

El derecho a la toma de decisiones en materia de salud sexual de las mujeres con discapacidad desde la óptica de la violencia y la opresión de grupo; algunos avances en C.A.B.A.

The right to decisions on sexual health of women with disabilities from the optics of violence and oppression on group; some advances in C.A.B.A

Fabián Murúa^{*}

Resumen:

En el presente trabajo se sostiene que la sustitución de la voluntad lisa y llana para la realización (y la no-realización) de prácticas interruptivas de un embarazo sobre mujeres con discapacidad intelectual constituye una práctica de violencia que atraviesa el género y la discapacidad y que es el reflejo todavía vigente de una estructura social opresiva para las personas con discapacidad. Asimismo se destaca la alentadora línea jurisprudencial que se viene desarrollando en el fuero Contencioso Administrativo de CABA en materia de los derechos vinculados al ejercicio de la capacidad jurídica y la toma de decisiones de las mujeres con discapacidad en materia de salud sexual y reproductiva.

Palabras clave: Derechos humanos, mujeres con discapacidad, violencia, opresión.

Abstract:

In this paper I argue that replacing outright willingness to carry (and non-realization) of interrupters practices of pregnancy on women with intellectual disability is a practice of violence that crosses gender and disability and is still reflect current from an oppressive social structure for the disabled. Likewise, the encouraging line jurisprudence that has been developing in the Administrative jurisdiction of GABA in the rights attaching to the exercise of legal capacity and decision making of women with disabilities in sexual and reproductive health is highlighted.

Key words: Human rights, women with disabilities, violence, oppression.

^{*} Abogado, UNLP. Maestrando en Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos, FCJyS, UNLP. Adscripto de la Cátedra I de Derecho Constitucional, FCJyS, UNLP. Miembro de la Asociación Azul “por la vida independiente de las personas con discapacidad”. Miembro de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos y Discapacidad, FCJyS, UNLP. Correo electrónico: fabianmurua@gmail.com.

El derecho a la toma de decisiones en materia de salud sexual de las mujeres con discapacidad desde la óptica de la violencia y la opresión de grupo; algunos avances en C.A.B.A.

Fabián Murúa

Las mujeres con discapacidad intelectual dan examen todos los días. Porque no se les cree, porque se las discrimina al arrojar sospechas sobre sus decisiones, porque se tejen mantos de duda sobre sus deseos y necesidades. Infinidad de veces deben probar, ante una sociedad miope y un abanico institucional que precisa décadas de capacitación, que están dispuestas y con derechos de ejercer muchos de los pasos cotidianos que hacen a su autonomía

Roxana Sandá, Página 12 (8/8/2014)

Presentación

Si hay algo que vale la pena defender de la teoría normativa y argumental de los derechos humanos es sin duda, ese permanente cuestionamiento de prácticas sociales naturalizadas e indiscutibles que resultan ser opresoras para ciertos grupos. La construcción y redefinición constante del contenido de los derechos humanos, nutrido especialmente por el “activismo desde abajo” y reflejada en innumerables documentos internacionales de derechos persigue como fin último la lucha contra las diferentes formas de discriminación y opresión sistémicas e invisibles, proponiendo la modificación de las estructuras sociales. El desarrollo de los derechos humanos de la mano de los movimientos raciales y feministas de los 60 y 70, que comenzaron a impugnar los roles tradicionalmente asignados obligaron a redefinir el concepto de igualdad que hasta el momento consideraba racional las diferencias basadas en el sexo o la raza (Post y Siegel, 2013)

Esta potencialidad transformadora del derecho internacional de los derechos humanos (valga la aclaración ya que desde otros discursos jurídicos se naturaliza la opresión) se refleja en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada

por Argentina en 2008 mediante la Ley 26.378 y que goza de reciente jerarquía constitucional.¹ Dicha norma internacional, producto del activismo y debate de las personas con discapacidad a través de sus organizaciones, establece como paradigma convencional el llamado “modelo social”.² Dicho enfoque tiene como eje central el reconocimiento del derecho de las personas con discapacidad a vivir de manera independiente e incluidas en la comunidad según sus propias preferencias y deseos, detentando el poder sobre sus propias vidas³ en especial en los ámbitos educativos y laborales, así como también el derecho a la participación política y, en especial, para lo que nos compete aquí, al ejercicio de la capacidad jurídica,⁴ con la proporción de salvaguardas y apoyos adecuados para la toma de

¹ Ley 27.044, BO 22-12-2014.

² Corte IDH. Caso Artavia Murillo Vs. Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre de 2012. Párr. 290 y 291; *la CDPD establece que las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. La discapacidad resulta de la interacción entre las limitaciones funcionales de una persona y las barreras existentes en el entorno que impiden el ejercicio pleno de sus derechos y libertades. En las Convenciones anteriormente mencionadas se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras, actitudinales o socioeconómicas.*

³ El lema de la Convención fue *nada sobre nosotros sin nosotros.*

⁴ El artículo 12 de la Convención establece: *Igual reconocimiento como persona ante la ley. 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito*

decisiones. Esto último es de particular relevancia no sólo en relación a aspectos patrimoniales sino también en vinculación a las decisiones sobre temas tabú como las relaciones sexuales, la reproducción y la familia, ya que la Convención reconoce amplios derechos sexuales y reproductivos⁵ a las mujeres con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás,⁶ entre ellos el derecho a la planificación familiar, a la

financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

⁵ El Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994, entiende que “la salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos (...) También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos”.

⁶ El artículo 23 de la Convención establece: *Respeto del hogar y de la familia. 1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: 1. Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges; 2. Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos; 3. Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás. 2. Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos. 3. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias. 4. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos. 5. Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño*

información y educación sexual así como la exigencia a los profesionales de la salud de brindar atención médica sobre la base del consentimiento libre e informado.

En este contexto y en lo que hace al centro de este trabajo vale resaltar que las mujeres con discapacidad constituyen una minoría⁷ social especialmente discriminada, ya que a las formas de violencia y discriminación ya problematizadas, como la explotación sexual o violencia en el hogar, se les suma una forma de violencia legitimada por el derecho, la sustitución de la toma de decisiones sobre sus propios cuerpos. Consideramos que esto es así en el supuesto de aborto no punible previsto en el inciso 2 del artículo 86 del Código Penal, hipótesis en el que la decisión sobre la interrupción del embarazo queda en cabeza del representante legal.

En relación a la norma señalada creemos que forma parte de actitudes tradicionales en las que se subordina y estereotipa a las mujeres con discapacidad como personas que no pueden comprender, no tienen nada que decir ni asumen planes de vida, deseos o intereses propios, perpetuándose la difusión de prácticas violentas e invasivas sobre el propio cuerpo y que se justifican como una forma de protección. Este tipo de violencia absolutamente naturalizada priva a las mujeres con discapacidad del reconocimiento y ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales y tiene consecuencias estructurales básicas

con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar.

⁷Raquel Osborne (1996) abordó el concepto de minorías en su trabajo *¿Son las mujeres una minoría?; ¿Cómo es definido el concepto de minoría para que sea aplicable a las mujeres, un grupo numéricamente mayoritario en nuestras sociedades? La definición más comúnmente aceptada fue la propuesta por Louis Wirth, y que él aplicaba sobre todo a la minoría sociológica por excelencia en la literatura norteamericana, los negros: “Un grupo minoritario” -dice Wirth- “es cualquier grupo de personas que, a causa de sus características físicas o culturales, se encuentra sometido a una discriminación respecto de los demás miembros de la sociedad en la que vive, recibiendo de ésta un trato diferente e injusto”. “Incluso aunque los negros se encontraran en situación de mayoría numérica”, señala Wirth, “habríamos de seguir considerándoles sin lugar a dudas como una minoría por razón de su posición de subordinación social, política y económica. Esta definición de minoría a causa de la inferioridad del estatus, y no por su envergadura estadística, es lo que permite la aproximación sociológica entre las llamadas minorías étnicas y las mujeres. (...) «Por minoritarios entenderemos» -escribe Colette Guillaumin (...) «no aquellos que serían forzosamente menores en número, sino más bien aquellos que en una sociedad están en estado de “menor poder”, sea este poder económico, jurídico, político (...). Minoría, pues, de carácter sociológico, aplicable a grupos relativamente carentes de poder y subordinados en las diversas sociedades.*

en el papel social asignado (escasa participación en política, nivel inferior de educación y capacitación y oportunidades de empleo).

La sustitución de voluntad como forma de violencia

En el presente trabajo se adopta un enfoque amplio de violencia entendiendo que ésta *abarca la violencia practicada en forma de fuerza física, coacción legal, coerción económica, intimidación, manipulación psicológica, engaño y desinformación, y en la cual la ausencia de consentimiento libre e informado constituye un componente fundamental.*

(ACNUDH, 2012) En sintonía con la posición del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), el Comité de la CEDAW ha establecido en su Recomendación General N° 19 dedicado a la violencia contra la mujer *que la esterilización y el aborto obligatorios influyen adversamente en la salud física y mental de la mujer y violan el derecho de la mujer en decidir el número y espaciamiento de sus hijos y recomienda a los estados que apliquen medidas para impedir la coacción con respecto a la fecundidad y la reproducción.*

En el año 2012, las Observaciones Finales emitidas por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de ONU (CRPD) en el marco del examen de Argentina, reflejaron la importancia de este tema. El Comité consideró con preocupación para la protección a la integridad personal, que el representante legal de una mujer con discapacidad pueda otorgar el consentimiento a un aborto no punible en nombre de ésta y además, la existencia de prácticas de esterilización de personas con discapacidad sin su consentimiento libre e informado, recomendando al Estado la modificación del artículo 86 del Código Penal y el artículo 3 de la Ley 26130 de Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica. Asimismo recomendó la adopción de medidas para ofrecer los apoyos necesarios a las mujeres sometidas a un régimen de tutela o curatela a fin de que sean ellas mismas las que den su consentimiento informado para acceder a la práctica del aborto no punible o esterilización.

Por otra parte existe una estrecha relación entre el derecho a una vida independiente (Art. 19 CDPCD) entendido éste como la libertad de elección y control sobre las decisiones que

afectan a la propia vida, y el derecho al ejercicio de la capacidad jurídica (Art. 12 CDPCD). En el estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad del ACNUDH(2012) se afirmó que *la Convención establece que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su capacidad jurídica, en igualdad de condiciones con las demás personas (artículo 12). El disfrute de este derecho es esencial para el ejercicio efectivo del derecho a vivir de forma independiente en la comunidad, a hacer elecciones y a tener control sobre la propia vida diaria, en igualdad de condiciones con los demás.*

En el mismo informe se estableció que el derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida es la base del derecho a vivir de forma independiente en la comunidad y que el ejercicio de este derecho requiere que se respeten la voluntad y las preferencias de la persona, y permite el ejercicio del consentimiento libre e informado, y que lo mencionado se aplica, entre otras cosas, a la aceptación o el rechazo de tratamiento médico, el internamiento en una institución o cualquier otra intervención que afecte a la vida de la persona. Por ultimo deja en claro que *los Estados deben reemplazar los regímenes que prevén la **sustitución** en la adopción de decisiones por el **apoyo** en la adopción de decisiones con el objeto de acabar con la discriminación y la negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad.*

En el ámbito nacional, la ley 26.485 de protección integral a las mujeres establece que una modalidad que asume la violencia contra las mujeres es la violencia contra la libertad reproductiva entendida como *aquella que vulnera el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable.*

Entonces, frente a los recientes avances internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres con discapacidad desde un enfoque transversal de género y discapacidad, se hacen aplicables las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos:

1) La adopción de medidas legislativas destinadas a eliminar la violencia y discriminación contra las mujeres con discapacidad; esto incluye las modificaciones legales necesarias, que en el caso demandarían la reforma del artículo 86 del Código Penal.

2) La adopción de medidas administrativas y judiciales u otras medidas para prohibir y prevenir la violencia contra las mujeres con discapacidad. Para cumplir con esta obligación se hace necesaria la capacitación de los funcionarios de salud así como los miembros del Poder Judicial y otros operadores jurídicos en materia de derechos de las personas con discapacidad y la adopción de estrategias de apoyos para la toma de decisiones.

3) En el diseño y aplicación de legislación y políticas destinadas a garantizar los derechos de las personas con discapacidad, es fundamental la realización de consultas y la colaboración activa de las personas con discapacidad, incluidas las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.

Opresión de grupo y sustitución de voluntad

Por otro lado creo que las teorías feministas y en especial las doctrinas que realzan las virtudes de las diferencias tienen mucho para decirnos y ayudarnos a pensar en materia de minorías. Un aporte muy interesante es el de Iris Marion Young en *La justicia y la política de la diferencia* (Young, 2000), donde ha dejado expuesto el reduccionismo en el que incurren las teorías de la justicia de corte distributivo (Rawls, 1995), señalando la necesidad de ampliar estos límites teóricos hacia los conceptos de opresión y dominación, entendidos como los obstáculos institucionales al desarrollo y a la autodeterminación de las acciones. La autora explica que el significado del término opresión va más allá de sus usos tradicionales (ejercicio de la tiranía, dominación colonial) y es resignificado por los movimientos sociales como injusticias sistemáticas que sufren algunos grupos como consecuencia de estereotipos y acciones a menudo bien intencionadas. Desde esta perspectiva la opresión de grupos es estructural y responde a creencias sociales y prácticas cotidianas por lo que es difícil identificar un agente opresor.

Una de las cinco caras⁸ posibles que puede adoptar la opresión es la marginación. Esta faceta se da cuando un grupo social es considerado como socialmente inútil y por lo tanto marginado. En especial, algunas personas que son consideradas dependientes de otras, transitan sus vidas a través de una red de profesionales e instituciones burocráticas que prestan servicios de bienestar y que a menudo otorgan un trato paternalista y degradante, decidiendo por ellas y en muchos casos de manera invasiva y sin respeto por el derecho a la privacidad. Creemos que las personas con discapacidades físicas severas y las personas con discapacidad intelectual sufren de manera muy marcada esta forma de opresión. La marginación de las instituciones sociales habituales constituye un obstáculo al desarrollo de sus capacidades y la invasión y permanente decisión sobre sus vidas de los profesionales a su cargo que deciden lo que es bueno o malo para ellas desemboca en una negación de los derechos de ciudadanía y la negación de la autonomía e independencia. Frecuentemente pensamos que nuestras normas e instituciones son justas con las personas con discapacidad porque proveen de alimentos, refugio y salud, centrándonos en estos aspectos de justicia distributiva, pero solemos desconsiderar otros fenómenos que son marcadamente injustos.

Es en este sentido que anteriormente se destacó la capacidad emancipadora de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ya que propone alternativas concretas a las estructuras tradicionales; a un modelo de educación segregada le presenta un modelo de educación inclusiva (artículo 24), a la carencia de poder y la vida institucionalizada le propone un modelo de vida en comunidad a través de los servicios de asistencia personal⁹ (artículo 19) y a la sustitución de voluntad le ofrece un modelo de conservación de la capacidad con apoyo para la toma de decisiones (artículo 12).

⁸ Young (2000) describe cinco modalidades de opresión; explotación, marginación, carencia de poder, imperialismo cultural y violencia. *La Justicia y la Política de la Diferencia.*

⁹ Ampliamente difundida en Europa, el servicio de asistencia personal busca garantizar la independencia de las personas con discapacidad a través de un trabajador que bajo los requerimientos del “usuario” (y no paciente) colabora o asiste a la persona en el quehacer cotidiano y en las tareas más variadas teniendo una especial preocupación en que la persona conserve el poder sobre su vida.

A propósito del caso F.A.L; el protocolo de aborto en C.A.B.A como política de violencia y opresión.

Luego de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el año 2012¹⁰ ordenara a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires diseñar un protocolo que garantice el derecho al aborto en los casos permitidos por la ley, sin establecer obstáculos ni trabas burocráticas para su realización, el Ministerio de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires implementó en septiembre de ese mismo año, por medio de la Resolución 1252/12, un protocolo que lejos de ajustarse a lo ordenado por la Corte Federal, estableció una serie de barreras que desvirtuaron el derecho. Asimismo, días después la legislatura porteña dictó la ley 4318 instituyendo un protocolo de actuación para los casos de aborto no punible en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Sin embargo dicha ley fue vetada en su totalidad por el Jefe de Gobierno mediante el decreto 504/2012.

Ambas normativas (resolución 1252/2012 y ley 4318) tenían como objeto regular un procedimiento para casos de abortos no punibles en la esfera local, pero diferenciándose, fundamentalmente en los excesivos requisitos que contenía la resolución, los que darían lugar a una acción de amparo que a continuación comentamos. En relación al protocolo establecido por el Ministerio de Salud, entre los obstáculos establecidos al derecho en cuestión, propios de quienes *invocan el derecho a la vida de la persona por nacer en términos absolutos, como una suerte de barrera infranqueable aún frente al derecho a la vida, a la salud y a la integridad física y psíquica de la mujer embarazada*, se incluyeron requisitos tales como la intervención de un equipo interdisciplinario (con las demoras e inconvenientes que esto puede causar), la conformidad del Director del Hospital, la exigencia de gravedad para la salud de la madre más alta a la establecida en el Código Penal, la exigencia del consentimiento por parte de los representantes legales de las mujeres menores de edad y lo que aquí nos trae, la sustitución de la voluntad total sobre la decisión

¹⁰ CSJN, Fuentes, Aurora Luisa. Fallos 335:197.

de la práctica del aborto en los casos de mujeres con discapacidad intelectual dejando esta decisión en cabeza de su representante legal.

Este tipo de regulaciones sobre las personas con discapacidad intelectual o psicosocial no son nuevas. En efecto, las leyes argentinas han naturalizado que hay personas que no pueden decidir sobre los aspectos más elementales de la vida y que con el fin altruista de la protección, otras personas deben decidir por ellas, en una suerte de anñamiento vitalicio. En este sentido, los sistemas de protección de derechos humanos (normas internacionales, procedimientos, doctrinas) constituyen una herramienta muy útil a la hora de deslegitimar estos argumentos de exclusión y correr el velo de lo naturalizado.

Así ha quedado demostrado en la causa *Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y otros contra GCBA s/ amparo* que tramitó por ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario 2 de la Ciudad de Buenos Aires a cargo del Juez Roberto Gallardo, en la que se declaró inconstitucional dicho protocolo por no ajustarse a los estándares internacionales de derechos humanos y, entre otros puntos, no respetar la voluntad de la mujer con discapacidad con relación a temas que afecten sus propios intereses y derechos.

Se trató de una acción de amparo colectivo promovida, además de por la Asociación de Derechos Civiles, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA) y la Asociación R.E.D.I. (Red por los derechos de las personas con discapacidad),¹¹ que perseguía la declaración de inconstitucionalidad de los requisitos ilegítimamente incluidos en la Resolución 1252/12 del Ministerio de Salud y del decreto de veto 504/2012, alegando un supuesto de violencia institucional, violación de los principios de razonabilidad e igualdad ante la ley y no discriminación así como del derecho a la salud. Este caso -rico en la materia procesal constitucional¹² cuestión pero que dejaremos de lado ya que no es lo que nos convoca a

¹¹Que fue acumulada a otro amparo interpuesto por una legisladora (María Rachid) y un habitante(Andrés Gil Domínguez).

¹² En el caso se analizaron cuestiones como la posibilidad de control de constitucionalidad del veto y la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, la legitimación de las asociaciones, los legisladores y los

escribir estas líneas- se destacó por innovar en considerar la voz de la mujer con discapacidad en un supuesto de la materia. Ni en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ni en la de órganos internacionales¹³ se ha puntualizado, hasta el momento, la necesidad de dar lugar a la palabra de dichas mujeres o niñas.

El artículo 11 de la resolución impugnada establecía que *Para la atención de aborto no punible, contemplado en el artículo 86 inciso 2 del Código Penal, en los que el embarazo sea producto de un atentado al pudor de una víctima con discapacidad mental, deberá constar:*

a) Consentimiento de el/los representantes legales, prestado ante el/los profesional/es médico/s que llevará/n a cabo la intervención.

b) Declaración jurada de el/los representantes legales, conforme el modelo aprobado en el anexo.

c) Declaración de insania, debidamente certificada o certificado que acredite que la mujer padece de discapacidad mental expedido por la autoridad competente.

Para resolver el caso *sub examine* el Juez de la causa realizó un control de constitucionalidad y convencionalidad¹⁴ entre el artículo mencionado y el artículo 12.1. de

habitantes en amparos colectivos y el sistema de reenvío entre el Superior Tribunal de Justicia y la legislatura porteña plasmado en el artículo 113 de la Constitución local, en el marco de un esquema de amparo local más amplio que en el orden federal.

¹³ CSJN, Fuentes, Aurora Luisa. Fallos 335:197. Comité DDHH, Comunicación N° 1608/2007, CCPR/C/101/D/1608/2007.

¹⁴A partir del caso *Almonacid Arellano Vs. Chile* (2006) la Corte IDH comenzó a dar forma a la doctrina del Control de Convencionalidad al decir que *el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Dicha doctrina fue consolidada en: *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (2006); *La Cantuta vs. Perú* (2006); *Boyce y otros vs Barbados* (2007); *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008); *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009); *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010); *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010); *Fernández Ortega y Otros vs. México* (2010); *Rosendo Cantú y Otra vs. México* (2010); *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia* (2010); *Vélez Loor vs. Panamá* (2010); *Gomes Lund y Otros vs. Brasil* (2010) y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010), entre otros.

la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que establece que *las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica* y que *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*(artículo 12.2) y con apoyo en la ley Salud Mental 26.657¹⁵ y en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹⁶ entendió que dicho artículo violentaba normas internacionales, nacionales y locales, al imponer una limitación absoluta a la voluntad las mujeres con discapacidad, en lugar de tener en cuenta la capacidad. En consecuencia, declaró el 8 de julio de 2013 su inconstitucionalidad.

Asimismo, en el marco del mismo proceso, con fecha 27 de marzo de 2013 se dictó una medida cautelar por la cual se ordenó al Gobierno de la Ciudad a arbitrar un sistema de apoyo y salvaguarda para las mujeres con discapacidad intelectual/psico-social que pretendieran practicarse un aborto en los términos previstos en el inciso 2 del artículo 86 del Código Penal, precisando que dichos sistemas *no pueden ser equiparados a un curador, un tribunal o un equipo técnico perteneciente a este último y que pueden cumplir dicha función los asistentes personales o pares (otras personas con discapacidad), amigos o cualquier otra persona, con el requisito de que el sistema se sustente en la confianza, se proporcione con respeto, y nunca en contra de la voluntad de la persona con discapacidad.*

En virtud de dicha manda el Ministerio de Salud porteño dictó la Resolución n° 2013-1860-MSGC mediante la cual creó *un Equipo Interdisciplinario de Apoyo para pacientes con discapacidad intelectual y/o psico-social que soliciten prácticas de aborto no punible.* Sin embargo, las organizaciones litigantes reclamaron la modificación de dicha Resolución a fin de que la misma precisase que el sistema de apoyos es un derecho de la mujer que puede

¹⁵Reconoce en su artículo 10 que las personas con padecimiento mental tienen derecho a [...] *poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades*” (artículo 7 inciso k); y *a recibir, en materia de consentimiento informado, “[...] la información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión.*

¹⁶ El artículo 42 garantiza *a las personas con necesidades especiales el derecho a su plena integración, a la información y a la equiparación de oportunidades.*

ser usado conforme a su voluntad y no una imposición. Además, solicitaron que el sistema se conformase con personas de confianza de la mujer y, en caso de no existir, la autoridad sanitaria debería designar, también con acuerdo de la mujer, a una persona idónea para prestar el apoyo requerido.

Ante dicha presentación el juez el 2 de setiembre de 2014 ordenó al citado Ministerio modificar la Resolución 1860, en los siguientes términos:

(i) el sistema de apoyos es un derecho de la mujer, que debe respetar su voluntad y no puede, bajo ningún supuesto, forzarla o sustituirla;

(ii) la función de apoyo tiene por finalidad asistir a la mujer con discapacidad en la toma de sus propias decisiones, respetando de modo irrestricto su voluntad y preferencias;

(iii) la función puede ser desempeñada por familiares, amigos, asistentes personales o cualquier otra persona de confianza de la mujer discapacitada;

(iv) para el caso de no existir personas de confianza, la autoridad administrativa deberá designar persona idónea para prestar el apoyo requerido, designación que deberá tener siempre en cuenta la opinión de la mujer con discapacidad.

Conclusión.

A modo de conclusión es fácil advertir que a pesar de la claridad de la letra y el espíritu de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se siguen manteniendo normas e instituciones que permiten reemplazar la voluntad de las personas en clave paternal y que dichas normas deberían reformarse por su evidente injusticia, ya que las mismas no sólo vulneran los derechos de las personas con discapacidad sino que también contribuyen a reproducir imágenes y estereotipos infantilizados y repercuten en la asignación de posiciones sociales.

Pero Argentina tiene todo los componentes para una auténtica revolución de los derechos (Epp, 2013); amplios derechos constitucionales, una justicia en buena medida comprometida con los derechos fundamentales y una conciencia popular sobre los derechos, pero por sobre todas las cosas una estructura de sostén formada por activistas, abogados formados en derechos humanos, organizaciones no gubernamentales, clínicas jurídicas y fuentes de financiamiento que permiten la movilización legal.

Las resoluciones citadas del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario 2 a las que hemos hecho referencia son parte de las acciones estratégicas de movilización legal y en este sentido deben ser un aliento para las organizaciones de personas con discapacidad, las clínicas jurídicas de derechos humanos y otros actores, para utilizar el sistema de justicia y planificar litigios estratégicos en pos de lograr la progresiva Implementación de la Convención.

Bibliografía.

ACNUDH (2012), *Estudio temático sobre la cuestión de la violencia contra las mujeres y las niñas y la discapacidad.* Disponible en: www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-5_sp.pdf [...]

Epp, Charles (2013): *La Revolución de los Derechos; Abogados, activistas y Cortes Supremas en perspectiva comparada*, Siglo Veintiuno Editores, 1ª Ed, Buenos Aires.

Osborne, Raquel (1996): “¿Son las mujeres una minoría?”, *Revista ISEGORIA* N° 14, Madrid p. 79-93.

Post, Robert y Siegel, Reva (2013): *Constitucionalismo democrático; Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Siglo Veintiuno Editores, 1ª Ed, Buenos Aires.

Rawls, John (1995): *Teoría de la Justicia*, 2da. ed. Fondo de Cultura Económica. México.

Sanda, Roxana (2014): *Si no se aclara, oscurecen*, *Página 12*, Buenos Aires, 8-8-2014.

Young, Iris Marion (2000): *La Justicia y la Política de la Diferencia*, Ediciones Cátedra, Madrid.