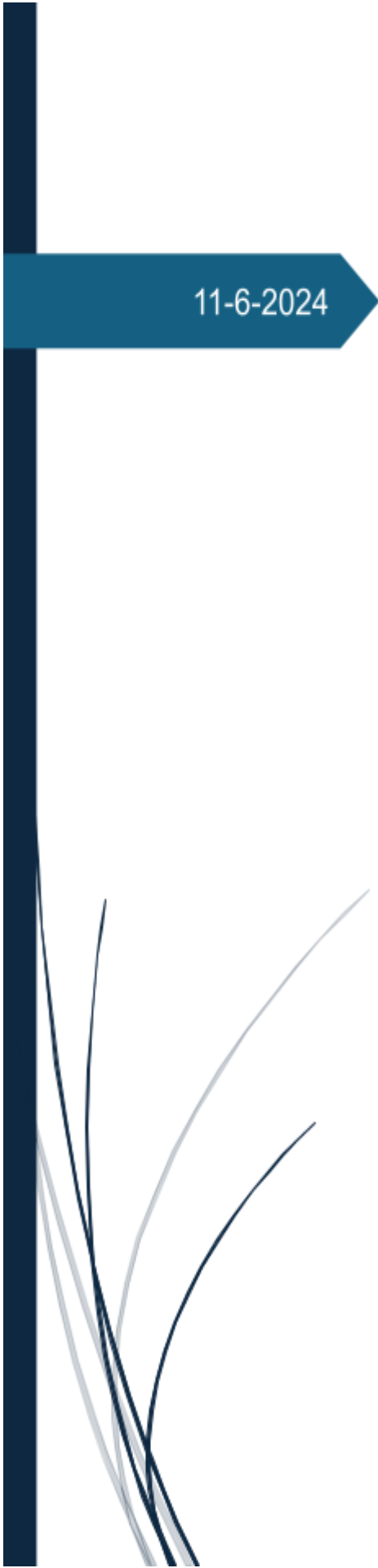




11-6-2024

XXXII CONGRESO NACIONAL DE
DERECHO PROCESAL
MAR DEL PLATA 2024
COMISIÓN DE DERECHO
PROCESAL CIVIL: “JUSTICIA
SUPRANACIONAL Y CONTROL DE
CONVENCIONALIDAD”.

Tema: “DERECHOS SEXUALES Y
REPRODUCTIVOS DE LAS
MUJERES CON DISCAPACIDAD”.
ANÁLISIS EN CLAVE
CONVENCIONAL”.

RESUMEN: En la presente ponencia, que resulta ser parte de un trabajo final integrador que realicé para la Espec. en Derecho de la Infancia, Adolescencia y Familia, la que culminé en la Universidad Católica de Rosario, se analizará la adecuación de las normas nacionales en relación a los derechos de las personas con discapacidad (con especial referencia en los Derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad, analizando el plexo normativo y a su vez, fallos jurisprudenciales) con las Convenciones Internacionales universales y regionales ratificadas por el Estado Argentino.

El análisis tendrá como referencia la aplicación del control de convencionalidad realizado por los intérpretes locales en distintos casos que se han presentado para su juzgamiento. El estudio pretende como objetivo final aportar herramientas para optimizar el ejercicio del control de convencionalidad en su faz constructiva, esto es, aportando una especie de guía o herramientas que el intérprete local debería seguir para una eficaz interpretación de las normas y prácticas locales conforme las obligaciones internacionales asumidas, convencida que dicha optimización redundará en una tutela más efectiva de derechos y libertades de las personas con discapacidad.

AUTORA: ALEJANDRA PILAR ATIENZA, ABOGADA
(UCA), ESPEC. EN DOCENCIA UNIVERSITARIA
(UTN), ESPEC. EN DERECHO DE LA INFANCIA,
ADOLESCENCIA Y FAMILIA (UCA).

Breve síntesis de la propuesta:

Respecto al estado del arte o estado de la cuestión, gran parte de la doctrina y la jurisprudencia, entre ellos, Carranza Casares (2021), Palacios (2020), analizan la discriminación existente hacia las mujeres con discapacidad y el impacto de especial significado en su derecho a la salud sexual y reproductiva. Por otro lado, existen barreras de acceso a la información, comunicación y conocimiento que impiden que las personas con discapacidad ejerzan plenamente sus derechos sexuales y reproductivos. Asimismo, se enfatiza como manifiesta Palacios (2020) que el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos por parte de mujeres con discapacidad requiere perspectiva de género y de discapacidad.

En atención a lo expuesto y siguiendo a Palacios (2020), la mirada desde la discapacidad parece seguir siendo, hoy día dominada por el modelo médico basado en un diagnóstico médico o psiquiátrico que conduce a una visión sesgada y justifica la restricción, limitación y/o vulneración de derechos por parte de un colectivo que sigue siendo considerada objeto y no llega a ser sujeto de derecho. Recordando que la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) (ONU, 2006) ha cambiado la mirada hacia un modelo social de discapacidad donde se la reconoce a la persona con discapacidad como sujeto de derecho, derecho consagrado en el artículo 12 de la CDPD, donde, asimismo, se enfatiza en la igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida. Por otro lado, la CDPD brinda especial protección a formar una familia, a ejercer la maternidad, a mantener su fertilidad (art. 23) y al derecho a la salud sexual y reproductiva (art. 25); pero, se coincide con Palacios (2020) en que estos derechos serán meras utopías si no se incluye la perspectiva de género y una mirada interseccional, ni se cuenta con el ejercicio de la capacidad jurídica y las medidas de apoyo necesarias. En este sentido, se coincide como expresa la Observación General 6 del Comité de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sobre Igualdad y No Discriminación (2018): "...la igualdad inclusiva es un nuevo modelo de

igualdad que se desarrolla a lo largo de toda la Convención...” (como se citó en Palacios, 2020, p. 537).

Por su parte, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIADDIS) (1999), en su preámbulo subraya el compromiso de los Estados miembros en la eliminación de la discriminación en todas sus formas y manifestaciones contra las personas con discapacidad; asimismo en el Artículo 2 y respecto de los objetivos de dicha Convención, se postula la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciando su integración en la sociedad (CIADDIS, 1999).

En vista a la referida igualdad inclusiva la Corte aplicó la mirada interseccional en el caso “Marisa”¹ donde analiza, interpreta y aplica el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con perspectiva de género y discapacidad; antecedente que se analizará.

1. Discapacidad, vulnerabilidad y bioética.

Respecto de la relación existente entre la discapacidad, vulnerabilidad y bioética, se realiza una revisión del modelo social de la discapacidad y su importancia en el surgimiento de la CDPD, a su vez se analiza el concepto de familia que nos provee la antropología, haciendo hincapié en la definición de Bourdieu (1994), en el sentido de la familia como instrumento de construcción de la realidad social, y el cambio de paradigma que dio surgimiento al nuevo CCCN. Por otro lado, se intenta demostrar la relación existente entre el principio de igualdad y no discriminación con la interseccionalidad. Asimismo, y, finalizando, se desarrollará la relación existente entre bioética y derecho.

De acuerdo con lo que postula la CDPD en su preámbulo: “...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

¹ CSJN, en autos “I, J. M s/ Protección especial”; 7-6-2016, RC J 3060/16.

igualdad de condiciones con las demás...” (CDPD inciso e); siguiendo a Carranza Cassares (2021), el surgimiento de la CDPD fue el resultado de un proceso y dos fueron las vertientes que confluyeron en su surgimiento: el modelo social de la discapacidad y el modelo de derechos humanos. El modelo social de la discapacidad, cuyo surgimiento se centra a mediados del siglo XX, postula que las causas de la discapacidad son sociales; de allí, que dicho modelo viene a reemplazar al modelo biológico, médico o rehabilitador impuesto al comienzo de la edad moderna.

Todo ello, conlleva a manifestar que, al ser las causas de la discapacidad, sociales, las “soluciones” están en la sociedad y no en el individuo. Es el entorno el que debe adaptarse a las personas; con lo cual, de acuerdo con este modelo, la discapacidad es un problema social (Carranza Cassares, 2021, p. 20).

Por su parte, el modelo de derechos humanos postula que los derechos fundamentales son preexistentes a los tratados y declaraciones que los consagran.

Expresa tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...” (Carranza Casares, 2021, p. 21).

En dicho modelo se hace hincapié en la dignidad humana, en el valor intrínseco de cada persona. Dicha dignidad se constituye así en principio del derecho y con ello una preferencia por las personas en situación de vulnerabilidad a las que les resulta sumamente dificultoso ejercer y hacer respetar sus derechos. Por ello, este modelo, postula que la discapacidad es uno de los diversos estratos de identidad conforme se refiere la Observación General del Comité N° 6² (Carranza Casares, 2021).

² El modelo de discapacidad basado en los derechos humanos reconoce que la discapacidad es una construcción social y que las deficiencias no deben considerarse un motivo legítimo para denegar o restringir los derechos humanos. Según ese modelo, la discapacidad es uno de los diversos estratos de identidad. Por lo tanto, las leyes y políticas de discapacidad deben tener en cuenta la diversidad de personas con discapacidad. Ese modelo también reconoce que los derechos humanos son interdependientes, indivisibles y están relacionados entre sí (Observación General 6 del Comité de la ONU sobre los

Ambos modelos comparten una similar fuente axiológica que es motivada en la dignidad de todas las personas, su igualdad (que supone la ausencia de discriminación) y su libertad (autonomía). A su vez, ambos postulan que cada persona con discapacidad vale por sí misma, tiene derecho a que no se la discrimine y a que se respete y promueva su autonomía (Carranza Cassares, 2021).

Siguiendo en la misma línea de análisis, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado en el caso “Furlan y familiares Vs. Argentina”³ que desde los inicios del sistema Interamericano, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en 1948, se han reivindicado los derechos de las personas con discapacidad. Posteriormente, en 1999 se adoptó la CIADDIS (1999), la cual indica en su Preámbulo que los Estados Partes reafirman “que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas; y que estos derechos, incluido el de no verse sometidos a discriminación fundamentada en la discapacidad, dimanar de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano” (párr. 1).

El 3 de mayo de 2008 entró en vigor la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad la que fue posteriormente ratificada por la Argentina el 2 de septiembre de 2008, y la misma establece como principios generales: el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas, la no discriminación, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana, la igualdad de oportunidades, la accesibilidad, etc. (CDPD art. 3; como se citó “Furlán y familiares Vs. Argentina”, 2012).

Al respecto, la Corte observa que en las mencionadas Convenciones 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

Derechos de las Personas con Discapacidad, sobre Igualdad y No Discriminación, 2018, Apartado III, pto. 9)

³ Furlán y familiares vs. Argentina. Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH). Serie C, n° 246, n° 133. (31 de agosto del 2012).

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, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómica (“Furlán y familiares Vs. Argentina”, 2012).

En este sentido, la Corte Interamericana reitera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad (“Furlán y familiares Vs. Argentina”, 2012).

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en el caso “F.,H.O.”⁴ que, a partir de la aprobación de la CDPD nuestro país incorporó el modelo social de la discapacidad, receptado en especial por la Ley 26.657 y consagrado con mayor amplitud en el Código Civil y Comercial de la Nación en sus artículos 31 y 32 donde se dispone que la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume y la limitación a la capacidad para realizar determinados actos jurídicos es de carácter excepcional y se impone en beneficio de la persona. A su vez, se hace hincapié en dicho caso, que el modelo social de la discapacidad tiene como objetivo promover a la persona y garantizar el goce de sus derechos.

a) Principio de igualdad y no discriminación y su correlato con la interseccionalidad

Al adentrarnos al análisis de dichos principios en el caso de las mujeres con discapacidad y sus derechos sexuales y reproductivos,

⁴ CSJN, en autos “F., H.O”, CSJN-fallos 341:745 (10-07-2018).

debemos tener presente que la CDPD establece un concepto de discriminación por motivos de discapacidad según el cual es configurada como: cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables (art. 2, párr. 3°).

Tanto la CDPD como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) (ONU, 1979) nos proveen una doble garantía antidiscriminatoria, que impide limitar y/o vulnerar el ejercicio de la capacidad jurídica por razón de género ni por razón de la discapacidad, puntualizando en la igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida⁵.

La accesibilidad universal que se encuentra consagrada en la CDPD en su preámbulo ⁶. La CDPD conceptualiza el diseño universal en su artículo 2.

Habiendo descrito las dos estrategias para alcanzar la condición de accesibilidad universal y siguiendo a Palacios (2020), se podría decir que “la accesibilidad sería la situación a la que se aspira, el diseño universal una estrategia a nivel general y previa, para alcanzarla, y los ajustes razonables una estrategia posterior y a nivel particular, cuando la prevención del diseño universal no llega a asegurar la accesibilidad” (Palacios, 2020, p. 519).

En virtud de los dos principios descritos y a fin de realizar una relación con el concepto de interseccionalidad, conforme lo descrito y lo que expone la CDPD en su preámbulo y los artículos mencionados, se reconoce que la mujer con discapacidad y refiriéndonos a sus derechos sexuales y reproductivos, se enfrenta a diversas barreras de acceso a la información,

⁵ Art. 15 (CEDAW) y art. 12 (CDPD).

⁶ Inc. v) “Reconociendo la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales” (CDPD, preámbulo, inc. v)

comunicación, educación que impiden que ejerzan plenamente sus derechos.

Conceptualizando a la interseccionalidad, se adopta lo descripto por Palacios (2020) donde expone que “puede ser concebida como una herramienta de análisis, un enfoque, una mirada, un concepto, que describe la interacción entre sistemas de opresión, desde el entendimiento de que nuestra identidad se encuentra conformada por varias categorías” (Palacios, 2020, p. 499). Entonces, el ejercicio sería ver las diferentes categorías que definen a una persona, por ej., teniendo en cuenta la raza, clase social, género, sexualidad, discapacidad, edad, entre otros, y con ayuda de la interseccionalidad como herramienta de análisis, identificar las situaciones de desigualdad que se encuentran construidas a partir de la interacción de varios factores de opresión e identificar las personas que están siendo discriminadas.

En el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad, la mirada también debe ser interseccional, es decir, tener en cuenta la perspectiva de género y de discapacidad, ahí está el desafío. Palacios (2020) entiende que, desde ambas perspectivas, género y discapacidad, se asume que se habla de derechos humanos, y por ello el enfoque será desde los valores que los sustentan.

Asimismo, puntualiza en una mirada desde y hacia los derechos humanos; asumiendo que el modelo social desde lo teórico y la CDPD desde lo normativo, “deben interseccionar con perspectiva de género, y a la luz de los valores que sustentan a los derechos humanos” (Palacios, 2020, p. 504).

Atento a lo expuesto y para asegurar la no discriminación por motivo de género y/o discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica, la mujer deberá tener garantizada la perspectiva de género, la accesibilidad universal y los ajustes razonables. Se coincide con la postura de Palacios (2020) en que hoy en día las personas con discapacidad se enfrentan a barreras en el ejercicio de sus derechos, que la CDPD brinda herramientas para eliminarlas, lo que requiere una mirada amplia e inclusiva de la diversidad humana.

b) Sujetos en situación de vulnerabilidad y las cuestiones bioéticas.

Respecto de los sujetos en situación de vulnerabilidad, recurrimos a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (2008) que nos provee un concepto sobre las mismas: ...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... (Regla 3°)

Asimismo, las Reglas de Brasilia consignan que podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, la discapacidad, el género. Por otro lado, menciona que se procurará establecer (a través de dichas Reglas) las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo medidas conducentes a utilizar los servicios judiciales requeridos y disponer de los recursos que sean necesarios para garantizar, entre otras, la comprensión, privacidad y comunicación.

La CDPD en su preámbulo⁷ hace alusión a la condición de desventaja que se encuentran las personas con discapacidad y el rol que viene a cumplir dicha Convención a los efectos de promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, con la finalidad promover su participación, con igualdad de oportunidades en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural.

Recordando lo desarrollado supra sobre la discriminación por motivos de discapacidad y las barreras que deben sortear día a día las personas con discapacidad y en el caso en particular, las mujeres en el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, hace que se encuentren en una situación de vulnerabilidad pasible de una protección integral y sobre todo realizando una mirada interseccional que conduce a que se conjuguen varios factores para realizar una protección teniendo en miras, la perspectiva de género y de discapacidad.

⁷ Preámbulo de la CDPD inc. y).

A los fines de abordar los derechos de las personas con discapacidad desde una perspectiva bioética, es decir, aquella que procure un análisis transdisciplinar de diversas cuestiones atinentes a la vida desde una reflexión ética, resulta necesario definir a la bioética. Fernández (2020) en “Bioética y personas con discapacidad” realiza un recorrido sobre el surgimiento de la bioética que no se desarrollará en honor a la brevedad; pero sí describir que la bioética⁸ surgió como la expresión de la necesaria subordinación de la ciencia al hombre con miras al respeto por la dignidad de la persona. Entonces, y haciendo hincapié en los derechos de las personas con discapacidad, debemos recordar los principios esenciales de la bioética (o también llamados tradicionales, que provienen de la escuela anglosajona): autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia.

Realizando una aplicación de la bioética al ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, Fernández (2020) analiza la relación existente entre bioética y derechos humanos y menciona a la Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos (UNESCO, 2005) donde sus Estados miembros establecen el compromiso de aplicar los principios de esta Declaración. Tal es así, que en el artículo 3.1 se especifica que “se habrán de respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales...” (UNESCO, 2005, p. 5).

En vista a la relación entre bioética y derecho podemos subrayar la necesidad de tomar a la bioética como herramienta y con ella a la dignidad humana para lograr la autonomía de las mujeres con discapacidad en el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos y abandonar modelos preestablecidos, como el médico o rehabilitador y lograr el modelo social que proclama la CDPD para centrar la atención en la singularidad de cada mujer y el proyecto de vida que desea.

⁸ Etimológicamente “bioética” enlaza los conceptos bios y ethike. Bios significa vida humana. Ethos, de la cual deriva ethike, implica tres acepciones: carácter, costumbre, lugar. La Encyclopedia of bioethics, obra de referencia esencial (1978), en su 2° edición revisada de 1995 define la bioética como “el estudio sistemático de las dimensiones morales -incluyendo visión moral, decisiones, conducta y políticas- de las ciencias de la vida y la atención de la salud, empleando una variedad de metodologías éticas en un contexto interdisciplinario” (Fernández, S. (2020). Bioética y personas con discapacidad. En (Eds. Rubinzel Culzoni), Kraut, A. J. T° 2. “Derecho y salud mental”).

2.Abordaje internacional de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad

Se analizarán las disposiciones convencionales que son de insumo a los fines de garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad; y a su vez, las interpretaciones que realiza el Comité de las diferentes convenciones analizadas a los efectos de, y como Estado ratificante, utilizarlas como herramientas para lograr una mejor aplicación de las mismas ante el caso concreto. Asimismo, se desarrollará el modelo de apoyo que se describe en la CDPD y su correlato en las Observaciones Generales.

En el caso “Marisa” se visualiza la condición de vulnerabilidad a la que se hayan sujetas las mujeres con discapacidad, ya que se explicita la discriminación por motivos de discapacidad en el ejercicio de la maternidad. En dicho caso, la Corte aplica la mirada interseccional, al realizar un análisis y aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con perspectiva de género y de discapacidad (Palacios, 2020).

La sentencia sitúa la noción de “ajustes razonables” el que debe ser asegurado por los Estados, y que la CDPD describe en los artículos 2 y 5 al apuntar no solo a la accesibilidad del entorno físico sino al ejercicio de todos los derechos humanos. Además de contemplar expresamente el deber de interpretar las reglas y resolver las cuestiones conforme con la Constitución Nacional y los tratados sobre derechos humanos en los que la República sea parte, y recordando que el Código Civil y Comercial de la Nación, proclama el pleno goce de derechos y de la capacidad de ejercicio; y en su artículo 31 al mencionar a los principios comunes, establece que la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume y que las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional. Por otro lado, se describe en el artículo 43 del CCCN el sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad, que resultará de especial importancia, como fuera en el caso descripto, para acompañar en el ejercicio de la maternidad.

Atendiendo a la discriminación mencionada en el ejercicio de sus derechos personalísimos, la CDPD señala, como ya hemos expuesto supra, el artículo

3, el artículo 5 sobre la igualdad y no discriminación, el artículo 6 sobre las mujeres con discapacidad asegurando el pleno desarrollo y potenciación de la mujer en el ejercicio y goce de los derechos humanos, en el artículo 8 se refiere al derecho a la imagen, artículo 9 donde se promueve el acceso a la información de las personas con discapacidad, el artículo 12 sobre igual reconocimiento como persona ante la ley, el artículo 16 habla sobre el derecho a la libertad, que incluye el derecho a no sufrir explotación, violencia ni abusos. Asimismo, el artículo 17 menciona al derecho a la integridad física y mental, el artículo 18 explicita el derecho a la identidad, artículo 19 que menciona el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en una comunidad, artículo 21 que explicita el derecho a la libertad de expresión, opinión y acceso a la información, el artículo 22 refiere al derecho a la privacidad, el artículo 23 es importante en el tema que nos convoca, explicita el derecho a formar una familia, a ejercer su maternidad, a mantener su fertilidad, asimismo el artículo 25 habla del derecho a la salud sexual y reproductiva. En vista a lo expuesto y coincidiendo con Palacios (2020), las mujeres con discapacidad se enfrentan día a día a barreras comunicacionales, que se resumen en “la ausencia de accesibilidad en todo lo que atañe al proceso de comunicación a la hora de querer conformar y expresar deseos, necesidades y preferencias” y, sobre todo, con barreras actitudinales, “que incluyen, en algunos casos, barreras legales producto de prejuicios y una determinada imagen de la mujer con discapacidad”.

3. Protección internacional de derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad y la normativa argentina

Se expondrá la normativa legal a nivel doméstico que contamos sobre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad y se tratará de verificar cuánto se cumple de los que nos manda la protección internacional. Por otro lado, se analizará la situación existente en relación a la dimensión de género en la salud sexual y reproductiva de las mujeres con discapacidad y la poca visibilización que existe de la violencia de la que son

objeto las mujeres con discapacidad. Finalmente, se desarrollará el control de convencionalidad en su faz constructiva, haciendo hincapié en su aplicación ex officio por parte del Juez a la hora de interpretar la normativa local y armonizarla con la normativa internacional de los derechos humanos.

En base a lo que se viene desarrollando, y en virtud de la obligación que como Estado parte y ratificante de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) contamos, se debe conceptualizar primeramente a qué nos referimos cuando hablamos del control de convencionalidad; respecto a ello, Sagües (2020) dice que “el control de convencionalidad es un mecanismo que asegura el funcionamiento eficaz y operativo del sistema internacional de derechos humanos frente a los eventuales obstáculos que plantee su protección el ámbito nacional” (Sagües, 2020, p. 17). Por otro lado, se refiere al control latinoamericano de convencionalidad y expresa que “es un mecanismo especializado en el aseguramiento de la vigencia del Derecho regional latinoamericano de los derechos humanos en los Estados que han ratificado las convenciones respectivas” (Sagües, 2020; p.17).

Por su parte, Trucco (2021) al referirse al control de convencionalidad lo prefiere ver a la luz de su formulación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a la intención de todo el sistema interamericano de velar por el efectivo cumplimiento a nivel interno de las obligaciones asumidas por los Estados, y en base a ello, conceptualiza al control de convencionalidad como “la acción o ejercicio por medio del cual al momento de aplicar o emitir normas internas se verifica o analiza si dichas normas o reglas jurídicas domésticas, como así también las decisiones adoptadas por los órganos de un Estado resultan compatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) o con otros instrumentos y convenciones vigentes en el sistema interamericano de derechos humanos ratificados por el país y con las interpretaciones y estándares que, respecto a dichas convenciones, han sido dados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (Trucco, 2021, p.23/24).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos desde fines de la década del 80 viene realizando el referido control de convencionalidad ya que es su objetivo fundamental por ser el intérprete final y auténtico de la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH). Con lo cual lo que controla la Corte IDH, cuando le llega un caso, es si la normativa aplicada o las decisiones o medidas adoptadas en dicho Estado resultan compatibles con la CADH o con otras convenciones del sistema interamericano y con la jurisprudencia del propio tribunal regional (Trucco, 2021).

De acuerdo a lo expuesto, podemos visualizar que desde la normativa interna se establecen derechos y garantías para procurar velar por los derechos de las mujeres con discapacidad y que dicha normativa interna debe ser armonizada con las Convenciones pertinentes (CDPD, CEDAW, 100 Reglas de Brasilia, etc.) que fueron mencionadas oportunamente; sin perjuicio de en la práctica no estaría siendo suficiente para garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad. Por ello, consideramos conveniente a la hora de interpretar la normativa local realizar el referido control constructivo de convencionalidad, para poder rescatar la norma nacional y armonizarla con la normativa internacional de los derechos humanos y cumplir de esta manera con la obligación que nos compete como Estado parte y ratificante de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

4. Herramientas para optimizar el control de convencionalidad en su faz constructiva

En el presente apartado se expondrá un caso actual y se describirán las diferentes herramientas que servirán de insumo a la hora de resolver un caso concreto donde estén en juego los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad. En este sentido, se aplica el referido control de convencionalidad en su faz constructiva, para lograr una interpretación conforme entre la regla local y el Derecho internacional de los derechos humanos.

Para dar comienzo a esta guía o herramientas que el operador jurídico debe tener en cuenta a los fines de interpretar normas y prácticas locales conforme las obligaciones internacionales asumidas como Estado al ratificar la CDPD, y a los efectos de optimizar dichas herramientas para lograr una tutela más efectiva de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad, se presentará un caso actual de trámite por ante el Juzgado donde me desempeño laboralmente.

Luego de describir los antecedentes fácticos del caso, se debe tener presente en el análisis, lo desarrollado en el apartado 1 respecto del modelo social de la discapacidad que nuestro país recepta al ratificar la CDPD, en especial por la Ley 26.657 y consagrado con mayor amplitud en el Código Civil y Comercial de la Nación en sus artículos 31 y 32. Por otro lado, lo expresado en relación a la interseccionalidad, en el sentido de herramienta de análisis donde se identifique la situación de desigualdad que se encuentra la mujer en situación de vulnerabilidad, como en el caso descripto, que conlleva a la discriminación, y en virtud de ello, poder resolver con perspectiva de género y de discapacidad. A su vez, debemos tener presente el modelo de apoyos receptado en la CDPD (art. 12) y relacionarlo con el principio de igualdad y no discriminación que fue desarrollado en este trabajo, reafirmando que el apoyo debe acompañar en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad potenciando el ejercicio de dicha capacidad jurídica. Que sumado al diseño universal y a los ajustes razonables (que fueron desarrollados en el apartado 1) confluyen a garantizar la accesibilidad en la toma de decisiones por parte de las mujeres con discapacidad.

A los fines de optimizar el abordaje a la luz del anclaje o interpretación constructiva, conforme todo lo que fue desarrollado en este trabajo, podemos sugerir elaborar una guía que sirva de hoja de ruta a la hora de resolver futuros casos, la que deberá tener en cuenta:

- Los estándares internacionales (que nos son impuestos como Estado ratificante de los diferentes instrumentos internacionales) que deben ser de insumo obligatorio para poder aspirar, en el momento de dictar Resoluciones

judiciales, a un control constructivo de convencionalidad donde se tome la normativa aplicable y se realice una interpretación conforme a la Convención Americana y a la jurisprudencia de la IDH.

- Asunción por parte del Juez del rol que conlleva ser garante del sistema interamericano de los derechos humanos e interpelar a ser más creativo en la argumentación de sus resoluciones con el fin de asegurar los derechos y garantías de las personas, en este caso, de las mujeres con discapacidad.

- Mantener como prioridad por parte del Juez, y en el afán de armonizar las obligaciones convencionales asumidas con el ordenamiento interno, el principio pro persona que rige como pauta de preferencia normativa y de interpretación al momento de decidir aplicar una norma internacional o interna.

- Contar con una mirada interdisciplinaria, valiéndose el Juez del Equipo Técnico del Juzgado, a la hora de dictar una sentencia y de resolver diferentes conflictos que se susciten, potenciando la capacidad de las personas con discapacidad.

- Aplicar la interseccionalidad como herramienta de análisis en el caso concreto.

- Abordar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad, con perspectiva de género y de discapacidad.

Para finalizar, y como explicita Trucco (2021), “el principio pro persona que actúa como pauta de preferencia interpretativa, significa que “debe prevalecer la interpretación más protectora de la persona humana, aun cuando dicho criterio interpretativo haya sido pronunciado por un Tribunal interno” (p. 89). Con lo cual, podemos enfatizar en que tal principio permite al juez, cuantificar las normativas convencionales e internas y realizar un análisis que le permita construir la solución más favorable para la persona que se encuentra desprotegida o en situación de vulnerabilidad, como en el caso que nos convoca, a los fines de garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad cuidando de hacer foco en la mirada interseccional con perspectiva de género y de discapacidad.

Conclusiones

En el presente trabajo se propuso como objetivo general aportar herramientas para optimizar el ejercicio del control de convencionalidad en su faz constructiva, aportando una especie de guía que el intérprete local debería seguir para una eficaz interpretación de las normas y prácticas locales conforme las obligaciones internacionales asumidas.

Asimismo, y como objetivo específico, se pretende analizar la adecuación de las normas nacionales en relación con los derechos de las personas con discapacidad (con especial referencia en los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad) con las Convenciones Internacionales universales y regionales ratificadas por el Estado Argentino.

En pos de resolver el objetivo final de este trabajo, y de acuerdo a lo desarrollado anteriormente y especialmente en el apartado 4, es posible enumerar las siguientes recomendaciones a los fines de optimizar el ejercicio del control de convencionalidad en su faz constructiva a los efectos de que el intérprete local siga en virtud de una tutela más eficaz de los derechos y libertades de las personas con discapacidad, teniendo especial atención en los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres:

1. Avanzar en el cumplimiento efectivo del modelo social de la discapacidad que la propia CDPD (2006) adopta y que el Estado Argentino incorporó al ratificar dicha convención receptado en especial por la Ley 26.657 y consagrado con mayor amplitud en el Código Civil y Comercial de la Nación; procurando la igualdad inclusiva y la mirada interseccional.
2. Reafirmar el compromiso con las Convenciones Internacionales que como Estado ratificamos a través del cumplimiento de las interpretaciones que del mismo realiza la Corte IDH (órgano encargado de interpretar los alcances de las obligaciones que emanan del instrumento internacional).

3. Bregar por la autonomía de la voluntad de las mujeres con discapacidad para decidir sobre su salud sexual y reproductiva, haciendo hincapié en que desde la misma CDPD (2006) se busca potenciar dicha autonomía, a través de diferentes garantías, como por ej. lo que nos prescribe el artículo 12 de la CDPD al tratar el igual reconocimiento como persona ante la ley “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...” (CDPD art. 12 inc. 3). Incluyendo para ello, el modelo de apoyos que no sustituye ni anula la capacidad de las personas con discapacidad, sino que las acompaña en la toma de decisiones.

4. Recomendar la adopción de guías a los fines de abordar un caso en el que estén en conflicto derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad, y teniendo especialmente en cuenta lo vertido en el apartado 4, de modo particular: a) aplicar la CDPD y los diferentes instrumentos internacionales, b) considerar especialmente la interpretación que hizo la Corte IDH haciendo foco en una mirada interseccional con perspectiva de género y de discapacidad y sin perder de vista el “principio pro persona”, c) elaborar estrategias específicas donde se garanticen los derechos de las mujeres con discapacidad contando con su participación efectiva en la toma de decisiones (empleando de esta manera lo descrito en los artículos 3, 4 y 6 de la CDPD, d) evitar caer en estereotipos de género y prejuicios que impliquen discriminar a las mujeres con discapacidad en el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos y que contribuyen a una forma de violencia, e) eludir el modelo médico o rehabilitador, y afianzar el modelo social de la discapacidad que nos marca la CDPD donde la mirada sea desde y hacia los derechos humanos, reconocimiento a las mujeres con discapacidad como sujeto de derecho y no como objeto de políticas asistenciales.

5. Instar a la justicia y a cada uno de los operadores jurídicos a la aplicación del control de convencionalidad constructivo al momento de emitir una Resolución, a los fines de garantizar el compromiso que como Estado ratificante contamos. Para ello, es necesario capacitar al personal en el

conocimiento de los derechos que se hallan contenidos en los tratados internacionales ratificados por la Argentina y mantener actualizada la jurisprudencia de la Corte IDH.

De acuerdo a las conclusiones del congreso anterior de Derecho Procesal (2022), la comisión 3 -Civil: “Principios procesales: su estado actual y visión crítica”. Dra. Ma. Victoria Mosmann y Sofía Sagües, se refieren a la dimensión convencional de los principios procesales, los que constituyen la vía de su transversalización al orden jurídico interno, dado que la Corte IDH sostiene que los jueces, al realizar el control de convencionalidad en los casos, debe argumentar en base a tales principios. Por otro lado, se refieren a la adaptabilidad de las formas procesales, a fin de garantizar la tutela judicial efectiva.

A su vez, se refieren a la perspectiva de vulnerabilidad, la que en mi trabajo se debe aplicar en cuanto al proceso que transita una persona con discapacidad, donde en miras de dotar de eficiencia la tutela judicial debe adoptarse un criterio progresivo, conforme al cual a mayor vulnerabilidad del sujeto tutelado mayor flexibilidad del proceso.

Por otro lado, hacen hincapié en las novedosas dimensiones del derecho a la igualdad y no discriminación (igualdad material, vulnerabilidad, discriminación

múltiple, discriminación interseccional, discriminación estructural, hipervulnerabilidad), de las que derivan la necesidad de adoptar un enfoque diferencial del derecho a la protección judicial en aquellos casos en que se ventilan derechos de sujetos vulnerables, que reciben tutela preferente constitucional o convencional.-