

El derecho al acceso a justicia accesible: Capacidad Jurídica, Tecnologías y Prácticas con perspectiva de Derechos Humanos

Ignacio Oscar Zelasqui^[1-2-3]

¹ Grupo de Estudios de la Complejidad en la Sociedad de la Información (GECESI) - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (FCJyS) – Universidad Nacional de La Plata (UNLP).

² Clínica Jurídicas Comisión Discapacidad y Derechos Humanos (FCJyS-UNLP).

³ Becario de Investigación UNLP - Doctorado en Ciencias Sociales (FaHCE-UNLP)

izelasqui@jursoc.unlp.edu.ar

Abstract. Frente al contexto originado por el Covid-19 propongo algunos aportes para (re)pensar la capacidad jurídica en general y, particularmente, las modalidades a distancia o mediadas por el uso de tecnología. Pensar la discapacidad psicosocial supone poner de relieve las tensiones entre las normas formales y las prácticas de los/as operadores/as jurídicos/as, en consecuencia, la vigencia real o efectividad de estas normas inclusivas. A partir de dicho enfoque, nos proponemos describir algunas pautas que faciliten prácticas jurídicas y tecnológicas accesibles para todas las personas.

Resulta evidente que las tecnologías cuando no son utilizadas bajo criterios de inclusión y diversidad profundizan las desigualdades. No solo por el desigual acceso a la tecnología, conectividad, computadora y demás elementos técnicos, sino porque además, las modalidades a distancia parten de un ideal normalizado. La urgencia sanitaria y el ASPO requirió de una pronta respuesta desde la tecnología para continuar con las actividades. Sin embargo y, tal vez por esa urgencia, no se están teniendo en cuenta criterios de diseño universal (modelo social) ni adaptaciones o ajustes del mismo. Lo que supone la continua exclusión de las personas con discapacidad. Si estas herramientas pretenden mantenerse post pandemia, hay que hacer un serio replanteo en términos constitucional-convenionales. Reflexionemos sobre prácticas y tecnologías que garanticen un derecho al acceso a justicia accesible.

Palabras Clave: Derechos Humanos, Discapacidad, Accesibilidad, Prácticas Judiciales.

1 Introducción

Este trabajo se enmarca dentro de un proyecto de investigación en el cual participo en carácter de becario (Proyecto I+D. 2020-2023. UNLP) titulado: “Servicio de justicia y gestión en contexto de las TICs: Antecedentes, desarrollo, expansión y proyección de la digitalización en el servicio de justicia relacionada a los derechos humanos de cuarta generación” que llevamos adelante en el Grupo de Estudios de la Compleji-

dad en la Sociedad de la Información (GECISI), de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. (Dir. Dr. Mario S. Gerlero).

El trabajo ha sido elaborado a los fines de realizar una aproximación al tema discapacidad psicosocial desde una perspectiva de Derechos Humanos y su vinculación con las tecnologías. En este sentido, proponemos realizar algunos aportes para (re)pensar la capacidad jurídica en general y, particularmente, las problemáticas que surgen con el uso de tecnología sin perspectiva del modelo social de la discapacidad.

Para ello, considero fundamental introducirnos a la noción de capacidad jurídica, con una perspectiva de DDHH, es decir, a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD) [1] y la Ley Nacional de Salud Mental 26.657 (LNSM). Desde la sanción del Código Civil en la segunda mitad del siglo XIX ha regido en nuestro país un modelo tutelar para las personas con discapacidad, estableciendo parámetros de “normalidad” fundados en un discurso médico-legal. La respuesta de este modelo ante aquellos que quedan fuera de los criterios normalizadores ha sido la sustitución de su voluntad y autonomía mediante figuras de representación que, más allá de las buenas intenciones, vedan a las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos de modo acorde a sus deseos, necesidades y elecciones. En contraposición con el modelo tutelar, la CDPD consagra en su art. 12 el igual reconocimiento como persona ante la ley. Afirmando que la persona con discapacidad tiene derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y como consecuencia de ello la capacidad que es plena y no admite restricciones, solo apoyos para su ejercicio.

En el año 2014, Argentina otorgó jerarquía constitucional a la CDPD. En consecuencia, es a partir de la CDPD y el modelo social instaurado por ésta que deben diseñar, implementar e interpretarse todo tipo de actuación a distancia, digitalizada o mediante el uso de tecnologías para que su aplicación sea constitucional y en concordancia con los derechos humanos.

Pensar la discapacidad psicosocial supone poner de relieve las tensiones entre las normas formales y las prácticas de los/as operadores/as jurídicos/as, en consecuencia, la vigencia real o efectividad de estas normas inclusivas. Consiste en problematizar cómo inciden los imaginarios, estereotipos y prejuicios sociales referidos a la discapacidad (específicamente psicosocial) en el modo de regulación jurídica y accionar de los/as operadores/as.

La problemática relación entre tecnologías y capacidad jurídica no es propia del contexto del Covid-19, ya existía anteriormente. A modo de ejemplo, la comunicación alternativa a menudo despierta dudas en los operadores/as jurídicos/as respecto de la voluntad o capacidad de la persona. Sin embargo, el ASPO ha generado un aumento de las actividades, procedimientos administrativos y procesos judiciales mediados por el uso de tecnologías, para muchos de los cuales se promueve su mantenimiento en el tiempo sin revisar los presupuestos constitucionales sobre accesibilidad y el modelo social de la discapacidad. La aceleración de este proceso de digitalización sin una mirada crítica corre el riesgo de reproducir y profundizar las desigualdades en una velocidad proporcional. En este sentido, cabe resaltar la obligación del Estado en garantizar que se cumplan los criterios de accesibilidad al desarrollar cualquier tipo de

plataforma o trámite digital así como los presupuestos de interpretación de esos actos desde el modelo social en todos los ámbitos.

Por último, a partir de dicho enfoque, nos proponemos describir algunas pautas que faciliten prácticas jurídicas y tecnológicas accesibles para todas las personas. Es decir, que parta de un diseño universal inclusivo y, a su vez, contemple posibles adaptaciones y ajustes, acorde a los principios de DDHH.

2 Prácticas judiciales, estereotipos e imaginarios sociales

En el ámbito judicial, al igual que todo espacio social operan distintas normas (en sentido amplio) que interactúan entre sí. En esta vinculación muchas veces conflictiva, unas se imponen sobre otras primando muchas veces las normas no formales, incluso en los procesos judiciales. En ese orden de ideas, y específicamente en el área de la salud mental, el diagnóstico psiquiátrico sigue operando como un estigma que inhabilita de manera absoluta y permanente, para varios o todos los aspectos de la vida (antiguamente mediante institutos como la interdicción o insania, hoy traducidos en múltiples restricciones específicas para “determinar la capacidad”). De este modo, se da una respuesta universal frente a un padecimiento mental, en abstracto, sin considerar la singularidad de cada sujeto, sus características, facultades y deseos. Luego de este proceso de estigmatización, se impone una lógica de encuadre de enfermedad, que implica el pasaje de sujeto de derecho en objeto a tutelar, y sustitución de voluntad mediante la figura del curador. En palabras de Michel Foucault [2] “la desfalleciente voluntad del enfermo es sustituida por la voluntad abusiva de un tercero que utiliza sus derechos (...), en otras palabras, otro lo ha sustituido como sujeto de derecho”. Este sistema se profundiza mediante una comprensión estática de la salud mental, entendida como un fenómeno constitutivo de un estado absoluto e inalterable, y como consecuencia, requirente de una asistencia permanente para el manejo de la persona y sus bienes. Configura un modelo que agudiza el padecimiento, refuerza el estigma y la dependencia, y obstaculiza toda posibilidad de autonomía e interacción social, presumiendo que del ejercicio de sus derechos y los lazos sociales sólo pueden derivar peligros o daños para su persona. Según la clasificación de Erving Goffman [3] los padecimientos mentales entran dentro de los defectos del carácter del individuo y presentan los siguientes rasgos sociológicos: “un individuo que podía haber sido fácilmente aceptado en un intercambio social corriente posee un rasgo que puede imponerse por la fuerza a nuestra atención y que nos lleva a alejarnos de él cuando lo encontramos, anulando el llamado que nos hacen sus restantes atributos. Posee un estigma, una indeseable diferencia que no habíamos previsto (...) Valiéndonos de este supuesto practicamos diversos tipos de discriminación, mediante la cual reducimos en la práctica, aunque a menudo sin pensarlo, sus posibilidades de vida. Construimos una teoría del estigma, una ideología para explicar su inferioridad y dar cuenta del peligro

que representa esa persona, racionalizando a veces una animosidad que se basa en otras diferencias, como, por ejemplo, la de clase social”.

Según Brogna [4], esta perspectiva judicial se traduce en prácticas que colocan a la persona en una posición de discapacidad en estos procesos, entendiéndose por tal, aquella que se construye cada vez que se le niega el reconocimiento de su condición de “ser persona”, de decidir la propia vida, de participar plenamente, de ser “otro igual”. Se le asigna a una persona una posición de desventaja, de status social deficitario. Siguiendo con la misma autora, la posición de discapacidad se juega en situaciones concretas en las que las instituciones sostienen los discursos y las prácticas que permiten que las personas con discapacidad sean relegadas a una posición de discapacidad. Es decir, se da en un plano estructural, su origen está en nuestra estructura social, en nuestras representaciones, en nuestros valores, en nuestra idiosincrasia, en nuestras normas, en nuestra cultura, en nuestros esquemas cognitivos. Sostiene Brogna [4] que las posiciones se construyen históricamente y luego se juegan en situaciones concretas donde se ponen en acción los discursos y visiones que están vigentes en esa sociedad. En consecuencia, el Estado y las instituciones a través de sus acciones, omisiones y contradicciones sostienen vigentes innumerables posiciones de discapacidad.

Poniendo el eje en las representaciones sociales y visiones del mundo como producto de una construcción histórica, según sostiene Castoriadis (1986) se sigue que hay una significación social imaginaria [5] en torno de la discapacidad en el ámbito judicial que continúa reproduciendo el modelo tutelar de negación de la personalidad, restricción de derechos, sustitución de la persona y representación. Contamos con elementos (normas formales) para otorgarle un nuevo sentido a los institutos, operadores y prácticas en el servicio de justicia que abonen por la capacidad y plena autonomía de las personas con discapacidad (PcD) en el ejercicio de sus derechos. Sin embargo, la institución judicial de acuerdo con sus normas, produce individuos que están obligados a reproducir la institución que los/as engendró. En consecuencia, los elementos que produce la ley al incorporarse a dicho funcionamiento, se traducen a sus normas y perpetúa la institución en sus mismas lógicas e imaginarios. Siguiendo con Castoriadis, siendo la justicia una de las instituciones particulares que constituyen la institución de la sociedad, la significación social imaginaria de la discapacidad es el resultado de la complicada red de significaciones que atraviesa, orientan y dirigen toda la vida de una sociedad.

Entre estas significaciones se encuentran la construcción histórica de estereotipos y prejuicios sociales que se traducen en actos de discriminación, según sostiene Raffin (2007) [6]. Consisten en excluir a una persona, o restringir el goce de alguno de sus derechos debido a cierta característica, como el color de piel, los géneros, la orientación sexual, las opiniones políticas, la etnia a la que pertenece, la posición

económica, de discapacidad u otros motivos. Discriminar es establecer diferencias de trato que sugieran que un grupo de personas es “superior” o “mejor” que otro. Sostener la inferioridad de un grupo de personas en relación con otros afecta la dignidad de aquellos considerados “inferiores” y favorece que sean objeto de maltratos y abusos [6]. Discriminar se convierte en un problema cuando segregamos a las personas que consideramos diferentes por tener alguna característica física o cultural particular (que, desde el punto de vista de quien segrega, la aleja de un supuesto modelo ideal de persona). Los prejuicios suelen provenir de estereotipos que, por definición, son una generalización de los rasgos típicos, como el aspecto físico, la mentalidad o el comportamiento, que supuestamente “caracterizan” a un grupo de personas. Considerar determinados rasgos como “típicos” reduce y simplifica el entendimiento de una situación, facilitando actitudes prejuiciosas, es decir, aquellas que relacionan estos rasgos con una mayor o menor predisposición para determinada cuestión.

Ejemplos de estereotipos sobre las personas con discapacidad podrían ser: “las personas con discapacidad son improductivas”, “son personas dependientes”, “son un gasto para el estado y la familia”, “son personas en peligro cuando interactúan socialmente”, “son personas buenas, sensibles, sin maldad, angeladas”, “son asexuadas, añiñadas (acentuado en las mujeres)”. Podríamos continuar largamente con ejemplos que cimientan el sentido común respecto de las personas con discapacidad, el cual podría resumirse en una mirada que inhabilita su autonomía y vida independiente. Tanto el estereotipo negativo como el positivo siempre es falso, en la medida en la que establece generalizaciones y “caricaturizan” a las personas o grupos y, de esta manera, empobrecen y distorsionan la realidad [6]. Cabe resaltar que los estereotipos positivos en los grupos en situación de vulnerabilidad suelen utilizarse también para colocarlos en un lugar de inferioridad, subordinación o dependencia. Según este ideario las personas con discapacidad no pueden valerse por sí misma y tomar decisiones sobre su vida (comprender los actos, asumir riesgos, participar en procesos educativos, comunicarse de modo alternativo), no son aptas para el trabajo y requieren de un cuidado constante de la familia o asistencia del estado. Cuando una persona utiliza un estereotipo discriminatorio, lo hace sin pensar o evaluar críticamente la validez de sus argumentos. Realizar esta crítica equivaldría a desnaturalizar el estereotipo, comprenderlo como un producto sociohistórico. Superar los prejuicios requiere de una reflexión permanente sobre cuáles son los valores que están presentes en cada una de nuestras actitudes y comportamientos (Alonso, et al. 1998) [7].

En suma, existe en parte del poder judicial y en el diseño y ejecución de políticas públicas como la digitalización de actividades y procedimientos, un determinado imaginario del mundo basado en una serie de estereotipos y prejuicios sociales que se constituyen en estigmas, en derredor de los cuales se ordena el accionar de organismos donde se decide sobre los derechos de las personas. De ese modo, se impone una visión discriminatoria e inconstitucional sobre una persona vulnerable por su

situación, a la cual el Estado le suma una mayor vulnerabilidad colocándola en una posición de discapacidad. En el ámbito judicial, la reduce como objeto de un proceso en el que se cuestiona su vida en conjunto sin motivo alguno, solo por el estigma que genera algún rasgo coincidentes con la visión restrictiva del órgano (un pasado institucionalizado, certificado de discapacidad, diagnóstico psiquiátrico, etc.) y se traduce en un modelo de justicia basado en el prejuicio.

3 Accesibilidad y Tecnología

A partir de lo desarrollado, el desafío de toda política pública, incluida la reglamentación de procedimientos administrativos y judiciales, consiste en un diseño acorde al modelo social de la discapacidad, es decir, que superen un test de convencionalidad-constitucionalidad. En este sentido, proponemos realizar algunos aportes para (re)pensar la capacidad jurídica y facilitar prácticas jurídicas y tecnológicas accesibles para todas las personas.

3.1 Modelo universal, adaptaciones y ajustes razonables

Al momento de elaborar y desarrollar una política pública, existen una serie de principios que deben observarse para comprender la mayor gama de situaciones y subjetividades desde una perspectiva inclusiva, es decir, que permita participar y ejercer los derechos por sí a las diversas existencias. Es necesario hacer algunas aclaraciones al respecto. En primer lugar, siempre es el Estado quien debe adecuarse a las situaciones que se le presentan para garantizar los derechos de las personas. Sin este principio rector, seguirán imponiéndose los estereotipos y prejuicios sociales cuya pretensión de “normalidad” deriva indefectiblemente en actos discriminatorios, de exclusión y vulneración. En segundo término, la problemática descrita no se agota en el diseño e implementación de las políticas públicas, también incluye el conocimiento de estos principios que se contraponen a los imaginarios desarrollados y consecuentemente tensionan en el accionar de los operadores que participan en todas las estructuras sociales. Ellos pueden reproducir este modelo médico rehabilitador de la “normalidad” (derogado formalmente pero vigente ritualmente) o resistirse a él y aplicar el modelo social vigente constitucionalizando las prácticas, de rango normativo supremo y con una visión inclusiva que garantiza el ejercicio de los derechos y reconoce la existencia de toda persona. En tercer lugar, estos principios no consisten únicamente en una peculiar visión del mundo que un colectivo político pretende disputar e imponer como superadora del orden social existente, sino que además tiene el máximo rango jurídico en Argentina, siendo una obligación del Estado (en sus tres poderes) y los operadores que participan en ellos hacerlo cumplir. Sin embargo, saldar

la distancia existente entre vigencia formal y efectiva de las normas requiere al menos del conocimiento de estas premisas para poder contemplar una mirada social y motivar el compromiso con los ddhh, no solo al momento de elaborar las políticas públicas y procedimientos administrativos y judiciales, sino también al ocupar el rol de operador/a o auxiliar en esas estructuras. De otro modo, la pasividad va a significar el mantenimiento del status quo actual, hábitos y prácticas institucionales de exclusión y opresión.

Ahora bien, si pensamos el acceso a justicia específicamente, debemos contemplar ciertas reglas básicas, más aún en el contexto a distancia o virtual, donde las desigualdades se profundizan e invisibilizan, sobre todo si se continua partiendo del modelo médico legal.

En materia de acceso a justicia los ejes vertebrales son la CDPD y las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad [8].

En lo que refiere a la Convención, los artículos 9, 12 y 13 son fundamentales para pensar la capacidad jurídica en el ámbito de una justicia accesible. El artículo 12 refiere sucintamente al igual reconocimiento como persona ante la ley, lo cual significa concretamente la presunción de capacidad plena y efectiva, como he desarrollado en los primeros apartados.

El artículo 9 y 13 deben ser leídos conjuntamente, ya que sistematizan la accesibilidad y acceso a justicia en igualdad de condiciones. Establece el deber de asegurarlo para las PcD incluso mediante ajustes de procedimiento para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares. A su vez, adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público. Estas medidas incluyen la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, para ello deberá promover, entre otras cosas, el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet; así como promover el diseño, el desarrollo, la producción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo.

Adopta una concepción amplia de acceso a justicia, que abarca la mediación y arbitraje incluso en el contexto actual de modalidad a distancia o mediada por el uso de tecnologías. Considero relevante pensar en el derecho al acceso a justicia accesible. En este aspecto, supondría el diseño de mediaciones y arbitrajes con tecnologías de la

información y las comunicaciones accesibles. Es decir, desarrollar un diseño universal en este sentido y, a su vez, realizar adaptaciones a los modelos existentes al identificar los obstáculos y barreras que éstos imponen a las personas con discapacidad para acceder a sus derechos y eliminar esas barreras. Simultáneamente una disposición a realizar ajustes razonables dada la particularidad subjetiva que no sea prevista por estas adaptaciones.

Para alcanzar esta condición de accesibilidad retomo el trabajo que viene realizando Agustina Palacios (2016) [9] [10] [11] pero quiero sumar al mismo un elemento que introduce un matiz distintivo que puede aportar otra dimensión de análisis. Considero que existen tres estrategias complementarias: El diseño universal, las adaptaciones y los ajustes razonables.

El diseño universal es aquel que apunta a incluir al universo diverso de personas (corporalidades, identidades, subjetividades, racionalidades, etc) previendo, para evitar y eliminar, los obstáculos y barreras en el acceso a los derechos en igualdad de condiciones. En otras palabras previendo las situaciones en que se coloca a una persona en posición de discapacidad. Sin embargo, toda pretensión de ordenamiento social (aun el más inclusivo) no podrá evitar el exceso, es decir, aquello que queda por fuera de esta pretensión de clausura de sentido. Siempre van a surgir fugas, nuevas opresiones y desigualdades, sujetos a quienes ese orden instituido les niega su existencia y que van a reclamar el reconocimiento como persona constituyéndose en sujetos políticos/as. Por ello es importante pensar las adaptaciones ya sea cuando el diseño no fue universal o porque con el transcurrir de la vida social pierde esa pretensión utópica de inclusión y universalidad. Pensemos en la mediación o arbitraje a distancia para ilustrar esta situación: Imaginemos que se establece que la resolución de conflictos debe darse en una única audiencia en todos los casos. Este criterio que iguala formalmente y no atiende a ninguna particularidad obtiene como consecuencia lógica la exclusión, desigualdad y vulneración de derechos. Sin embargo, si prevemos por ejemplo que para la participación de personas con discapacidad las audiencias serán más amplias en cantidad y/o duración para dar tiempo a lectores de textos, intérpretes, lenguajes alternativos, simplificaciones de la información y contenido jurídico para facilitar la comprensión, intervención de asistentes y/o apoyos para la toma de decisión, etc. En este último caso sería un supuesto de adaptaciones para facilitar la participación y el acceso a justicia accesible para las personas con discapacidad, es decir, modificaciones para grupos vulnerados específicos en aquellos procedimientos que fueron modelados para la normalización (médico-legal). Sin embargo, tal vez esa previsión para eliminar barreras al grupo de PcD pueda en algún caso particular (a posteriori) requerir de algún ajuste razonable dada la peculiaridad de la situación o persona. Siguiendo con el mismo ejemplo, para alguna persona las audiencias largas en modalidad virtual y/o sucesivas le generen una mayor ansiedad o angustia que favorece el desinterés o desatenciones y dificultad u obstaculizan la manifestación autónoma de

su voluntad. En esos casos habría que pensar un ajuste razonable por la peculiar situación de esas personas el cual, por esa misma razón, no puede establecerse a priori (por ejemplo: autorizar la modalidad presencial aun en este contexto, en su domicilio, breves, etc.)

También las reglas de Brasilia [8] son muy claras respecto al efectivo acceso a la justicia para la defensa de los derechos de personas vulneradas. Establece pautas en relación a la asistencia técnica jurídica de calidad, especializada y gratuita; el derecho a intérprete; medidas de organización y gestión judicial que revisen los procedimientos y requisitos procesales; participación de las personas en situación de vulnerabilidad en medios alternativos de resolución de conflictos.

Por último, siguiendo con algunas recomendaciones derivadas de las Reglas de Brasilia y la Observación General N° 2 sobre accesibilidad del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [12] que da contenido a los derechos regulados en la CDPD propongo algunas “buenas prácticas” para actuaciones en que participen personas con discapacidad psicosocial. Aclarando que son presupuestos básicos extensible a cualquier procedimiento administrativo o judicial para garantizar el derecho al acceso a justicia accesible en igualdad de condiciones.

3.2 Prácticas accesibles

Tanto para el diseño como en las adaptaciones y ajustes necesarios al momento de desarrollar cualquier procedimiento administrativo o judicial el principio rector que debe guiarlas es que siempre son el Estado, sus procedimientos, operadores/as y auxiliares que lo llevan adelante quienes debe adecuarse a las situaciones que se le presentan para garantizar los derechos de las personas. Si estos procedimientos en la práctica no permiten el ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones, son un obstáculo que niegan el reconocimiento de la persona y hay que quitarlo.

En este sentido como se desprende de las Observaciones Generales N° 2 y 6 [12] [13] la accesibilidad contiene una perspectiva de igualdad inclusiva, es decir, una igualdad que admita la diversidad. Esto supone la idea de que no hay corporalidad, género, lenguajes, racionalidad, etc. válidas, todas las personas con sus particularidades son sujetos de derechos de los cuales se presume su plena capacidad para intervenir en todos los ámbitos de la vida en comunidad y ejercer sus derechos. Es una igualdad sustantiva, de reconocimiento y participación efectiva. En este caso consiste en la posibilidad de intervenir en juicio o resolución de conflicto, procedimientos administrativos y judiciales. Se trata de acceder y, una vez allí, poder ejercer por sí sus derechos, una pretensión de igualdad real para eliminar las barreras construidas socialmente que establecen distinciones y posiciones desiguales de poder y subordinación.

Para ello, resulta elemental una mirada amplia (a priori) y flexible, que se adecue a las situaciones que se presenten, superando las respuestas estandarizadas y los hábitos institucionalizados. En este sentido, sería relevante:

- Pensar el diseño, desarrollo y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles para estos procedimientos (más hoy con la modalidad a distancia obligatoria). Deben estar siempre facilitados por la Administración a disposición de quien los requiere y con su participación, no debiendo ser necesariamente la persona quien lo provea o que su ausencia suponga una denegatoria de algún tipo.

- Contemplar lectores de textos, intérpretes de lengua de señas y comunicaciones alternativas.

- Lenguaje sencillo y simplificaciones de la información y contenido jurídico para facilitar la comprensión tanto de toda actuación y resoluciones, como respecto de las notificaciones y requerimientos.

- Participación de asistentes y/o apoyos para la vida independiente, más los que necesite puntualmente para la toma de la decisión que se trate. Todos los que necesite la persona, elegidos por ella según su preferencia y decisión.

- Respecto de las audiencias (en la modalidad que sea) como ya ejemplifiqué antes, se requiere un entendimiento flexible de las mismas respecto de la cantidad, duración, modalidad, etc. siempre atendiendo y ajustándose a la particularidad de cada persona para que pueda manifestar su voluntad según sus tiempos y posibilidades. Nunca debe ser “presionada” a resolver en tiempos predeterminados, iguales para todas las personas.

- En lo que refiere a la Discapacidad psicosocial cabe hacer algunas aclaraciones fundamentales:

- 1) Es inconstitucional pedir como requisito iniciar un proceso de determinación de la capacidad o curatela para que una persona pueda participar en juicio o mediación, a lo sumo se le facilita un apoyo designado por ella si es que lo requiere y necesita. En el caso que ya existe proceso de curatela y consta una restricción para participar en juicios o mediaciones debe tener designado un apoyo para eso con su participación. No alcanza con la designación general del curador, esta figura es incompatible con el modelo social constitucional.

- 2) Si sólo consta una restricción sin designación de apoyo esa restricción es inconstitucional y viola la Convención. La restricción sola es inconstitucional, debe estar debidamente argumentado el motivo específico de cada restricción y un apoyo designado para superar esa dificultad en que se funda. De no ser así, habría que pedir que

se revoque esa restricción o a lo sumo se designe apoyo para el ejercicio de sus derecho.

3) Todas las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica en todas las circunstancias sin excepción. No hay distinciones dependiendo del “tipo” o “grado” de discapacidad ni de las circunstancias.

4) Según el Comité CDPD, capacidad legal implica ser titular de derechos y tener el derecho a ejercerlos, aptitud para tomar decisiones. Sin embargo, sucede con frecuencia que se considera que una persona tiene una aptitud “deficiente” para adoptar decisiones a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial y se le retira, en consecuencia, su capacidad para adoptar una decisión concreta. Esa restricción de la capacidad jurídica fundada en la discapacidad constituye un acto discriminatorio por motivos de discapacidad.

5) ¿Qué hacer cuando “no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de la persona?” La respuesta no es la sustitución de la voluntad ni la adopción de decisiones de acuerdo a lo que un tercera persona considere que es lo mejor para la persona en función del principio de “interés superior”. En cambio, se debe utilizar el principio de “mejor interpretación de la voluntad y las preferencias” de la persona, teniendo en cuenta, por ejemplo, la información de su historia y sus decisiones pasadas que pueda ilustrar esa interpretación.

6) En síntesis, reitero y enfatizo no pensar en los procesos de determinación de la capacidad (ex insania-curatela) como solución, ya que la experiencia muestra que siguen enmarcados en el modelo médico de negación de la persona y restricción derechos. Debemos promover el ejercicio de los derechos, la aptitud de todas las personas para tomar decisiones, según sus deseos y posibilidades, facilitando los medios y apoyos que requieran.

4 Reflexiones finales

Para finalizar, quiero compartir algunos interrogantes que me surgieron poniendo eje en las siguientes dimensiones: Por un lado las tensiones o cuestionamientos prejuiciosos que partiendo de una supuesta normalidad surgían cuando, antes del Covid-19, la tecnología aparecía vinculada a la accesibilidad como medio para garantizar la vida independiente y ejercicio autónomo de los derechos de las personas con discapacidad. Por otra parte y, vinculado con lo anterior, que pasó durante esta pandemia cuando se precipitó el uso de esas mismas tecnologías para todas las personas.

La pandemia y el consecuente ASPO precipitaron e hicieron obligatoria la mediación tecnológica para el trabajo, educación, salud, procedimientos administrativos y judiciales de toda índole para todas las personas. Según marca la experiencia desde

2014 a la actualidad en la Clínica Jurídica Discapacidad y Derechos Humanos (FCJyS-UNLP) la presencia de apoyos, asistentes, ajustes o cualquier elemento (incluida la tecnología) para garantizar el ejercicio autónomo de los derechos eran interpretados en base a los prejuicios sobre la discapacidad. Cuando las personas con discapacidad usan medios tecnológicos, tienen asistentes o apoyos, se duda de su voz, voluntad, discernimiento-entendimiento, su identidad, en suma, se pone en duda su personalidad. Frases como “no habla ni puede expresarse”, “no escucha, no entiende, no comprende los contenidos”, “no puede ser educado”, “no entiende el acto”, “comprende pero no puede manifestar su voluntad”, “el asistente direcciona su mano”, etc. son una constante para las personas con discapacidad. Sin embargo, en este contexto que la intermediación tecnológica se extiende a todos los ámbitos y no queda reducido a las personas con discapacidad, son mecanismos elogiados que permiten trabajar, estudiar, mantener vínculos familiares, de amistad, sexo afectivos. En resumen, ahora sí se los ve como herramientas facilitadoras, que acercan y permiten el mantenimiento de los lazos comunitarios y afectivos, la vinculación sociolaboral y educativa. Bajo estas premisas estamos ante una intermediación tecnológica que normaliza.

Resulta evidente que las tecnologías cuando no son utilizadas bajo criterios de inclusión y modelo social profundizan las desigualdades. No solo por el desigual acceso a la tecnología, conectividad, computadora y demás elementos técnicos, sino porque además, las modalidades a distancia parten de un ideal normalizado. En este sentido la emergencia del Covid-19 llevó a la implementación obligatoria de modalidades digitales que, en lo vinculado al acceso a justicia, significa mediaciones, arbitrajes, audiencias a distancia donde para las personas en situación de vulnerabilidad se profundiza la desigualdad estructural. Atendiendo a lo súbito de la respuesta tecnológica ante la urgencia sanitaria y el ASPO para continuar con las actividades, no se están teniendo en cuenta estos criterios de diseño universal (modelo social) ni adaptaciones o ajustes del mismo. Lo que supone la continua exclusión de las personas con discapacidad. Si estas herramientas pretenden mantenerse post pandemia, hay que hacer un serio replanteo en términos constitucional-convencionales. Terminado el estado de “excepción” que justifica ciertas “urgencias” y “necesidades” con el Covid-19 para las modalidades a distancia y la digitalización de los procedimientos, ¿(re)pensaremos en un derecho al acceso a justicia accesible o será una digitalización que normaliza y excluye?

References

1. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Naciones Unidas. (2008)
2. FOUCAULT M. (2008) “Enfermedad mental y personalidad”. Paidós, Buenos Aires.
3. GOFFMAN E. [1963] (2015) “Estigma. La identidad deteriorada.” Amorrortu, 2° ed. 3° reimp., Buenos Aires.

4. BROGNA P. (2010) “Posición de Discapacidad: los aportes de la Convención”. SRE, México, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
5. CASTORIADIS C. (1986) “El campo de lo social histórico”, Estudios filosofía-historia-lettras. Primavera.
6. RAFFIN, M. (Comp) (2007) “Derechos Humanos y ciudadanía.” Buenos Aires, Argentina: Tinta Fresca.
7. ALONSO M, BACHMANN L. Y CORREALE M. (1998) “Los derechos civiles. La libertad y la igualdad.” Buenos Aires: Troquel.
8. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf> Último acceso el 24 de agosto de 2020
9. PALACIOS A. (2008). “El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.” Grupo editorial CINCA. Madrid.
10. PALACIOS A. (2013). “Género, discapacidad y acceso a la justicia.” en Discapacidad, Justicia y Estado. Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad. pág. 41. Id SAIJ: DACF130120.
11. PALACIOS A. (2016) “La configuración de los sistemas de apoyo en el contexto de la accesibilidad universal y los ajustes razonables” en Congreso internacional “Madrid sin barreras: Accesibilidad, ajustes y apoyos”. Universidad Carlos III de Madrid (Getafe).
12. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - 11º período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Observación general N° 2 sobre Accesibilidad (2014). Disponible en <https://undocs.org/sp/CRPD/C/GC/2> . Último acceso el 24 de agosto de 2020
13. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – 19º Período de sesiones 14 de febrero a 9 de marzo de 2018. Observación general N° 6 sobre la igualdad y la no discriminación (2018)”. Disponible en <https://undocs.org/sp/CRPD/C/GC/6> Último acceso el 24 de agosto de 2020