crédito de BMF el privilegio especial de primer orden en los términos en que fue reconocido por el juez de primera instancia (p. 14).

En sus fundamentos, el ministro Rosatti reitera lo expuesto en el primer precedente y señala que:

> la Corte Suprema ha sostenido que los jueces en cuanto servidores de justicia en el caso concreto, no deben limitarse a la aplicación mecánica de las normas y desentenderse de las circunstancias fácticas con incidencia en la resolución del conflicto, pues de lo contrario aplicar la ley se convertiría en una tarea incompatible con la naturaleza misma del derecho (CSJN, 2019b, p. 27).

Por su parte, la Dra. Medina manifiesta que:

> Para finalizar, no puedo dejar de expresar el profundo dolor que siento como mujer de derecho y magistrada, al ver que este joven ha transitado toda su niñez, su adolescencia y parte de su vida adulta, esperando una respuesta judicial definitiva que no llega, mientras su salud se deteriora. Tengo claro que la intervención de este tribunal, no ha sido más que otro escalón en un larguísimo proceso, pero eso no hace que me sienta menos mal. Todos los operadores judiciales deberíamos sentarnos unos momentos a reflexionar sobre este tipo de situaciones y replantearnos el rol de cada uno, para evitar que se repitan. Ojalá este pronunciamiento lleve un poco de paz a la víctima y sus familiares, y contribuya a que pueda obtener la mejor calidad de vida posible por el resto de su existencia (CSJN, 2019b, p. 52).

Desde nuestra perspectiva, dos cuestiones se ponderan a los fines de considerar las decisiones adoptadas. La primera tiene que ver con el fundamento mismo del sistema de privilegios, que radica en reglas de orden legal, del Código Civil y Comercial y de la Ley de Concursos y Quiebras, disposiciones que establecen preferencias de trato y pago para determinados créditos, fundados en razones diversas que hacen que la normas reconozcan esta particularidad; por ejemplo, los supuestos reglados expresamente en los artículos 241 y 246 de la Ley n.º 24522. Esa preferencia es de origen legal y no constitucional.

Posteriormente, fue variando con las diversas legislaciones concursales y de fondo que se han dictado, que nos brinda un carácter contingente. Según esta posición, el privilegio es de origen legal y responde a una concepción sistémica, erigidas en razones distintas; la creación «pretoriana» podría generar desequilibrios no deseados e injustos en el efecto de la aplicación del régimen concursal.

Es el legislador quien adecua la legislación interna a los principios y las reglas convencionales, más aún en el ámbito de los derechos humanos fundamentales y relacionados con personas en condiciones de vulnerabilidad.

A partir de lo anterior, se responde que esta formulación jurídica no es un obstáculo para que, ante a un caso concreto, el juez utilice los preceptos y derechos declarados en tratados internacionales, sobre todo en los vulnerables; por tanto, el magistrado emplea el principio de «efectividad» y adopta la medida judicial que sea necesaria, acorde y proporcionada, a fin de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos y las garantías que surgen de estas convenciones (aprobadas por leyes nacionales en el supuesto que nos ocupa). Esta posición es la que prevalece en el segundo precedente.

Así, el criterio general es, además de los específicos de cada convención, el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que conforma el sistema de control de convencionalidad difuso de naturaleza jurisdiccional. Ello lleva adelante la CIDH y los tribunales superiores de cada país, se deja en claro que el mencionado precepto refiere a medidas legislativas «o de otro carácter»; en ellas ingresan las interpretaciones jurisprudenciales que llegan «incluso

a dejar de aplicar las disposiciones internas cuando sean completamente incompatibles con dicho instrumento internacional» (Ferrer y Pelayo, 2014, p. 98).

En definitiva, tanto los votos de la mayoría como de la minoría, en uno y otro fallo, y sin perjuicio de los diferentes resultados por imperio de las mayorías, han puesto el énfasis en la necesidad de implementar las medidas oportunas para la plena operatividad de los derechos de las personas vulnerables, quienes son reconocidas en tratados internacionales aprobados por nuestro país, con la diferencia de que, en el caso concreto, unos avalan la posibilidad de adoptar una decisión judicial particular que torne operativo ese derecho convencional por su rango, jerarquía. De esta manera, desplaza la norma del derecho interno, en virtud de que así lo respalda el derecho internacional de los derechos humanos, que consagran el principio de «efectividad» que obliga a tomar la medida judicial para que ese derecho se materialice.

Este control difuso de convencionalidad lo es para todas las materias; por ello, está obligado a ser ejercido con la reflexión necesaria de que estemos en presencia de los supuestos de hecho, que se relacionan con los fundamentales y sin que su ejercicio suponga la afectación o la supresión de derechos de igual rango, o conduzcan a una situación de desajuste del sistema que lo vuelva injusto para el conjunto de la sociedad.

Como bien lo ha señalado el maestro Héctor Alegría (2008), estamos en horas de reflexión y comprensión de los aspectos humanos del derecho y el concursal no es una excepción. En adición, el jurista ha sostenido, con respecto a su trabajo, que «el título se refiere a aspectos humanos no patrimoniales, porque hace pie, fundamentalmente, en los efectos sobre la personalidad física, moral y social de las personas involucradas» (p. 1). Ello no impide que algunos tengan subsidiariamente efectos patrimoniales. Sin embargo estos no serán lo esencial sino una consecuencia o un sustituto, derivados de aquellas situaciones.

En esa línea, el magistrado agrega que:

> el tratamiento jurídico de la insolvencia no puede ser un mero proceso de redireccionamiento de los recursos hacia el mercado. Los modos de tratamiento de las dificultades de las empresas entrañan costos

> humanos generalmente más importantes que la falta de recursos financieros. Por ello el régimen concursal y de las dificultades empresarias no puede limitarse al abordaje puramente económico patrimonial, que es un aspecto esencial pero no excluyente (Alegría, 2008, p. 1).

Si bien en el ensayo citado se trata otras situaciones, este aspecto que nos ocupa, el de las personas en condiciones de vulnerabilidad y su vinculación con los procesos concursales y el matiz de la decisión a adoptar, involucra «aspectos humanos», ya que aborda específicamente los derechos fundamentales de las personas en esa situación y la necesidad de lograr la efectiva realización de sus derechos, que se complejiza y dificulta por la insolvencia del deudor de la prestación.

En nuestra opinión, sería de utilidad analizar la procedencia de una norma legal delimitadora en materia de privilegios, que otorgue al juez la posibilidad de considerar la circunstancia de las personas vulnerables, debidamente acreditada, que cuente con respaldo convencional, constitucional o legal, a los fines de decidir la preferencia del pago del crédito que se relacione con esos derechos.

Cabe resaltar que, entre los procesos de daños laborales y el proceso concursal respectivo, en ambos casos, han transcurrido más de veinte años (veinticuatro en un caso, y veintiocho en otro) para que haya una definición jurídica sobre el crédito en juego y su pago. Este es en sí mismo un fracaso del sistema de justicia y contradice la doctrina de la CIDH (2012), que condenó a Argentina, mediante el precedente «Furlán». Este último, debido a su trascendencia e importancia, debe ser considerado al momento de reflexionar sobre estas temáticas que enfrentan al vulnerable con la irrazonable duración de los procesos, dado que se trató de un supuesto de hecho que involucraba a un menor, luego un adulto con discapacidad que vio frustrado su derecho a la justa reparación; además, fue sometido a una inadecuada duración del proceso judicial, que fue en un lapso de tiempo menor al que nos ocupa en los precedentes analizados.

También se tiene que considerar que las fuentes del derecho privado y la referencia interpretativa de la ley que los artículos 1 y 2 del CCyC alteran el resultado de la decisión judicial a instaurarse en

esta materia. Al unificarse el derecho civil con el comercial, estas reglas son generales para ambas manifestaciones normativas. Por ello, los tratados internacionales sobre derechos humanos pasan a ser disposiciones con plena operatividad para seleccionar el derecho aplicable e interpretar la ley en un caso concreto. Así, proyecta sus efectos sobre el derecho concursal (con el sentido y alcance que pueda presentar una norma general y, posterior, una especial y anterior, pero ambas aplicables).

Es importante destacar que los diversos tribunales del país, incluso la CSJN, emplean la «teoría de la vulnerabilidad», recogida por las Reglas de Brasilia y, según la materia, desarrolladas en las convenciones internacionales y las leyes nacionales en particular, con la finalidad de hallar una solución justa a los conflictos que se plantean cuando los individuos desprotegidos requieren del servicio de justicia para el efectivo ejercicio y tutela de sus derechos.

En este sentido, el mismo día de emisión del segundo precedente en análisis, la Corte dictó un precedente en materia tributaria, acerca de las personas adultas mayores y el impuesto a las ganancias sobre sus haberes jubilatorios.

De este modo, se señala que:

> la reforma constitucional introducida en 1994 dio un nuevo impulso al desarrollo del principio de igualdad sustancial para el logro de una tutela efectiva de colectivos de personas en situación de vulnerabilidad, estableciendo medidas de «acción positiva», traducidas tanto en «discriminaciones inversas» cuanto en la asignación de «cuotas benignas». […] el envejecimiento y la discapacidad —los motivos más comunes por los que se accede al status de jubilado— son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, circunstancias que normalmente obligan a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales (CSJN, 2019b, pp. 9-10).

Basándose en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015), de la OEA, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley n.º 27360, se considera que estas medidas también comprenden a las judiciales.

En este sentido, expresan que:

> lo expuesto pone en evidencia que la sola capacidad contributiva como parámetro para el establecimiento de tributo a los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados, resulta insuficiente si no se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido. La falta de consideración de esta circunstancia como pauta de diferenciación tributaria supone igualar a los vulnerables con quienes no lo son, desconociendo la incidencia económica que la carga fiscal genera en la formulación del presupuesto de gastos que la fragilidad irroga, colocando al colectivo considerado en una situación de notoria e injusta desventaja (CSJN, 2019a, p. 15).

La Corte Suprema de Justicia (2019a) añade que:

> La decisión que se adopta en la presente causa se enrola dentro de la jurisprudencia de esta Corte Suprema en materia de Seguridad Social, en la que el tribunal se ha manifestado particularmente sensible a la cuestiones que atañen al resguardo de los créditos pertenecientes a la clase pasiva, grupo vulnerable e históricamente postergado.
>
> Es deber de esta Corte, cabeza del Poder judicial de la Nación, expedirse en el caso, recordando que mediante la Acordada n.º 5/2009 este Tribunal ha adherido a las 100 reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia para Personas en Condición de Vulnerabilidad, documento en el que se considera tales a quienes, por diversas razones encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud, ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (pp. 18-19).

Asimismo, se decidió:

> poner en conocimiento del Congreso de la Nación la necesidad de adoptar un tratamiento diferenciado para la tutela de jubilados en condiciones de vulnerabilidad por ancianidad o enfermedad, que conjugue este factor relevante con el de la capacidad contributiva potencial (CSJN, 2019a, p. 21).

La jurisprudencia ha introducido la «teoría de la vulnerabilidad» para la resolución de diversos y variados temas, como los casos de filiación, el derecho al esparcimiento y al de vínculos afectivos, el apoyo a las personas con problemas de salud mental, la designación de tutores especiales, la eximición de contracautelas, las víctimas de abuso sexual, los padres privados de libertad y el trato con el niño, los derechos a la vivienda digna y de los menores a la dignidad digital, el beneficio de litigar sin gastos, las pequeñas causas, la familia, la capacidad, la trata de personas, las cláusulas contractuales abusivas, la pobreza, las mujeres privadas de libertad, la nulidad matrimonial por aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad, entre otros.

La legislación ha dictado normas que recogen los principios que hacen a determinados sectores vulnerables, como puede serlo la Ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos (Ley n.º 27372), en la que se consagran los siguientes preceptos:

> Artículo 4. La actuación de las autoridades responderá a los siguientes principios:
> a) Rápida intervención: las medidas de ayuda, atención, asistencia y protección que requiera la situación de la víctima se adoptarán con la mayor rapidez posible, y si se tratare de necesidades apremiantes, serán satisfechas de inmediato, si fuere posible, o con la mayor urgencia;
> b) Enfoque diferencial: las medidas de ayuda, atención, asistencia y protección de la víctima se adoptarán atendiendo al grado de vulnerabilidad que ella presente, entre otras causas, en razón de la edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad u otras análogas;

c) No revictimización: la víctima no será tratada como responsable del hecho sufrido, y las molestias que le ocasione el proceso penal se limitarán a las estrictamente imprescindibles.

También se encuentran en tratamiento otros proyectos de ley que pretenden ampliar la mayor protección hacia sectores vulnerables como el denominado «consumidor hipervulnerable». Así, en esta iniciativa, se expresa que:

> El principio de protección del consumidor se acentúa tratándose de colectivos sociales hipervulnerables. En tales supuestos, en el marco de la relación de consumo, la educación, la salud, la información, el trato equitativo y digno y la seguridad deben ser especialmente garantizados (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Ministerio de Producción y Trabajo, 2019, p. 22).

Como se puede observar, la doctrina, la jurisprudencia, la legislación y las medidas de la administración se orientan a receptar la teoría de la vulnerabilidad como resultado de aplicar el control de convencionalidad y constitucionalidad. En esa línea, los nuevos principios del CCyC, la legislación particular y, especialmente, dar un paso hacia unas soluciones más cercanas de la realización del concepto rector que hace a la «dignidad humana» son el fundamento de las Reglas de Brasilia, que cumplen un rol fundamental en materia de interpretación, integración y buenas prácticas judiciales.

4. Conclusiones

Por tanto, son esclarecedoras las palabras de Guido Alpa (2019), cuando señala que este es, desde el punto de vista formal, un problema actualmente en discusión: si la «dignidad» está en nuestro ordenamiento en un sentido amplio, si es solo un valor y también un derecho, o incluso si es un «superderecho». De acuerdo con la orientación más extendida, los derechos inviolables son indivisibles, y, entre ellos, tienen que ser equilibrados. La dignidad es la base misma

de los demás derechos y no se puede apreciar solo a partir de una perspectiva subjetiva, sino también desde una objetiva. Es decir, de manera relacional, en miras a todas las interacciones que la personas establecen entre sí. También se entiende la dignidad como un estatus en la acepción moderna (o más bien, posmoderna), porque se refiere a cada ser humano en su condición de tal y allí donde se encuentre. En cualquier caso, precisamente por su contenido sustancial, no se utiliza en un sentido meramente retórico, ni simplemente exhortativo, sino de manera funcional. Así, convergen los tribunales, dentro de sus diferentes competencias, a través del empleo de textos explícitos o implícitos que incluyen el término para hacer un uso de ellos.

Los documentos son importantes, pero aún más las decisiones de los jueces que operan en diferentes niveles y competencias institucionales. Ello debido a que, allí donde no hay normas escritas, la protección de los derechos fundamentales tiene lugar —en el contexto de las democracias occidentales modernas— sobre la base de principios comunes y valores compartidos. Incluso si la declaración de derechos no está contenida en una constitución escrita, ni se deriva de la costumbre constitucional, o se consagra en una ley que definiríamos ordinaria —tal como la Human Rights Act inglesa de 1998—, depende de los jueces, en su trabajo conjunto con los abogados litigantes, quienes luchan por la defensa de los derechos fundamentales y promueven su efectiva tutela en los tribunales, mediante alegatos y recursos en diferentes instancias ante aquellas decisiones insensibles frente a los derechos humanos. Entonces, el objetivo es dar consistencia efectiva a las reglas escritas y no escritas que gobiernan nuestras sociedades. Más aún cuando hay preceptos escritos, el resguardo de los derechos fundamentales se confía a los magistrados, tal como se refleja en un congreso celebrado en la Sorbona en mayo de 2008, en el que se habló precisamente de la dignidad tomada por los jueces, lo que implica que en Europa se han apropiado de su tutela. Dicho encuentro fue seguido por un seminario organizado en Limoges en noviembre de 2004 («Justice, étique et dignité»). Allí se examinó la dignidad en el marco de la justicia y la ética, en cuanto aspecto fundamental de la persona, así como su potencial enriquecimiento (y puesta en peligro) por parte de las nuevas tecnologías biológicas y de la información.

Actualmente, está presente la convicción difusa entre los expertos de derecho civil, quienes expresan que los derechos humanos y los fundamentales son directamente aplicables a las relaciones privadas de los individuos. En ese orden de ideas, la jurisprudencia de tipo creador puede constituir una garantía para las personas, no solo cuando el juez tiene que realizar una función supletoria y complementaria a la tarea legislativa (Alpa, 2019).

De esta manera lo ha interpretado nuestro CCyC, que introduce este concepto central en el artículo 51, «la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad».

En suma, las Reglas de Brasilia trasladan ese concepto al ámbito funcional, establecen, en la última parte de la Regla 2, que «los servidores y operadores del sistema de justicia otorgarán a las personas en condiciones de vulnerabilidad un trato digno adecuando el servicio a sus circunstancias singulares».

Así, los planos normativos y las buenas prácticas se conjugan en pos de la realización del pleno acceso a la justicia y el efectivo ejercicio de los derechos en igualdad real, respecto de las personas en condiciones de vulnerabilidad.

Referencias

Alegría, H. (17 de noviembre de 2008). Aspectos humanos no patrimoniales en la insolvencia. *Diario La Ley*, 1.

Alva, G. (6 de marzo de 2019). La dignidad humana en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, *SJA*, 13.

Boquin, F. (2018). Diálogo de fuentes y flexibilización del *numerus clausus* de los privilegios y preferencias en el cobro. En Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Litoral, *X Congreso Argentino de Derecho Concursal. VIII Congreso Iberoamericano de la insolvencia* (t. III) (pp. 361-366). Santa Fe: Universidad Nacional Litoral. Recuperado de https://www.fcjs.unl.edu.ar/wp-content/uploads/2017/09/Tomo-3.pdf

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (10 de marzo de 2014). Obra Social Bancaria Argentina s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación y pronto pago promovido por R. C. y otro. *Diario La Ley* (s. p.).

Congreso de la Nación Argentina (1995). Ley n.º 24.522. Ley de concursos y quiebras. Buenos Aires: 20 de julio de 1995. Recuperado de http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25379/texact.htm

_____ (2017). Ley n.º 27372. Ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos. Buenos Aires: 13 de julio de 2017. Recuperado de http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/275000-279999/276819/norma.htm

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Furlán y familiares vs. Argentina. San José: 31 de agosto de 2012. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia de la Nación (2009). Acordada n.º 5/2009. Buenos Aires: 24 de febrero de 2009. Recuperado de https://www.mpba.gov.ar/files/documents/Reglas_Brasilia_Corte.pdf

_____ (2018). Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L. A. R. y otros (COM 8283/2006/34/CS1). Buenos Aires: 6 de noviembre de 2018. Recuperado de https://s3.amazonaws.com/public.diariojudicial.com/documentos/000/081/353/000081353.pdf

_____ (2019a). García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad. Buenos Aires: 26 de marzo de 2019. Recuperado de https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Garcia%20(causa%20N%C2%BA%207789).pdf

_____ (2019b). Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R. A. F. y L. R. H. de F). Buenos Aires: 26 de marzo de 2019. Recuperado de http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-institutos-medicos-antartida-quiebras-inc-verificacion-raf-lrh-fa19000045-2019-03-26/123456789-540-0009-1ots-eupmocsollaf?

Ferrer, E. y Pelayo, C. (2014). Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. En Steiner, C. y Uribe, P. (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada* (pp. 62-98). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Galgano, F. (1999). *Derecho comercial. El empresario*. Colombia: Temis.

Gásperi, L. y Morello, A. (1964). *Tratado de derecho civil* (t. IV). Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

Junyet, F. (24 de septiembre de 2007). Se abrió el cielo. A propósito de los daños a la salud del menor y la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales. *Diario La Ley*, s. p.

Kemelmajer, A., Kiper, C. y Trigo, F. (2006). *Código Civil comentado. Privilegios. Prescripción. Aplicación de las leyes civiles*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Ministerio de Producción y Trabajo (2019). Anteproyecto Ley del Consumidor (AR/DOC/677/2019). Recuperado de http://biblio.justiciachaco.gov.ar/sites/default/files/2019-04/Anteproyecto%20de%20Ley%20de%20Defensa%20del%20Consumidor.pdf

Obarrio, M. (1898). *Estudio sobre las quiebras*. Buenos Aires: Ed. Lajouane.

Pastore, B. (2014). *Soft law* y la teoría de las fuentes del derecho. *Soft Power. Revista Euro-Americana de Teoría e Historia de la Política y del Derecho*, *1*(1), 75-89. Recuperado de https://editorial.ucatolica.edu.co/index.php/SoftP/article/view/1772/1616

Piedecasas, M. (s. f.). Vulnerables y proceso concursal. Recuperado de http://miguelpiedecasas.com.ar/new2/wp-content/uploads/2019/03/VULNERABLES-Y-PROCESO-CONCURSAL-reflexiones-iniciales-convertido.pdf

Rivera, J., Roitman, H. y Vítolo, D. (2005). *Ley de concursos y quiebras* (t. III). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.

Sosa, H. (16 de abril de 2019). Hacia una teoría de la vulnerabilidad. *Diario La Ley*, s. p.

Vanossi, J. (2019). Los derechos humanos y su efectiva tutela estatal. En Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España (Ed.), *X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica* (t. II). Madrid: Boletín Oficial del Estado. Recuperado de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/otras_publicaciones/pdf/X_Congreso_Academias_Juridicas_Iberoamerica_Tomo_II.pdf

Villanueva, J. (2004). *Privilegios*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.

Datos de los autores

Hugo Barbosa Torquato Ferreira

Juez, máster en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho de la Universidad Clásica de Lisboa (Portugal), MBA en Gestión Pública, con énfasis en control externo, por la Facultad Internacional de Curitiba, Universidad de Curitiba (Brasil). Ha publicado los artículos «Comentários à Lei n.º 12850/2013», junto a Ivana David, en Lima, L. y Figuereido, L. (coords.). *Leis penais comentadas* (2018), y «Prova em vídeo: noções gerais, limites de admissibilidade, lesão eventual a direitos de personalidade e aproveitamento excepcional da videogravação ilicitamente obtida», en *Revista do Instituto do Direito* (n.º 10, 2014).

Matías Bonavitta

Licenciado y profesor en Psicología por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC) (Argentina), especialista en Psicología Clínica; y magíster en Antropología por la misma casa de estudios. Es acompañante terapéutico, docente y músico. Cuenta con dos libros sobre discapacidad intelectual y una veintena de artículos divulgados en diferentes revistas especializadas, entre las que se destaca la *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, de la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Ada Celsa Cabrera García

Doctora en Sociología y profesora investigadora de la Facultad de Economía de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (México); además, es miembro del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de su país. Entre sus publicaciones destaca, junto a Guiseppe Lo Brutto, «América Latina en el marco de la reconfiguración hegemónica mundial: el avance estratégico de China en la región en el siglo XXI», en *Revista Arquivos* (vol. 7, n.º 3, 2019).

María Fernanda Castro Mendoza

Magistrada de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, coordinadora de la Comisión Judicial de Acceso a la Justicia, especialista en derechos humanos con postítulo en Derechos Humanos de la Mujer, máster en Derecho Procesal Penal y doctorado en Derecho del Trabajo, Previsión Social y Derechos Humanos. Asimismo, es catedrática universitaria en los niveles de pre y posgrado, con diversas publicaciones individuales y colectivas en materia de derecho penal, procesal penal y derechos humanos.

Adolfo Federico Herrera García

Docente investigador de la Facultad de Economía de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla y doctor en Desarrollo Económico y Sectorial Estratégico por la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla (México). Ha publicado los ensayos «El ecosistema del bienestar subjetivo como mecanismo del diseño de políticas públicas para el bienestar», en *Revista de Economía y Educación* (vol. 16, n.º 1, 2019); e «Inclusión financiera en México: una herramienta para su empoderamiento», en *Revista Femeris* (vol. 4, n.º 3, 2019).

Federico Isaza Piedrahita

Abogado de la Universidad Sergio Arboleda y asesor jurídico del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Universidad de los Andes (Colombia). Es integrante del Comité Redactor de la Ley n.º 1996 de 2019 y coordinador de proyectos en

discapacidad, identidad de género y orientación sexual. Pertenece al Comité de Redacción de la Reforma al Régimen de Capacidad Jurídica en Colombia y de la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Alejandro León Marín

Abogado, politólogo de la Universidad de los Andes (Colombia) y miembro del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la misma casa de estudios. Cursa un máster en Derecho en la Universidad de los Andes y es auxiliar judicial de la Corte Constitucional de Colombia.

Beatriz Martínez Carreño

Doctora en Procesos Territoriales y profesora investigadora de la Facultad de Economía de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (México). Fue secretaria de Desarrollo Urbano y Sustentabilidad en el Municipio de Puebla y ganadora del Premio Nacional de Administración Pública. Además, se desempeñó como directora del Observatorio Metropolitano de Puebla, organización que no tiene actividad desde 2016. Sus artículos han sido publicados en numerosas revistas.

Iverson Rodrigo Monteiro Cerqueira Bueno

Fiscal, coordinador del Conservatorio del Valle de Juruá, responsable de las implementaciones y construcciones del Instituto Médico Legal (IML), en Vale do Juruá (Brasil), así como también de la nueva sede del Centro Integrado de Operaciones de Seguridad Pública, el sistema de monitoreo de cámaras en Cruzeiro do Sul y la prisión para mujeres. Es titular de la Fiscalía Especializada de Defensa Ambiental de la Cuenca del Río Juruá, con atribuciones para protección del consumidor, vivienda y urbanismo, registros públicos, patrimonio histórico y cultural y familia. Fue profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Universidad Federal de Acre (Brasil).

Jorge Pariasca Martínez

Juez de familia en la Corte Superior de Justicia de Lima Norte. Abogado, con estudios de maestría en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Ha sido docente en la Academia de la Magistratura, en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo y en la Universidad de San Martín de Porres. Miembro integrante de la Comisión Distrital del Programa Presupuestal «Celeridad en los Procesos Judiciales de Familia PP0067» de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte para el año 2020.

Miguel Alberto Piedecasas

Director general de la Secretaría de Asuntos Judiciales del Consejo de la Magistratura de la Nación (Argentina), abogado, notario, magíster en Derecho y Derecho Comercial, doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Asimismo, desempeña la docencia universitaria en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional del Litoral (Argentina). Fue integrante de la Comisión de Seguimiento de las 100 Reglas de Brasilia de la Cumbre Judicial Iberoamericana, durante los periodos 2016-2018 y 2018-2020, expresidente del Consejo de la Magistratura de la Nación (2016 y 2018) y exvicepresidente del CMN (2017). Entre sus obras destacan *Responsabilidad por daños* (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2018) y *Derecho de los pacientes* (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011), *Accidentes de tránsito* (Santa Fe: Editorial Rubinzal-Culzoni, 2009), *Responsabilidad civil y contratos* (Santa Fe: Editorial Rubinzal-Culzoni, 2006), en coautoría con el Dr. Jorge Mosset Iturraspe; y *Derecho comercial* (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015).

Álex Fernando Plácido Vilcachagua

Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico, la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y en la Academia de la Magistratura (Perú). Es investigador en materia jurídica, con mención en derecho familiar de infancia y de sucesores, asesor jurídico empresarial conciliador, integrante y colaborador de comisiones legislativas y autor de diversas publicaciones.

Joaquín Pablo Reca

Abogado de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (Argentina). Actualmente, cursa un máster en Derechos Humanos, a cargo del Dr. Fabián Salvioli, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Ha publicado los artículos «Derechos humanos: Una materia a ser interpretada», en *Revista Interamericana de Derechos Humanos* (n.º 68, 2018); «Política Económica y Derechos Humanos: una reflexión sobre sus oscilantes reflexiones», en *Revista Derecho y Cambio Social*, Universidad Nacional de Lima (n.º 58, 2019); «Leyes dormidas: el amparo como remedio eficaz en materia de derechos humanos», en *Revista Internacional de Derechos Humanos del Centro Latinoamericano de Derechos Humanos* (vol. 1, 2019); y «Barreras condicionantes en el derecho humano a la salud», en *Revista de la Facultad de Derecho* (UNAM) (vol. 69, n.º 275-1, 2019), entre otros.

Verónica Celeste Roncoli

Licenciada en Servicio Social por la Universidad Nacional Mar de Plata e integrante del Departamento de Servicio Social del Instituto Nacional Rehabilitación Psicofísica del Sur (Argentina). Es autora de los artículos «Vida cotidiana en discapacidad desde el trabajo social. Cómo se resignifica la vida cotidiana de la persona a partir de su condición/situación de discapacidad», en *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos* (vol. 1, n.º 1, 2017), y «El ejercicio de resignificar la cotidianeidad: una mirada desde la intervención profesional en situaciones de internación en rehabilitación de personas con discapacidad», en *Revista Salud y Bienestar Colectivo* (n.º 1, 2017).

Juan Camilo Rúa Serna

Abogado de la Universidad de Antioquia, politólogo de la Universidad Nacional de Colombia y magíster en Ciencia Política de la Universidad de los Andes (Colombia). Ha publicado en revistas académicas nacionales e internacionales sobre los derechos de las personas

mayores, en el marco del conflicto armado colombiano, y el enfoque de envejecimiento y vejez en los procesos de reparación colectiva, así como también acerca de los derechos de las personas con discapacidad en Colombia.

Janet Tello Gilardi

Doctora en Derecho y Ciencia Política, y egresada de la maestría en Derecho, con mención en Ciencias Penales, por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Abogada y magíster en Derecho, con mención en Política Jurisdiccional, por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Posee un diplomado en Estudios de Género por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Desde el 2013, es jueza titular de la Corte Suprema de Justicia del Perú, presidenta de la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria y de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad, fundadora de la Asociación de Jueces para la Justicia y Democracia (JUSDEM) y presidenta de la Asociación Peruana de Mujeres Juezas (APMJ), que integra la International Association of Women Judges (IAWJ). Asimismo, es integrante fundadora del Consejo Directivo del Comité Panamericano de Jueces por los Derechos Sociales y la Doctrina Franciscana, creada por el papa Francisco; también es miembro de la Directiva del Capítulo América de la Asociación Internacional de Jueces en Refugio y Migración. Ha sido reconocida con la Orden al Mérito de la Mujer 2018, por el Estado peruano, y el premio «Líderes de Derechos Humanos: Rostros por la Igualdad», otorgado por el Gobierno de Canadá (2019).

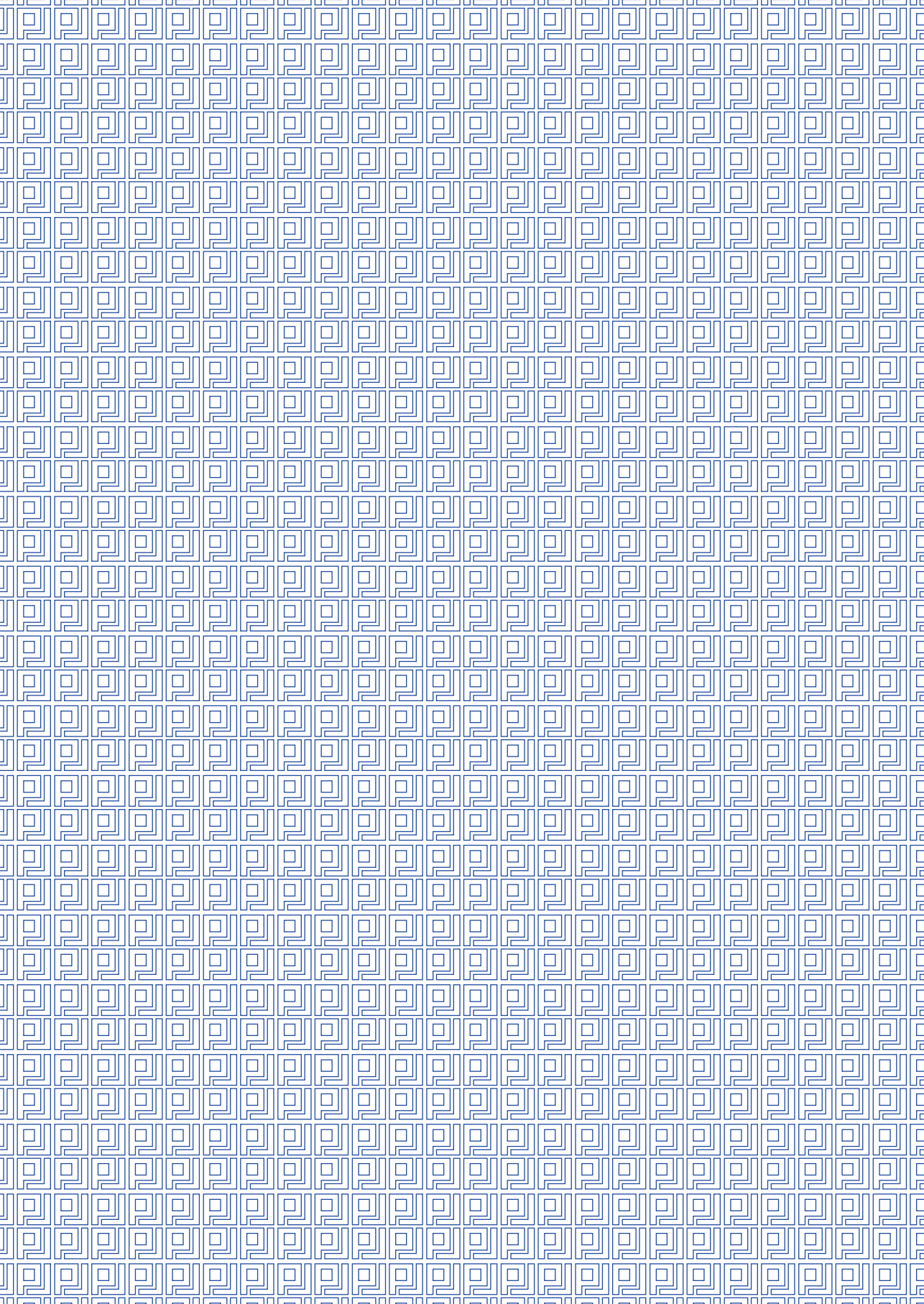
Percy Milton Valencia Carrera

Juez titular del 30.º Juzgado de Trabajo Permanente del Poder Judicial de Perú y de la Octava Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Lima, abogado y máster propio en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Jaén (España). Laboró en el Juzgado de Paz Letrado de Mariscal Cáceres Juanjuí, Corte Superior de Justicia de San Martín.

Entre sus publicaciones figura el artículo «La competencia en tema de indemnización por despido de la Nueva Ley Procesal de Trabajo», en *Revista Virtual Ipso Jure* (n.º 15, 2012).

Claudia Elizabeth Zalazar

Abogada, doctoranda y presidenta de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-DJ) de la Universidad Blas Pascal (Argentina). Además, es vocal de la Cámara de Apelaciones del Poder Judicial de Córdoba, miembro del Comité Ejecutivo de la Red Iberoamericana y Argentina de Derecho Sanitario, el Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y la REDLAJ. Es autora de diversas obras y exponente nacional e internacional.



Este libro reúne importantes investigaciones cuyo eje temático es la defensa de los derechos humanos de los grupos vulnerables conformados por las niñas, los niños, los adolescentes, los adultos mayores y las personas con discapacidad. Los autores de los ensayos recopilados son profesionales de reconocida trayectoria en el ámbito académico y jurídico; además, a través de sus textos, comparten sus experiencias para fortalecer el compromiso personal e institucional que promueve la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad.

JANET TELLO GILARDI

ISBN: 978-612-4484-11-7