



**ESCUELA DE DOCTORADO
'STUDII SALAMANTINI'**

**PROGRAMA DE DOCTORADO
ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL**

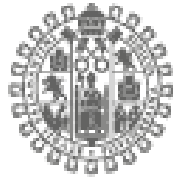
TESIS DOCTORAL

**EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD EN LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR**

JAIME GIOVANNY RIVADENEIRA GUIJARRO

**Director: Dr. Emmanuel Jiménez Franco
Universidad de Salamanca**

Salamanca – 2021



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL



**ESCUELA DE DOCTORADO
'STUDII SALAMANTINI'**

**PROGRAMA DE DOCTORADO
ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL**

TESIS DOCTORAL

**EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD EN LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR**

JAIME GIOVANNY RIVADENEIRA GUIJARRO

**Tesis Doctoral presentada para obtener el grado de Doctor por la Universidad de
Salamanca dirigida por el Dr. EMMANUEL JIMÉNEZ FRANCO, Profesor
Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca.**

Salamanca – 2021

A mi familia, mi esposa, mis hijos y nieto como mi objetivo de vida, por su cariño y apoyo en tan duros momentos para seguir adelante.

Especial agradecimiento a la Universidad Central del Ecuador, su Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, por la oportunidad que me ha concedido para lograr este nuevo momento en mi vida.

Reconocido por siempre del señor Profesor de la Universidad de Salamanca, Maestro Doctor Emmanuel Jiménez Franco, por su guía para la consecución de este trabajo en el Programa del Doctorado “Estado de Derecho y Gobernanza Global”

ÍNDICE

Dedicatoria.....	5
Agradecimiento	7
Índice.....	9
Anexos.....	15
Índice de Tablas.....	16
Abreviaturas	17
Introducción.....	21
Capítulo I	
La conceptualización de la discapacidad	
1.1. Evolución histórica de las discapacidades.....	29
1.1.1. Breve historia de la construcción de los derechos de las personas con discapacidad... ..	28
1.1.2. Evolución histórica de las discapacidades en la República del Ecuador.....	42
1.2. Conceptualización vigente de las personas con discapacidad.....	61
1.3. Modelos de calificación de las personas con discapacidad.....	66
1.3.1. Discapacidad Física	68
1.3.2. Discapacidad Mental (Psicosocial).....	73
1.3.3. Discapacidad Intelectual.....	76
1.3.4. Discapacidad sensorial.....	78
1.3.4.1. Discapacidad visual.....	78
1.3.4.2. Discapacidad auditiva.....	79
1.3.4.3. Discapacidad de lenguaje	80
1.4. Criterios técnicos para la valoración de las discapacidades y su forma de calificación.....	80
1.5. Equipos técnicos de calificación de discapacidades.....	82
1.6. Reflexiones del futuro modelo de calificación de la discapacidad.....	86
1.7. La discapacidad y su vinculación con la sociedad	96
1.7.1. El dilema: diferentes o diversos.....	105
1.7.2. La obligación de asegurar el ejercicio de los derechos.....	115
1.8. Las personas con discapacidad y los derechos humanos.....	133

Capítulo II

La protección jurídica internacional de las personas con discapacidad

2.1. Evolución histórica de los instrumentos jurídicos internacionales, en relación a las discapacidades.	144
2.2. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006.....	157
2.2.1. Estados Parte.....	160
2.2.2. Análisis de los derechos de las personas con discapacidad a la luz de los artículos 12 y 13 de la Convención	164
2.2.3. Ajustes razonables para garantizar el ejercicio de las personas con discapacidad.....	176
2.2.3.1. Ajustes razonables, discapacidad y Constitución de la República.	182
2.2.3.2. Ley Orgánica de Discapacidades y ajustes razonables.....	191
2.2.3.3. Los postulados en Ecuador en materia de discapacidad y los ajustes razonables.	193
2.2.4. Aplicación de directrices del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.....	194
2.2.4.1. Directrices sobre establecimiento de mecanismos de vigilancia independiente.....	197
2.2.5. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.....	204

Capítulo III

La Protección Jurídica de las Personas con Discapacidad en la República del Ecuador

3.1. Protección constitucional de las personas con discapacidad.....	210
3.1.1. Reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad en la Constitución de la República del Ecuador de 2008.....	214
3.1.1.1. Principios constitucionales de Administración de Justicia.....	217
3.1.1.1.1 Principio de supremacía constitucional.	217
3.1.1.1.2 Principio de legalidad, jurisdicción y competencia.....	219
3.1.1.1.3 Principio de independencia.....	220
3.1.1.1.4 Principio de imparcialidad.....	221
3.1.1.1.5 Principio de unidad jurisdiccional y gradualidad.	222
3.1.1.1.6 Principio de especialidad.	223
3.1.1.1.7 Principio de gratuidad en el acceso a la justicia.	224

3.1.1.1.8 Principio de seguridad jurídica.....	225
3.2. Ley Orgánica de Discapacidades, LOD (2012).....	226
3.2.1. Consideraciones fácticas de la estructura y contenido de la Ley Orgánica de Discapacidades	227
3.3. Reglamento de la Ley Orgánica de Discapacidades.....	242
3.4. Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia de 2003	245

Capítulo IV

La Protección Jurídica ante la Discapacidad Mental (Psicosocial) e Intelectual

4.1. Antecedentes históricos y sociales de la discapacidad psicosocial e intelectual ...	252
4.2. Enfoques de protección jurídica para la discapacidad psicosocial e intelectual ...	257
4.2.1. Modelo o Enfoque de prescindencia o tradicional	257
4.2.2. Modelo o Enfoque Médico y/o Rehabilitador	260
4.2.3. Modelo o Enfoque Social o de Derechos Humanos	265
4.2.4. Modelo de la Diversidad funcional.....	275
4.2.5. La acción colectiva y los resultados legales frente a la situación de las personas.....	280
4.2.5.1. Los que está dicho y mucho aún no se hace.....	282
4.2.5.2. Peor es ofrecer y no cumplir que el no ofrecer y hacer: El incumplimiento del Estado.....	285
4.2.5.3. Propuesta desde la Academia como resultados de la acción colectiva (coordinación de entes de la sociedad civil).....	287
4.3. Los tipos de discapacidad psicosocial desde la calificación	289
4.3.1. Discapacidad psicosocial temporal.....	293
4.3.2. Discapacidad psicosocial permanente	297
4.4. El Reconocimiento de los niveles de discapacidad y su importancia	301
4.4.1. Discapacidad intelectual leve o ligera	316
4.4.2. Discapacidad intelectual moderada.	317
4.4.3. Discapacidad intelectual grave	318
4.4.4. Discapacidad intelectual muy grave.	319

Capítulo V

Políticas Públicas en Materia de Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad.....	324
---	-----

5.1. Compromisos internacionales.....	330
5.2. Constitución de la República.....	333
5.3. Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021 Toda una Vida.....	334
5.4. Legislación nacional específica.....	337
5.5. Ejecución de la política de Estado.....	339
5.6. Programas gubernamentales.....	340
5.6.1. Ecuador sin Barreras.....	341

Capítulo VI

El Derecho al Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad

6.1. El acceso a la justicia como noción.....	351
6.2. El acceso a la justicia como un derecho	356
6.2.1. El acceso a la justicia como un medio para el restablecimiento de los derechos.....	362
6.2.2. El acceso a la justicia como un derecho a la tutela judicial efectiva (debido proceso).....	366
6.3. El acceso a la justicia frente a la igualdad de condiciones.....	377
6.4. La accesibilidad: Entre las barreras, los ajustes razonables y el diseño universal	379
6.4.1. La accesibilidad	379
6.4.2. Barreras intrínsecas.....	384
6.4.3. Barreras ambientales.....	387
6.4.4. Barreras interactivas	390
6.4.5. Barreras actitudinales.....	398
6.4.6. Barreras en la información y la comunicación (lingüísticas)	401
6.4.7. La accesibilidad y el diseño universal	402
6.5. Políticas y medidas de la Administración de Justicia para la eliminación de barreras.....	407
6.5.1. Condiciones de accesibilidad y los ajustes razonables.....	407
6.5.2. Cuestiones relativas a la capacidad jurídica.	408
6.5.3. Elementos conexos a la comunicación y la información en el proceso judicial.....	410
6.5.4. El acompañamiento o personal de apoyo en el proceso judicial	411
6.5.5. Condiciones de vulnerabilidad y atención prioritaria dentro del proceso judicial.....	412

6.5.6. Periodo de duración de las actuaciones judiciales	413
6.5.7. Protección a la intimidad	413
6.5.8. Testimonio, declaración o interrogatorio hacia la persona con discapacidad.	414
6.5.9. La persona con discapacidad como víctima o testigo.....	415
6.5.10. La ejecución de pericias a personas con discapacidad	417
6.6. El acceso a las instalaciones judiciales.....	420
6.6.1. Mejoramiento en la formación del personal de la Función Judicial	423
6.6.2. Las normas del Servicio Ecuatoriano de Normalización sobre accesibilidad al medio físico.....	425
6.7. El derecho al acceso a la justicia y la dimensión comunicativa	430
6.7.1. La comunicación directa e indirecta o asistida	436
6.7.1.1. Los formatos comunicativos tradicionales y alternativos.....	439
6.7.1.2. Sistemas de signos.	441
6.7.1.2.1 Sistemas de signos manuales.....	441
6.7.1.2.2 Sistema de signos tangibles	442
6.7.1.2.3 Sistemas de signos gráficos:.....	442
6.7.1.2.4 Comunicadores.....	443
6.7.1.3. Lenguaje positivo y comunicación efectiva	443
6.7.1.3.1 Proporcionar ayudas y servicios auxiliares	447
6.7.1.3.2 Intérpretes de lengua de señas	447
6.7.1.3.3 Telecomunicaciones	448

Capítulo VII

Titularidad de Derechos y Legitimidad

7.1. Código Civil del 2015	449
7.1.1. Tutelas y curadurías	450
7.1.1.1. Conceptualización	454
7.1.1.2. Tipos de tutelas o curadurías	459
7.1.1.2.1 Testamentarias.....	460
7.1.1.2.2 Legítimas	461
7.1.1.2.3 Dativas	462
7.1.1.3. Reglas especiales relativas a la curaduría de la persona con discapacidad mental (Psicosocial).....	463

7.1.1.4. Reglas relativas a la curaduría de personas sordas	466
7.1.2. La presunción legal de capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad.....	467
7.2. Código Orgánico Integral Penal (2014)	476
7.2.1. Principios en materia penal que se aplican a las personas de atención prioritaria.....	478
7.2.1.1. Principios generales.....	479
7.2.1.1.1 Carácter estatal del orden penal.....	479
7.2.1.1.2 Principio de mínima intervención.	480
7.2.1.2. Principios procesales	481
7.2.1.2.1 Principio de dignidad humana y titularidad de derechos.....	481
7.2.1.2.2 Principio de legalidad.....	482
7.2.1.2.3 Principio de igualdad.....	484
7.2.1.2.4 Principio de imparcialidad.....	485
7.2.1.2.5 Principio de objetividad.....	486
7.2.1.2.6 Principio de garantías en caso de privación de libertad.	487
7.2.2. Del tratamiento en la legislación penal de las personas con discapacidad.....	488
7.2.3. La responsabilidad penal de las personas con discapacidad.....	493
7.2.4. La inimputabilidad o inculpabilidad.....	494
7.3. Análisis de la administración de justicia en jueces ordinarios y de la Corte Nacional de Justicia respecto con personas con discapacidad.....	497
7.3.1. Evaluación de los jueces y la motivación en el acceso a la justicia.....	497
7.3.2. La formación y capacitación en sus funciones de operarios y administradores de justicia	501
7.3.3. Manual de Atención de Derechos de Personas con Discapacidad en Fiscalía, peritos y oficinas técnicas.....	504
7.3.4. Protocolos de acceso a la justicia para abogados: El acceso a la justicia de personas con discapacidad.....	506
7.3.5. Protocolo de uso de la fuerza pública de la Policía Nacional.....	509
7.3.6. El tiempo de vigencia de las normas relacionadas al acceso de justicia de las personas con discapacidad.....	519
Conclusiones.....	521

ANEXOS

Anexo 1: Protocolo para Abogados en Atención a Personas con Discapacidad Intelectual o Mental (Psicosocial) en el Derecho Civil y Derecho Penal.....	529
Anexo 2: Bibliografía.....	546
Anexo 3: Sitios Web.....	566
Anexo 4: Legislación Internacional y Legislación comparada por orden cronológico.....	572
Anexo 5: Legislación Ecuatoriana por orden cronológico.....	576
Anexo 6: Jurisprudencia.....	578

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Tipos de discapacidad y su porcentaje	85
Tabla 2. Postulados relacionados con la inclusión social de las personas con discapacidad.....	111
Tabla 3. Porcentaje para la aplicación del beneficio por grado de discapacidad.....	244
Tabla 4. Clasificación de la discapacidad intelectual según la puntuación obtenida de un test de inteligencia.....	315
Tabla 5. Acciones del Ecuador para el posicionamiento integral del tema de la discapacidad.....	346
Tabla 6. Vínculo entre las ayudas técnicas promovidas por las TIC y el tipo de discapacidad.....	436
Tabla 7. Términos correctos e incorrectos utilizados hacia la persona con discapacidad.....	446

ABREVIATURAS

ACNUDH - 1993	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 20 de diciembre de 1993.
CPV/INEC - 2010	Censo de Población y Vivienda, Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 2010.
Corte IDH - 1979	Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de mayo de 1979.
CIASDE - 2017	Comisión Interinstitucional de Análisis de la Situación de las Discapacidades en el Ecuador, 28 de noviembre de 2017
CIDDM - 1980	Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías, primera edición 1980
CIE - 1948	Clasificación Internacional de Enfermedades, 1948
CIE-10 - 1990	Clasificación Internacional de Enfermedades, Décima Revisión, 1990.
CIF - 2001	Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud, 2001.
CEPAL - 1948	Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 25 de febrero de 1948.
FCC - 1934	Comisión Federal de Comunicaciones, 19 de junio de 1934.
CIDH - 1959	Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1959.
CONADIS - 1992	Consejo Nacional de Discapacidades, 1992.
CONAREP - 1973	Consejo Nacional de Rehabilitación Profesional, 1973.
COFJ - 2009	Código Orgánico de la Función Judicial, 9 de marzo de 2009.
COIP	Código Orgánico Integral Penal -2014
CEDDIS - 2004	Comité Interamericano para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, 2 de marzo de 2004.

CDPD - 2006	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, 13 de diciembre de 2006.
DESC - 1948	Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1948.
FENASEC - 1958	Federación Nacional de Sordos del Ecuador, 1958.
FENCE - 1985	Federación Nacional de Ciegos del Ecuador, 12 de abril de 1985.
FENEDIF - 1992	Federación Nacional de Ecuatorianos con Discapacidad Física, 26 de junio de 1992.
FENODIS - 1992	Federación Nacional de Organizaciones no Gubernamentales para la Atención de las Discapacidades, 1992.
FEPAPDEM - 1987	Federación Ecuatoriana Pro Atención a la Persona con Discapacidad, 1987.
INEC - 1998	Instituto Nacional de Estadística y Censos, 4 de noviembre de 1998.
IFLA/UNESCO	International Federation of Library Associations Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 1945.
IMSERSO - 1978	Instituto de Mayores y Servicios Sociales, 1978.
IID - 2014	Instituto Interamericano sobre Discapacidad, 2014.
INNFA - 2008	Instituto Nacional del Niño y la Familia, 2008.
LIONDAU - 2003	Ley 51/2003 de 2 de diciembre, De igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
OEA - 1948	Organización de Estados Americanos, 30 de abril de 1948.
OIT - 1919	Organización Internacional del Trabajo, 1919.
OMS - 1948	Organización Mundial de la Salud, 7 de abril de 1948.
ONG	Organización no gubernamental
OPS - 1902	Organización Panamericana de la Salud, 2 de diciembre de 1902.

ONU - 1945	Organización de las Naciones Unidas, 24 de octubre de 1945.
RTE INEN - 1970	Norma Técnica Ecuatoriana, cuyo Reglamento Técnico Ecuatoriano, 1970.
TIC	Tecnologías de la información y la comunicación
TRS	Telecommunications Relay Services,
UNASUR - 2008.	Unión de Naciones Suramericanas, 23 de mayo de 2008.
UE - 1993	Unión Europea, 1 de noviembre de 1993.
UNESCO - 1945	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 16 de noviembre de 1945.

INTRODUCCIÓN

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹ fue aprobada por consenso en la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, constituyéndose como lo dijera el Vicesecretario General, Mark Malloch Brown, en nombre de Kofi Annan: “El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI en ser adoptado, el tratado que se ha negociado con mayor rapidez en la historia del derecho internacional y el primero que surgió del cabildeo emprendido por internet”. Se trata de un instrumento amplio e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad y, aborda principalmente las prácticas y tratos discriminatorios que afectan a las personas con discapacidad.

La aprobación de esta convención ha permitido la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, quienes históricamente han sido víctimas por abusos y violación de sus derechos, no siendo incluso consideradas como personas sujetas de esos derechos que cualquiera otra persona tiene.

Este Tratado, fue diseñado para contribuir a los procesos de sensibilización y las buenas prácticas frente a los derechos humanos de las personas con discapacidad y de estimular esos cambios positivos que se requieren, sino que también se encuentren formas determinantes de sostenerlos al subrayar que la responsabilidad recae en los Estados y la obligación de preparar, presentar y garantizar que los ajustes razonables que se propongan, sean apropiados y necesarios y justifique actuar para la defensa de los derechos de las personas con discapacidad.

Presentada para enfrentar las diferentes expresiones de violencia, de intolerancia, de discriminación, que lamentablemente han ido acumulándose, radicándose más en la injusticia, es decir en los aspectos de orden judicial que no se expresaban en favor de las personas con discapacidad, sino por el contrario hacia terceras personas que las invisibilizaban, sin importar las consecuencias.

Para enfrentar y evitar se siga tratando a la discapacidad como un fenómeno que buscaba respuestas en un modelo todavía médico y de compasión. Se trata de un asunto de suma importancia, de importantes resultados tanto en el diseño de las políticas públicas, como en la adopción de leyes, hacia un “cambio de paradigma en el modo de

¹ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Naciones Unidas. Nueva York (2006).

abordar la discapacidad como fruto de la consolidación del llamado ‘modelo social de la discapacidad’ que se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos, y aspira a potenciar el respeto a la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social. El nuevo modelo se construye sobre la base de determinados principios: vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, diálogo civil, entre otros.²

Se trata de establecer que las personas con discapacidad ejerzan su derecho a la autonomía e independencia, ejerza una representación directa en diversos escenarios del actuar social; sin embargo, ciertos vínculos de dependencia con respecto a la familia u otros sujetos de confianza es absoluto, por lo que se requiere o requerirá que el derecho se “flexibilice” y se recurra a la equidad, igualdad, fraternidad y voluntad como postulados de naturaleza axiológica que oriente a las autoridades en la adopción de decisiones, encaminadas hacia el bienestar de la persona con discapacidad, postulados sustentados en los instrumentos internacionales y normativas nacionales que rigen la discapacidad y se apliquen normas que no perjudiquen la verdadera intención o voluntad de la persona, sin alterar el derecho hacia el beneficio de terceros interesados que llaman a aplicar normas agotadas e inclusive inaplicables en los actuales momentos como lo son algunas de los códigos civiles, que resultan ser demasiado “cruels” como ciertas las formas de representación y, por el contrario se apliquen disposiciones en armonía con los preceptos plasmados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que no solamente son paradigmas terminológicos, sino conlleva la ruptura de actitudes y siendo ésta, precisamente la más difíciles de vencer.

Los problemas que aqueja a las personas con discapacidad y a sus familias, es precisamente la falta de reconocimiento de sus derechos, entre ellos el derecho al acceso a la justicia, que a lo largo del tiempo se ha confirmado, inclusive, con la emisión y vigencia de normativas que todavía constituyen discriminación hacia la condición de ese grupo humano.

Los derechos de las personas con discapacidad, ha sido un elemento de análisis y estudio, debido a que se ha constituido un asunto de preocupación de los derechos humanos y fundamentales, considerados como un derecho real y no teórico o subjetivo,

² BARRIFFI, Francisco José (2009: 7).

procurando que el Estado sea el máximo responsable de velar y exigir su cumplimiento del acceso a la justicia y propender a la eliminación absoluta de las barreras o brechas que separan de los más básicos servicios, oportunidades y dotación de bienes que le permitan encontrarse en las mínimas condiciones de igualdad.

Han sido objeto de exclusión social las personas con discapacidad, ha sido inclusive la carga económica y social, que ha determinado he impedido que se concrete una vida digna y de buena calidad, además de su participación plena en sociedad.

En esta investigación, se analizan los problemas y la necesidad de que a las personas con discapacidad, se garantice el ejercicio de sus derechos, sin que se interpongan barreras de tipo alguno y puedan actuar con independencia, por ello hacemos notar que las personas con discapacidad tienen derecho en todas sus partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica y consecuentemente de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida; analizamos la necesidad de que se adopten medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de esa capacidad jurídica; que se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos, y que estas salvaguardias aseguren que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten sus 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; y, se tomen 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, por ejemplo, a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Concordante con lo que hemos referido, respecto del acceso a la justicia, debe reconocerse y asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, en todos los procedimientos judiciales.

Es importante destacar que lo relacionado a la personalidad jurídica, que no es lo mismo que capacidad jurídica, esta última comprende el ejercicio real de derechos y obligaciones, mientras que la primera no; pero, es necesario recalcar que las personas con discapacidad no han gozado de este derecho, me refiero al de la personalidad jurídica, lo cual mermaba su propia condición de seres humanos, por lo que se podría considerar que estaban frente a una indeterminación jurídica ante la sociedad. Por ello, la Corte IDH ha sido enfática al indicar que la violación del derecho a la personalidad jurídica supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes. Ello implica que son titulares de todos los demás derechos reconocidos en los instrumentos internacionales.

Por otro lado, la capacidad jurídica involucra el poder ser considerado como titular de derechos y obligaciones, ésta se refiere a la posibilidad material y real de poder ejercerlos por uno mismo, es decir, lo que en muchos ordenamientos civiles es conocido como la capacidad de obrar o de actuar. En ese sentido, la capacidad jurídica es entendida como un requisito para el ejercicio pleno de los derechos de la persona y que es restringida en ciertos casos, en base a una supuesta falta de autonomía, de razonamiento y de capacidad para decidir correctamente sobre su propia vida; es así como se ha ido construyendo o equiparando el concepto de discapacidad con el de incapacidad, lamentablemente.

Ahora, sobre estos hechos, principalmente para aquellas personas con discapacidad mental o intelectual, inclusive con las de discapacidad sensorial, son considerados en nuestras legislaciones internas como “incapaces”, determinándose inclusive como un peligro para sí mismos o para la correcta administración de sus bienes y en base a ello las personas con discapacidad son privadas de decidir y ejercer sus derechos.

Dicho de otra forma, las personas con discapacidad necesitan probar que su voluntad es calificada y que para adoptar alguna decisión, será de aquellas que no causen riesgos o error, pero de esto, las personas sin discapacidad al tomar alguna decisión, también cometen errores y no solamente de bajo riesgo sino de alto riesgo que conlleva inmensos patrimonios propios e inclusive de terceros.

Entonces es la propia sociedad la que limita el accionar de la voluntad de las personas, dificultando e impidiendo o limitando las facilidades para que pueda expresar

su voluntad y su capacidad de obrar, como así lo determina el Art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad³, que crea un nuevo paradigma, otorgando a las personas con discapacidad la potestad de ejercer sus propios derechos y responder frente a sus obligaciones de manera independiente y en igualdad de condiciones. En ese sentido, las personas con discapacidad tienen “la capacidad y la facultad de asumir compromisos o transacciones particulares, mantener un estatus determinado o una relación con otro, o en un sentido general de crear, modificar, o extinguir relaciones jurídicas”.⁴

Es necesario un cambio del antiguo modelo de sustitución que está en vigencia en nuestras legislaciones, que inhabilita a la persona de su capacidad jurídica e impide la toma de decisiones, siendo usualmente otras las que lo hacen por aquellas con discapacidad.

Lo que es más grave, el administrador de justicia o la autoridad administrativa, solamente por parecer con discapacidad e inclusive registrada como tal, con porcentajes leves o moderados, se oponen a que decida sobre sus derechos, inclusive en actos que no implican repercusión alguna.

Se ha constatado que aquellas personas que deciden por aquellas con discapacidad, lo hacen por intereses particulares y no por lo que representa, abusando de su posición de “representante”, sin que la autoridad constate o se le demuestre la verdadera intención de esos actos jurídicos o administrativos que se realizan bajo un supuesto interés o deseo de las personas con discapacidad.

La clave está en el artículo 12 de la Convención citada, obliga a expulsar de los ordenamientos jurídicos estas formas de representación agotadas en su utilización, tal es la interdicción o la incapacitación en tanto supone una pérdida total o parcial de la capacidad jurídica, considerándose estas instituciones jurídicas, como lo dijéramos unas de las formas más perversas de representación que tienen nuestras legislaciones para que una persona “responda” por otra.

³ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006: Art. 12).- Igual reconocimiento como persona ante la ley. 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.

⁴ BARRIFFI, Francisco (2016: 128).

El nuevo paradigma constituye en adoptar un nuevo modelo de apoyo en la toma de decisiones, donde la garantía al ejercicio de la capacidad jurídica es esencial; modelo que impulsa a que los Estados aseguren que la sociedad, no sea ella misma la que impone barreras que impiden desenvolverse en igualdad de condiciones con los demás.

Para ello, entonces se impone la adopción e implementación de salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional, que 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.

Estas salvaguardias deberán traducirse en mecanismos de apoyo orientados a evitar el abuso por parte de aquellas personas a las que se confía dicho apoyo; entonces deberán respetarse los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, que la persona designada no tenga interés ni conflicto de intereses; el apoyo debe ser proporcional conforme las diferentes situaciones personales, diferenciándose entre los actos trascendentales para la vida y/o el patrimonio y actos ordinarios de la vida común; y, por último, sean aplicadas con plazos muy cortos y con evaluaciones periódicas.

En consecuencia, la propuesta está centrada en que se respete su condición, que se dé respuestas favorables encaminadas a legislar respecto de los apoyos de voluntad y confianza sobre el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, quienes conjuntamente con el Estado y la sociedad, adoptarse las medidas apropiadas que permitan que las personas con discapacidad puedan desarrollarse de forma independiente y así poder participar plenamente de todos sus derechos.

De lograr una sociedad incluyente, es una visión de todos, superar las dificultades derivadas de aquellas condiciones que incrementan la desigualdad y por el contrario asegurar la igualdad de oportunidades cualquiera que sea el origen de la persona, es el objetivo; regir estas acciones para concretar con acuerdos mutuos, fusionando las instituciones sociales, será posible a través de políticas públicas encaminadas, diseñadas, específicas y oportunas.

Capítulo I, la conceptualización de la discapacidad, realiza una compilación de conceptos y nociones de la discapacidad. Se detallan criterios técnicos para la valoración,

calificación y proyección de las discapacidades. Se construye una postura hacia donde se dirige la protección jurídica y el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. El capítulo II trata sobre la protección jurídica Internacional de las personas con discapacidad, lo cual se analizarán las normas de cuerpos jurídicos internacionales y la obligatoriedad que éstas tienen en la legislación ecuatoriana. Me enfocaré específicamente en lo que establecen los artículos 12 y 13 de la Convención para los Derechos de las Personas con Discapacidad. El capítulo III se aborda el marco jurídico ecuatoriano en la actualidad, partiendo de una evolución histórica hasta la actualidad explicando los principios constitucionales, la norma doméstica y su relación con la Ley Orgánica de Discapacidades y su reglamento, donde se desarrolla la protección jurídica en el Ecuador. El capítulo IV detalla el tratamiento a los derechos de las personas con discapacidad como modelos de derechos y su aplicación de protección jurídica, específicamente, se analiza la situación de dichos tratamientos a las personas con discapacidad mental e intelectual, y los postulados de este trabajo. El capítulo V se enfoca en las políticas públicas en materia de acceso a la justicia de las personas con Discapacidad propuestas por la República del Ecuador. El capítulo VI revisa al acceso a la justicia como derecho fundamental, analizando las barreras en la administración de justicia y el acceso a la justicia. El capítulo VII analiza la titularidad de derechos y la legitimidad de las acciones de las personas con discapacidad en el Ecuador, específicamente el acceso a la justicia y los principios que se aplican a las personas con discapacidad en el derecho civil y el derecho penal. Finalmente se presentan las conclusiones de este trabajo.

Esta investigación realizó un análisis histórico, exegético y crítico de la normativa ecuatoriana, en aplicación de normas y tratados internacionales, usando también, el derecho comparado para aclarar algunos ejemplos y situaciones de los principios aplicados en la norma ecuatoriana. Se realiza un análisis crítico descriptivo respecto a las políticas públicas del Ecuador enfocadas a personas con discapacidad durante el periodo 1992 y 2018. No se ha referido en este trabajo de investigación a crear apartados de derecho comparado, porque busca encontrar respuestas normativas a lo que sucede en el Ecuador. No están descritos todos o en su gran mayoría los instrumentos internacionales de derechos humanos, sino solamente los dirigidos al ejercicio y amparo de las personas con discapacidad, específicamente los ajustes razonables, y las disposiciones de los

artículos 12 y 13 de la Convención Internacional para los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad.

Así mismo, este trabajo únicamente analiza los principios jurídicos que se aplican en el acceso a la justicia en el derecho civil y el derecho penal ecuatoriano respectivamente. Y excluye de su análisis los principios jurídicos que se aplican a personas con discapacidad en el Derecho en otras ramas del derecho.

La redacción, busca ser estructurada para que sirva como instrumento de consulta para las personas con discapacidad primordialmente y que en contexto se identifique la situación de las discapacidades en el Ecuador y pueda actuar de ser necesario en defensa de sus derechos como sujeto de tales. Así mismo es fuente de consulta para los operadores de justicia que sus contenidos son amplios en doctrina y normativa para herramienta de consulta efectiva para su accionar en la administración de justicia. Se trata de un respaldo que justifique su actuar.

Capítulo I

La conceptualización de la discapacidad

1.1. Evolución histórica de las discapacidades

1.1.1. Breve historia de la construcción de los derechos de las personas con discapacidad

Las personas con discapacidad, a lo largo de la historia, han tenido realidades muy adversas, especialmente por su situación socio económica, que sumada a su condición de discapacidad y por la ausencia total o poca educación, salud, desempleo e índices de pobreza marcados, es que la Organización de las Naciones Unidas, por iniciativa de la delegación de México, incorpora en el Plan de Acción en la conferencia realizada en Beijín, en marzo del 2000, la necesidad de abrir un proceso para el establecimiento de un tratado internacional, que proteja y promueva los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.

Como antecedente a esta propuesta, encontramos que la Alianza Internacional de Discapacidades fue quien expresó su compromiso de implementar un tratado vinculante; a la par de ello, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, en la Conferencia Mundial contra el Racismo y la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, en septiembre del 2001, en Durban, Sudáfrica, invita a las naciones a abrir un proceso de construcción del tratado que más tarde se llamaría Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.⁵

Fue el mismo país mexicano, que impulsa la aprobación de la resolución para abrir el proceso de negociación, para ello el Instituto Interamericano sobre Discapacidad (IID) emprende una campaña para que las organizaciones de personas con discapacidad, en sus países, conocieran de esta iniciativa e impulsen procesos a concretar los apoyos a la propuesta.

Es entonces que la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 19 de diciembre de 2001, crea un “Comité Especial encargado de preparar una Convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con

⁵ Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia. Naciones Unidas, Durban (2001).

discapacidad”⁶, conocido también como Comité Ad Hoc, que encabeza este proceso hacia la elaboración de este tratado internacional que proteja los derechos de las personas con discapacidad.

Este trabajo que realiza el Comité Especial, lo hace en base a un proceso integrador dentro de las esferas del desarrollo social, los derechos humanos y la no discriminación, que tomando en cuenta las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos y de la Comisión de Desarrollo Social, con los productos que se emitieron desde las diferentes reuniones realizadas entre el 11 y 14 de junio de 2002, apoyadas por el gobierno de México en la capital de ese país, con el concurso del Departamento para Asuntos Económicos Sociales de la Organización de las Naciones Unidas y de la oficina regional en México de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), se reunieron expertos de diversas regiones y nacionalidades para revisar lo que debía contener este nuevo tratado internacional.⁷

Veamos en un pequeño relato lo que menciona la Resolución (A/56/583/Add.2), que tras observar sus aspectos⁸:

“...con profunda preocupación la situación desfavorable y vulnerable en que se encuentran 600 millones de personas con discapacidad en todo el mundo y consciente de la necesidad de avanzar en la elaboración de un instrumento internacional” y adicionalmente “pide al Secretario General que, [...] presente al Comité Especial, antes de su primer período de sesiones, una recopilación de los instrumentos jurídicos, documentos y programas internacionales existentes que se refieran, directa o indirectamente, a la situación de las personas con discapacidad, entre otros los de las conferencias, cumbres, reuniones o seminarios internacionales o regionales convocados por las Naciones

⁶ Convención Internacional Amplia e Integral para Promover y Proteger los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad. Naciones Unidas, México (2001).

⁷ Convención Internacional sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad. Congreso de la República Lima (2001).

⁸ Resolución A56/168 sobre la creación de un Comité Especial para examinar propuestas relativas a una Convención amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con Discapacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas, 88ª sesión plenaria de 19 de diciembre de 2000.

Unidas y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales”⁹.

Ello permitió entonces, con los antecedentes de la construcción de la Convención que hemos referido, se impulsen otras sesiones y sus resoluciones respectivas, hasta que en el segundo período de sesiones celebrado en las Naciones Unidas del 16 al 27 de junio de 2003, se informa que se realizaron previamente catorce sesiones plenarias, tres sesiones de mesa redonda y varias sesiones oficiosas. Este Comité fue presidido por el señor Luis Gallegos Chiriboga, Embajador y Representante Permanente del Ecuador ante las Naciones Unidas¹⁰, allí se conocieron:

“Las opiniones expresadas por los gobiernos y los organismos y las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas sobre la convención propuesta; [...] y, los elementos que deben ser tomados en consideración en las propuestas para una convención presentadas por las comisiones regionales de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales y las organizaciones no gubernamentales”.¹¹

En este evento, destacamos del Informe del Secretario General, relacionado con los nuevos aspectos y tendencias sobre las personas con discapacidad, en el contexto del desarrollo en un marco amplio de derechos humanos, además del cumplimiento de los objetivos de participación e igualdades plenas, especialmente en la vida social y económica y, la prevención.

Había que dejar atrás esos conceptos que permitieron aprobar el Programa de Acción para los Impedidos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su trigésimo séptimo período de sesiones, por Resolución 37/52 de 3 de diciembre de 1982, que fue vincular la discapacidad a las personas, dicho de otra forma, se respondía a hechos que incluían principalmente tratamientos médicos y servicios de rehabilitación y bienestar social, a fin de que la persona se acople a las estructuras sociales de ese

⁹ Resolución A56/168 sobre la creación de un Comité Especial para examinar propuestas relativas a una Convención amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con Discapacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas, 88ª sesión plenaria de 19 de diciembre de 2000.

¹⁰ Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas (2003).

¹¹ Comité presidido por un representante del Ecuador. Asamblea General de las Naciones Unidas (2003)

momento. El objetivo de este Programa de Acción Mundial para los Impedidos, además fue: “Promover medidas eficaces para la prevención de la incapacidad, la rehabilitación y la realización de los objetivos de “participación plena” de los impedidos en la vida social y el desarrollo y de igualdad”.¹²

Impulsaba a que los países mismos, y que la acción internacional se orientase hacia la asistencia y el apoyo a los esfuerzos nacionales realizados en tal sentido.

La situación en la que se desenvolvían las personas con discapacidad, lo hacían dentro de un contexto de desventaja, con barreras físicas y sociales, y lo que es más, bajo aquellas que las denominamos como ‘actitudinales’, presionadas frecuentemente por una sociedad y cultura que sin la participación de los gobiernos, reducían esas posibilidades reales de ser considerados como miembros pertenecientes a la sociedad y actores de sus propios derechos.

Ello, dependía en gran medida de los gobiernos, quienes por su responsabilidad, debían velar porque tengan mayor participación y sus derechos sean respetados, proponiendo soluciones adecuadas y complementarias que permitan alcanzar niveles de vida iguales a los demás ciudadanos sin discapacidad, a través de acciones que eviten el avance de las discapacidades por eventos fácilmente prevenibles, con inversión o presupuestos mínimos que asegure el desarrollo pleno; los Estado no pueden utilizar como excusa alguna el incumplimiento de sus obligaciones, por no poseer recursos o teniéndolos, sus esfuerzos no estén dirigidos para este sector de la humanidad.

La necesidad de contar con un documento que respete la diversidad y la dignidad humanas y que propague el “mensaje de que las personas con discapacidad están facultadas para ejercer toda la gama de derechos humanos y libertades fundamentales sin discriminación”¹³, especialmente este argumento que impedía la plena participación de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida, estimuló a que esos comportamiento basados en estereotipos, estigmas y prácticas nocivas, sean sujetos de análisis y se realicen ajustes razonables, no solamente en la normativa internacional, sino en las nacionales y “promover percepciones positivas y de mayor conciencia social respecto de las personas con discapacidad”.

¹² Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad. Naciones Unidas (1982).

¹³ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (2014).

Para el proceso de construcción de la Convención, es necesario reconocer el predominio de la participación de las familias, al margen de las acciones de cada uno de los Estados, ésta ha operado generalmente de hecho y ha representado a las personas con discapacidad desde siempre; ha prevalecido al paso de la historia y han sido ellos, los conformantes de esa organización quienes han respondido por los intereses de las personas con discapacidad que se encuentran en su seno, superando los temores, las preocupaciones y ansiedades que se generan con la presencia de uno de sus miembros con discapacidad y, por el contrario, desempeña un papel fundamental en el proceso inclusivo, primeramente básico, ya no ocultándolo, ya no con vergüenza o rechazo, superando aquellas posiciones de sociedad por el rechazo, y segundo, desempeñando un papel fundamental en el proceso inclusivo de la persona con discapacidad.

Pero bien, todas esas expresiones y manifestaciones de violencia, de intolerancia, de discriminación, en contra de las personas con discapacidad, fueron acumulándose, radicándose más en la injusticia, es decir en los aspectos de orden judicial que no se expresaba directamente, sino a través de terceras personas que invisibilizaban a la persona sin importar las consecuencias tanto desde el Estado como de la sociedad o de la familia, seguía tratándose a la discapacidad como un fenómeno que buscaba respuestas en un modelo todavía médico y de compasión. Se trata de un asunto de suma importancia, de importantes consecuencias tanto en el diseño de las políticas públicas, como en la adopción de leyes, es un:

*“Cambio de paradigma en el modo de abordar la discapacidad es fruto de la consolidación del llamado ‘modelo social de la discapacidad’ que se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos, y aspira a potenciar el respeto a la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social”.*¹⁴

Esta nueva forma de ver los derechos se construye sobre la base de determinados principios como: vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, diálogo civil, entre otros. En ello, Palacios (2007) destaca que:

¹⁴ PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Francisco (2007: 19).

*“El modelo social ha sido la consecuencia de una larga lucha, plantada por las propias personas con discapacidad, que tuvo sus frutos en diversos ámbitos. Uno de dichos ámbitos es el del derecho internacional de los derechos humanos, con sus consecuentes implicaciones en los Derechos de las legislaciones internas de los Estados Parte. El último paso en dicho sentido, ha sido la reciente aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”.*¹⁵

Con este modelo, me refiero al social, tiene como respuesta a la falta de atención de la sociedad que no tiene presente o no considera a las personas con discapacidad, es decir no les toma en cuenta, por ello es el apareamiento de este modelo, que apunta a la autonomía de la persona, en la toma de sus propias decisiones, libre de barreras y en igualdad de oportunidades.

De hecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, destaca que las Convenciones interamericanas han adoptado el modelo social, y lo hace en una referencia del Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina y cita:

*“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 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 socioeconómicas.”*¹⁶

Los temas a tratar de las discapacidades, especialmente las organizaciones no gubernamentales, por ejemplo, las tomaron como una verdadera cuestión de derechos humanos, pues como mencionamos anteriormente, se iniciaron por interés de los padres, de la familia o representantes de las personas con discapacidad, para más tarde

¹⁵ PALACIOS, Agustina (2007: 27).

¹⁶ Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012).

constituirse en verdaderos procesos organizados, estructurándose y estableciéndose como ONG de derechos humanos de las personas con discapacidad para su protección, promoción y cuidado, apoyados y amparados desde los instrumentos internacionales.

Estos instrumentos internacionales que los analizaremos detenidamente en apartados posteriores, explica de manera más específica cómo canalizan el ejercicio de sus derechos, sus mecanismos de cumplimiento a punto de convertirse en una herramienta de consulta para los directamente interesados, estas las personas con discapacidad, sus padres o representantes, la sociedad civil, las instituciones de derechos humanos y por obvias razones los Estados Parte, directamente responsables de su cumplimiento. En materia de derechos humanos tienen la obligación de respetar, proteger y hacer efectivos¹⁷; y, realizar los derechos contenidos en los tratados y convenios internacionales, que hayan sido suscritos y ratificados por ellos. Están obligados a avanzar de manera expedita hacia la implementación de estas obligaciones, donde para ello, ni siquiera la falta de recursos, como hemos referido, justificará la ausencia de acción, pues es el garante que no puede interferir en el disfrute de los derechos humanos, no puede fomentar que otros interfieran, por el contrario buscará la satisfacción de esos derechos individual y colectivamente, tomando en cuenta su condición, cualquiera sea ésta, así como sus deseos y necesidades; y, proteger a través de la prevención que los derechos no sean violados o restringidos por acción de terceros, donde asegurará además la satisfacción de los niveles esenciales de cada uno de los derechos, aún en períodos de limitaciones graves de recursos o excepciones planteadas en determinadas condiciones o circunstancias que le asegure a la persona un ámbito de espacio social que le permita desenvolver con cierta amplitud sus potencialidades y decidir acerca de su existencia, con una “normativa de un ordenamiento que tutele como bienes jurídicos los medios necesarios para la realización del hombre en coexistencia”.¹⁸

Este marco normativo internacional de derechos humanos, que incluye los tratados, las observaciones generales y las recomendaciones adoptadas por los órganos que vigilan su aplicación, contienen disposiciones descritas como principios transversales como la no discriminación y la igualdad, la participación, el acceso a reparación, el acceso a la información, la rendición de cuentas, etc.

¹⁷ Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Organización de las Naciones Unidas (1997: Párr. 6).

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1986).

Estos principios se aplican a todas las personas en relación con todos los derechos humanos y libertades y prohíbe la discriminación como las que describe, por ejemplo, lo que destaca la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 11, al consagrar los principios por los que se rige el ejercicio de los derechos.¹⁹

Con respecto de los principios que rigen para los derechos humanos, autores refieren que, junto a las declaraciones, las directrices, las reglas y las recomendaciones, no tiene efecto jurídico obligatorio, aunque tiene la fuerza de la moral, de utilidad y orientación.

Por el contrario, a pesar de que analizaremos con mayor detenimiento este precepto constitucional, anticipo que, en la norma constitucional, según lo que establece en su Art. 1²⁰, se ha analizado que por el hecho de ser de derechos y de justicia, se revisa con el siguiente análisis:

*“Estado constitucional de derechos y justicia sintetiza el contenido de todo este texto normativo, [...] que caracterizan al Estado ecuatoriano, son ejes transversales en todas y cada una de las instituciones reconocidas y reguladas por la Constitución. Las categorías nos permiten destacar los cambios paradigmáticos de un modelo de Estado a otro, como un salto hacia adelante, y también visualizar las innovaciones en dos áreas: la teoría del derecho y el modelo político de Estado”.*²¹

Ávila considera que:

“El estado constitucional nos ayuda a responder las preguntas sobre quién es la autoridad, cómo se hacen las normas y qué contenido

¹⁹ Constitución de la República del Ecuador (2008: Art. 11.1).- Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento. 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

²⁰ Constitución de la República del Ecuador (2008: Art. 1).- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia. [...].

²¹ ÁVILA, Ramiro (2011: 961, 966, 28).

deben tener. El Estado de derechos nos da luces para responder dónde encontramos las normas y para qué se las expiden. Finalmente, el estado de justicia nos resuelve el problema del por qué el Estado”²¹

Lo cual nos permite, de alguna forma, actuar sin que exista norma secundaria que la procedimente, sino de acción inmediata y de cumplimiento.

El Estado constitucional de derechos, es aquel donde la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder.

En cambio, el “estado de justicia no significa otra cosa que el quehacer estatal, al estar condicionado por la constitución y los derechos de ella reconocidos, no puede ser sino una organización social y política justa”.²²

El principal problema de analizar desde los derechos humanos y las personas con discapacidad es su invisibilidad tanto desde la sociedad y la familia, cuanto desde las estructuras del Estado, quienes son los comprometidos a evaluar y vigilar, además de ordenar su cumplimiento, quienes además deberán presentar los informes periódicos de cumplimiento, donde aparecerá sobre la situación que afecta a los derechos de las personas con discapacidad.

*“De conformidad con sus sistemas jurídicos y administrativos, mantendrán, reforzarán, designarán o establecerán, a nivel nacional, un marco, que constará de uno o varios mecanismos independientes, para promover, proteger y supervisar la aplicación de la presente Convención”.*²³

El Estado y sus Funciones y demás instituciones, son los llamados a promover y proteger los derechos humanos de las personas que presentan alguna discapacidad, como así lo establece la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su Propósito, [...] “derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad.”²⁴

Consecuente con ello, se impulsa con mayor efectividad las cuestiones relacionadas con las discapacidades, cuyos esfuerzos se lo hacen a partir de las

²² ÁVILA, Ramiro (2011: 28).

²³ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas (2006: Art. 33.2).

²⁴ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006: Art. 1)

disposiciones de los tratados de derechos humanos, donde los estados adquieren obligaciones.

Los derechos humanos para las personas con discapacidad, son iguales que para todos los demás, no existen derechos especiales, lo que sucede desde la concepción social o cultural de los países, es que se discrimina y excluye, se aparta de las decisiones, no son tomados en cuenta, se impiden sus derechos con barreras, no solamente físicas, sino con las que son más graves, las conocidas como actitudinales, de comportamiento, podemos decir entonces que “sino una prescripción, establecida normativamente, precisamente porque se reconoce que de hecho los seres humanos son diversos y se requiere impedir que sus diversidades pesen como factores de desigualdad”²⁵.

Pero, volvamos un poco a los antecedentes de las discapacidades o, a la construcción de los derechos y cómo se concebía a las discapacidades, de lo que ya hemos hablado sobre el modelo social, ahora veamos los otros que fueron parte de su evolución, en la que participaron activamente las familias en su transformación hasta llegar a los actuales momentos del modelo de los derechos humanos y su respeto.

Se trata de aquel modelo de prescindencia o religioso²⁶ que posee un pensamiento en que las personas con discapacidad son producto de una maldición, un castigo divino, minusválidas, inválidas, impedidos, etc., hasta considerados de mala suerte. Ejemplo: En el Dictamen aprobado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 22/2014, caso Sr. X. Vs. República Unida de Tanzania:

“El autor señala que los hechos tuvieron lugar en un contexto de especial violencia contra las personas con albinismo en la República Unida de Tanzania. En 2012, el número total de personas con albinismo en el país se estimaba en más de 200.000²⁷. Han sufrido diferentes formas de persecución y discriminación, muchas de las cuales se basan en mitos. Por ejemplo, se cree que las personas con albinismo son una “maldición de Dios” o incluso “fantasmas eternos”,

²⁵ FERRAJOLI, Luigi (2005: 14).

²⁶ PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Francisco (2007: 13-14)

²⁷ Tanzania tiene una de las tasas de albinismo más altas del mundo, estimada en 1 por cada 1.429 personas. Hats on for Skin Health, “Albinos in Africa: a population at risk. Disponible en: <https://www.multivu.com/assets/55030/documents/Hats-On-For-Skin-Health-Campaign-Fact-Sheet-original.pdf>.

o que las relaciones sexuales con una mujer albina pueden curar el VIH y que las partes del cuerpo de las personas con albinismo tienen propiedades mágicas, como la de proporcionar riqueza y prosperidad. En este contexto, han surgido nuevas formas de persecución contra las personas con albinismo en el Estado parte, como asesinatos y mutilaciones, promovidas por el establecimiento de un lucrativo mercado negro para la venta de partes del cuerpo. Los miembros del cuerpo suelen seccionarse de manera brutal mediante machetes, lo que deja a las víctimas que sobreviven con graves dolores y sufrimiento. En algunos casos, se han exhumado y desmembrado cadáveres de personas con albinismo.”

En este caso, se atentó contra la integridad de las personas con albinismo, le fue amputado un brazo, con serios signos de haber sido sometido a grave forma de tortura y trato inhumano, haciéndole perder su independencia, siendo inclusive expuesto a formas brutales de sufrimiento en menoscabo de su dignidad e integridad física, y el Estado parte no ha tomado medida efectiva alguna contra los responsables²⁸; todo ello, como vemos producto de las creencias y manifestaciones culturales que ocasionan violación a los derechos de las personas con discapacidad, cobijadas en la falta de acción estatal para desvirtuar o anular esas creencias.

El otro modelo, era aquel que refiere a lo médico o rehabilitador en el cual la persona con discapacidad era definida como enferma, necesitada de atención médica especializada por considerar que tiene un problema. Eran vistas como objetos de estudio científico, o desde un punto de vista paternalista y asistencialista, lo cual invisibilizaba sus derechos, requiriendo en todo momento la intervención de un tercero que actúe en su nombre.²⁹

El tercer momento o modelo lo hemos referido que fue cambiado desde lo excluyente y negativo de concebir a la persona con discapacidad, su condición y sus circunstancias, a un modelo de derechos humanos e inclusión, donde se advierte:

²⁸ Caso Sr. X. Vs. República Unida de Tanzania. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (2017: Párr. 2.3, 3.1 y 3.2)

²⁹ PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Francisco (2007: 15-19)

*“La diversidad en la condición de las personas con discapacidad, su derecho a tener calidad de vida y se advierte la necesidad de eliminar barreras sociales y físicas que entorpecen su participación en la sociedad pues es un modelo que se centra en la dignidad y respeto a las personas y no en sus deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales”.*³⁰

Toda esta trayectoria la vivieron las personas con discapacidad, e igual o tal vez, en ciertos casos mucho más, las familias de ellas, han operado o actuado de hecho, y han representado a las personas con discapacidad desde siempre, a pesar de la vigencia de instituciones jurídicas civiles respecto de las curatelas o tenencia; ha predominado al paso de la historia y han sido ellos, los conformantes de ese “hogar” quienes han respondido por los intereses de las personas con discapacidad que se encuentran en su seno, superando los temores, las preocupaciones y ansiedades que se generan con la presencia de uno de sus miembros con discapacidad y, por el contrario, desempeña un papel fundamental en el proceso inclusivo, primeramente básico, ya no ocultándolo, ya no con vergüenza o rechazo o, peor, ha superado aquellas posiciones de sociedad del qué dirán, sino desempeña un papel fundamental en el proceso inclusivo de la persona con discapacidad. La familia es la que ha participado y enfrentado de cerca en las situaciones que involucran a la persona con discapacidad, defendiéndolas en infinidad de circunstancias, tal es en el caso *Simón Bacher Vs. Austria*: “los tribunales impidieron que su familia pudiera tomar las medidas necesarias para proteger el camino y permitir su utilización en condiciones de seguridad”.³¹

Este Dictamen del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, se refiere a que vecinos del domicilio de la familia Bacher, donde reside una persona con discapacidad, síndrome de Dawn, con trastorno del espectro autista y ocasionalmente necesita silla de ruedas, con una enfermedad pulmonar crónica y una

³⁰ PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Francisco (2007: 19-24)

³¹ Caso *Simón Bacher Vs. Austria*. Naciones Unidas (2018: Párr. 3.3) referente a un ciudadano austriaco nacido con síndrome de Down, presentaba un trastorno del espectro autista además de una enfermedad pulmonar crónica y una inmunodeficiencia que requerían atención médica periódica. De manera frecuente, necesitaba una silla de ruedas para acudir al hospital. En el año 1983, sus padres compraron una casa cuya entrada solo era accesible a través de un camino empinado y difícil de transitar, en particular cuando llovía. Tanto su casa como las alledañas necesitaban de una senda para poder entrar. Cuando los padres compraron la casa, el alcalde del municipio asumió que tenía el deber legal de construir un acceso de emergencia para su casa y las dos casas vecinas a fin de garantizar la evacuación y el acceso, por ejemplo, en caso de incendio. Sin embargo, desde que ese alcalde dejó su cargo nunca se hizo nada con respecto a los nuevos accesos.

inmunodeficiencia que requiere de atención médica periódica, le impidieron el acceso a su domicilio a él y su familia a través de un techo (plataforma) que facilitará su desplazamiento, que una vez construido las autoridades ordenaron su derrocamiento.

La familia, se trata de la organización nuclear de la sociedad que debe ser protegida por el Estado, como lo habíamos dicho y más, ante un derecho fundamental que es constituir una familia, deberán abstenerse las autoridades administrativas o judiciales de emitir decisiones que impliquen violar esa unidad familiar, sino que se ponga en marcha medidas que faciliten a los padres poder cumplir con sus deberes que ya los asumió al tener en ese espacio familiar a una persona con discapacidad y lo que se requiere es apoyo para el cuidado y garantías judiciales y administrativas que permitan que esa persona ejerza sus derechos sin menoscabo por el simple hecho de tener esa condición.

Las organizaciones familiares, de la experiencia que se ha reconocido a nivel mundial y, como veremos más tarde a nivel nacional, revela que muchas personas con discapacidad en ejercicio del derecho a la autonomía e independencia, ejerce una representación directa en diversos escenarios del actuar social; sin embargo, ciertos vínculos de dependencia con respecto a la familia es absoluto, por lo que se requiere o requerirá que el derecho se flexibilice y se recurra a la equidad, igualdad, fraternidad, confianza, como postulados de naturaleza axiológica que oriente a las autoridades en la adopción de decisiones, encaminadas hacia el bienestar de la familia sustentada en los instrumentos internacionales y nacionales que rigen la discapacidad y se apliquen normas que no perjudiquen la verdadera intención o voluntad de la persona, sin torcer el derecho en beneficio de terceros interesados que llamen a aplicar normas caducas e inaplicables en los actuales momentos como lo son algunas de los Códigos Civiles, que resultan ser demasiado crueles como algunas de las formas de representación y, se apliquen disposiciones en armonía con los preceptos plasmados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que no solamente son paradigmas terminológicos, sino conlleva la ruptura de actitudes y siendo esta, precisamente la más difíciles de vencer; de hecho, en el Dictamen aprobado por el Comité en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 26/2014, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el caso Simon Bacher (representado por la Sra. Viktoria Bacher, su hermana gemela y representante legal), refiere en la denuncia:

*“La autora afirma que el hecho de que el Estado no haya tenido en cuenta la situación del Sr. Bacher y no haya comprendido “el cambio de paradigma generado por el enfoque de derechos humanos de la Convención” (véase CRPD/C/AUT/CO/1, párr. 21) constituye una vulneración de los derechos que le confieren los artículos 3, 9, 14, 19, 25, 26 y 28 de la Convención”.*³²

En los modelos a los que nos hemos referido, se resume la evolución histórica y conceptual de las discapacidades, cada uno de ellos, rompe momentos históricos referentes, no sólo al trato de la condición, sino a esquemas y tendencias marcadas desde uno a otro, destacándose ahora el modelo de derechos humanos³³, que busca la eliminación de la dependencia, y que asuma la conducción de su propia vida en una sociedad accesible y sea considerado como sujeto del ejercicio de sus propios derechos, respaldados por el sistema internacional de derechos humanos.

1.1.2. Evolución histórica de las discapacidades en la República del Ecuador

En la República del Ecuador, los antecedentes históricos de las discapacidades primordialmente datan de principios del siglo pasado, a inicios de las dos primeras décadas, en temas relacionados especialmente con las leyes obreras, de educación y salud.

Respecto de las obreras, éstas abordaban el tema de las jornadas de trabajo para todas las personas y las indemnizaciones pecuniarias al obrero y al jornalero por accidentes de trabajo, describiéndose lo que debe entenderse por accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Encontramos la primera Ley Obrera que fuera sancionada por el Presidente Baquerizo Moreno en 1916 en la cual se establece la duración de la jornada de trabajo para todas las personas. Luego en una segunda ley obrera bajo la presidencia de José Luis Tamayo, en el año de 1921, ya se establecen normas relacionadas con las indemnizaciones pecuniarias al obrero por accidentes de trabajo por enfermedades profesionales; estas normas marcan un inicio lo que constituyó la aplicación de las leyes y decretos que se refieren a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en ejercicio

³² Caso Simón Bacher Vs. Austria. Dictamen aprobado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU (2018: Párr. 3.1)

³³ PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Francisco (2007: 19-24)

profesional, e indemnizaciones en casos de accidentes. Entonces, se dicta la Ley de Prevención de Accidentes de Trabajo en marzo de 1927, donde se establece la obligatoriedad de los empresarios de: “asegurar a sus subalternos condiciones de trabajo que no presenten peligro alguno para su salud o vida”³⁴, de la misma forma instruye a empleadores a capacitar a sus trabajadores para la realización de actividades peligrosas.

En mayo de 1928, previo a la expedición del Código del Trabajo (1938), se crea la Comisión encargada de calificar las enfermedades profesionales y accidentes de trabajo, donde, y como premisa al Código, ya éste contempla algunas disposiciones que atañen directamente a las personas con discapacidad.

En aras de atender las necesidades laborales y velar por los derechos de las personas de posibles accidentes laborales, se emite un Reglamento General del Seguro de Riesgos del Trabajo, en vigencia desde 1965, en él su naturaleza y fines, se encuentran las prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, con la característica que prevalece hasta estos días, que se concederán cualquiera que sea el tiempo de imposiciones, siempre que el trabajador accidentado estuviere registrado en la “Caja del Seguro” como dependiente de la actual empresa patronal, así rezaba textualmente en el reglamento. Se describe así mismo, cuáles eran las enfermedades profesionales, que eran valoradas conforme un cuadro valorativo de disminución de capacidad para el trabajo y fue tomado para la determinación del porcentaje de discapacidad.

Es de destacar que en el país, se recogen postulados establecidos por la Organización Internacional del Trabajo sobre materia laboral para personas con discapacidad, inicialmente propuestas en la Recomendación sobre adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos (R.168); destaco que la denominación de inválido es cuando se refiere: “a toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar en empleo adecuado y de progresar en el mismo estén sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida”³⁵ y refiere también en las definiciones y campo de aplicación de la Recomendación, que se debe “considerar que la finalidad de la readaptación profesional, según se define en la segunda Recomendación, es la de permitir que una persona inválida obtenga y conserve un empleo

³⁴ Código de Trabajo. Asamblea Nacional (2012)

³⁵ MURRAY, Bárbara; HERON, Robert (2003:70).

adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad”,³⁶ coincidiendo ya con las acepciones nacionales y vigentes del empleo de las personas con discapacidad como lo refiere el régimen laboral ecuatoriano que se garantiza la inclusión al trabajo de las personas con discapacidad en empleo protegido tanto en el sector público como privado y que ese empleo se otorgará en condiciones de igualdad de oportunidades, que fomente sus capacidades y potencialidades, asegurando además la inclusión mediante planes y programas hacia el pleno ejercicio de esos derechos laborales.

La Recomendación 99 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), también de importancia en el desarrollo de las relaciones laborales, refiere a la adaptación y readaptación profesionales como “aquella parte del proceso continuo y coordinado de adaptación y readaptación que comprende el suministro de medios especialmente orientación profesional, formación profesional y colocación selectiva – para que los inválidos puedan obtener y conservar un empleo adecuado”³⁷, ello lo describe ésta recomendación en las definiciones y garantiza que las personas con discapacidad (inválidas como lo refiere el documento) que cualquiera sea el origen de la discapacidad o su edad, sean preparados o capacitados para el desempeño de su trabajo y a conservarlo.

En relación al ámbito de la educación, hablamos de los años 40 al 60 del siglo pasado, dentro del período o modelo asistencial o también conocido como tradicional; es decir se dieron esos inicios con sustento en la Constitución de 1945 que otorgaba el acceso a la educación de todos los ciudadanos sin discriminación alguna; pero para llegar a ello, los primeros pasos en los años 40, se relacionaban con la educación del joven con conductas irregulares, confundida esta situación con la educación de personas con discapacidad.

Sin dejar la estructura estatal y gubernativa de aquella época, la atención tenía un enfoque médico asistencial que consistía en cuidar la salud, proveer alimentación, custodia, protección y actividades no muy pedagógicas, inclusive se atendía a diferentes tipos de discapacidad confundiéndolas unas con otras.

Más tarde aparecen instituciones educativas específicas, para las personas sordas y personas ciegas, se publica entonces el 31 de octubre de 1966, la primera Ley de

³⁶ MURRAY, Bárbara; HERON, Robert (2003:70).

³⁷ Recomendación 99. Organización Internacional del Trabajo, Ginebra (1955).

Protección a los Ciego, como norma pionera de la legislación latinoamericana en este tema; con el fin de “conocer las proporciones del mal y planificar la campaña preventiva y de curación de la ceguera, procédase al levantamiento del censo nacional de quienes padezcan de ambliopía”, con el propósito de alcanzar los siguientes objetivos: Establecer las causas de la ceguera y su clasificación por zonas geográficas; y Determinar, con tales datos, los lugares en donde sea necesario crear los establecimientos adecuados, tanto por la educación del menor ciego como para la capacitación profesional del ciego adulto, y la prestación de los servicios preventivos y curativos.³⁸

Podemos observar que se mantiene o persisten las expresiones propias de la época, ahora absolutamente discriminatorias o peyorativas, al decir “conocer las proporciones del mal”, connotaba como algo estrictamente médico, sujeto de evaluación, curación y diría de experimentación y, lo que es más, a mi criterio solamente contemplativo de la persona y jamás pensar en el entorno o análisis de la causa en el entorno.

En esta Ley de Protección a los Ciegos, ya constan varias disposiciones, entre las que se establecen algunas que tienen relación con el trabajo para personas con discapacidad, disponiéndose que en el ministerio de la materia (Previsión Social y Trabajo) se cree una sección especial destinada a la atención de los problemas laborales de los ciegos.

Otorgándole esta misma norma al Ministerio de Educación la facultad de “crear en uno de sus Departamentos una Sección Especial, de Educación para Ciegos”, realizando:

De la preparación de programas y planes de estudios para la educación del niño y del adolescente ciegos y de la educación fundamental para el ciego adulto;

De la organización y mantenimiento de establecimientos especiales, donde se dé a los niños y adolescentes ciegos la educación y capacitación aludidas, así como de la creación de establecimientos ordinarios, en las condiciones necesarias para tales estudios, y de la creación de cursos de alfabetización para ciegos adultos; c) De la

³⁸ Ley de Protección de Ciegos (1966: Art. 1).

*formación, preparación y especialización del personal docente que se encargue de la enseñanza de los ciegos.*³⁹

Con el fin de facilitar al educador la debida preparación para atender casos de estudiantes ciegos, dictándose como materias especiales en los normales, las de enseñanza propia de ciegos, como lectura y escritura Braille, libro hablado y más conocimientos técnicos.

Por otra parte, dentro de este mismo cuerpo legal, se otorgaba al Ministerio de Bienestar Social, en coordinación con los ministerios de Trabajo y de Educación, así como con otros organismos públicos y privados, la organización de un departamento especial de atención a los ciegos, encargándose del estudio y formulación de los planes de acción para la defensa de los derechos del ciego y para la lucha contra la ceguera; de vigilar que en las empresas públicas y privadas se ofrezcan las mismas condiciones de trabajo, tanto a los ciegos debidamente capacitados como a las personas videntes; de crear, mantener y desarrollar los centros de entrenamiento laboral para el aprendizaje y capacitación técnica del ciego; de crear oficinas de ayuda y colocación para trabajadores ciegos en las capitales de provincia; de fomentar la creación de almacenes para la venta de los artículos artesanales elaborados por los ciegos; de crear centros de rehabilitación de ciegos en las regiones donde sean necesarios; de asignar anualmente una ayuda económica a la Federación Nacional de Ciegos del Ecuador, a fin de que pueda cumplir con los objetivos establecidos en sus estatutos; y, de vigilar que se apliquen en favor de los ciegos y los beneficios contemplados en la Ley de Protección del Minusválido, publicada en el Registro Oficial No. 301 de 5 de agosto de 1982.⁴⁰

La década de los 70 está caracterizada por la creación de escuelas de educación especial, siguiendo el mismo enfoque rehabilitador, es decir un proceso que tiende a obtener “la restauración máxima de la persona discapacitada en los aspectos funcionales, físico, psíquico, educacional, social, profesional y ocupacional, con la finalidad de integrarla como miembro productivo de la comunidad, así como proveer medidas de prevención de la discapacidad.”⁴¹

³⁹ Ley de Protección de Ciegos (1966: Art. 7).

⁴⁰ Ley de Protección de Ciegos (1966: Art. 13).

⁴¹ Manual de Habilitación de Establecimientos Proveedores de Servicios de Salud. Ministerio de Salud de Nicaragua, Managua.

Es en esta década en la que, gracias a las favorables condiciones económicas relacionadas con la explotación petrolera, el sector público desarrolla importantes acciones en los campos de la educación, salud y bienestar social, creándose varios servicios, organismos administrativos y reglamentaciones.

Con este enfoque, se crea la Unidad de Educación Especial en el Ministerio de Educación y Cultura, con responsabilidades técnicas y administrativas de la ejecución del Plan de Educación Especial, con su misión de planificar, programar, coordinar, asesorar y evaluar los programas nacionales de este campo educativo, para atender a las personas “excepcionales”, término utilizado en ese momento, los 80’s para referirse a las personas con discapacidad.

Se crean además dentro del sector público importantes acciones en los campos de educación, salud y bienestar social, varios servicios, organismos técnico-administrativos; y, se emiten normativas y reglamentaciones de las que se destacan, por ejemplo, “en 1973 la creación del CONAREP (Consejo Nacional de Rehabilitación Profesional), para el diagnóstico, evaluación, formación ocupacional e inserción laboral de las personas con discapacidad.”⁴². Este Consejo busca además la rehabilitación profesional de las personas con discapacidad, entendiéndose como un proceso continuo y coordinado, tendiente a obtener la restauración máxima de la capacidad laboral y hacer de estas personas, miembros productivos de la sociedad. Organismo que tenía como objetivo fundamental, además de lo señalado, impulsar la rehabilitación profesional de los “inválidos”, integrando y coordinando acciones con instituciones del área, en medicina especializada, educación especial, orientación vocacional, formación profesional y empleo, entre otras, con competencias para definir multas a las empresas o empleadores a la falta de proporcionar información de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y por no adoptar medidas de seguridad e higiene laboral.

El ámbito de la salud como tal, lamentablemente inicia tarde, es en la década de los 70, con la creación del Consejo Nacional de Rehabilitación Profesional, disponiendo los servicios de medicina preventiva, curativa y rehabilitación funcional y de rehabilitación profesional, siempre, como hemos referido, atada la salud de las personas con discapacidad a los aspectos provenientes de lo laboral.

⁴² Agenda Nacional para la Igualdad en Discapacidades 2013 -2017. Consejo Nacional de Discapacidades (2013).

En este proceso de institucionalizar el servicio de medicina física y rehabilitación, en el sistema nacional de salud, se crea en 1980 la División Nacional de Rehabilitación del Ministerio de Salud Pública, ampliando la cobertura en estas especialidades que solamente lo hacía la seguridad social para sus afiliados.

Se expide en esta misma década, como ya lo habíamos mencionado, la Ley de Protección del Minusválido, que “ampara a todos los minusválidos sensoriales, físicos y mentales, sea por enfermedad, accidente, alteración física, mental o adquirida...” con competencias para el Estado para la asistencia médica y psicológica; rehabilitación física y mental; formación y rehabilitación laboral y profesional; entre otras, con medidas para prevenir las minusvalías a través de la educación para la salud física y mental, atención en el embarazo, detección precoz de las posibles enfermedades invalidantes, entre las principales, que lo expresa a través de la conceptualización de rehabilitación como un conjunto de medidas sociales, educativas y laborales que tienen por objeto lograr el más alto nivel posible de capacitación funcional de las personas minusválidas, para que pueda desempeñar o su desempeño sea como el de “las personas normales”, notándose persistentemente en la categorización médica, de otorgarles ese tipo de asistencia, inclusive psicológica, rehabilitación física y mental; educación especial para quienes no puedan concurrir a “establecimientos normales”, inclusive llegando a fijar “requisitos prematrimoniales y preconcepcionales”⁴³ para las personas con discapacidad, aspectos inverosímiles y atentatorios en la actualidad respecto de su derechos humanos a ser libres y tomar sus decisiones relacionadas con la salud sexual y reproductiva o tal vez estaban relacionadas a análisis clínicos o psicológicos o mentales. En todo caso, era el Estado quien adoptaba medidas para prevenir las minusvalías, aspecto que no es malo en términos generales, pero no podía atentar con el derecho a la libertad de tomar decisiones propias y consensuadas de la vida sexual y reproductiva de las personas, e inclusive se entendería que faculta a terceras personas para que actuaran en aquellas con discapacidad y que estuvieren a su cuidado.

Los impulsos a los servicios de rehabilitación, precedida por evaluación, orientación profesional, readaptación laboral, capacitación, colocación de empleos protegidos y la obligación de los entes estatales de proteger y apoyar el empleo, se da en la “Década de los Impedidos 1983-1992”, propuesta por el Programa de Acción Mundial

⁴³ Ley de Protección del Minusválido. Congreso Nacional, Congreso Nacional, Ecuador (1966: Art. 6.

para los Impedidos, alcanzada en el gobierno de León Febres-Cordero Ribadeneyra, que entre otros propósitos, buscaba alternativas de inserción o colocación laboral para las personas con discapacidad. Importante decisión ésta, la del empleo, que hasta antes de estos años, el empleo para las personas con discapacidad era impensable definirlo como se lo hace ahora como política y protección estatal.

Un hecho fundamental a fines de los ochenta, fue la conformación de la CIASDE -Comisión Interinstitucional de Análisis de la Situación de las Discapacidades en el Ecuador-, que en 1989 por iniciativa del Instituto Nacional del Niño y la Familia - INNFA y los Ministerios de Salud, Educación y Bienestar Social, promovió a través de sus delegados un trabajo interdisciplinario e interinstitucional, logrando el diseño del I Plan Nacional de Discapacidades, publicado en 1991 y del proyecto de la Ley 180 sobre Discapacidades, que fuera expedida en agosto de 1992.

Dicha ley permitió la creación del CONADIS, Consejo Nacional de Discapacidades, como entidad autónoma y rectora del tema en el país, con el mandato legal de dictar políticas, coordinar las acciones públicas y privadas, e impulsar investigaciones.

El CONADIS impulsa de manera muy significativa acciones concretas nacionales, fundamentalmente en cuanto a: expedición de políticas; normatividad; definición de las respectivas competencias sectoriales y promoción del cumplimiento progresivo; organización y fortalecimiento de las organizaciones de personas con discapacidad a través de cinco federaciones nacionales (FENEDIF, FENCE, FENASEC, FEPAPDEM); creación de la Red de ONG's; capacitación a personas con discapacidad y a profesionales relacionados con este ámbito; información y sensibilización comunitaria sobre el tema; y, establecimiento de mecanismos de coordinación de las entidades públicas y privadas.

Hasta antes de la década de los años 90, en que se emitieron las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad⁴⁴, todavía las normas formaban parte de leyes que tenían que ver con la protección social, salud y beneficencia. Las personas con discapacidad no eran vistas como personas sujeto de derechos, sino como objetos de caridad, compasión y lástima.⁴⁵

⁴⁴ Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad. Organización de las Naciones Unidas (1993).

⁴⁵ MUJICA Javier; CALLE, Luz Elena (2006: 9).

Ya en los noventa se da inicio al reconocimiento de las personas con discapacidad como sujetos de derechos, paralelamente al enfoque de atención a personas con discapacidad; por ejemplo, de la investigación realizada por la UNESCO, se acuña el término “niño, niña con necesidades educativas especiales”, dándose los primeros pasos para la aplicación del modelo de integración educativa, los estudiantes se incluyen en escuelas “comunes” donde por el contrario de adaptarse el niño o niña con necesidades especiales, es la escuela quien tiene que adaptar los currículos, valores, normas, etc., centrándose más en la atención individualizada de las necesidades de los estudiantes.

Para esa época, la integración de estudiantes a la educación inclusiva constituye un adelanto importante en la lucha del reconocimiento de los derechos que les corresponde, como lo es recibir una educación acorde a sus condiciones y necesidades “ya que no se trata solo de que los estudiantes tradicionalmente excluidos se eduquen en las escuelas regulares, sino que éstas transformen sus culturas, políticas y prácticas educativas para favorecer su plena participación y aprendizaje”.⁴⁶

Persiste el enfoque homogeneizador que excluye a numerosos estudiantes de la educación y del aprendizaje, pues se mantenía todavía un sistema educativo rehabilitador e inclusive asistencialista.

En 1991, por iniciativa del Instituto Nacional del Niño y la Familia (INNFA) y los Ministerios de Salud, Educación y Bienestar Social, a través del trabajo multidisciplinario e interinstitucional de la Comisión Interinstitucional de Análisis de la Situación de las Discapacidades en el Ecuador – CIASDE publica el I Plan Nacional de Discapacidades,⁴⁷ instrumento que fue aprobado por los ministros del Frente Social de entonces.

El 10 de agosto de 1992, se publica la Ley 180 en el Registro Oficial N° 996, normativa que impulsa la atención interinstitucional a las personas con discapacidad con enfoque de derechos, que recogiendo las recomendaciones de los organismos internacionales, lo hace en los siguientes términos, relacionados al ámbito y objetivos: “protege a las personas con discapacidad; establece un sistema de prevención de discapacidades, atención e integración de personas con discapacidad que garantice su

⁴⁶ Módulo I: Educación Inclusiva y Especial. Vicepresidencia de la República del Ecuador (2013). En línea: https://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/07/Modulo_Trabajo_EI.pdf. Fecha de consulta: 21 de mayo de 2020.

⁴⁷ Agenda Nacional para la Igualdad en Discapacidades 2012 – 2017. Consejo Nacional de Discapacidades (2013).

desarrollo y evite que sufran toda clase de discriminación, incluida la de género”⁴⁸; y, los objetivos de esta ley, propone ya el reconocimiento pleno de los derechos que corresponden a las personas con discapacidad; la eliminación de todas las formas de discriminación por razones de discapacidad y sancionar a quienes incurran en esta prohibición; el establecimiento de un sistema de prevención de discapacidades; la creación de mecanismos para la atención e integración social de las personas con discapacidad atendiendo las necesidades particulares de cada sexo; y, garantizar la igualdad de oportunidades para desempeñar un rol equivalente al que ejercen las demás personas y la participación equitativa de hombres y mujeres en las instancias de decisión y dirección.

Esta Ley, también crea el Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS), como entidad autónoma, establecida para el ejercicio de formular las políticas nacionales relacionadas con la discapacidad; la planificación de acciones que permitan el fortalecimiento de los programas de prevención, atención e integración de las personas con discapacidad; la realización de investigaciones y coordinación de acciones entre los sectores público y privados; y, la vigilancia del eficaz cumplimiento de la norma.

Contaba con un Reglamento General en el que se puntualizan las atribuciones, competencias y responsabilidades del Ministerio de Trabajo, por ejemplo los aspectos que organizan la formación ocupacional, la capacitación laboral y el empleo, promoviendo su integración y los aspectos que tienen que ver con el desarrollo integral de la persona con discapacidad; así, se habla sobre la rehabilitación funcional, educación, calificación, importación de bienes, facilidades de movilización y circulación, lo plantea desde la perspectiva de la formación ocupacional y la integración social y laboral.

En el transcurso de ésta década, el CONADIS, impulsó acciones concretas de cobertura nacional, fundamentalmente, en cuanto a la expedición de políticas generales y sectoriales, normatividad sobre regulación de beneficios especiales, definición de competencias ministeriales; promoción y fortalecimiento de las organizaciones de personas con discapacidad a través de cinco federaciones nacionales, referidas anteriormente, ahora las describimos:

FENEDIF (Federación Nacional de Ecuatorianos con Discapacidad Física) entidad sin fines de lucro, agrupa a asociaciones de personas con discapacidad física

⁴⁸ Ley Orgánica de Discapacidades. Asamblea Nacional (2012).

legalmente constituidas, cuya finalidad es fortalecer el trabajo de sus filiales mediante capacitación, intercambio de experiencias, recursos e información.

FENCE (Federación Nacional de Ciegos del Ecuador), organización autónoma que agrupa instituciones y organizaciones de y para ciegos, que coordina, asesora, capacita y defiende derechos; impulsa la inserción laboral e integración social para fortalecer a sus filiales y asociados.

FENASEC (Federación Nacional de Sordos del Ecuador), se trata de una organización que aporta para crear una cultura que reconozca y respete los derechos y deberes de las personas sordas; que propicie respuestas o alternativas necesidades concretas que promuevan el desarrollo integral con espíritu solidario y participativo.

FEPAPDEM (Federación Ecuatoriana Pro Atención a la Persona con Discapacidad Intelectual, Parálisis Cerebral, Autismo y Síndrome de Down), con el objetivo de mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad intelectual, autismo, parálisis cerebral, síndrome de Down y de sus familias.

FENODIS (Federación Nacional de ONG para la Atención de las Discapacidades) organización nacional, sin fines de lucro, que junto con las otras cuatro federaciones nacionales, integran el movimiento asociativo del sector de la discapacidad en el Ecuador.

La creación, estructuración y funcionamiento del Consejo Nacional de Discapacidades - CONADIS, como organismo rector del ámbito de las discapacidades, estableció espacios de coordinación interinstitucional, como la Comisión Técnica y las Comisiones Provinciales de Discapacidades; se fortalecen las organizaciones de personas con discapacidad y se incentiva su involucramiento y participación en los niveles de decisión; se fomenta de manera importante la capacitación a profesionales de los servicios de atención, a organizaciones públicas y privadas y a personas con discapacidad; además se logra el mejoramiento del nivel de conciencia de la sociedad en el tema; entre otros.

Se gestan nuevas concepciones y enfoques sobre la temática de la discapacidad y su abordaje a nivel mundial. Para esta época, ya se había aprobado la Ley sobre Discapacidades y su Reglamento General, instrumentos legales que establece que el Consejo Nacional de Discapacidades - CONADIS elabore el II Plan Nacional de Discapacidades del Ecuador, apoyado en una amplia consulta nacional.

Previo a analizar este II Plan Nacional de Discapacidades, revisemos las áreas que se abordaron en el Plan Nacional del Consejo Nacional de Discapacidades; estas fueron la prevención, atención e integración, ello con la revisión de los problemas prioritarios de cada una de estas áreas.

Los problemas prioritarios en la prevención, se había identificado la insuficiente orientación familiar; el insuficiente control prenatal, perinatal y posnatal, ello acompañado con el insuficiente control del desarrollo del niño, que traía como consecuencias la desnutrición, la mala nutrición y enfermedades crónico degenerativas; problemas como el aumento de deficiencias asociadas con trastornos de salud mental⁴⁹.

Así mismo se abordan temas como el incremento de la incidencia de accidentes de tránsito, domésticos y laborales, como también aquellos provenientes de actos de violencia. Otros relativos a los riesgos de desastres naturales y artificiales o provocados por el ser humano, además de los de contaminación ambiental, que bien hubieran sido posibles ser evitados con programas de educación para la salud, seguridad industrial y con información sobre prevención general a la población.

Entonces los objetivos generales, iban a ser la promoción de una cultura de prevención de discapacidades en la sociedad; el fortalecimiento de componentes de prevención de discapacidades en el sistema nacional de salud, cuanto, en el sistema educativo nacional, con énfasis en la prevención de discapacidades en los “grupos vulnerables”, así definidos en su momento.

Para atender ello, se proponen los proyectos para cada uno de esos problemas, a través de la expedición de una normativa que posibilite la creación de servicios para la atención a grupos de riesgo, participación de las universidades en la organización de centros de atención e investigación de centros de atención e investigación en el campo de la genética.

Identificar por tanto las razones por las que se “heredan” las enfermedades genéticas basándose en el ADN, los genes y los cromosomas. En la actualidad se pueden hacer pruebas a parejas y fetos para determinar si tienen ciertos trastornos heredados, como la fibrosis quística, al igual que otras anomalías cromosómicas y genéticas como el síndrome de Down.

⁴⁹ Plan Nacional de Discapacidades. Consejo Nacional de Discapacidades (1991).

Considera la posibilidad de buscar asesoría genética y diagnóstico prenatal antes de la concepción para prever cualquier posible anomalía. Otros pueden practicarse las pruebas después de la concepción para evaluar el estado del feto. Las personas que están en mayor riesgo de transmitir anomalías genéticas a sus hijos abarcan entre otras: personas con antecedentes familiares de trastornos hereditarios, o aquellas que antes ya hayan tenido hijos con trastornos genéticos; mujeres que estuvieron expuestas a toxinas que pudieran provocar defectos congénitos; mujeres con padecimientos previos o enfermedades que pueden afectar al feto, como la diabetes; parejas que comparten un antepasado común; mujeres con una historia de múltiples abortos naturales; parejas que tienen parientes con defectos congénitos o problemas de desarrollo graves.

“Las pruebas prenatales para detectar problemas genéticos pueden realizarse antes o después de la concepción. La prueba para la espina bífida o el síndrome de Down se realiza después de que el embarazo está establecido. Además de las parejas antes mencionadas, también se recomendaba asesoría y diagnóstico para las madres mayores de 35 años y para aquellas que hayan recibido resultados anormales de pruebas de detección, tales como alfa-fetoproteína (AFP)”⁵⁰.

Otro de los problemas descritos identificados, había sido el insuficiente control prenatal, perinatal y posnatal, para ello entonces, se proponen los proyectos de fortalecimiento y ampliación de los programas materno infantiles del sistema de salud, acompañado con capacitación sobre discapacidad al recurso humano, campañas de difusión masiva sobre importancia del control, salud materno infantil y prevención de deficiencia perinatales, promoción de la lactancia materna, visualización del componente de la discapacidad en las campañas de vacunación y ampliación de cobertura de los programas neurosensoriales.

Un tercer problema identificado en este Plan, fue el deficiente control del desarrollo del niño, con la detección temprana de los niños en riesgo; la organización de servicios de estimulación temprana en los sistemas de salud y educación; la incorporación del tema de “pediatría del desarrollo” en las cátedras de Pediatría y Psicología en la

⁵⁰ Agenda Nacional para la Igualdad en Discapacidades 2013 -2017. Consejo Nacional de Igualdad de Discapacidades (2013).

Academia; la coordinación de los programas de control del desarrollo de las instituciones públicas y privadas con fines de ampliación de cobertura; y, acciones de detección oportuna para prevención de discapacidades de niños y adolescentes de 6 a 16 años.

El cuarto problema, había sido el “aumento de deficiencias a consecuencias de desnutrición, mal nutrición, y enfermedades crónico degenerativas”⁵¹, cuyo proyecto destacado había sido el fortalecimiento de los programas de lactancia materna, estilo saludable de vida, educación nutricional, alimentación complementaria y la incorporación del componente de discapacidad en los programas de desnutrición y mal nutrición y enfermedades crónico degenerativas y desarrollo del sistema nacional de salud, educación y bienestar social.

Una de las acciones a desarrollar en esta identificación de problemas fue el aumento de deficiencias asociados con trastornos de salud mental, para lo cual, se proponen los proyectos de detección y atención temprana de aquellos relacionados con salud mental en niños y adolescentes, por lo que se establece el fortalecimiento, capacitación y ampliación de la red de salud mental y derechos humanos.

Problema que se revisa también es la incidencia de las discapacidades ocasionadas por los accidentes de tránsito, domésticos y laborales, que se afrontan a través de proyectos de prevención y campañas de difusión de las causas.

La falta de seguridad ciudadana, también es otro elemento determinante de las discapacidades, por lo que se integra ese componente en los programas de seguridad ciudadana y prevención de actos de violencia.

La incorporación del conocimiento para manejar el alto riesgo de desastres naturales y artificiales, también fue materia de proyectos que busca ampliar y difundir la normativa sobre el control ambiental y usos de tóxicos y elementos contaminantes, en especial en la agricultura y minería.

Los siguientes problemas se identifican en la insuficiente acción en el programa de educación para la salud y la falta de información sobre prevención de discapacidades en la población ecuatoriana, a lo que se presentan los proyectos de fortalecimiento en estos temas, educación preventiva y difusión sobre la prevención de deficiencias y discapacidades.

⁵¹ Agenda Nacional para la Igualdad en Discapacidades 2013 -2017 (2013)

Respecto de los problemas de atención de discapacidades, se definen los objetivos generales, estos son mejorar la calidad y cobertura de atención a las personas con discapacidad; impulsar la rehabilitación integral; racionalizar los recursos humanos materiales y económicos destinados a la atención de las personas con discapacidad; y, priorizar las acciones de los servicios de atención hacia los grupos menos favorecidos.

De los problemas que hemos venido revisando que se examinaron para el I Plan Nacional de Discapacidades, también encontramos el de integración social de las personas con discapacidad, cuyos objetivos fue el desarrollo de una sociedad incluyente; lograr mayores niveles de autonomía, participación y vida independiente de las personas con discapacidad; y, promover la equiparación de oportunidades de las personas con discapacidad a fin de lograr su integración social.

El proceso para la formulación de dicho plan lo inició el CONADIS con una evaluación participativa y recomendaciones para el próximo, con diferentes actores sociales públicos y privados del ámbito de las discapacidades. En un segundo momento se estructuró una propuesta técnica de dicho instrumento, la misma que fue puesta a consideración de las diferentes instituciones, entidades y organizaciones responsables de la prevención, atención e integración social de las personas con discapacidad, públicas y privadas, incluyéndose las federaciones y asociaciones de personas con discapacidad.

Al final este plan, fue sometido a talleres de consenso que había contado con la activa participación de miembros del Directorio del Consejo Nacional de Discapacidades, miembros de la Comisión Técnica, entre los que se incluyen autoridades y representantes de los Ministerios de Salud, Educación, Bienestar Social, Trabajo, Economía, Instituto Nacional del Niño y la Familia, Federaciones Nacionales de Personas con Discapacidad, Directivos y Técnicos del CONADIS, además de los Coordinadores de las Comisiones Provinciales de Discapacidades de todo el país.

Al Consejo Nacional de Discapacidades – CONADIS, la norma, en concreto, le había facultado la formulación de las políticas nacionales relacionadas con las discapacidades; planificar acciones que permitan el fortalecimiento de los programas de prevención de discapacidades, atención e integración; defender jurídicamente los derechos de las personas con discapacidad; realizar investigaciones y coordinar las acciones con organismos y entidades de los sectores público y privado, que los desarrolla en tres ejes temáticos: prevención, atención e integración.

Ya para el II Plan Nacional de Discapacidades, habían transcurrido aproximadamente catorce años desde la publicación del primero, elaborado por el Consejo Nacional de Discapacidades – CONADIS⁵², apoyado en una amplia consulta nacional, con una evaluación participativa del primero y recogiendo las recomendaciones para ser incluidas en los nuevos estudios y planes, que parten desde los diferentes actores sociales públicos y privados del ámbito de las discapacidades, instrumento que fue aprobado por los Ministros del Frente Social de entonces.

En este Plan se destaca principalmente la existencia de un marco legal, que cuenta con temas específicos para la discapacidad impulsados desde la Constitución de la República del Ecuador (2008); con un marco normativo, con políticas generales y sectoriales, con normativa relacionadas con la accesibilidad, entre otras. Se le otorga al Consejo Nacional de Discapacidades una mejor estructuración y funcionamiento, como organismo rector del ámbito de las discapacidades, gracias a cuya gestión se establecen espacios de coordinación interinstitucional, como la Comisión Técnica y las Comisiones Provinciales de Discapacidades. Se fortalecen las organizaciones de personas con discapacidad y se impulsa su involucramiento y participación en los niveles de decisión; además a través de este instrumento se fomenta la capacitación a profesionales de los servicios de atención, a organizaciones públicas y privadas y a personas con discapacidad; además se logra el mejoramiento del nivel de conciencia y comprensión sobre esta temática en la sociedad.

En este contexto, en el plan están destacadas, por su enfoque integral e intersectorial, la formulación las competencias de los diferentes sectores de acuerdo a sus respectivas funciones y señalamientos de la ley vigente en el país. Se estructura en tres grandes programas: prevención, atención e integración social. En cada uno de los programas se identifican los problemas centrales y prioritarios, los objetivos generales y específicos y los proyectos tendientes a ser resueltos.

Como propuesta de destinatarios, el plan, fue diseñado para una población ecuatoriana que, de acuerdo a la información que se poseía a ese momento, la población con discapacidad, se calculaba en alrededor de un 13.2% de la población total de ecuatorianos (1996), esto es alrededor de 1.600.000 personas con discapacidad, dato que se mantenía hasta que se desarrolló el Censo Nacional de Población y Vivienda (2010),

⁵² Agenda Nacional para la Igualdad en Discapacidades 2013 -2017. Consejo Nacional de Igualdad de Discapacidades (2013).

que arrojó que en país existen 816.156 personas con discapacidad, equivalente al 5.64% resultado de 14'483.499 de población total, que es un dato todavía en discusión por su forma de haber sido entrevistada la persona para ese censo, muchas se autodefinieron con discapacidad, en el sentido de que si esa persona consultada “tenía una discapacidad permanente por más de un año”, en contraposición de la población con discapacidad registrado en el año 2015 en la Encuesta Condición de Vida: 563.515 personas con discapacidad, equivalente al 3.53% de 15'953.442 de población total, datos que contrastan con la población registrada con discapacidad en el Registro Nacional de Personas Naturales con Discapacidad, que a diciembre de 2019 están registradas como tales 485.325, dato con el cual se han trabajado las políticas públicas para esta población con discapacidad y sus familias.

Este segundo plan reedita los objetivos referidos en el inicial plan, que fuera disminuir la incidencia y prevalencia de las deficiencias potencialmente discapacitantes y de las discapacidades a través de uno de sus enfoques a intervenir que era la prevención y, mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad, atenuando factores de riesgo que producen u ocasionan las discapacidades y deficiencias potencialmente discapacitantes, además de promover la rehabilitación integral, también la equiparación de oportunidades y el cumplimiento de los derechos⁵³.

Así como mencionamos los contenidos del I Plan, relatemos rápidamente sus problemas evidenciados:

Alta incidencia y prevalencia de discapacidades, evidenciado por un alto porcentaje de personas con discapacidad, a lo que se suma la falta de cumplimiento de las políticas generales y sectoriales sobre discapacidad, ello inclusive por la falta de presupuesto, por ejemplo, en el año de 1992, el monto apenas llegaba a alrededor de noventa mil dólares⁵⁴. En el año 2001, alrededor de 700.000 dólares. Para el año 2015, la inversión económica del Estado para el ámbito de discapacidades ha sido creciente principalmente desde el año 2007, llegando a más de 184 millones de dólares anuales, es decir 212 veces más que la mayor inversión anterior al año 2007⁵⁵. Se evidencia también para esta fase, el incumplimiento de la Ley sobre Discapacidades (Ley 180) y su

⁵³ Agenda Nacional para la Igualdad en Discapacidades 2013 -2017. Consejo Nacional de Igualdad de Discapacidades (2013).

⁵⁴ La Década de las Discapacidades 2007-2017. Consejo Nacional de Igualdad de Discapacidades (2017).

⁵⁵ La Década de las Discapacidades 2007-2017. (2017)

Reglamento General, por lo que se presenta la necesidad de rectificar o reformar algunos aspectos, en especial relacionados a requerir sanciones cuando las personas sufrían de discriminación por su condición de discapacidad o amenaza en el ejercicio de sus derechos y beneficios consagrados⁵⁶. Lo establecía a través de los jueces de lo civil para que se establezcan medidas preventivas y cautelares, que busquen el cese inmediato de las acciones discriminatorias y evitar, por obvias razones la continuación de la violación de los derechos consagrados; inclusive, le facultaba al juez de lo civil imponer en sentencia, multas de hasta cinco mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Para ese momento la ley tampoco había resuelto el problema de cobertura de atención en los programas y servicios, lo hacía en su mayoría solamente en las grandes ciudades o capitales de provincia, dejando de lado las áreas marginales y rurales; además se privilegiaba la atención a las personas con discapacidad física y con “deficiencias mentales”, consecuentemente los demás tipos de discapacidad, como las sensoriales, estaban al margen.

No se diga de los factores de accesibilidad, incipiente o inexistente, los servicios básicos no abarcaban la demanda, atendidas tangencialmente, con programas que no tenía incorporado los factores de atención de las discapacidades.

Así mismo, a pesar de que las personas con discapacidad y sus familias han sabido por si solas solventar sus necesidades, como lo habíamos mencionado, no estaban mayormente organizadas y su participación era incipiente y las federaciones y asociaciones, no tenía suficiente representación para impulsar los necesarios cambios en favor de sus integrantes que permanecían relegados de la atención del Estado. Ello lleva a la “adopción de medidas encaminadas a impedir que se produzca un deterioro físico, intelectual, siquiátrico y/ o sensorial” y a “impedir que ese deterioro ya existente cause una discapacidad o limitación funcional permanente.”⁵⁷

Ya se considera entonces que a través de medidas se reduzcan los efectos limitantes que pueden producir la discapacidad, para habilitar al individuo de la manera más óptima con el propósito de lograr su máxima autonomía personal, a fin de que la persona con discapacidad esté preparada para interactuar con más facilidad⁵⁸.

⁵⁶ Ley Orgánica de Discapacidades (2012)

⁵⁷ Agenda Nacional para la Igualdad de Discapacidades 2017-2021. Consejo Nacional de Igualdad de Discapacidades (2017).

⁵⁸ Agenda Nacional para la Igualdad de Discapacidades 2017-2021 (2017)

Con la atención como la adopción de todas las medidas de salud, educación, bienestar social y formación ocupacional, éstas estaban orientadas a reducir los efectos limitantes que puede producir la discapacidad, destinadas para habilitar al individuo de la manera más óptima con el propósito de lograr su máxima autonomía personal, a fin de que la persona con discapacidad esté preparada para interactuar con más facilidad en su entorno físico y social. Como se puede notar, desde los inicios del análisis de las discapacidades y sus problemáticas ya se identifica que esas personas carecen de individualidad para actuar. Los propósitos todos están encaminados desde siempre a lograr la autonomía.

Se aborda también la integración social a fin de eliminar obstáculos limitantes o excluyentes para garantizar la participación y accesibilidad de las personas con discapacidad a los recursos y servicios comunitarios, que les permita desarrollarse inclusive socioeconómicamente.

Así como lo refiere la Agenda, la mayor preocupación, es la discriminación y la falta de oportunidades en igualdad de condiciones, que no siendo un grupo “minoritario”, como así se lo ha catalogado y tratado a lo largo de la historia, se trata de personas que han hecho un inmenso esfuerzo para superar esas barreras de las que tantas veces hemos hablado y seguiremos hablando, que no sólo son físicas, sino aquellas que más daño ocasionan, las sociales y actitudinales, las que realmente incapacitan. Sumado a ello, la falta de aplicación de los derechos de las personas con discapacidad, por ello es que se aborda insistentemente la necesidad del desarrollo social inclusivo, atendiendo el ambiente en el que desarrollan las actividades las personas con discapacidad y su interacción de su condición, lamentablemente con las limitaciones que tiene su entorno.

Se destacan las situaciones aceleradas que provocan la discapacidad, como es el deterioro del estado de salud, que llevan a condiciones de dependencia; por ello fue necesario a través de programas y proyectos, en el sector público dirigir sus competencias hacia la satisfacción de necesidades más acuciantes que favorezcan el desarrollo personal y de oportunidades de vida inclusiva en la comunidad.

Es de destacar también en el ámbito educativo que se prepara para ser inclusiva y de oportunidades; como también el desarrollo de empleo y relaciones satisfactorias y enriquecedoras para la persona.

1.2. Conceptualización vigente de las personas con discapacidad

Las personas con discapacidad, para realizar sus actividades, han tenido dificultad o les resulta complicado hacerlas por las limitaciones propias de su condición o las condiciones de su entorno.

Es necesario que la conceptualización contenga o proporcione y abarque formas de entender la relación que tienen las personas con discapacidad con los elementos que influyen para que pueda desempeñarse, al menos, con una mínima independencia y que esa restricción o falta de capacidad, por el contrario, se torne en una oportunidad, como se explicará en las siguientes líneas.

De hecho, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el literal e. del Preámbulo, “reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y el entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”⁵⁹. Entonces, significa que no es estable, sino que puede cambiar su apreciación de una sociedad a otra y que no se considere a la persona como una condición médica, sino más bien como el resultado de la interacción entre actitudes negativas o de un entorno que no es propicio y no se ajusta a la condición de las personas en particular.

Busca desaparecer las barreras debido a la actitud y al entorno, consecuentemente no debe considerarse a la persona como un problema, que usualmente esa es la percepción, sino que debe ser considerada como miembro activo de la sociedad y en ella participar y ejercer los mismos derechos que las demás personas.

En todo caso, si la discapacidad es un concepto evolutivo, y que tiene su origen en las barreras que imponen las actitudes y el medio en el que se desenvuelve, no deberá por tanto considerarse como un problema, sino concluirse que el problema es la falta de organización de la sociedad y me refiero a organización, cuando no se definen políticas públicas que se mantienen con el devenir del tiempo, considerando las muchas maneras

⁵⁹ Los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - Preguntas y respuestas. Organización de las Naciones Unidas

de interactuar donde se garantice el pleno disfrute de sus derechos en condiciones de igualdad, respetándose su dignidad que le corresponde como ser humano.

Esta definición que la Convención comprende que la discapacidad no se reduce a la persona y sus limitaciones o deficiencias funcionales, establece un proceso de contacto e interacción de la persona en su entorno. De allí podemos colegir que, para el ejercicio de su desenvolvimiento, se necesita la participación de la sociedad, aportando con todas las adaptaciones, sean estas físicas, legales, etc., que esa falta de adecuaciones necesarias, son los factores que verdaderamente permiten u ocasionan la discapacidad.

Ello, contrasta severamente con lo que describe la conceptualización, presentada por el Ministerio de Salud del Ecuador, que puntualiza desde el enfoque médico, como: “Una deficiencia permanente de los distintos órganos, aparatos o sistemas que hace que una persona presente dificultad para realizar las actividades de la vida diaria como, por ejemplo: vestirse, comer, evitar riesgos, aseo e higiene personal, oír, ver, entre otras”⁶⁰.

Nótese, la hace ver a la persona con discapacidad actuante pasiva, es decir, que sí puede actuar en actividades; pero, el interrogante es si se hizo lo suficiente para que esas personas que tienen un rol como lo describe, tuvo la atención necesaria y oportuna, y no me refiero a aspectos de rehabilitación que permitan actuar en “normalidad”, sino que haya sido considerado como ser humano a quien se le otorgue condiciones de igualdad de oportunidades y sin discriminación.

De la misma forma, la Organización Mundial de la Salud define la discapacidad como “un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive”⁶¹. Desde la expresión “fenómeno”, ya denota exclusión, pero al margen de ello, en algo refleja el notable sentido que le da la Convención a las discapacidades. Se refiere a la interacción del ser humano frente a las actividades en la sociedad, incluyendo a entorno que evita su participación plena, dificultando su acceso y convivencia lo que la misma convención denomina “barreras”⁶²

⁶⁰ Personas con discapacidad. Ministerio de Salud pública En línea: <https://www.salud.gob.ec/direccion-nacional-de-discapacidades/>. Fecha de consulta: 06 de noviembre de 2018

⁶¹ Tipos de Discapacidad que Existen y Clasificación. En línea: <https://disiswork.com/blog/tipos-de-discapacidad/> Fecha de consulta: 06 de noviembre de 2018

⁶² Convención de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad. Organización de las Naciones Unidas (2006: Preámbulo e.)

El Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades, también da un concepto, indica que:

“Se entenderá por persona con discapacidad a aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que la hubiera originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, en una proporción equivalente al cuarenta por ciento de discapacidad, debidamente calificada por la autoridad sanitaria nacional”⁶³.

Como vemos, esta clasificación, también la describe la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es coincidente en esta descripción cuando se refiere a las deficiencias⁶⁴ y que por esa causa, sean éstas de orden físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, dificulten la realización de las actividades “esenciales” de la vida diaria, pero excluye la expresión de la Convención “incluyen”⁶⁵, limitando entonces su vigencia, ámbito y protección a otras personas, que la norma nacional de discapacidades las ubica como aquellas personas en condición discapacitante.

El Reglamento al que nos hemos referido, le hace un agregado, y este es el relacionado a otorgarle un porcentaje para ser considerado o calificado como persona con discapacidad⁶⁶, significando que es a partir de ese porcentaje que al ser calificada la persona con discapacidad, se le otorga el 30%, será desde allí que es beneficiaria de todos los derechos dispuestos en la Ley Orgánica de Discapacidad y en su Reglamento. Sobre este porcentaje teníamos una excepción establecida en el artículo 8 del Reglamento,

⁶³Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades. Dirección Nacional Jurídica de la Presidencia de la República, Quito, Registro Oficial Suplemento 145, (2017: Art. 1).

⁶⁴ Convención de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad. Organización de las Naciones Unidas (2006, Preámbulo e.)

⁶⁵ Convención de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad. Organización de las Naciones Unidas (2006: Art. 1) “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.”

⁶⁶ Reglamento a la Ley de Discapacidades (2017: Art. 3) “La determinación de la deficiencia o condición discapacitante la realizarán los médicos especialistas del sistema nacional de salud, acreditados expresamente por la autoridad sanitaria nacional. En el certificado que se emita reconociendo tal situación, se hará constar obligatoriamente la fecha de caducidad del mismo, identificando la deficiencia o condición discapacitante y su porcentaje...”

únicamente para el tema de la inclusión laboral, será considerado el porcentaje a partir del 30%⁶⁷.

Luego, en 2017, mediante Decreto Ejecutivo 194 dispone reconocer y calificar a cualquier persona que presente más de 40% de discapacidad y solo allí podrá acceder a los beneficios de ley⁶⁸. Llama la atención que se disponga tal modificación, pero porqué desde el 40% el decreto ejecutivo, y no desde el 30% como menciona el Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades. Los reglamentos como cuerpo normativo, los emite el Poder Ejecutivo, es decir desde la Presidencia de la República. En la Ley sobre las Discapacidades, en vigencia hasta el 24 de septiembre de 2012, contemplaba que las personas con discapacidad son aquellas que tienen su deficiencia desde el 30% y con amparo absoluto a los derechos establecidos. No existe una respuesta clara o convincente o peor un estudio real que haya determinado la necesidad de aumentar el porcentaje a 40%; de ser así, llegaríamos a la conclusión de que fue arbitraria esa decisión, siendo desplazados de sus derechos que los tenían. Ventajosamente esta situación jurídica relativa a la inclusión de las personas a partir del 30% de discapacidad, fue confirmada gracias a una Resolución de la Corte Constitucional del 7 de junio del 2017, Sentencia Nro. 017-17-SIN-CC, Caso Nro. 0071-15-IN⁶⁹.

Por su lado, la CIF Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud, define como “Un término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una condición de salud) y sus factores contextuales (factores ambientales y personales)”⁷⁰ entonces se produce esa relación entre la condición de salud y las funciones y estructuras corporales hacia la realización de actividades y su participación, igualmente frente a factores ambientales cuanto personales.

Hemos referido que las personas con discapacidad, por su condición, está sujeta a enfrentar dificultades; dificultades a desarrollar sus tareas cotidianas o corrientes y que su origen puede ser de distinta índole como puede ser congénitas o adquiridas y ello ocasiona a que se manifiesten complicaciones para estudiar, trabajar, desplazarse, etc.;

⁶⁷ Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades (2017: Art. 8).

⁶⁸ Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades (2017: Art. 6).

⁶⁹ Sentencia No. 017-17-SIN-CC. Corte Constitucional del Ecuador, Quito (2017).

⁷⁰ Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud: CIF. Organización Mundial de la Salud, Ginebra (2001).

más todavía que en los últimos años, a pesar de que todavía se evidencia en ciertos ámbitos y con marcada tendencia, se está dejando de lado poco a poco la perspectiva paternalista y asistencialista de la discapacidad, entonces obligada está la sociedad a mirar a la persona como independiente, reconociéndole sus habilidades, recursos y potencialidades.

La “Guía para conseguir una prevención de riesgos laborales inclusiva en las organizaciones” (2010), de la Consejería de Empleo, Mujer e Inmigración, de la Comunidad de Madrid, expresa que los conceptos de discapacidad se toman desde diferentes perspectivas y enfoques en cada país, estipulando claramente lo que dice la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: “Ello es debido no sólo a las diferentes culturas, sino también a los diferentes niveles de compromiso de entidades, ciudadanos y gobiernos para crear entornos accesibles y para garantizar la inserción socio-laboral de este colectivo, entre otras razones” y toma los términos como déficit, limitaciones, restricciones, condición de salud, factores ambientales y personales, que son coincidentes con lo que hemos hablado.

La conceptualización, entonces, está construida en torno a los derechos humanos de las personas, al pasar del enfoque de enfermedad al de derechos, entendiendo a la persona con discapacidad como sujeto de derechos y obligaciones con igualdad de oportunidades y digno de ser parte de la sociedad, de ser tomado en cuenta en la creación de políticas sociales y legislativas que busquen impedir la discriminación que limita su accionar y ejercicio de sus derechos, como cualquiera otra persona sin discapacidad, obviamente con las limitaciones que el entorno, el ambiente le ofrece superar.

Estas restricciones o deficiencias, solamente se deberán tomar en cuenta considerando respecto de las actividades en la forma y dentro del margen que se consideran normales, en función de cómo afectan la vida de la persona y ello claro está, no deberá ocasionar marginación o aislamiento, sino deberá ser una oportunidad para que los responsables emitan su accionar a través de políticas públicas que visibilicen al ser humano, que por tener esas deficiencias, se transforme en un factor de desventaja.

1.3. Modelos de calificación de las personas con discapacidad

Según Padilla, “la discapacidad es una situación heterogénea que envuelve la interacción de una persona en sus dimensiones físicas o psíquica y los componentes de la sociedad en la que se desarrolla y vive”⁷¹.

Al decir heterogénea, podríamos hablar de situación compleja; alrededor de las discapacidades se presentan un sinnúmero de dificultades, no solamente en la función del cuerpo, sino en el desenvolvimiento de acciones o trabajos, llegando hasta la limitación absoluta en actividades de la vida cotidianas; adicional, también se presentan otros elementos como son el medio en el que se desarrolla la persona y la cultura, ésta última que se encuentra relacionada con la ignorancia o desconocimiento, creencias o suposiciones, a veces muy acentuadas de lo que significa la condición de discapacidad.

Los problemas de las personas, relacionados con su condición, no sólo permanente, sino también pasajera, como lo menciona la ley Orgánica de Discapacidades (2012), como condición discapacitante, también deben ser considerada para evitar su deterioro a través de la prevención, tal como lo establece la misma norma citada en cuyo objeto establece la prevención, detección oportuna, rehabilitación y habilitación.

Cuando hablamos del medio, nos referimos al entorno, que influencia si es urbano o rural, por ejemplo. La atención en las áreas o zonas urbanas puede ser más efectivo que en los alrededores de las urbes y ello trae consecuencias graves por la falta de atención adecuada, lo que por obvias razones choca con los postulados constitucionales y legales, relativos al ejercicio de los derechos, sin discriminación y con las mismas oportunidades.

Las discapacidades, para su calificación se produce desde una clasificación con sustento en la salud, relacionándolas desde lo físico o corporal, la condición del individuo como ser individualizado y único y, su función o conformante de una sociedad o, de situación poblacional en la que se desenvuelve. Deben considerarse estos tres elementos; no es lo mismo que una persona en situación social y económica que le permita sostener de mejor manera su discapacidad, sea ésta permanente o pasajera, que otra en condiciones de exclusión.

Además, el porcentaje de personas con discapacidad se está acrecentando, ya no solamente evidenciamos el apareamiento de discapacidades por causas usualmente

⁷¹ PADILLA, Andrea (2010: 381 - 414).

conocidas: accidentes laborales o domésticos, de tránsito, congénitos, violencia, etc. sino como producto de otros factores como conflictos armados, lesiones por minas personales, VIH-sida, desastres naturales, enfermedades raras, huérfanas, catastróficas, que en muchos casos ha ocasionado el desbordamiento en los servicios de salud limitándose su atención, e inclusive los presupuestos destinados para abordar estas situaciones se ha tornado insuficiente; debiendo por tanto establecerse estrategias para atender esas necesidades insatisfechas. La edad también es otro elemento considerar, conforme la persona avanza en su rango de edad, su realidad es más difícil, no tiene acceso a los espacios laborales o de educación y es sujeto de discriminación, inclusive desde su propio entorno familiar, pasando al aislamiento y abuso de su derecho, especialmente del de propiedad, por ejemplo.

La condición de discapacidad, no debe tomarse como algo aislado; pues, no sucede a una minoría de personas, sino que es consecuencia de falta de atención, de oportunidades y desinterés de afrontar con seriedad y políticas claras conducentes a prevenir nuevos aparecimientos de los diferentes tipos de discapacidad.

“Cada persona con alguna discapacidad es diferente a la otra según el grado de gravedad de su caso, ya sea que tengan el mismo tipo de discapacidad o que tengan una discapacidad distinta son diferentes las necesidades que puedan tener y diferente el nivel de cuidado y atención que se le brinde. Los tipos de discapacidad y sus grados son variados y complejos, son como la personalidad de un individuo, con rasgos conocidos y otros ocultos o por descubrir, algunos de estos requieren una atención personalizada”⁷².

En la Ley Orgánica de Discapacidades (2012) se encuentra la denominación de persona con discapacidad, considerando “a toda aquellas que, como consecuencia de una o más deficiencias...”, refiere a la física, entre la mental, intelectual o sensorial, con “independencia de la causa que la hubiere originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades...”; por su parte la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el Propósito (Art. 1) refiere que las personas con discapacidad son aquellas que tengan

⁷² Tipos de Discapacidad que Existen y Clasificación, Disiswork (2017) En línea: <https://disiswork.com/blog/tipos-de-discapacidad/> Fecha de consulta: 6 de noviembre de 2018

deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales⁷³. De la misma forma, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de la personas con discapacidad y de su inclusión social, en el Capítulo II, relacionado al Ámbito de aplicación, en el artículo 4, Titulares de los derechos, establece que “Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.⁷⁴

Es coincidente de las citas normativas expuestas, que están aparejadas a las disposiciones de la Convención de la ONU sobre discapacidades, que existen cuatro tipos de discapacidad y una de ellas, me refiero a las sensoriales, describe a la discapacidad visual y auditiva. En el caso del Ecuador, se refiere también a la discapacidad de lenguaje.

El origen o causas de las discapacidades, son causas congénitas: Genéticas que incluyen alteraciones monogénicas (hereditario); Cromosómicas por ejemplo, Síndrome Down, Prader Willi, Apert, Angelman; errores innatos del metabolismo, por ejemplo, el hipotirodismo, hiperplasia suprarrenal, etc.; Síndromes neurocutáneos como por ejemplo la neurofibromatosis, esclerosis tuberosa; infecciones de la madre durante la gestación, uso de drogas y medicamentos. Causas perinatales, son las ocurridas antes del parto, durante y en los primeros siete días de nacimiento de la criatura, ello produce en especial o con generalidad la asfixia neonatal. Causas adquiridas, son las que se presentarían desde el nacimiento y en cualquier momento por causa de enfermedades, accidentes, envejecimiento, etc.

A continuación, revisemos los modelos y tipos de discapacidad y su forma de calificación.

1.3.1. Discapacidad Física

La discapacidad física, conocida también como discapacidad física motora o motriz se origina por una anomalía en la estructura del aparato locomotor y se manifiesta

⁷³ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo. Asamblea General de las Naciones Unidas (2006: Art. 1).

⁷⁴ Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Ministerio de Sanidad. Servicios Sociales e Igualdad. Madrid, Real Decreto Legislativo 1/2013, (2013: 6.2.)

principalmente en las extremidades, sean estas superiores o inferiores y que le impide “permanente e irreversiblemente moverse con la plena funcionalidad de su sistema motriz”⁷⁵. Se identifica también a las discapacidades físicas orgánicas, que tienen su origen en la cabeza y en la columna vertebral además de aquellas que tiene origen en los órganos y vísceras que afecta el “aparato respiratorio, cardiovascular, digestivo y urinario, además de los sistemas metabólico e inmunológico”⁷⁶.

Se manifiesta también en la movilidad de la musculatura que se revela en el funcionamiento de las extremidades.

Puede ser producida por amputaciones, alteraciones osteoarticulares, alteraciones neuromusculares, distonías musculares, espina bífida, osteogénesis imperfecta (mejor conocida como niños de cristal), parálisis cerebral, secuelas de poliomielitis, traumatismos craneoencefálicos, lesiones de la médula espinal (shock y sección medular), entre otros; así como también a alteraciones significativas de los diferentes aparatos y sistemas internos (cardiovascular, respiratorio, génito-urinario), etc. Por tanto, la discapacidad física puede ser muy evidente o puede ser imperceptible a primera vista⁷⁷.

Está determinada la deficiencia de acuerdo a las partes de cuerpo que se encuentra afectada y son conocidas o denominadas:

Monoplejía, es la parálisis que afecta a un solo miembro o extremidad, a un músculo o grupo de músculos, consiste en la debilidad motora de uno de estos miembros o extremidad y si la insuficiencia no es completa se denomina monoparesia.

Esta afectación generalmente es producto de un accidente cardiovascular, no obstante puede provenir de enfermedades que afectan la columna vertebral o los hemisferios cerebrales, el derecho y el izquierdo que controlan los movimientos contrarios, es decir el izquierdo lo hace con el lado derecho del cuerpo y viceversa, que cuando se afecta el lado izquierdo, por ejemplo, produciría pérdida de destrezas motoras

⁷⁵ La discapacidad física: ¿qué es y qué tipos hay? Observatorio Discapacidad Física (2016). En línea: <http://www.observatoridiscapacitat.org/es/la-discapacidad-fisica-que-es-y-que-tipos-hay>. Fecha de consulta: 17 de septiembre de 2018

⁷⁶ La discapacidad física: ¿qué es y qué tipos hay? Observatorio Discapacidad Física (2016). En línea: <http://www.observatoridiscapacitat.org/es/la-discapacidad-fisica-que-es-y-que-tipos-hay>. Fecha de consulta: 17 de septiembre de 2018

⁷⁷ Guía para Atención de Personas con Discapacidad en la Salud Rural. Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades, Quito (2016).

del lado derecho del cuerpo, acompañada de pérdida de habla; pues, este lado, me refiero al izquierdo, controla el lenguaje, la escritura y los pensamientos lógicos.

Diplejía, parálisis que afecta a partes simétricas del cuerpo, llamada también parálisis bilateral (p. ej. de extremidades inferiores). Puede ser flácida o espástica, según si la lesión radica en la neurona central o de la asta anterior de la médula⁷⁸. De esta afectación la espástica es la que más se caracteriza porque es una enfermedad infantil que produce parálisis de las extremidades superiores e inferiores de mayor o menor consideración. Conocida como ‘parálisis cerebral infantil’, se manifiesta generalmente luego de cumplido un año de nacimiento, revelándose anomalías en la actividad psicomotora reduciendo la movilidad de las piernas y menoscabando la precisión manual al estar afectada la motricidad fina de las extremidades superiores, en este caso⁷⁹.

La dificultad mayor de este tipo de condiciones corporales, se encuentra en la dificultad de caminar que se deteriora luego del doce y catorce años, con una postura peculiar, inclinando su cuerpo hacia adelante “las piernas se cruzan de modo que entrechocan las rodillas que además están en flexión y giradas hacia el interior; los pies se apoyan sobre todo en la parte anterior provocando una postura en puntillas”⁸⁰. Este problema dificulta mantener el equilibrio, especialmente por la postura que adoptan las extremidades inferiores y su marcha se produce dando pequeños saltos, que se modifica conforme avanza la edad pareciendo al caminar de una persona que lo hace agachada, limitando por tanto su autonomía.

Esta realidad de las personas con parálisis cerebral, es muy compleja su atención, ocasiona el egreso de costos, lo que en nuestro medio se complejiza más por esa falta de economía familiar, ocasiona así mismo problemas emocionales por la falta de aceptación del medio en el que se desenvuelve la persona y más, cuando la sociedad no tiene la suficiente provisión de servicios y puedan desarrollar mejor su condición, que sin la debida y oportuna rehabilitación y atención, la calidad de vida es muy limitada, afectándose más la capacidad física sin que por tanto se desarrollen sus potencialidades.

⁷⁸ Enfermedades y tratamiento. Clínica Universidad de Navarra (2018) En línea: <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/diplejia> Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2018

⁷⁹ MAS, María José (2014) En línea: <https://neuropediatra.org/2014/11/12/diplejia-en-la-paralisis-cerebral-infantil/>. Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2018.

⁸⁰ MAS, María José (2014)

De igual manera, en las actividades fuera de su medio familiar, se ve perjudicado por la falta de comprensión, generalmente de sus iguales; entonces, su participación se ve disminuida con implicaciones de falta de autoestima por lo que se hace necesario que se intervenga para “mejorar las funciones corporales y habilidades funcionales, sino en optimizar la participación social”⁸¹.

Otra de las dificultades que presenta esta condición, es la relacionada con la educación, que por la propia característica se encuentra en la comunicación; se hace necesario entonces que se readapte el diseño curricular académico y se permita, ya en los centros de educación, adaptaciones arquitectónicas además del uso de ayudas técnicas que compensen y ocasionen una mínima condición de igualdad entre sus iguales.

En familia, hemos dicho que se torna una preocupación seria y es en este escenario, que deberá iniciarse con la adaptación al medio desde el hogar y los que lo componen, entendiendo, luego de asimilar la situación, aprender juntos los mecanismos de ayuda y autoayuda.

Paraplejia, se manifiesta en la debilidad motora que afecta a ambas extremidades inferiores, es producto de lesiones medulares o por enfermedades que componen el sistema nervioso o por origen congénito. Se trata de una afectación permanente con pérdida de sensibilidad y movimiento de las piernas, por lo que la movilidad es imposible, salvo con el apoyo de ayudas técnicas, ello por tanto disminuye ostensiblemente el tipo de vida y no solamente porque se ve imposibilitada o disminuida su movilidad, sino porque las condiciones de su entorno, generalmente físicas arquitectónicas, en particular, contribuye para evitar o limitar su normal desenvolvimiento.⁸²

También es causada esta condición por causa de tumores o por polineuropatía⁸³ que significa enfermedad o daño en los nervios que suministran la sensibilidad o causan el movimiento

De origen congénito, generalmente por lo que se conoce como espalda bífida, producida también por daños en la médula espinal y en los nervios del feto, donde no se desarrolla de forma normal la columna vertebral. Se identifican diferentes tipos de espina

⁸¹ FERNÁNDEZ, Gema (2016: 564-638).

⁸² CASTRO, Daniela (2018) Mejor con salud. En línea: <https://mejorconsalud.com/paraplejia-todo-lo-que-debes-saber/> Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2018

⁸³ Polineuropatía Sensitivo motora. Medline Plus. En línea: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/000750.htm>. Fecha de consulta: 01 de octubre de 2018

bífida: la oculta, que no suele manifestarse síntomas o discapacidad, pues la malformación está cubierta por una capa de piel que la recubre. Otra, cuando en la columna aparecen malformaciones del tejido adiposo y óseo, conocida como Defecto del Tubo Neural Cerrado⁸⁴. El meningocele, con presencia de una capa de piel que las rodea, relacionada en forma similar a la última de defecto de tubo neuronal cerrado. La Mielomeningocele, que la médula espinal se encuentra expuesta, siendo del tipo más grave de la espina bífida que se manifiesta frecuentemente con parálisis⁸⁵.

Es de considerar también que dentro de nuestro estudio relacionado con la paraplejía, encontramos que existen ciertas enfermedades que pueden terminar ocasionando la paraplejía, estas son la mielitis transversa, la esclerosis múltiple la esclerosis lateral amiotrófica o cualquiera otra enfermedad de la neurona motora⁸⁶.

Se ha dicho siempre que la gravedad o las limitaciones que tienen las personas con paraplejía, es debido a la gravedad de ésta y dónde se encuentra la lesión, se ubica en el área dorsal, lumbar o sacra, de la misma forma, entonces, son las limitaciones y el tipo de calidad de vida.

Cuadruplejía o también conocida como tetraplejía, causada por lesiones a nivel cervical que ocasionan parálisis o debilidad en los dos brazos y piernas, generalmente acompañada por “pérdida de la sensación física, problemas respiratorios, disfunción intestinal, de la vejiga y sexual”⁸⁷. Estas lesiones pueden ser procedentes de diferentes circunstancias como accidentes laborales o de tránsito, lesiones al practicar deportes, caídas graves o importantes con fractura del cuello, balazos u otros factores que causan la inmovilidad motora; pero, estas circunstancias físicas también pueden ser procedentes de enfermedades del sistema nervioso, como la esclerosis múltiple, enfermedad que afecta al cerebro y a la médula espinal, que lesiona la vaina de la mielina, cuya función es proteger las células nerviosas, es una cubierta protectora que rodea las neuronas y que cuando ésta cubierta se daña, los impulsos nerviosos disminuyen o se detienen⁸⁸.

⁸⁴ RAMOS ROJAS, Nelton, (2018) en línea: <https://mejorconsalud.com/espina-bifida-que-es/> Fecha de consulta: 01 de octubre de 2018

⁸⁵ RAMOS ROJAS, Nelton, (2018) En línea: <https://mejorconsalud.com/espina-bifida-que-es/>. Fecha de consulta: 1 de octubre de 2018.

⁸⁶ RAMOS ROJAS, Nelton, (2018)

⁸⁷ Guía de Recursos para la Parálisis. Christopher & Dana Reeve Foundation (2018) En línea: <https://www.christopherreeve.org/es/international/top-paralysis-topics-in-spanish/spinal-cord-injury-types>. Fecha de consulta: 06 de octubre de 2018

⁸⁸ Esclerosis múltiple. Medline Plus. En línea: <https://medlineplus.gov/spanish/multiplesclerosis.html> Fecha de consulta: 09 de octubre de 2018

Las personas que tienen esta condición de discapacidad, no solamente están limitados físicamente, es decir reducida permanentemente su movilidad, sino que están afectados por el aislamiento social que se nutre también por la ausencia o falta de apoyo afectivo, en muchas ocasiones por el aumento de la dependencia procedente de otras personas, que en muchos de los casos no están preparadas para determinar esta condición, sino es con el tiempo lo que logran ser parte de la nueva forma de vida de la persona afectada.

*“Deben él y su familia recuperar cada uno el rol familiar y social. Los problemas psicológicos, muchas veces transitorios, suelen surgir al comenzar el ajuste a la nueva realidad personal y progresivamente disminuyen y desaparecen conforme se acepta la nueva situación”.*⁸⁹

Ataxia se manifiesta por la falta de control muscular o en la coordinación de movimientos voluntarios, estaría afectando varios movimientos y dificultades para hablar, mover los ojos y tragar, por ejemplo. Producida por daños en la parte del cerebro que controla la coordinación muscular, ocasionada por parálisis cerebral, accidentes cerebrovasculares, tumores, esclerosis múltiple entre otras afectaciones.

En fin, este tipo de discapacidad, es decir la física, es la más numerosa, alcanzando el 46% de aquellas registradas en el Registro Único Nacional de Personas con Discapacidad⁹⁰.

1.3.2. Discapacidad Mental (Psicosocial)

La atención de la salud mental, desgraciadamente, ha sido uno de los asuntos dentro de lo público, más descuidados. Las discapacidades mentales y psicosociales, representan un gran número a considerarse a nivel mundial; “se estima que una persona de cada cuatro experimentará un trastorno mental en el curso de su vida”⁹¹ y que “al

⁸⁹ RODRÍGUEZ, Luis; FORNER, José; FORNER, Isabel (2011: 94).

⁹⁰ Estadísticas de Discapacidad. Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades. En línea: <https://www.consejodiscapacidades.gob.ec/estadisticas-de-discapacidad/> Fecha de consulta: 12 de julio de 2018

⁹¹ Personas con Discapacidad. Organización de las Naciones Unidas. En línea: <https://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=1553> Fecha de consulta: 10 de noviembre de 2018

incremento global de los problemas crónicos de salud asociados a la discapacidad, como diabetes, las enfermedades cardiovasculares y los trastornos mentales”⁹² se encuentra creciendo, más debido al envejecimiento y el riesgo de que las personas ancianas, les ocurra alguna discapacidad.

Conforme lo refiere el Informe Mundial de Discapacidades, que de un estudio en diez países, se ha llegado a determinar que no comprende las discapacidades de las personas con deficiencia intelectual y que los problemas de salud mental se encuentran muy estigmatizados y son objetos de discriminación, incluso en los ámbitos de atención de salud.

Son aquellos que tienen mayores desventajas en muchas esferas; desventajas en especial e inclusive con otros tipos de discapacidades, como las físicas o sensoriales. Estas situaciones de encontrarse más apartados de la atención, inclusive se confirma en los sectores rurales que se profundiza por esa falta de comprensión que hemos referido, asociada además esta condición con problemas de salud y de salubridad, que torna por tanto un panorama más complejo, inclusive por las dificultades del habla y comunicación, de movilidad, carencia de medios, dispersión geográfica, etc.

En este tipo de discapacidad, se afectan las funciones mentales (Funciones del cerebro y del sistema nervioso central) “...incluyen tanto las funciones mentales globales (la conciencias, la energía y el impulso), como las funciones mentales específicas (memoria, lenguaje y cálculo)”⁹³. Veamos algunas:

“Las funciones de la conciencia están relacionadas con el estado de alerta, como la claridad de sus ideas y la continuidad y la calidad de la conciencia; puede también hablarse de la pérdida de conciencia, estados vegetativos, de transe, de alteración de conciencia, entre otras. En estos estados hablamos asimismo de funciones del sueño o de la orientación”⁹⁴.

⁹² Resumen de Informe Mundial la Discapacidad. Organización Mundial de la Salud (2011).

⁹³ Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud: CIF. Organización Mundial de la Salud (2001).

⁹⁴ Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud: CIF (2001).

Las funciones de la energía, están relacionadas con las funciones mentales que producen vigor y fuerza y que se relacionan también con la motivación, el apetito, y el ansia, por ejemplo.

Las funciones del impulso, se refiere al nervioso, que son mensajes electroquímicos que transmiten los nervios; se encuentra su origen en el sistema nervioso central o en los órganos de los sentidos.

Podemos referirnos también a las funciones mentales específicas como son la de la atención, de la memoria y de las psicomotoras. La de la atención permite centrarse sobre los estímulos externos y experiencia interna, manteniendo la atención, los cambios de atención, concentración, etc. La de la memoria, es afín al almacenamiento de la información y de recordar cuando sea necesario; memoria a corto y largo plazo. Las funciones psicomotoras como el control de los actos motores y psicológicos que incluye la excitación, agitación, adopción de postura; negativismo.

Es importante mencionar sobre las funciones, aquellas relacionadas con la percepción que están conectadas con el reconocimiento y la interpretación de los estímulos sensoriales, como la percepción auditiva, visual, olfativa, gustativa, táctil.

De igual forma, las funciones del pensamiento, relacionada con el componente de ideación de la mente que incluye las funciones relacionadas con el ritmo, forma y control del pensamiento.

Dentro de las discapacidades mentales, conformantes de aquellos grupos de trastornos mentales y del comportamiento, tenemos sus características:

- Interferir en la capacidad de llevar una vida autónoma (descuido en su aseo personal, vestimenta, se encuentra afectada su capacidad de juicio crítico sobre sí mismo y los demás, etc.)⁹⁵.
- Afectación en la actividad laboral: déficit en la concentración, en la continuidad y ritmo en la ejecución de las tareas; dificultad en adaptarse a circunstancias estresantes, en la toma de decisiones, en planificar y finalizar a tiempo sus trabajos, en la interacción con sus jefes y compañeros, etc.⁹⁶.

⁹⁵ Guía para Atención de Personas con Discapacidad en la Salud Rural. Consejo Nacional de Igualdad de Discapacidades. (2016).

⁹⁶ Guía para Atención de Personas con Discapacidad en la Salud Rural. (2016)

1.3.3. Discapacidad Intelectual

Para Gómez “la discapacidad intelectual se caracteriza por limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual y en la conducta adaptativa, expresada en las habilidades adaptativas conceptuales, sociales y prácticas”⁹⁷. Este concepto describe lo que se conocía como retraso mental. La discapacidad intelectual, requiere de apoyos y necesidades de apoyo, que se traducen en recursos y estrategias que se implementan con el fin de promover su desarrollo en la educación, los intereses y su bienestar personal con el objetivo de mejorar su funcionamiento individual.

Apoyos como formas organizacionales se refieren a la política, la emisión y vigencia de las normas, los diseños universales, entre otros; los que se cumplirán a través de incentivos, estos como apoyos cognitivos, instrumentos psicométricos, el entorno físico, las habilidades del conocimiento y su capacidad inherente.

Para la correcta evaluación, se han agrupado este tipo de discapacidad en rasgos relativos a las áreas como el desempeño de la psicomotricidad y lenguaje; las habilidades de su autonomía personas y desempeño en sociedad; su proceso educativo; el proceso ante las actividades laborales y, su conducta que se desenvuelven en los grados de retraso (trastorno) mental, que están definidos a través de criterios de diagnóstico “que comienza durante el período de desarrollo y que incluyen limitaciones del funcionamiento intelectual como también del comportamiento adaptativo en los dominios conceptual, social y práctico”⁹⁸.

Para el diagnóstico: deficiencias de las funciones intelectuales, las que se expresan a través del razonamiento, la atención a los problemas, el poder planificar, el juicio ante la presentación de asuntos que merezcan su resolución; el aprendizaje a través del estudio y como resultado de la experiencia. Se evalúa a través de pruebas de inteligencia individualizadas y clínicamente. Deficiencias del comportamiento adaptativo que se refieren al funcionamiento de una o más de las actividades de la vida diaria a desarrollarse en la escuela, el hogar, el trabajo, la comunidad; en fin, su participación ante la sociedad; ello, no es posible sin un apoyo continuo, produciéndose un fracaso del desarrollo de la

⁹⁷ GÓMEZ, Laura (2007: 8).

⁹⁸ Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM-5. American Psychiatric Association (2014: 17).

autonomía y de la responsabilidad social. El tercer criterio para el diagnóstico, está relacionado con el inicio de las deficiencias intelectuales durante su desarrollo.

Finalmente, estos criterios de diagnóstico, terminan definiéndose por su gravedad: leve, moderada, grave y profunda, que no sólo depende del diagnóstico, sino del apoyo y colaboración de la familia para que se determine su forma de actuar y en muchos casos el nivel de deficiencia:

“Por apoyo social y familiar entendemos el resultado de la interacción entre personas en función de la ayuda percibida en los aspectos emocionales, informativos, funcionales y materiales. En términos generales, la percepción de un bajo apoyo social aumenta conforme avanza la edad”⁹⁹.

Pero, no solo el apoyo familiar es importante en este tipo de discapacidades, más que otras, es la participación del Estado, quien deberá fomentar el empleo en los conformantes de ese núcleo familiar donde reside la persona con discapacidad intelectual o con deficiencia mental, ello logrará superar esos índices de pobreza, en algunos casos bien marcada su exclusión. Además, la educación y la salud como espacios importantes a ser cubiertos por la persona con discapacidad y su familia.

España, por ejemplo, ha implementado líneas estratégicas relacionadas con la salud mental, que son prácticas, objetivas y de muy posible aplicación, enmarcadas en la “Promoción de la salud mental de la población, prevención de la enfermedad mental y erradicación del estigma asociado a las personas con trastorno mental”, sin que se requiere de mayores complejidades para la atención de las personas con discapacidad intelectual, se requiere primero trazar las líneas estratégicas a abordar, luego evaluar la salud mental en el contexto nacional y territorial, previo su formulación e identificación; la prevención también es de suma importancia en este proceso, identificar las causas y trabajar con ellas.

Trabajar en lo cultural, sobre las costumbres y la discriminación, actualizando inclusive las normas que permitan ser más intolerantes en las formas de estigmatización y la existencia de barreras que impiden su forma de vida, por más limitada que pueda ser.

⁹⁹ Política Social e Igualdad, Estrategia en Salud Mental del Sistema Nacional de Salud 2009-2013. Ministerio de Sanidad; Política Social e Igualdad, Madrid (2011).

En fin, la participación de todos, involucrados en la atención de la salud mental, encaminados nuestros objetivos a superar la marginación y el abandono de este grupo importante de seres humanos contemplados en la salud mental.

1.3.4. Discapacidad sensorial

Relacionada con pérdida de la visión o de la audición o puede también de ambas funciones, desarrollo a continuación.

1.3.4.1. Discapacidad visual

Las personas se presentan con grandes limitaciones en su visión, son la ceguera y la baja visión, esto es que las personas no ven absolutamente nada o con corrección, es decir con el uso de lentes, tiene graves dificultades para ver; se trata de una condición que ni siquiera con tratamientos para su mejoría o a través de intervenciones quirúrgicas, persiste su imposibilidad de ver.

En esta categoría de tipo de discapacidad, se encuentran las personas con ceguera y se agrupan en cuatro grupos de personas:

- Aquellas que no ven absolutamente nada.
- Las que tienen una percepción de luz, es decir la distinguen y que tampoco en la oscuridad, distinguen objetos algunos.
- Tenemos también a aquellas personas que distinguen objetos, siempre y cuando se encuentren frente a la persona; de estar por los lados, encima o debajo de la persona, no los detectan.
- Aquellas que al mirar un objeto, ven en él un punto ciego y lo observan en el centro de la imagen.

Tenemos a las personas con deficiencia visual o baja visión; aquellas que a pesar de usar correctivos, (lentes usuales o de contacto) tienen dificultad para ver, inclusive objetos a corta distancia.

Tienen dificultad para desplazarse y, ese es el mayor problema que enfrentan estas personas; enfrentan la falta de accesibilidad al medio físico y a la comunicación por la poca cobertura de producción en material Braille; dificultad en el entorno, debido a los

obstáculos y sin señalética apropiada se convierte en un peligro para su integridad física, en especial.

Requieren de apoyo, de capacitación y de uso de herramientas para su desplazamiento. A pesar de ello se cuenta con ayudas técnicas como el bastón blanco o de rastreo. La comunicación es otro elemento que no se ha desarrollado significativamente, existen sistemas lectores de pantalla en la computación, pero no es suficiente sino está debidamente capacitado o entrenado para su uso. Ello permite que pueda desempeñar actividades académicas, por ejemplo; o en actividades laborales con esas ayudas técnicas y la debida formación y preparación, podría actuar debidamente, obvio con las dificultades que esta condición permite.

1.3.4.2. Discapacidad auditiva

Cuando la persona tiene dificultad de usar el sentido del oído, puede presentar la complicación en forma parcial o total. En el caso de la primera, se denomina hipoacusia y en la segunda sordera. También en este tipo de discapacidad, la dificultad mayor es la comunicación por sus problemas para escuchar.

Se presentan dos tipos de sordera, la prelocutiva y postlocutiva. La prelocutiva que adquirió la sordera antes de haber aprendido a hablar (antes de los tres años), generalmente su forma de comunicación en este caso es superada por la lengua de señas. En la sordera postlocutiva, es que la persona supo hablar y desarrolló el lenguaje, es decir ya hablaba y se produce la sordera posterior a ello por diferentes factores.

Está determinada por diferentes niveles de pérdida auditiva, que va desde la hipoacusia leve hasta la hipoacusia profunda, medida por cuántos sonidos pueden identificar, en decibelios (dB).

No menos compleja que las otras condiciones de discapacidad, su complejidad se manifiesta en los problemas de comunicación y acceso a los servicios, inclusive en su vida cotidiana, produciendo aislamiento, sensación de soledad y frustración por la falta de comprensión, primero por la condición de discapacidad; y, segundo por su interlocutor que no comprende las necesidades de la persona sorda.

Las personas sordas, no se consideran como personas con discapacidad per se, se consideran como personas de una minoría lingüística, ello debido a su forma de

comunicación que es a través de la lengua de señas, que al fin se convierte o determina como su lengua natural.

1.3.4.3. Discapacidad de lenguaje

Se trata de la deficiencia en la comunicación verbal, causado por alteraciones en el lenguaje que dificulta en más o en menos la comunicación lingüística, esta dificultad suele estar acompañada de discapacidades intelectuales o de la personalidad, que ocasiona primero su falta de comprensión en los aspectos fonológicos, sintácticos o semánticos, lo que dificulta la comunicación y aprendizaje en lo escolar y por demás en las relaciones sociales o familiares.

Las causas pueden ser:

- *“Trastornos del desarrollo del lenguaje: Vinculados a una sordera presente desde el nacimiento (un niño que nunca escuchó, seguramente no hablará).*
- *Secuelas neurológicas o psiquiátricas (Ej. por lesión cerebral, trauma cráneo encefálico, psicosis, esquizofrenias, entre otros).*
- *Alteraciones morfológicas de los órganos articulatorios u órganos periféricos del habla: (Ej. afectación de cuerdas vocales, lengua, faringe, laringe, paladar hendido, secuelas del uso de traqueostomías, etc.)”¹⁰⁰.*

1.4. Criterios técnicos para la valoración de las discapacidades y su forma de calificación

La Ley Orgánica de Discapacidades (2012), establece que la encargada de la calificación de discapacidades, es la autoridad sanitaria nacional a través del Sistema Nacional de Salud, en otras palabras, es el Ministerio de Salud como autoridad central, la responsable de esa calificación y también la responsable de la capacitación continua de los equipos calificadores especializados en los diversos tipos de discapacidades. La calificación determinará el tipo, nivel o porcentajes de la discapacidad que se valore¹⁰¹.

¹⁰⁰ Guía para Atención de Personas con Discapacidad en la Salud Rural. Consejo Nacional de Igualdad de Discapacidades (2016).

¹⁰¹ Ley Orgánica de Discapacidades. Asamblea Nacional. (2012: Arts. 8 y 9).

El proceso de calificación, lo determina el Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades que refiere así mismo que el proceso de calificación le corresponde a la autoridad sanitaria nacional, quien emitirá un certificado o documento (carné) que acredite tanto el tipo y porcentaje de discapacidad, cuanto, de ser necesario y así lo requiera el interesado o la persona que lo represente, la acreditación de condición discapacitante¹⁰².

Es necesario mencionar que el carné de discapacidades al que nos referimos, es un documento que tiene caducidad, establecida la fecha hasta el 31 de diciembre de 2019, que su origen tiene en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Discapacidades, que contempla el plazo máximo de un año desde publicada la Ley, el Ministerio de Salud, expedirá la norma técnica para la calificación de las personas con discapacidad y que hasta tanto seguirá utilizándose los mismos instrumentos con los que han venido calificando¹⁰³, esto es la CIF (Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud) y el texto de la Valoración de las Situaciones de Minusvalía, que establecen normas para la evaluación de las consecuencias de la enfermedad, de acuerdo con el modelo propuesto por la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de la O.M.S., conteniendo la pautas generales que han de ser aplicadas en la evaluación y las normas para la calificación de deficiencias y discapacidades de cada uno de los aparatos o sistemas, definiéndose en porcentajes de discapacidad¹⁰⁴.

Adicional a ello, en el 2018, se emite al Acuerdo Ministerial Nro. 0245/2018 que dispone la forma o el procedimiento para ser abordado por lo profesionales calificadores que calificarán, recalificarán y refrendarán como personas con discapacidad o con condición discapacitante.

A continuación, veamos cómo se produce la calificación de discapacidades en el siguiente acápite.

¹⁰² Reglamento de la Ley Orgánica de Discapacidades. Dirección Nacional Jurídica de la Presidencia de la República del Ecuador. (2017: Art. 3).

¹⁰³ Reglamento de la Ley Orgánica de Discapacidades. Dirección Nacional Jurídica de la Presidencia de la República del Ecuador. (2017: Art. 3).

¹⁰⁴ Valoración de las Situaciones de Minusvalía. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, Madrid (2000).

1.5. Equipos técnicos de calificación de discapacidades

Los equipos técnicos calificadores tienen el objetivo general de calificar, recalificar y acreditar la situación de discapacidad determinando la deficiencia permanente que limite la realización de actividades de la vida diaria y/o limite su participación, frente a las barreras de su entorno.

Lo harán obligatoriamente en todos los centros de salud de la red pública destinados en ellos, es decir, se destinarán personal especializado y técnico para dicha atención y lo harán frente a cómo se presenta si se debe a una o más deficiencias o secuelas, equivalentes a pérdida permanente e irreversible de una “estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica. La secuela supone un trastorno orgánico, que produce una limitación funcional y que se manifiesta objetivamente en la vida diaria. La discapacidad, puede ser congénita o adquirida, de características permanentes e irreversibles, pero pudiese ser progresiva y degenerativo.”¹⁰⁵

Estos equipos técnicos se basarán para cumplir su función, en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud - CIF, como así lo hemos venido analizando, cuyo instrumento no ‘clasifica’ personas, sino aquellos se dirigen hacia los rasgos de su condición de salud y funcionamiento, dejando ver no sólo su condición de discapacidad, sino sus capacidades y competencias o habilidades. Dejando de considerar por tanto a “la discapacidad como la expresión de un determinado estado de salud.”¹⁰⁶

De hecho, en el Reglamento de la Ley Orgánica de Discapacidades (2017), en su artículo 1, establece que la persona con discapacidad “es aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que la hubiera originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, (...)” De la misma forma este cuerpo normativo expresa que la “persona con deficiencia o condición discapacitante es aquella que presente disminución o supresión temporal de alguna de sus capacidades físicas, sensoriales o intelectuales, (...)” Consecuentemente la determinación de la deficiencia o condición discapacitante será de responsabilidad de los médicos especialistas acreditados por el Sistema Nacional de

¹⁰⁵ Agenda Nacional para la Igualdad de Discapacidades 2017-2021. Consejo Nacional de Igualdad de Discapacidades (2017)

¹⁰⁶ Agenda Nacional para la Igualdad de Discapacidades 2017-2021 (2017).

Salud, siendo ellos los que acrediten la calificación de discapacidad o la certificación de la deficiencia o condición discapacitante, según sea la necesidad y, en ese documento, se hará constar la fecha de vigencia del mismo, la identificación del tipo de discapacidad; para ello entonces, es decir, para que así ocurra, se expide el Reglamento para la Calificación, Recalificación y Acreditación de Personas con Discapacidad o con Deficiencia o Condición Discapacitante¹⁰⁷, cuyo objeto dispuesto en el Art. 1, es “proporcionar a los profesionales calificadores del Sistema Nacional de Salud, los lineamientos generales a ser aplicados para calificar, recalificar y acreditar la discapacidad o las deficiencias o condiciones discapacitantes de las personas.”

Este equipo calificador estará conformado por un/a médico/a general familiar, un/a psicólogo/a clínico/a y un trabajador/a social, designado por la Autoridad Sanitaria Nacional, cuyas funciones se encuentran perfectamente delineadas, de las cuales resaltamos las siguientes:

“Evaluar y determinar la deficiencia o deficiencias que originen la discapacidad de la persona, el tipo y porcentaje en base a los resultados de la evaluación médica, psicológica y social.

Requerir evaluaciones médicas complementarias cuando, además de la discapacidad, la persona tenga una enfermedad, para lo cual solicitará la certificación de médicos especialistas, de acuerdo a la etiología de la deficiencia y discapacidad en estudio.

Realizar la calificación de factores sociales y complementarios solo si el porcentaje global de la calificación es igual o mayor al 25%, obtenido luego de la evaluación médica o psicológica.”

Respecto de este último punto, con la calificación, de llegar al 25% que arroje la evaluación médica o psicológica, se procederá a revisar la condición social y/o económica de la persona; ello es acertado que se haya legislado en ese sentido, debido que evaluar la condición de discapacidad y calificar a una persona que se encuentra en buenas condiciones sociales y económicas, no es lo mismo que evaluar a una persona en condiciones de pobreza y marginación, el acceso a los diferentes bienes y servicios, no

¹⁰⁷ Reglamento para la Calificación, Recalificación y Acreditación de Personas con Discapacidad o con Deficiencia o Condición Discapacitante. Ministerio de Salud Pública. Acuerdo Ministerial Nro. 0245-2018. Quito (2018: Art. 1).

solamente de orden privado, sino público, para este grupo de personas, no ha sido de lo más considerable, por ello es que en el proceso de implementación del sistema de calificación se considera la necesidad de atender en términos biopsicosocial que:

“constituye una opción para impulsar el enfoque holístico de la atención integral a las personas con discapacidad. En este contexto, el modelo trasciende al enfoque biomédico y aborda a la persona en forma integral, desde el reconocimiento de los derechos humanos, la autonomía, la integración, las capacidades y los apoyos, enfatizando en la interacción de la persona con discapacidad y el ambiente donde vive, considerando las determinantes sociales que influyen y condicionan la discapacidad.”¹⁰⁸

Este modelo le permite a la persona con discapacidad, ser actor principal, considerado fundamentalmente en consideración a su situación personal, familiar, comunitaria y social.

El equipo calificador, además, deberá ingresar lo evaluado en la persona en el Registro Nacional de Discapacidades, que acompañará a la información lo anexos de respaldo con los que se fundamentó su calificación y emitir el documento en el que constará el nombre, la firma de responsabilidad, el número de código y sello del profesional que lo emite¹⁰⁹.

Del resultado de la calificación, se constatará las necesidades de la persona, por tanto, de ser necesario, prescribirá y gestionará la entrega de ayudas técnicas. Dará también orientación no solo a la persona con discapacidad, sino a sus responsables respecto de los cuidados que deberá producirse.

De importancia también para el personal profesional calificador, es proporcionar información sobre el estudio y análisis de casos clínicos que incidan en nuevas calificaciones y de referencia para otros profesionales calificadores.

Por último y de relevancia en la calificación, deberán establecer seguimientos sobre la condición de salud del evaluado con discapacidad, ello con el fin de verificar los

¹⁰⁸ Implementación del Modelo Biopsicosocial para la Atención de Personas con Discapacidad a Nivel Nacional. Organización Panamericana de la Salud; Organización Mundial de la Salud, El Salvador (2011)

¹⁰⁹ Reglamento para la Calificación, Recalificación y Acreditación de Personas con Discapacidad o con Deficiencia o Condición Discapacitante. Ministerio de Salud Pública. Acuerdo Ministerial Nro. 0245, Quito (2018: Art. 5).

progresos o desmejora de la condición, que llevará inclusive a reevaluar lo actuado, nuevas prescripciones o cambio de ayudas técnicas, de así requerir la persona atendida.

La Ley Orgánica de Discapacidades (2012), así como su Reglamento (2017), determinan la existencia de condiciones discapacitantes; esta situación de la persona también deberá ser atendida por el equipo calificador, cuando así lo solicite y será tendido de la misma forma como que si se tratase de calificación de discapacidad; en este caso el médico especialista evaluará al paciente mediante el examen clínico y pruebas complementaria que amerite y dependiendo del diagnóstico se entregará el certificado de deficiencia o condición discapacitante¹¹⁰.

Los grados de discapacidad que impondrá el equipo calificador, los establecerán de acuerdo al instrumento de “Valoración de la Situación de Minusvalía”, clasificados de la siguiente forma:

Tabla 1.

Tipos de discapacidad y su porcentaje

Tipo de discapacidad	Porcentaje de discapacidad
Discapacidad nula	(0%)
Discapacidad leve	(1 % a 24%)
Discapacidad moderada	(25 % a 49 %)
Discapacidad grave	(50 % a 74 %)
Discapacidad muy grave	(75 % o más)

Fuente: Reglamento para la Calificación, Recalificación y Acreditación de Personas con Discapacidad o con Deficiencia o Condición Discapacitante.

Respecto de esta clasificación, es necesario aclarar que tiene porcentajes distintos a los establecidos por la CIF, como veremos a continuación en el acápite siguiente y que responden a la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Discapacidades, que disponía que en el plazo máximo de un año de publicada la ley, la Autoridad Sanitaria Nacional expedirá la norma técnica para la calificación de las personas con discapacidad;

¹¹⁰ Reglamento para la Calificación, Recalificación y Acreditación de Personas con Discapacidad o con Deficiencia o Condición Discapacitante. (2018: Art. 8-9).

entonces éste es el resultado del estudio y expedición a julio de 2018, a casi seis años de ese mandato que indicaba que “*Dentro del plazo de un (1) año de publicada la presente Ley, (...)*” y que una vez concluido ese plazo, se otorgaría un (1) año adicional para evaluar a las personas con discapacidad, que deberán someterse nuevamente al proceso para la determinación del nivel de discapacidad conforme al nuevo Sistema de Calificación. Consecuentemente, estos porcentajes de valoración son los que están en ejecución en el País. Es necesario mencionar que la demora se debió, por un lado, a los continuos cambios de autoridades del Ministerio de Salud que ha impedido un trabajo sostenido para la construcción de este nuevo sistema de valoración; por otro, por la falta de preparación de los profesionales técnicos que harían estudios previos a la referida construcción de este nuevo sistema y más tarde, la demora en la capacitación a los profesionales, ahora calificadores de discapacidades.

1.6. Reflexiones del futurible modelo de calificación de la discapacidad

Las discapacidades en el Ecuador se clasifican de acuerdo a los instrumentos diseñados para el estudio en dos grandes grupos: discapacidad intelectual y otras discapacidades, agrupadas en: físico-motrices, auditivas, mentales, orgánicas y viscerales y mixtas o múltiples¹¹¹.

Recordemos lo que menciona la Ley Orgánica de Discapacidades “considera persona con discapacidad a toda aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales...”¹¹², como podemos observar, le establece a cuatro tipos de discapacidades, como así lo señala también la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 1: “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo...”¹¹³.

Dentro de los grupos humanos a los que nos hemos referido, están aquellas personas con discapacidad intelectual, quienes se encuentran en grado leve o ligero, moderado, severo (grave) y profundo (muy grave).

¹¹¹ Misión Solidaria Manuela Espejo. Vicepresidencia de la República del Ecuador, Quito (2012).

¹¹² Ley Orgánica de Discapacidades. Asamblea Nacional (2012: Art. 6).

¹¹³ Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas (2006: Art. 1).

En cambio, aquellas con discapacidades físico-motrices, tenemos a quienes padecen de parálisis de una extremidad superior o inferior; hemiplejía, paraplejía, paraparesia, tetraplejía o tetraparesia; amputación de miembros superiores o inferiores, entre otras.

Debemos también revisar los relativos a: “Trastornos en la coordinación de movimientos y del tono muscular; trastornos graves del sistema nervioso central como las distrofias musculares. Las alteraciones del sistema osteomioarticular o ausencias de miembros u otra región anatómica, deformidades graves de la columna vertebral”.¹¹⁴

Las de orden sensorial, que encontramos a la discapacidad auditiva: sordera e hipoacusia; y, las discapacidades visuales: ceguera total y débiles visuales (baja visión).

Las discapacidades mentales, como la psicosis crónica (esquizofrenia, parafrenias trastornos bipolares). Las demencias, refiriéndose a cualquier tipo de Alzheimer y a demencias vasculares y mixtas.

Considerado también como discapacidad, a los problemas de comunicación, como el autismo.

Hay que observar la importancia de las discapacidades mixtas y múltiples, es cuando las personas están afectadas por dos o más discapacidades, sean estas graves o muy graves.

En este sentido se ha referido una clasificación abreviada de los tipos de discapacidades que son analizadas y dispuestas en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) instrumento cuyo propósito es “brindar un lenguaje unificado y estandarizado, y un marco conceptual para la descripción de la salud y los estados relacionados con la salud”¹¹⁵. Define los componentes de la salud y algunos relacionados con la “salud del bienestar” como los de educación, trabajo, etc. y estos dominios dentro de la perspectiva corporal, individual y mediante dos listados básicos: funciones y estructuras corporales y, actividades-participación.

La CIF clasifica distintos dominios que se refieren a su estado de salud y funcionamiento, como las funciones corporales, actividades y participación, a ello se

¹¹⁴ COBAS, Marcia (2011: 34-43).

¹¹⁵ Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud: CIF. Organización Mundial de la Salud (2001)

suman los factores ambientales, lo que le permite al calificador “elaborar un perfil de gran utilidad sobre el funcionamiento, la discapacidad y la salud del individuo.”, que lo hace recogiendo información relacionada con la salud como por ejemplo abordar el “diagnóstico, el funcionamiento y la discapacidad” ello es lo que recoge la CIF y más tarde se edita o aparece la CIF-10 (Décima revisión) que proporciona el “diagnóstico de enfermedades, trastornos u otras condiciones de salud”, estos dos documentos se revisan para determinar el diagnóstico con el funcionamiento, decidiéndose entonces el tipo de discapacidad que tiene la persona, clasificándose los componentes de salud a los que se suman los factores de riesgo, lo que determina el contexto en el que vive o desarrolla la persona.

Es importante aclarar que el objetivo de la CIF, no solo permite la calificación de los diferentes tipos de discapacidad a través de la “comprensión y el estudio de la salud y los estados relacionados con ella”¹¹⁶, como así ha sido utilizado en el Ecuador, sino que tiene un propósito múltiple, útil en varias disciplinas y diferentes sectores

Es de destacar también la importancia del uso de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM) de 1980, que surge de trabajos iniciados en 1972 a partir de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE), debido a que ésta resultaba insuficiente para explicar y clasificar las consecuencias de la enfermedad sobre el desarrollo global de la persona.

Por otro lado también la Organización Mundial de la Salud (OMS), en 1980, delimitó el significado y tipos de: deficiencia, discapacidad y minusvalía, a partir de la necesidad de considerar no solo la enfermedad sino las consecuencias de ésta en todos los aspectos de la vida de la persona, ampliando la concepción inicial basada exclusivamente en el modelo médico, que se puede resumir en la secuencia: etiología, patología, manifestación, a una secuencia que abarque las consecuencias de la enfermedad y que se puede resumir: enfermedad, deficiencia, discapacidad, minusvalía.

Indicamos también que la CIF agrupa sistemáticamente los distintos dominios de una persona en un determinado estado de salud (Ejem. lo que una persona con un trastorno o una enfermedad hace o puede hacer). El concepto de funcionamiento se puede considerar como un término global, que hace referencia a todas las funciones corporales,

¹¹⁶ Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud: CIF. Organización Mundial de la Salud (2001).

Actividades y participación; de manera similar, discapacidad engloba las deficiencias, limitaciones en la actividad, o restricciones en la participación.

La CIF, no solamente es un clasificador de la OMS que puede ser aplicado a varios aspectos de salud, sino que proporciona un marco conceptual para codificar un amplio rango de información relacionada con la salud (Ejem. el diagnóstico, el funcionamiento y la discapacidad, los motivos para contactar con los servicios de salud). Constituye una valiosa herramienta para describir y comparar la salud de la población dentro de un contexto internacional; pasando de ser un clasificador de consecuencias de enfermedades a una clasificación de componentes de salud.

Los estados de salud, como las enfermedades, trastornos, lesiones, etc. están clasificadas principalmente en la CIE-10 (Clasificación Internacional de Enfermedades, Décima Revisión); por lo tanto, la CIE-10 proporciona un “diagnóstico” de enfermedades, trastornos u otras condiciones de salud y esta información se ve enriquecida por la que brinda la CIF sobre el funcionamiento, que hace referencia a todas las funciones corporales, actividades y participación.

Entre otros propósitos, esta Clasificación (CIF) proporciona una base científica para la comprensión y el estudio de la salud y los estados relacionados con ella, los resultados y los determinantes; mantiene en un concepto amplio de la salud y no cubre circunstancias que no están relacionadas con ella, tales como las originadas por factores socioeconómicos. Por ejemplo, hay personas que pueden tener restringida la capacidad de ejecutar determinadas tareas en su entorno habitual debido a su raza, sexo, religión u otras características socio-económicas, pero éstas no son restricciones de participación relacionadas con la salud, tal y como las clasifica la CIF, en cuyo ámbito además proporciona una descripción de situaciones relacionadas con el funcionamiento humano y sus restricciones y sirve como marco de referencia para organizar esta información en dos partes: la primera sobre funcionamiento y discapacidad y la segunda sobre factores contextuales. A su vez cada una de estas partes contiene dos componentes: funcionamiento y discapacidad; y, factores contextuales.

Los componentes de funcionamiento y discapacidad, se emplean de dos maneras, para indicar problemas como las deficiencias, limitaciones en la actividad o restricción en la participación; todos ellos incluidos bajo el concepto global de discapacidad y, para indicar aspectos no problemáticos, como aquellos de funcionamiento.

El funcionamiento y la discapacidad de una persona se conciben como una interacción dinámica entre los estados de salud como las enfermedades, trastornos, lesiones, traumas, entre otros, y los factores contextuales que incluyen tanto factores personales como factores ambientales.

Veamos cuáles son las funciones y estructuras corporales y deficiencias:

Las funciones corporales son las funciones fisiológicas de los sistemas corporales, en las que se incluye las funciones psicológicas y las de los sentidos básicos humanos, como es el caso de las “funciones visuales” y de las estructuras relacionadas con ellas que aparecen como “ojo y estructuras relacionadas”. Las estructuras corporales son las partes anatómicas del cuerpo tales como los órganos, las extremidades y sus componentes. Las deficiencias, en cambio son problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida.

Ahora para determinar desde estas funciones y estructuras, revisaremos las actividades y participación en las actividades y restricciones en la participación.

La definición de actividad, según la CIF, es la realización de una tarea o acción por una persona; la participación es el acto de involucrarse en una situación vital; las limitaciones en la actividad son dificultades que una persona puede tener en el desempeño o realización de las actividades y, las restricciones en la participación son problemas que una persona puede experimentar al involucrarse en situaciones vitales.

Qué buscamos con esto, en esta investigación, conforme nuestro Título, queremos comprobar que las limitaciones o las restricciones, producto de la discapacidad, no es impedimento para que pueda ejercer sus derechos.

Bajo esta consecuencia, el calificador profesional que describimos en el acápite anterior, refiere lo que una persona hace en su contexto o entorno actual y que incluye un contexto social; puede ser entendido como el acto de involucrarse en una situación vital o la experiencia vivida de las personas en el contexto real en el que viven, al cual también se incluyen los factores ambientales; por tanto, el calificador describe la aptitud de un individuo para realizar una tarea o acción.

Con ello se puede identificar el máximo nivel probable de funcionamiento que una persona puede alcanzar en un dominio y en un momento dado; por tanto, la capacidad refleja la habilidad ajustada en función del ambiente del individuo y esta capacidad

identificada como el desempeño puede ser usada con o sin dispositivos de ayuda o con asistencia de terceras personas que pueden eliminar los déficits o eliminar las limitaciones de funcionamiento en los distintos dominios.

Otro factor de análisis, es el contextual, de imponderable importancia, considerado la vida de individuo como de su estilo de vida; incluyen los factores ambientales como los personales que pueden tener un efecto en la persona con una condición de salud y sobre la salud y los estados relacionados con la salud de esta persona.

Los factores ambientales, se clasifican en el ambiente individual de la persona, que incluyen espacios como el hogar, el lugar de trabajo o la escuela; en este nivel se incluye el contacto directo con otras personas tales como la familia, amigos, compañeros y desconocidos. En el ambiente de servicios y sistemas, incluye a aquellos relacionados con el entorno laboral, actividades comunitarias, servicios de comunicación y transporte, redes sociales informales y también leyes, reglas, actitudes e ideologías, por ejemplo.

Los factores personales, caminan por el ámbito que incluyen el sexo, la raza, la forma física, los estilos de vida, los hábitos, la educación, la profesión, los patrones de comportamiento y el tipo de personalidad, los aspectos psicológicos personales y otras características.

A pesar de que la CIF no establece un modelo para la clasificación del funcionamiento y la discapacidad, se lo ha utilizado porque proporciona los medios para delinear los diferentes dominios; toma a la discapacidad desde una perspectiva múltiple como un proceso interactivo y evolutivo y, debe entenderse como una relación entre la condición de salud y los factores contextuales, conforme los hemos descrito.

Por último, sobre este tema, “la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM) de la OMS propone el esquema: Enfermedad – Deficiencia - Discapacidad – Minusvalía¹¹⁷.

Concluye la Organización que, ha de entenderse que una “deficiencia es toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o

¹¹⁷ Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud: CIF. Organización Mundial de la Salud (2001).

anatómica.”¹¹⁸ Hernández conceptualiza “discapacidad es toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano.”¹¹⁹

Por el contrario, “minusvalía es una situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol que es normal en su caso (en función de su edad, sexo o factores sociales y culturales).”¹²⁰

Hecho una revisión del contexto en general de lo que constituye la calificación de la discapacidad, veamos entonces lo que en Ecuador se ha dado relevancia, en este caso, al modelo social o también denominado de Inclusión y Derechos Humanos, descrito ahora con el nombre de modelo Biopsicosocial, se trata de permitir a las personas adopte sus propias decisiones en el proceso de rehabilitación y se procura como meta prioritaria la supresión de las barreras actitudinales y sociales hacia las personas con discapacidad así como de las barreras físicas o ambientales, urbanísticas, arquitectónicas, barreras de la comunicación y la información; es decir, de acuerdo a este modelo el “problema de la discapacidad”, no radica en la persona sino que enfatiza en la necesidad de construir entornos, servicios sociales que sean accesibles para todas las personas, incluidas las personas con discapacidad y eso es una responsabilidad compartida con todos los actores de la sociedad.

El énfasis de este modelo o paradigma es el garantizar la accesibilidad de todas las personas, entendida como el principio de que todas las personas con discapacidad física, psicosocial o mental, intelectual o sensoriales, tienen derecho a desarrollar una vida tan normal como las personas sin discapacidad, accediendo a los mismos lugares, ámbitos y servicios, ya sean educativos, de empleo, de ocio o de otro tipo.

Se centra en la dignidad y respeto de la persona, resalta la relación entre persona y entorno como el enfoque principal y determinante en la existencia de la discapacidad, ya que la falta de adaptaciones y adecuaciones necesarias que faciliten y permitan el pleno desenvolvimiento de las personas, son aquellas que verdaderamente limitan su

¹¹⁸ Conceptualización de Deficiencia, Discapacidad y Minusvalía. Mundideporte (2016). En línea: http://www.munideporte.com/imagenes/documentacion/ficheros/20090402135124bloque_comun.pdf. Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2016

¹¹⁹ HERNÁNDEZ, Mónica Isabel (2015: 46-59).

¹²⁰ HERNÁNDEZ, Loc. cit.

participación en la sociedad, provocando de esta manera la discapacidad, todo ello plasmado en la concepción de la persona establecido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y en la Constitución de la República, que expresa que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades, pudiendo ejercer sus derechos en forma individual o colectiva ante las autoridades competentes, quienes garantizarán su cumplimiento.

Como dejamos mencionado, de conformidad con las disposiciones de la Ley Orgánica de Discapacidades, esto es, se calificará la discapacidad conforme el nuevo modelo y se tratará conforme la situación propia de la persona y de su entorno; por claras razones si la discapacidad no es estructural y evidente o, cuando el profesional calificador certifique que la secuela o la condición es permanente e irreversible, conforme se presenten las condiciones de la persona, se calificará de inmediato, por ejemplo una amputación, la cifoescoliosis grave con restricción cardiopulmonar, o secuelas de parálisis cerebral infantil, paraplejia, cuadriparesia o cuadriplejia, enfermedad de Parkinson en etapas avanzadas (dependencia total de terceras personas para actividades de la vida diaria y de autocuidado), condiciones respiratorias con dependencia permanente de oxígeno y cianosis distal, fístulas entero cutáneas permanentes, entre otras que serían incluidas en un listado específico para manejo y utilización de los equipos calificadores. No será posible enlistar todas las secuelas, sean estas evidentes o no, pues también dependerá del criterio del médico o psicólogo calificador y que justifique por el carácter permanente e irreversible de la deficiencia.

Se supone ciertamente que la calificación se realizará conforme los componentes de actividades/participación y se valore según los grupos etarios a los que pertenece la persona, además que esté ligada también conforme a su desarrollo humano, dicho de otra forma, se explicarán los cambios que las personas presenten desde la concepción hasta la adultez; así como aquellas características que son estables a lo largo del ciclo vital. Adicionalmente la CIF, establece por ejemplo que:

“El desarrollo es un proceso dinámico por el cual el niño se mueve progresivamente desde la dependencia de otros para todas las actividades en la infancia hacia la madurez e independencia física, social y psicológica en la adolescencia. En este proceso dinámico, el funcionamiento del niño depende de la continua interacción con la

familia u otros cuidadores en un entorno social estrecho. Por lo tanto, el funcionamiento del niño no puede ser visto de manera aislada sino más bien en términos del niño en el contexto del sistema familiar”¹²¹.

En el contexto del desarrollo humano, se tratan bajo tres factores que se desarrollan durante la vida de la persona: “el desarrollo físico, que implica la evolución del cuerpo, del cerebro, de las destrezas sensoriales, las capacidades motoras y la salud.”; “El desarrollo cognoscitivo conformado por las transformaciones en los procesos mentales tales como aprendizaje, atención, memoria, lenguaje, pensamiento, razonamiento y creatividad.”; y, el “Desarrollo psicosocial, considerado por la evolución de las emociones, la personalidad y el establecer y mantener relaciones sociales.”¹²²

Complementa esta situación con la interacción de la persona con el medio ambiente, cuando se produce el cambio de paradigma desde el modelo médico al modelo o situación biopsicosocial

Estas etapas del ciclo de vida, responden también a las necesidades prácticas de la sociedad, “para explicar las diferencias que se dan entre quienes la conforman y cómo estos resuelven las dificultades que son características en cada etapa vital” y el estudio de este nuevo mecanismo de calificación diseñado para el Ecuador, “se ajusta a lo establecido en el marco legal ecuatoriano e internacional sobre derechos y fundamentalmente en lo referente a los principios científicos del desarrollo humano; concordando, que no existe un tiempo objetivo en el que se establezca el paso de una etapa a otra en el ciclo de vida, que la población ecuatoriana tiene sus propias particularidades y especificidades, y considerando que las políticas públicas de atención social en el Ecuador consideran todo el ciclo de vida.”

Se propone valorar nueve dominios:

- Aprendizaje y aplicación de conocimientos
- Tareas y demandas generales
- Comunicación
- Movilidad
- Autocuidado

¹²¹ Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud: CIF. Organización Mundial de la Salud (2001).

¹²² PAPANIA, Diane (2001: 420).

- Vida doméstica
- Interacciones y relaciones interpersonales
- Áreas principales de la vida
- Vida comunitaria, cívica y social¹²³

En conclusión, ésta “Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud” (CIF), se adoptó como herramienta técnica para la elaboración del Manual de Calificación de la Discapacidad (2018), emitido por el Ministerio de Salud Pública a través de Acuerdo Ministerial Nro. 0305-2018 de 28 de noviembre de 2018, compuesto de dos partes: Componentes de Funcionamiento y Discapacidad que incluye las funciones/estructuras corporales y actividades/participación y, los Componentes de Factores Contextuales conformado por los factores ambientales y personales.

Tiene por objetivo proporcionar a los “Equipos Calificadores Especializados, procedimientos específicos y unificados que deberán ser aplicados para calificar, recalificar y acreditar la condición de discapacidad de las personas con alguna deficiencia permanente, que limite la realización de actividades de la vida diaria y restrinjan la participación en la sociedad, con relación a las barreras y facilitadores del entorno”¹²⁴. Y se complementa con objetivos específicos que van dirigidos a ser un “instrumento único para la calificación integral de discapacidad a nivel nacional”; y, “Establecer criterios para la calificación, recalificación y acreditación de la discapacidad” Entonces éste es el instrumento de calificación que se adopta para la calificación de la discapacidad en el Ecuador, sin desconocer la importancia y complementariedad de la CIF, que sigue siendo de utilidad para la evaluación de las discapacidades, de hecho mantiene este manual la importancia de su uso y, de aquí en adelante se revisará a través de este documento las condiciones de discapacidad y condiciones discapacitantes, estableciéndose siete tipos de discapacidad: auditiva, visual, de lenguaje, física, intelectual, psicosocial y múltiple; todas ellas en consecuencia de lo que refiere la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) y la Ley Orgánica de Discapacidades (2012), desglosándose a las sensoriales y adicionándose a la múltiple; ello debido a la etiología de la discapacidad que puede manifestarse en “una o más deficiencias (secuelas), mismas

¹²³ Manual del Modelo de Atención Integral de Salud. Ministerio de Salud Pública del Ecuador, Subsecretaría Nacional de Gobernanza de la Salud Pública, Acuerdo Ministerial 725-1162, Quito (2012).

¹²⁴ Manual de Calificación de la Discapacidad. Ministerio de Salud Pública Subrogante, Quito (2018).

que son entendidas como toda pérdida permanente e irreversible de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica.”¹²⁵

1.7. La discapacidad y su vinculación con la sociedad

En la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, sucedida en Copenhague en 1995, se afirmó que la integración social era uno de los principales objetivos del desarrollo social y que su finalidad era crear “una sociedad para todos”. Al aprobarse la Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social y el Programa de Acción se contrajeron importantes compromisos para promover el objetivo del desarrollo social; pues, a pesar de los avances en la emisión de políticas públicas en todos los ámbitos, emisión y reformas de las normas que rigen la temática de las personas con discapacidad, para la participación de la sociedad civil, persisten los fenómenos sociales negativos, así como el recrudecimiento de las disparidades, la marginación y la discriminación hacia las personas con discapacidad, a sus grupos conformados y lo que es más, inclusive a sus familias.

En la Cumbre se reconoció que la integración social era un determinante importante de la pobreza¹²⁶ y del desarrollo y, que al mismo tiempo se veía afectada considerablemente por esos factores, por tanto, era necesario la implementación de estrategias e instrumentos que permitan hacer frente a los problemas existentes de manera eficaz, constructiva.

Sobre la inclusión, la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas, que se aprueba en la Cumbre del Milenio del 8 de septiembre de 2000, atribuye gran importancia a la Declaración de Copenhague que refiere a la inclusión social y a otros objetivos y metas, incorporándose también lo que comprende la paz, la seguridad, el desarrollo y los derechos humanos.

¹²⁵ Manual de Calificación de la Discapacidad (2018).

¹²⁶ Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social. Naciones Unidas, Copenhague (1995: Objetivo 1, párrafo 19) La pobreza tiene diferentes manifestaciones: Falta de ingresos y de recursos productivos suficientes para garantizar medios de vida sostenible, hambre y malnutrición, mala salud, falta de acceso o acceso limitado a la educación y a otros servicios básicos, aumento de la morbilidad y la mortalidad a causa de enfermedades, carencia de vivienda o vivienda inadecuada, medios que no ofrecen condiciones de seguridad, y discriminación y exclusión sociales. También se caracteriza por la falta de participación en la adopción de decisiones en la vida civil, social y cultural.

De la misma forma se establecen como objetivos, erradicar la pobreza como un principal medio para promover el desarrollo; además de otras metas como lograr el pleno empleo y productivo y el trabajo decente; la integración social y la inclusión social.

Es de destacar también “que una elevada tasa de discapacidad guarda relación con una alta tasa de analfabetismo, un estado de nutrición deficiente, menor cobertura de vacunación, menor peso al nacer, mayores tasas de desempleo y subempleo y una menor movilidad laboral”¹²⁷.

Existiendo un alto número de personas con discapacidad, que de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud y el Banco Mundial, a través de su Informe Mundial sobre la Discapacidad, indica que “Más de mil millones de personas viven en todo el mundo con alguna forma de discapacidad; entre ellas, casi 200 millones experimentan dificultades considerables en su funcionamiento. En los años futuros, la discapacidad será un motivo de preocupación aún mayor, pues su prevalencia está aumentando. Ello se debe a que la población está envejeciendo y el riesgo de discapacidad es superior entre los adultos mayores, y también al aumento mundial de enfermedades crónicas tales como la diabetes, las enfermedades cardiovasculares, el cáncer y los trastornos de la salud mental.” y el apareamiento de enfermedades denominadas raras, huérfanas o catastróficas:

“Estas enfermedades catastróficas son aquellas patologías de curso crónico que suponen un alto riesgo para la vida de la persona cuyo tratamiento es de alto costo económico e impacto social y que por ser de carácter prolongado o permanente pueda ser susceptible de programación. Generalmente cuentan con escasa o nula cobertura por parte de las aseguradoras. Las enfermedades raras son aquellas que se consideran potencialmente mortales o debilitantes a largo plazo, de baja prevalencia y alta complejidad, constituyen un conjunto amplio y variado de trastornos que se caracterizan por ser crónicos y discapacitantes. Sus recursos terapéuticos son limitados y de alto costo, algunos se encuentran en etapa experimental”¹²⁸.

¹²⁷ Incorporación de la perspectiva de la discapacidad en el programa de desarrollo. Consejo Económico y Social (2018).

¹²⁸ Inclusión de Enfermedades Raras para el Bono Joaquín Gallegos Lara, Acuerdo Ministerial Nro. 1829. Ministerio de Salud Pública, Quito (2012).

Para que las enfermedades sean incluidas como catastróficas, se han emitido criterios como aquellas patologías que impliquen un riesgo alto para la vida; que sea una enfermedad crónica y por lo tanto que su atención no sea emergente; que su tratamiento pueda ser programado; que el valor promedio de su tratamiento mensual sea mayor al valor de la canasta familiar vital; y, que su tratamiento o intervención no puedan ser cubiertos, total o parcialmente en los hospitales públicos.

En cambio, los criterios para la inclusión de las enfermedades raras y huérfanas de baja prevalencia, aquellas “de curso crónico, progresivo, degenerativo con una elevada morbi-mortalidad y alto grado de discapacidad física, mental, conductual y sensorial, que pueden comprometer la autonomía de los pacientes; de gran complejidad, diagnóstica, pronóstica y terapéutica; y, que requieran un tratamiento permanente, seguimiento e intervención multi e interdisciplinaria”¹²⁹.

Se confirma lo que habíamos referido con anterioridad sobre las razones o causas por las que se complican más las personas por su condición de discapacidad, esto es, “tienen los peores resultados sanitarios, peores resultados académicos, una menor participación académica y unas tasas de pobreza más altas que las personas sin discapacidad”¹³⁰.

Otras situaciones que gravan la posibilidad de que las personas con discapacidad se integren en la sociedad, son las disparidades profundas que todavía prevalecen en nuestras regiones, producto de la desigualdad en la distribución de la riqueza. “La sociedad está organizada en base a políticas económicas que favorecen el crecimiento económico, pero la riqueza que genera no se distribuye de manera justa y equitativa entre todos los ecuatorianos, por lo que las personas en situación de pobreza siguen creciendo. En el modelo económico, existe poca preocupación porque la riqueza generada se utilice para procurar el desarrollo social y se mejoren las condiciones de vida de todas las personas...”¹³¹.

Se ha dado importancia en los últimos tiempos a la integración y a la inclusión social y se la ha plasmado a través de los planes de desarrollo, en el Ecuador, en el Plan Nacional del Buen Vivir, 2013-2017, que plantea al ser humano y la naturaleza en el

¹²⁹ Inclusión de Enfermedades Raras para el Bono Joaquín Gallegos Lara, Acuerdo Ministerial Nro. 1829. (2012).

¹³⁰ Informe Mundial sobre la Discapacidad. Organización Mundial de la Salud (2011).

¹³¹ CAZAR, Ricardo (2015).

centro de la gestión pública y las políticas sociales; constituye una crítica al desarrollo entendido en un sentido clásico y se acerca en mayor medida a los estudios de felicidad, puesto que no es el crecimiento económico lo que se prioriza en dicha noción, sino el bienestar de los seres humanos y sus relaciones armónicas para construir sociedad en diversidad¹³².

En su Agenda Social al 2017, el Ministerio Coordinador de Desarrollo Social afirma que el Buen Vivir privilegia, el bienestar de las personas en su ámbito material y no material, la convivencia pacífica entre seres humano y la armonía con la naturaleza [...] es un horizonte que ofrece alternativas para construir una sociedad más justa y pone en el centro de la acción pública al ser humano y la vida en su diversidad.

En el Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017 (Plan Nacional de Desarrollo) en el Objetivo 2 relacionado a “Auspiciar la igualdad, la cohesión, la inclusión y la equidad social y territorial, en la diversidad”, establece como política y lineamiento estratégico el fomento a la inclusión y cohesión social, la convivencia pacífica y la cultura de paz, erradicando toda forma de discriminación y violencia, a fin de “generar acciones de difusión, concienciación, fomento y respeto de los derechos humanos, con énfasis en los derechos de niños y niñas, adolescentes y jóvenes, personas adultas mayores, mujeres, personas LGBTI y personas con discapacidad.”¹³³

Es por tanto importante que estos planteamientos sean puesto en práctica para promover esa integración y la inclusión social a fin de proteger y mejorar la vida de las personas que se encuentran en desventaja, mucho más aquellas que tiene discapacidad, convirtiéndose en doble vulnerabilidad, que han sido tradicionalmente excluidos y marginados; por ejemplo, en Latino América el bienestar subjetivo está limitado por la latente presencia de ciudadanos con recursos de acción limitados, así como por la insatisfacción de necesidades básicas en aquellas personas que están por debajo de la línea de pobreza.

En septiembre de 2007, en New York, se reúnen expertos de la UNESCO y de ONU-Hábitat, promovidos por el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Secretaría de las Naciones Unidas, con el fin: “Hacia una sociedad incluyente: Estrategias prácticas para promover la inclusión social”, donde uno de sus principales objetivos era

¹³² Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017. Consejo Nacional de Planificación del Ecuador, Quito (2013)

¹³³ Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017 (2013).

“examinar los enfoques existentes para captar, analizar y medir las múltiples dimensiones de la inclusión social y de otros fenómenos conexos e identificar los elementos comunes necesarios para desarrollar unos indicadores que permitan medir y evaluar los progresos de las intervenciones encaminadas a combatir la pobreza y la exclusión social y a promover la inclusión social”¹³⁴. Indicadores que puedan utilizarse en las evaluaciones de derechos humanos y sirvan para impulsar la aplicación y su ejercicio efectivo, con resultados más concretos y eficaces que resulten generador de una cultura de rendición de cuentas, además de transparencia en la búsqueda de un resultado positivo de cumplimiento de derechos.

Pero, qué impide la inclusión social, si las políticas públicas se han presentado, se han promovido y descrito la importancia. La respuesta está en comprender los factores que dificultan: la pobreza y la exclusión social.

Para analizar este tema, resulta necesario la revisión de lo que comprende la exclusión social, se define como la exclusión involuntaria de persona y grupos de los procesos políticos, económicos y sociales, lo que les impide participar plenamente en la sociedad en la que viven; en cambio, la pobreza se entiende por la falta de recursos económicos, que en cuanto tal es una importante causa de exclusión social en la medida en que la falta de recursos impide la participación¹³⁵.

En el Ecuador, se ha hablado permanentemente que se maneja un modelo de desarrollo excluyente, pues son las personas con discapacidad las que han sido dejadas de lado siempre, a pesar de los avances que han sido sujetos, los que los analizaremos más tarde, sigue siendo una situación de constante preocupación.

Deberá superarse ese enfoque de que las personas con discapacidad hay que atenderles, con programas asistencialistas que derivan del concepto de vulnerabilidad, sino que su atención debe basarse en la obligación que tiene el Estado de proteger y garantizar el ejercicio de los derechos, no como dádivas, beneficencia, filantropía o caridad, sino como derecho propio que les ha sido negado o pospuesto, por atender otras “urgencias” que en su mayoría de veces son coyunturales o de oferta política.

¹³⁴ Análisis y Medición de la Inclusión Social en un Contexto Global. Organización de las Naciones Unidas (2009).

¹³⁵ Informe Mundial sobre la Discapacidad. Organización Mundial de la Salud (2011).

De lograr una sociedad incluyente, se superarían las dificultades derivadas de aquellas condiciones que incrementan la desigualdad y por el contrario asegurar la igualdad de oportunidades cualquiera que sea el origen de la persona, es el objetivo a lograrse; regir estas acciones para concretar con acuerdos mutuos, fusionando las instituciones sociales, será posible a través de políticas públicas encaminadas, diseñadas, específicas y oportunas.

Es imperiosa la inclusión social, con ello se permitirá la reducción de la pobreza y la exclusión, determinándose a través de la evaluación de resultados de la aplicación de las políticas públicas, los progresos y la eficacia de la intervención; nótese que no se habla de cohesión social o de integración social ni de capital social. “Berger-Schmitt (2000), hace una exposición clara de la relación de esos conceptos con el de exclusión social. La cohesión social, definida por el Banco Interamericano de Desarrollo (2006) como ‘el conjunto de factores que promueven un equilibrio básico entre las personas en una sociedad, que se refleja en su grado de integración en términos económicos, sociales, políticos y culturales’, es evidente un objetivo deseable, pero puede derivarse o no de la erradicación de la pobreza y la exclusión social. [...] La inclusión social no equivale, pues, a la integración social”¹³⁶.

La pobreza se vincula directamente a la inclusión social, pues las personas, las familias y los grupos de personas cuyos ingresos son tan limitados que los excluyen de la forma de vida mínima aceptable; no sólo el Estado deberá atender a aquellas con discapacidad y sus familias, en términos asistenciales como lo ha hecho, sino que requiere que se aborde bajo un enfoque multidimensional, más amplio en el que se haga hincapié en la participación, especialmente en el mercado laboral, con las prestaciones de la seguridad social, además de otros aspectos que excluyen a las personas y a los grupos y a sus familias de tomar parte en los intercambios sociales, de las prácticas y de los derechos que constituyen la integración social.

Es necesario tomar en cuenta también a la salud, la educación, el acceso asequible a otros servicios públicos como la justicia, la vivienda, la información, las comunicaciones, la movilidad, la participación política, la recreación, la cultura, etc., ello

¹³⁶ La Cohesión Social en América Latina y el Caribe. Análisis, Acción y Coordinación. Banco Interamericano de Desarrollo. Departamento de Desarrollo Sostenible. Washington D.C. (2006).

conducirá a la inclusión y toma de decisiones por parte de las mismas personas en esos diferentes ámbitos.

Este tipo de intervención multidimensional ha sido ya tomado en cuenta y ha influido en las actividades encaminadas a promover el desarrollo; de hecho, en el Primer Informe sobre Desarrollo Humano (1990), se exponía:

“El objeto del desarrollo es ampliar las oportunidades de los individuos. Una de ellas es el acceso a los ingresos, no como un fin en sí mismo sino como un medio de adquirir bienestar humano. Pero también existen otras opciones, incluyendo una vida prolongada, conocimientos, libertad política, seguridad personal, participación comunitaria y derechos humanos garantizados. Las personas no deben reducirse a una sola dimensión como criaturas económicas”¹³⁷.

En conclusión, el análisis de la exclusión social, deberá ser de carácter multidimensional y de amplio alcance, con los que se deberán establecer las políticas públicas con el afán de superar estos asuntos que delimitan la participación de las personas, en nuestro caso aquellas con discapacidad.

Además, tratar integralmente los asuntos que les atañen a las personas con discapacidad, que incluyen aspectos económicos, sociales, culturales y ambientales con el afán de lograr lo que, como principio establece el buen vivir, donde las personas y las comunidades haga goce del ejercicio de sus derechos, con responsabilidades y mantengan una armonía con la naturaleza.

Habíamos referido que uno de los enfoques u objetivos del desarrollo social para las personas con discapacidad que viven en condición de pobreza y son excluidas de los beneficios del desarrollo, es garantizar la atención, la integración y participación social y laboral, dejando definitivamente el enfoque asistencialista, la desigualdad y la exclusión tienen entonces que ser justificadas como excepciones o incidentes de un proceso social que en principio no les reconoce legitimidad alguna. Y frente a ellas, la única política social legítima es aquellas que definen los medios para minimizar una y otra.

¹³⁷ Informe sobre Desarrollo Humano y Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social. Organización de las Naciones Unidas. (1995)

“La desigualdad y la exclusión son dos sistemas de pertenencia jerarquizada. En el sistema de desigualdad, la pertenencia se da por la integración subordinada, mientras que en el sistema de exclusión la pertenencia se da por la exclusión...”; la exclusión presupone un sistema igualmente jerárquico pero dominado por el principio de la exclusión: se pertenece por la forma como se es excluido. Quien está abajo, está afuera”¹³⁸, así lo refiere De Sousa Santos, B (Foucault), como el gran teorizador de la exclusión, expresa que es todo un fenómeno cultural y social, un fenómeno de civilización. Se trata de un proceso histórico mediante el cual una cultura, por medio de un discurso de verdad, crea una prohibición y la rechaza. La misma cultura establece un límite más allá del cual sólo hay transgresión, un lugar que atrae hacia otro lugar [...] todos los grupos sociales que la prohibición social alcanza, sean éstos la locura, el crimen, la delincuencia o la orientación sexual [...] La descalificación como loco o como criminal consolida la exclusión, y es la peligrosidad personal la que justifica la exclusión. La exclusión de la normalidad se traduce en reglas jurídicas que marcan ellas mismas la exclusión.

La discapacidad, siempre requerirá de la comprensión de la sociedad, de sus formas de expresar su cultura y consecuentemente luchar en contra de los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de su dignidad como seres humanos, no son sujetos de burla, de análisis, de referencia o de investigación, son personas que tanto o más requieren de protección de sus derechos, como titulares plenos de ellos; promoviendo su visibilización de sus reales capacidades, que aún se las considera como complejas, jurídicamente, que no es así, ellos y ellas, me refiero a las personas con discapacidad, no son distintos, son diversos; que con ello, hay la necesidad de comprender aquellas competencias que les permite su condición, que no es, así mismo, enfermedad.

Estereotipos que no solamente están relacionados con su condición, sino por su edad y también por su género. Se suele referir a las personas con discapacidad sicosocial o mental o, psicológica, que son incompetentes, jurídicamente hablando, pues solo por tener aquella condición, de las que acabamos de mencionar, refieren que no tiene edad para actuar, que su edad es mental, que tiene la edad de un niño o niña, pero no se analiza su situación, de su entorno y se dirige la decisión a la voluntad o tendencia que está eligiendo la persona, me explico: si una persona con discapacidad, requiere realizar algún

¹³⁸ DE SOUSA, Boaventura (2010: 4).

acto, la autoridad se lo niega, sin siquiera conocer mínimamente, peor a profundidad esa situación y condición de comprender el sentido de su voluntad por hacer ese algo. Deberá comprender el entorno de esa tercera persona, de la que confía, de las que siente apoyo, de sus familiares preocupados por siempre de su condición, para que ellos sean, precisamente ese apoyo para que se confirme esa voluntad de hacer algo, no que se lo den haciendo, no que le den respondiendo, sino que confirmen por el entorno, la situación y su condición, en la que se ha desarrollado la persona con discapacidad, lo que quiere el sujeto de derecho, es ese el apoyo de voluntad y de confianza, que se reconozca siempre la capacidad de ejercicio y goce de derechos, que usualmente saben estar “representados” entonces los estereotipos en estos casos, se manifiestan para negar o pretender negar los derechos, la negación de su actuar, la negación de su potencialidad en las diferentes manifestaciones en el marco del modelo social.

Los estereotipos con los que se enmarca a las personas con discapacidad, que diríamos las formas de discriminación, son producto de prácticas institucionales e individuales, donde cuyos actores que tienen la capacidad de decidir, irradian su dizque competencia para detener el ejercicio de los derechos en los ámbitos judicial, legislativo y en general en los ámbitos que la sociedad demandan su acción, está supuestamente cobijada su competencia o capacidad en normas que a las personas las cataloga todavía como enfermas, insanas, dementes, etc.

Ello es por ejemplo el Código Civil, institución que por demasiados años sigue siendo discriminatoria en lo relacionado a las tutelas y curadurías, que serán revisadas en un apartado de esta investigación (Cap. VII). Pero por lo pronto diremos que en esta norma no presume la capacidad de las personas como regla, sino por excepción y bajo ciertos propuestos que la misma norma lo determina.

Estas prácticas entonces son personales e institucionales, donde algún acto particular que interesa a la personas con discapacidad, es actuado por un tercero que éste a su vez, lo solicita a otro que representa el poder judicial para determinar la incapacidad, y éste se sirve de otro más, que establece si existe o no enfermedad o condición médica o insania para otorgar poder al interesado en representar a la persona con discapacidad, sin que ésta siquiera haya sido consultada o enterada o perfeccionada la voluntad del sujeto de derechos que se discute o solicita ejercer, siempre por otro y consecuentemente a nombre de otro.

Hablemos un poco más de estereotipos, sin desentendernos de la práctica de solicitar curatelas, que se hacen ya porque requieren de hacerse de algún beneficio institucional, como por ejemplo de aquellas acciones afirmativas que los Estados presentan o bien porque se pretende administrar algún bien que fuera de heredad o administrar algún tipo de pensión, como es aquella relacionada al montepío producto que la seguridad social entrega a las personas tras la muerte del titular asegurado o, a la administración del bono de desarrollo humano, llamado inicialmente de la pobreza y después solidario. Se sustituye un derecho a que se reconozca su personalidad jurídica, a que se reconozca que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, por una situación menor o insignificante, frente a la magnitud del ejercicio de su capacidad jurídica.

La exclusión social, acompañada de una carga económica, ha logrado disminuir la atención a las personas con discapacidad; por ejemplo, un alto porcentaje de personas con discapacidad no sufrirían deficiencias o discapacidades si hubieran sido tratados al comienzo de su enfermedad o trauma, que bien se hubiera superado en el acceso equitativo a los servicios de salud, educativos, ocupacionales y recreativos, así como en el ejercicio de sus derechos, para puedan optar por una vida digna y de buena calidad, además de la participación plena en la sociedad y contribuir al desarrollo socioeconómico de su comunidad.

Ahora, la integración o inclusión social, acompañada de acciones de promoción de salud, prevención y prevención de la discapacidad, además de otros factores como las oportunidades laborales, lograría que las personas con discapacidad tengan una mejor calidad de vida, con ello la equidad, bajo acciones de responsabilidad social, plasmadas en agendas sociales, como respuesta de políticas públicas que tienen que responder a las necesidades de la población, en especial aquellas que permitan eliminar las desigualdades sociales posibilitando el acceso a los servicios.

1.7.1. El dilema: diferentes o diversos

Se podría afirmar que el término “discapacidad” no ha sido empleado de manera adecuada al calificar a determinadas personas acorde a sus limitaciones. En el marco de las connotaciones negativas en las que la discapacidad se ha utilizado, se puede destacar el enfoque de que la persona “no resulta ser capaz” de llevar una vida normal, o sea que

la persona no tiene la capacidad de hacer determinadas tareas, no puede alcanzar cierto grado de independencia e incluso no llega a desenvolverse adecuadamente en el día a día. Todas estas cuestiones no se llegan a relacionar directamente con el individuo, sino que nacen de las circunstancias a las que llega a exponerse en el entorno, en el cual se desenvuelve.

Por otra parte, al ser humano le asiste la necesidad, o más bien ha evidenciado la tendencia, de dotarle un calificativo a todo lo que le rodea, o sea, establecer una especie de etiqueta tanto a las cosas, las ideas, como los objetos. Es así como la discapacidad, desde el ámbito conceptual llega a abarcar una perspectiva social en su construcción, es decir que la discapacidad no llega a ser considerada como una deficiencia. Al respecto el análisis ejecutado por la OMS se encuentra enfocado en la presencia de un conjunto de barreras en cuanto a la participación que son una influencia directa en el fomento de la discapacidad. Es por ello que, desde el modelo social, ya anteriormente analizado, la discapacidad llega a ser entendida como un proceso cuyo origen no se encuentra en el individuo, sino que parte de diversos procesos sociales que a la vez pueden ser catalogados como amplios, ejemplo de ello sería la interacción interpersonal y la interinstitucional, en las variadas oportunidades que brinda el medio social, entre otras.

La catalogación impuesta a las personas con discapacidad como diferente o diversas y la polémica que ello implica, guarda una estrecha relación con la normativa general sobre derechos humanos y cuyo propósito fundamental se destaca la no discriminación. Es por ello que, se ha llegado a promover desde el marco del Derecho Internacional una normativa legal que reconozca adecuadamente los derechos fundamentales de todas las personas, en la cual la persona con discapacidad de representar simplemente un objeto de caridad se llega a transformar en sujeto de derechos, lo cual conlleva a que las personas deberán ser reconocidas como ciudadanos¹³⁹. A modo general, podría afirmarse que la discapacidad puede ser considerada como un asunto de todos y por lo tanto implica un reconocimiento que como ciudadanos se llega a plantear respecto a las diferencias que existen y las posibles respuestas que pueden ser brindadas a las mismas.

De igual manera la discapacidad puede ser analizada desde tres parámetros básicos como: esencialista, materialista y posmodernidad. Desde la perspectiva

¹³⁹ BIEL PORTERO, Israel (2009: 21)

esencialista el término de la discapacidad ha sido tomado en cuenta como una tragedia personal, por lo que se minimiza el rol que puede tener la cultura y se enmarca en la definición de enfermedad, además de que llega a ser relacionada con programas conservadores desde la política. Otro tipo de óptica respecto a la valoración e interpretación de la discapacidad va acompañado de una percepción materialista, la cual está enmarcada en las condiciones sociales y económicas existentes, por lo que la discapacidad no resulta ser una condición inherente al individuo, y por otro lado no es un constructo social, más bien representa una especie de etiqueta que ha generado un afianzamiento de prácticas que fomentan la marginación social.

Por último, habría que mencionar el paradigma posmoderno, en el que se ha destacado la labor encaminada a la transformación de las normas y los valores, con el fin de que a las personas con discapacidad le sean reconocidos sus derechos y a tener una activa participación en los diversos escenarios que integran la vida personal de cada individuo, así como los ámbitos económico y político. Unido a esto se han desarrollado técnicas para la adecuada comprensión del uso del lenguaje, así como el cuestionamiento del carácter universal respecto a la discapacidad. Por lo tanto, se podría afirmar que la discapacidad llega a ser entendida en la actualidad como una construcción social que tiene sus inicios, en parte, en el no reconocimiento de las diferencias del otro.

Desde el ámbito etimológico que encierra el término “diferencia”, su significado tiene similitud con la palabra identidad. Respecto al primero se podría decir que significa, una cualidad o accidente por el que una cosa se distingue de otra”¹⁴⁰, mientras que el segundo se identifica como: “el conjunto de caracteres y circunstancias que distinguen a una persona de otra”¹⁴¹. Si se toma en cuenta esta perspectiva la conformación para la construcción de la idea de que la persona con discapacidad resulta ser diferente, dicha ideología estaría basada en que las personas sin discapacidad representan una medida adecuada sobre la cual se fija aquellos que es “diferente”; en otras palabras, sería que la diferencia recae en la distancia de lo ajeno con respecto a uno mismo.

Si se utiliza un análisis matemático para determinar diferencias entre varias personas, se puede aludir que la persona con discapacidad es aquella que carece de un miembro, o no posee el buen funcionamiento de algún órgano, e incluso carece de un

¹⁴⁰ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia de la Lengua Española, Madrid (2017).

¹⁴¹ Diccionario de la Lengua Española. (2017).

adecuado coeficiente intelectual. Si la persona llega a presentar algunos de estos caracteres puede representar a un individuo incompleto con respecto a terceros, por lo que se llega a catalogar como diferente más que denominarlo persona con discapacidad¹⁴².

En el supuesto de que se llegue a comparar a una persona con discapacidad con una persona que no tiene ningún tipo de discapacidad, se destaca el énfasis, desde una óptica y razonamiento discriminatorio, sobre la presencia de carencias, faltas y las diferencias que pueden existir, reflejados a la vez en los déficits o los límites que tiene la persona con discapacidad, lo cual ha sido considerado una ruptura con el ideal sobre lo que se entiende como un ser humano completo¹⁴³.

Así mismo, y a partir de un discurso médico hegemónico ha sido planteada una perspectiva orgánica-funcional, donde se recalca en la existencia de un déficit en alguna zona del cuerpo humano o su mal funcionamiento, con una marcada dificultad para ejecutar las actividades cotidianas, de manera similar al resto o mayoría de las personas. Acorde a estas diferencias donde se ha enmarcado a la persona con discapacidad en estereotipos de discriminación, mal funcionamiento del organismo e incluso marginación, se ha despojado al individuo de su producción social y remite a la discapacidad hacia un esquema de valoración estrictamente individual, cuyo origen es biológico, y por lo tanto existe una anomalía en el estado de salud y se evidencia varias diferencias individuales.

Desde esta perspectiva la discapacidad como una característica que hace diferente a una o más personas, representa una deficiencia, cuya percepción parte de carencias y un mal funcionamiento del organismo, donde la deficiencia llega a implicar minusvalía sin posibilidad de que la situación pueda ser revertida. Por otro lado, la falta de oportunidades hacia las personas con discapacidad han sido vinculadas directamente a su carencia o déficit de sus capacidades individuales, es decir el sujeto no puede realizar acciones, pensar y comunicarse como los demás.

Este mecanismo de comprensión desarrollado en torno a la persona con discapacidad, que profundiza en tomarlos en cuenta como sujetos diferentes, llega a disminuir a la discapacidad como un hecho eminentemente biológico y son obviadas las condiciones sociales, políticas, históricas, y culturales, con lo cual se niega la

¹⁴² GARZÓN, Karina; GARCÍA, Alix; CARRILLO, María (2015: 3-4)

¹⁴³ MORALES, Paulina; VALLÉS, Beatriz (2013: 189-190).

desproporcionalidad entre lo que se considera una deficiencia y el entorno al que debe enfrentarse aquella con discapacidad.

A partir de cómo la sociedad trata el tema de la diferencia, y si son tomadas en cuenta las diversas formas de discriminación que han existido, ya sea por género, clase social, etnia, por solo resaltar algunos parámetros; en este caso la discapacidad podría variar respecto al tratamiento que se les brinda a estos sujetos. En el supuesto de las diferencias que existen entre las personas, dicha situación trae aparejado la valoración de algunos elementos como la equidad y la inclusión. Estos dos últimos aspectos han sido tratados desde distintos paradigmas en el transcurso de los años, de los cuales destacamos el posestructuralista, a través del cual el reconocimiento de las oportunidades parte del establecimiento de las propias diferencias que existen entre las personas, donde los grupos minoritarios llegan a formar parte activa en la construcción de la política y la diversidad se encuentra orientada a la construcción del diálogo e integración cultural. Por lo tanto, el reconocimiento de diferencias respecto a las personas con discapacidad no puede adoptar una posición discriminatoria e individualista, sino que deberá desarrollarse en el marco de la diversidad que existe entre las personas y especialmente en la construcción de las relaciones sociales¹⁴⁴.

Respecto a la implementación de la integración, cabe indicar que las personas con discapacidad tienen el derecho de desarrollar una participación en los distintos ámbitos de su vida, así como su cotidianidad, dígase integración escolar e integración laboral. Con el objetivo de que las personas con discapacidad renovaran positivamente su situación dentro de la comunidad, diversos estudios se enmarcaron en la necesidad de que estos sujetos debían obtener una participación equitativa dentro de la sociedad, y el debido reconocimiento y potencialización de las diferencias en todas las esferas de la vida¹⁴⁵.

Desde este enfoque cabe resaltar los planteamientos surgidos de algunos organismos internacionales como es la UNESCO, en cuyo caso se llegó a estimar la necesidad de establecer una definición aceptable respecto a la educación inclusiva. Esto trae como consecuencia que la persona con discapacidad llega a ser considerada como sujeto que se integra a determinado contexto, en este caso sería el ámbito escolar, en el que se deberán satisfacer todas sus necesidades. De igual manera la inclusión no puede

¹⁴⁴ QUEREJETA, Miguel (2014: 9-10)

¹⁴⁵ CASADO, Demetrio; EGEEA, Carlos (2012: 1-2).

ser vista como una simple creencia, sino más bien actitud o forma de sentir y de valorar. En la actualidad la inclusión se manifiesta como una nueva alternativa dirigida a la innovación y la atención de las diferencias, así como la complejidad de la discapacidad. En la siguiente tabla podrá apreciarse la inclusión de las personas con discapacidad y los distintos postulados y acciones ejecutadas al respecto.

Acorde a estas definiciones se puede agregar que las personas con discapacidad en el ámbito escolar llegan a identificarse de una mejor forma bajo la modalidad de beneficiarios de programas y acciones asistenciales, y no como protagonistas dentro de los procesos educativos. Por otra parte, tanto los retos, desafíos como los compromisos aún marcan distancia entre lo que se pretende con la inclusión y la realidad que acompaña a la persona con discapacidad.

Tabla 2.

Postulados relacionados con la inclusión social de las personas con discapacidad.

Entidades	Postulados bases	Principios y acciones
Inclusión Internacional	La inclusión no está enfocada en ayudar a las personas a encajar en los sistemas y estructuras que forman parte de la sociedad, sino que llega a proponer una transformación de las estructuras y sistemas con el propósito de que sean mejores para todos. La inclusión tiene como base la conformación de un mundo mejor para todos.	<p>Principios:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Derechos humanos. - Derechos de las personas. - Apoyo familiar. - Integración a la comunidad. - Salud. - Educación. - Autodefensa y autodeterminación. - Opciones de residencia. - Oportunidades de formación profesional y empleo. - Apoyo económico. - Voluntariado. - Evaluación y seguimiento de servicios.
Declaración de Madrid 2002	La inclusión social incluye la no discriminación y la ejecución de las acciones positivas. Para poder alcanzar la igualdad de las personas con discapacidad, deberá existir un complemento del derecho a no ser discriminado con políticas de apoyo y asistencia.	<p>Medidas legales:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Cambio de actitudes y políticas. - Servicios que contribuyan a promover la vida independiente. - Brindar apoyo a las familias. - Brindar un apoyo especial a las mujeres que tienen discapacidad. - Se debe fomentar el empleo como pieza clave de la inserción social.
Instituto Interamericano del Niño	La inclusión representa un derecho que contribuye directamente a que la educación sea un bien con un sentido social.	<p>Logros o aspiraciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Participación plena. - Igualdad de oportunidades. - Sistema de vida independiente. - Autosuficiencia económica.

Fuente: Garzón Díaz, K., García Ruiz, A. S., & Carrillo Araújo, M. V. *Inclusión social: Caracterización de competencias intersectoriales en discapacidad.*

Con respecto a la esfera cultural y el desenvolvimiento de la persona con discapacidad en cuanto a la lógica de superación personal, esto significa que la persona con discapacidad deberá superar sus autolimitaciones y demostrar las capacidades que posee a partir de la previa inclusión en las distintas esferas de la sociedad. Se debe agregar que la persona con discapacidad deberá superar las condiciones de desventaja en las que está inmersa, y donde día a día se lucha por reducir los orígenes de la desigualdad y la exclusión.

Acerca de los posibles planteamientos que se desarrollan en la sociedad se destaca que ésta llega a construirse a partir de la labor desarrollada por ‘personas normales’, por lo que la socialización contribuye a preparar a los individuos hacia preceptos discriminatorios de lo que consideran como normal¹⁴⁶. Según esta ideología o lógica de pensamiento, la inclusión llegará a negar la calidad de “sujetos” a aquellos que resulten diferentes, lo cual influirá directamente en la disminución de la calidad de personas independientes y habilitadas. Cabe agregar que las personas con discapacidad y sus familias han sido objeto de invisibilización por las diferencias que pueden llegar a demostrar, además de que han sido relegados a la no ciudadanía, o sea se les niega a partir de su condición de incapacidad, al respecto la investigadora Avaria Saavedra señaló que: “...esta distinción podríamos afirmar es la que establece el límite de los que quedan dentro y los que quedan fuera”¹⁴⁷.

Según lo expresado por la citada autora y en contraposición a dicho planteamiento, cabría afirmar que resulta necesario construir una visión del sujeto que llegue a orientarse hacia el reconocimiento y la promoción de las diferencias, así como la autodeterminación y las potencialidades en aquellos espacios destinados a la realización personal y colectiva¹⁴⁸. Con el objetivo de alcanzar este grado de inclusión deberá existir mayor grado de igualdad, reflejado en el incremento de la capacidad de los individuos y dentro de la sociedad para disminuir la vulnerabilidad y promover la autonomía de las personas.

Hay que mencionar además que, el carácter emancipatorio de los nuevos paradigmas sociales en los diferentes periodos históricos tal es el caso del posmodernismo ha incitado el desarrollo del principio de reconocer al otro como igual, donde la persona con discapacidad no será discriminada. Las respuestas necesarias para concretar la

¹⁴⁶ SEPÚLVEDA, Andrea (2011: 101).

¹⁴⁷ AVARIA, Andrea (2011: 1-9).

¹⁴⁸ JIMÉNEZ, Juan (2013: 1-11).

inclusión social y con ello erradicar un trato discriminatorio hacia la persona con discapacidad radican en la implementación de políticas democráticas sobre el reconocimiento de los derechos de todas las personas. A la vez esto se manifiesta en que la inclusión no siempre significa la incorporación del sujeto a los ámbitos educativo o laboral, sino que además influye el interés que tenga la persona en participar en los distintos ámbitos que integran la vida social.

Ahora bien, en lo que se relaciona a la discapacidad apreciada como diversidad, se puede destacar primeramente que la diversidad significa variedad, desemejanza y diferencia¹⁴⁹. Si se toma como base esta definición para analizar a la discapacidad traerá como resultado una valoración imprecisa sobre aquellas necesidades inherentes al tratamiento que se le debe brindar a la persona con discapacidad. De igual modo, y desde la percepción que brinda la diversidad hacia la discapacidad, se llega a enfatizar en la variación y no en la carencia o falta que puede tener la persona, también se toman en cuenta los distintos modos de ser que pueden presentarse en cada individuo. Si se continúa con esta línea de pensamiento, se podría afirmar que lo diverso se asemeja con las variaciones que pueden darse entre las personas, ejemplo un defecto, una falla o dificultad en relación con el ideal que se tiene sobre el sujeto. Por otra parte, los individuos llegan a poseer capacidades distintas, cuyas características desde la diversidad no permiten una exclusión de los parámetros identificativos de la normalidad. Estas variaciones que se encuentran dentro de la normalidad llegan a obtener una valoración positiva, esta representa una clara influencia en cuanto al significado de la heterogeneidad que puede existir entre las personas¹⁵⁰.

Es así como, el entendimiento de la discapacidad como diversidad, se ha enmarcado en un discurso liberal de una sociedad pluralista. De esta forma, y unido al reconocimiento de la diversidad, se implementaría una normativa transparente, que a la vez brindaría respuestas coherentes a las necesidades de todos los integrantes de la sociedad, en donde deberá permitirse y albergarse las diferencias que cada persona tiene. En una sociedad donde exista tolerancia respecto a la diversidad, se puede evidenciar patrones de comportamiento estandarizados ante las posibles variaciones que transgredan lo estipulado como convencional o normal, lo cual estará sujeto a una distinción especial y el reconocimiento de capacidades diferentes, así como la existencia de necesidades

¹⁴⁹ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia de la Lengua Española, Madrid (2017).

¹⁵⁰ ARNAIZ, Pilar (2011: 23).

educativas especiales o necesidades educativas específicas, sin mediar discriminación alguna.

La aceptación de la diversidad y la no calificación de la discapacidad bajo elementos discriminatorios, se pone de manifiesto un refuerzo hacia la naturalización de las diferencias, y su amparo bajo el significado de la pluralidad. Del mismo modo, se puede agregar que, la variedad de los sujetos y la amplia presencia de distintas capacidades, intereses y potencialidades, representan la base para llegar a argumentar que cada persona tiene una función dentro del conjunto social y por lo tanto deberá desarrollarla. Todo esto tiene como principal propósito que la sociedad funcione en armonía y con determinado equilibrio. Es así como, este funcionamiento equilibrado de la sociedad como un todo llega a vincularse como complemento hacia las capacidades que tienen uno y otro individuo, por lo que cada función llega a adquirir un sentido dentro de las distintas esferas que integran la sociedad. Si se llega a considerar que la interpretación sobre el funcionamiento de la sociedad y el rol que juega la diversidad, pueden disfrazar funciones, tareas y capacidades que llegan a tener una mayor valoración e importancia socialmente, por otro lado también se ha desarrollado el énfasis en aquellos aspectos positivos que tiene cada persona, independientemente de su discapacidad, reflejado a la vez en una afirmación de los logros y con ello se excluye la desigualdad en las relaciones entre los sujetos.

En todo el contexto en el cual la persona con discapacidad ha sido calificada como diferente bajo una ideología de exclusión, el sujeto normal ha sido concebido como una especie de prototipo de hombre medio, a partir del cual todos deberán ser medidos, señalados, evaluados y clasificados bajo conveniencia. Por lo que la normalidad llega a representar la medida del mundo, y a ello se llega a remitir la dimensión productiva de la norma legal, que generan cuerpos normativos a su medida, y contribuyen a la fabricación de individuos que deberán ajustarse a los requerimientos de la inserción productiva en la vida social. Por lo que todo aquello que no siga este tipo de parámetros es destinado a la exclusión.

La exclusión en sí, y su relación con la discapacidad, ha llegado a adquirir distintas particularidades, estas son: las condiciones estructurales y arquitectónicas que fomentan la discapacidad son constantes y la existencia de una actitud proteccionista hacia aquellos con discapacidad, fundamentalmente. En el tratamiento que se le ha dado tanto a la inclusión como a la exclusión, sobresale la idea de que se trata de una propiedad o

carencia del individuo, el cual llega o no a ser poseedor de algunos atributos considerados fundamentales o necesarios para acceder a esferas como la educación, la profesionalización, la inserción en el mercado laboral, etc. Al mismo tiempo, desde las diferentes esferas de poder se ha llegado a traducir en numerosas ocasiones las relaciones entre inclusión y exclusión como términos de irresponsabilidad o responsabilidad individual, y no como un proceso cultural, social y relacional. Razón por la que, se puede afirmar respecto a la discapacidad como diferencia o diversidad, la polémica en torno a esta y las prácticas constantes de exclusión, representan un proceso cultural y social que conlleva la formación de normas y políticas que llegan a prohibir la inclusión de estos individuos dentro de la sociedad.

1.7.2. La obligación de asegurar el ejercicio de los derechos

En el ámbito del Derecho Internacional, específicamente en el Art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se refleja la piedra angular en la cual descansa el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos¹⁵¹. Es por ello que, resulta una obligación principal de los Estados parte de este instrumento internacional, respetar los derechos y libertades contenidos en este documento, además de llegar a garantizar el ejercicio libre y pleno a toda la persona que se encuentre sujeto a su jurisdicción, sin la manifestación de algún tipo de discriminación. Con el objetivo de que estos parámetros sean cumplidos, los operadores de la justicia ya sean nacionales o internacionales, deberán poseer un claro entendimiento de la normativa en aras de alcanzar la plena efectividad de los derechos y libertades contenidos en este.

Cuando se analiza este instrumento internacional, especialmente sus preceptos sobre las obligaciones vinculadas a los derechos humanos, estas representan para todos los jueces nacionales un derecho que se aplica de forma directa y con un carácter preferente en comparación con las normas jurídicas internas. Respecto a los derechos humanos hay que destacar que, estos son universales, políticos, civiles, económicos, sociales y culturales, los cuales pertenecen a todos los seres humanos, ello incluye a las personas con discapacidad. Al respecto hay que señalar que la persona con discapacidad deberá gozar de sus derechos humanos y libertades bajo iguales términos en comparación

¹⁵¹ Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Pacto de San José, New York, Organización de los Estados Americanos (1978: Art. 1).

con el resto de los individuos que integran la sociedad, sin la manifestación de algún tipo de discriminación.

Así mismo, la persona con discapacidad alcanza a disfrutar de ciertos derechos que se vinculan de forma específica con su estatus, estos son los siguientes:

- Los derechos humanos para el sujeto con discapacidad llegan a incluir derechos indivisibles, interdependientes e interrelacionados.
- A la persona con discapacidad le asiste el derecho a la no distinción, exclusión, restricción o preferencia, basado en su condición con el objetivo de no deteriorar el disfrute de los derechos humanos o fundamentales y las libertades.
- Deberá existir el derecho a la igualdad de oportunidades y la protección plena ante la ley.
- La existencia de un derecho a la salud con un elevado estándar en tratamientos médico, psicológico y funcional, así como la existencia de una adecuada rehabilitación médica y social, y demás servicios que fomenten el desarrollo de las capacidades, habilidades y autoconfianza de cada individuo.
- La protección del derecho a trabajar acorde a las capacidades y potencialidades que tenga cada individuo, además de obtener un salario que contribuya a mantener un estándar de vida adecuado.
- En el tema del cumplimiento y respaldo de los derechos humanos que le asiste a cada persona, organismos internacionales como la Corte IDH han abordado en su jurisprudencia, con un cuidado especial, la obligación que tiene el Estado en cuanto al cumplimiento de los derechos humanos. Un ejemplo de ello sería la sentencia de fondo emitida respecto al caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, en cuyo análisis se llegó a sostener que el Art. 1.1 de la Convención o Pacto de San José resultaba esencial la determinación de si una violación de los derechos humanos, contenidos en este instrumento internacional, podía ser atribuida a determinado Estado, además se alcanzó a especificar las dos obligaciones generales en el ámbito del Derecho Internacional sobre los derechos humanos: la obligación de respetar y la obligación de garantizar los derechos.¹⁵²

¹⁵² Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1988: Párr. 164).

En materia de la “obligación de respeto”, esta tiene por esencia cumplir de forma directa con la normativa establecida, esto puede reflejarse por medio de la abstención en determinado actuar u otorgando una prestación¹⁵³. Esto resulta una consecuencia directa del ejercicio de la función pública y sus respectivos límites, los cuales se relacionan directamente con la atribución de los derechos humanos a cuestiones como la dignidad humana, que a la vez llega a ser superior al poder ejercido por el Estado¹⁵⁴. En el caso específico del respeto y su significado, algunos autores lo han asociado como la obligación que posee el Estado y todos los agentes que lo integran, de “...no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención”¹⁵⁵. De igual manera la Corte IDH dispuso que:

“...la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción del poder estatal”¹⁵⁶.

Las consideraciones antes expuestas se han transformado en pilares del funcionamiento de otros organismos internacionales que tienen como objetivo la protección de los derechos humanos, ejemplo ello sería el Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En lo que se refiere al contenido de la obligación de respetar los derechos fundamentales, esta llegará a enfocarse en el derecho o libertad en concreto. Como parte del engranaje que deberá implementar el Estado para respetar en mandato establecido en la Convención, se encuentran las acciones de cumplimiento, las cuales pueden ser positivas o negativas, a la vez estarán sujetas y determinadas por cada derecho o libertad. De igual modo, esta obligación comprende todos los derechos: políticos, civiles, económicos, sociales y culturales, lo que acorde con su naturaleza conllevan a una fuerte carga prestacional. Para este efecto el Comité de Derechos

¹⁵³ NASH, Claudio (2013: 91).

¹⁵⁴ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras (1988: Párr. 165).

¹⁵⁵ GROS, Héctor (2012: 65).

¹⁵⁶ Opinión Consultiva OC-6/86, con relación a la expresión de la ley, según lo dispuesto por el Art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1986: Párr. 21).

Humanos en “Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos. La índole de la obligación jurídica general impuesta”, en la Observación General Nro. 31 expresa que:

Conforme a esto se ha llegado a establecer que la obligación jurídica de respetar y garantizar los derechos es tanto de carácter negativo como positivo. Los Estados partes de la Convención deberán abstenerse de violar los derechos reconocidos en este instrumento internacional y cualquiera de las restricciones hacia los mismos tendrán que ser permisibles según las propias disposiciones de este documento internacional¹⁵⁷.

Se debe señalar que la obligación de respeto hacia los Derechos Humanos ha excluido el principio de reciprocidad reconocido en el Derecho Internacional clásico, ya que los Estados partes de la Convención de respetar los derechos independientemente de que otro Estado lo ejecute dentro de la respectiva jurisdicción. Esto es una característica de las obligaciones internacionales, o sea su objetividad, la cual a veces resulta perjudicada ante la carencia de reciprocidad cuando los Estados firman o se adhieren a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos. De ahí que, la Corte IDH ha destacado que el Estado deberá prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos humanos, reconocida además por la Convención. Por otra parte, se deberá procurar, el restablecimiento, de representar una posibilidad, del derecho que ha sido violentado y en el caso correspondiente la respectiva reparación del daño, de esta forma la Corte determinó lo siguiente:

“...la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos. La índole de la obligación jurídica general impuesta Observación General No. 31. Comité de Derechos Humanos (2004).

¹⁵⁸ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988: Párr. 167).

Con relación a las obligaciones prestacionales también denominados derechos económicos, sociales y culturales, son aquellos relativos a las condiciones sociales y económicas básicas necesarias para una vida digna y en libertad y son relativas al trabajo, a la salud, a la educación, a la seguridad social, alimentación, derecho al agua, a la vivienda, a un medio ambiente sano o adecuado y a la cultura¹⁵⁹. Estos, están dirigidos principalmente hacia la observancia al Estado en su obligación de otorgarlos y de abstenerse de violarlos o impedir que otros los violen, tomando las medidas necesarias para hacerlos efectivos de forma inmediata pues están basados en el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde se incluye evitar la discriminación por motivos adicionales como la discapacidad, la edad, la nacionalidad, etc. y, el respeto que deberá primar en torno a estas, llega a desempeñar un papel principal las garantías a establecer. De esta forma, y conforme a la obligación de fijar las garantías necesarias en materia de derechos humanos, el Estado no podrá limitarse solo a no incurrir en conductas violatorias de derechos, sino que también deberá emprender acciones positivas. Este tipo de acciones recaen en aquellas que brinden la posibilidad para que las personas sujetas a la jurisdicción de determinado Estado puedan gozar y ejercer sus derechos y libertades¹⁶⁰.

Los DESC a nivel universal son adoptados para fortalecer las acciones por la justicia y contra la opresión, y para ampliar alternativas progresivas para mejorar su ejercicio; por ejemplo, el derecho al trabajo y los derechos de los trabajadores. En el caso de las personas con discapacidad, este derecho ha sido uno de los más conculcados, en especial por la falta e irrespeto a su inserción, se emite por tanto a través de la ley laboral, una acción afirmativa, en el sentido de obligar al empleador, sea este público o privado, a contratar personas con discapacidad, “en labores permanentes que se consideren apropiadas en relación con sus conocimientos, condición física y aptitudes individuales”¹⁶¹. Este mismo principio, lo establece la Ley Orgánica del Servidor Público (LOSEP), propuesto como acción afirmativa, obligados a contratar o nombrar personas con discapacidad; en el caso de esta norma, también obligan a vincular a personas con enfermedades catastróficas.

¹⁵⁹ Una introducción a los derechos económicos, sociales y culturales. Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En línea: <https://www.escri-net.org/es/derechos>. Fecha De consulta: 09 de junio de 2016.

¹⁶⁰ MEDINA , Cecilia (2013).

¹⁶¹ Código del Trabajo (2005: Arts. 42, numeral 33).

Habría que agregar que la Corte IDH llegó a determinar que garantizar el cumplimiento de la obligación de respetar los Derechos Humanos, implica que el Estado deberá adoptar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que perjudiquen el disfrute por parte de las personas de los derechos establecidos en la Convención Americana. Es por ello que, la tolerancia del Estado hacia circunstancias o condiciones que imposibiliten a los individuos tener acceso a los recursos internos, adecuados y destinados a proteger sus derechos¹⁶². Ante ello, es decir a las personas con discapacidad se les otorgará medidas especiales que les permita ejercer sus derechos en igualdad, revertiéndose la condición de vulnerabilidad. En el caso *Comunidad Yake Axe vs. Paraguay*, 2005. Párr. 162, la Corte IDH dispone:

“Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”¹⁶³.

El aseguramiento que debe brindar el Estado para que la persona pueda tener un goce pleno y ejercitar sus respectivos derechos recae en la adopción de un conjunto de medidas de carácter positivo, que a la vez pueden ser desglosadas en generales o especiales. En el caso de las medidas generales, estas se encuentran dirigidas a toda la población y tienen una relación con el deber de asegurar la vigencia de la normativa internacional en el ámbito interno. A partir de esta perspectiva, el Estado tiene el deber de velar porque la normativa internacional llegue a operar dentro de su jurisdicción, por lo cual le corresponde al propio Estado y no a los mecanismos del Derecho Internacional, adoptar decisiones respecto a la vía más adecuada para cumplir con estos preceptos. Ello

¹⁶² Opinión Consultiva OC-11/90, acerca de Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos. Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en la que se menciona a los arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Serie A, No. 11 (1990: Párr. 34).

¹⁶³ *Comunidad Yake Axe Vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005: Párr. 162).

puede darse a partir de la incorporación directa de las normas internacionales o la elaboración de una normativa interna que reproduzca su contenido¹⁶⁴.

En el contenido de la Convención esta obligación que posee cada Estado Parte se encuentra reflejada en el Art. 2 y resulta complementaria con el Art. 1 del propio instrumento internacional. En aquellos supuestos donde existan elementos culturales, religiosos o de otra índole, que lleguen a representar un obstáculo en el goce y garantía de los derechos fundamentales, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas para su erradicación. Respecto a este tema se puede afirmar que representa una obligación de gran importancia, debido a que existen grupos sociales vulnerables que de manera constante presentan afectaciones a sus derechos humanos, ejemplo de ello son las personas con discapacidad.

En estos supuestos el Estado deberá revisar de manera cuidadosa cómo opera la sociedad e implementar políticas que impulsen la efectividad de los derechos humanos para todos los individuos. Sobre este tema algunos autores han estimado que en ocasiones llega a surgir un deber de protección especial, el cual puede ser determinado acorde a las particularidades o a las necesidades de protección que posee el sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por una situación determinada en la que pueda encontrarse¹⁶⁵.

Dicho lo anterior, cabe agregar que la jurisprudencia de la Corte IDH, no solo ha enfocado su labor en el respeto y la garantía de los derechos fundamentales, sino que además el ejercicio y goce de los derechos debe darse sin mediar ningún tipo de discriminación. En lo que se refiere a esta cláusula de no discriminación, prevista en la Convención fue tratada desde un ámbito tradicional o sea desde el derecho a la igualdad ante la ley. Al respecto se ha llegado a estimar que existió la carencia de distinción entre las funciones que deberían desempeñar los artículos 1.1 y 24 de la Convención.

Ante la interpretación del derecho a la igualdad que tienen todas las personas, el trabajo de la Corte IDH se ha caracterizado por valorar los diversos enfoques desarrollados dentro de la sociedad civil respecto a la discapacidad y los Derechos Humanos. En dicha valoración este organismo internacional llegó a demostrar una asociación entre la visión material de la discapacidad y las realidades del entorno en el cual se llega a desenvolver la persona con discapacidad.

¹⁶⁴ MEDINA, Cecilia (2013: 17-18).

¹⁶⁵ Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012: Párr. 134).

Por otra parte, los propios Estados nacionales que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos deberán cohesionar en la esfera de sus decisiones jurisdiccionales, aquellos postulados consolidados respecto al derecho material sobre discapacidad, que a la vez representan una base doctrinal para la defensa de los derechos que le asisten a la persona con discapacidad. Es así como, se puede evidenciar el alcance de dobles beneficios, donde por un lado se destaca la construcción de estándares jurisdiccionales dentro del Derecho Internacional en materia de derechos humanos que influyen positivamente en el desarrollo de principios como el de progresividad directamente vinculado con este tipo de derechos; y en segundo lugar si estos estándares llegaran a ser asumidos de forma adecuada por cada Estado, no existiría la necesidad de que la persona con discapacidad recurriera a los organismos internacionales para hacer proteger sus derechos fundamentales¹⁶⁶.

De igual manera se erige la necesidad de impulsar un proceso de concientización, bajo los parámetros del Derecho Internacional sobre derechos humanos, a través del cual se lleguen a erradicar las diferencias arraigadas entre las personas o grupos sociales que en principio deberían tener derecho a un tratamiento bajo parámetros de igualdad. En el supuesto de que exista un tratamiento diferente, pueden darse las bases para que sea configurada una discriminación negativa, donde en el cumplimiento del derecho a la igualdad se manifiesta el tratamiento a los iguales como iguales y a los individuos que se encuentran en una posición de desigualdad como tal, de lo cual se deriva dos tipos de discriminación: la positiva y la negativa. En el caso de la segunda o sea la discriminación negativa, trae aparejado un ámbito arbitrario ya que llega a introducir una calificación extraña y exclusiva hacia determinada persona o grupo de personas, estableciendo diferencias que realmente no existen. De tal forma que, el carácter distintivo de este tipo de discriminación se concentra en la arbitrariedad donde las personas que resultan ser iguales ante terceros son tratados como desiguales¹⁶⁷.

Por otra parte, la discriminación positiva contempla una admisión respecto al grado de diferenciación, que tiene sus inicios en aquellas condiciones planteadas con relación a dos personas, a la vez este planteamiento tiene como fundamentación niveles razonables de distinción en cuanto a la capacidad o los conocimientos¹⁶⁸. En esta esfera

¹⁶⁶ FIGUEROA, Edwin (2014: 165).

¹⁶⁷ MOLERO, Fernando (2013: 35).

¹⁶⁸ MOLERO, Fernando (2013: 35).

la diferenciación se caracteriza por una interpretación donde los elementos son relevantes y conducen a la identificación de situaciones donde estas no pueden ser igualdades respecto al tratamiento que llevan. Es así como a manera general se puede evidenciar que la discriminación negativa afecta o rompe con aquellas bases ético-democráticas vinculadas a los derechos humanos y por tanto su esencia; por otro lado, la discriminación positiva al destacar diferencias razonables y definidas, que no llegan a ser incompatibles con los postulados del Derecho Internacional en materia de derechos humanos.

Respecto a las controversias que han surgido en materia de discapacidad y los derechos humanos que le asisten a las personas con discapacidad, estas han estado sujetas a una interpretación jurisdiccional donde se ha topado el principio de progresividad de los derechos humanos en las personas con discapacidad, bajo la denominación de personas con diversidad funcional. Es así como la interpretación jurisdiccional de los jueces en materia de derechos humanos ha llegado a topar dos principios sustantivos: el primero recae en el principio de dignidad de la persona lo cual se relaciona con los parámetros ético-democráticos de las condiciones que le asisten a las personas en el desarrollo de su vida diaria, y en segundo lugar se encuentra el principio de progresividad. Ambos principios tienen una interrelación en cuanto a la medida que poseen las decisiones jurisdiccionales sobre derechos humanos, que implica el juzgamiento de la condición humana¹⁶⁹.

De esta forma se puede afirmar que la resolución de causas que impliquen el tema de los derechos humanos deberá responder a un escenario axiológico en cuanto a la determinación de respetar la condición de la persona como individuo social y ser humano. Unido a esto deberá recurrirse a prácticas procedimentales donde existan las debidas garantías judiciales y de protección, acorde a lo establecido en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Conforme a esto, los derechos de las personas con discapacidad requieren de la plena aplicación de los postulados de esta Convención, así como de sus lecturas tangibles, o sea las decisiones emanadas de la labor de la Corte IDH.

Dicho lo anterior, las condiciones materiales que le asisten al cumplimiento de los derechos humanos responden también a la esencia que tienen los derechos fundamentales

¹⁶⁹ Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Respecto a este tipo de jurisprudencia vale destacar el criterio del juez Antonio Augusto Cancado Trindade quien la catalogó en este instrumento como: La centralidad de los derechos humanos.

de las personas con diversidad funcional. Es así como, tanto los derechos como los estándares establecidos a favor de las personas con discapacidad o cuyas funciones son distintas respecto a terceros, no pueden ser objeto de regresión. Sobre este tema jueces como el destacado jurista Ronald Dworkin, han emitido opiniones que afianzan la necesidad de conformar nuevos y mejores estándares en la protección de los derechos humanos¹⁷⁰.

Del mismo modo, se destaca como un elemento insustituible dentro del sistema universal de los derechos humanos que los jueces en su labor jurisdiccional contemplen el elemento ético de los derechos humanos, para reivindicar a las personas sus respectivos derechos en el supuesto de existir una violación o perjuicio, ejemplo de ello sería aquellos individuos víctimas de discriminación por discapacidad. En esta línea de trabajo los jueces de derechos humanos tienen la obligación de hacer realidad la dimensión en cuanto a la protección material de este tipo de derechos que resultan ser inalienables, respecto a lo cual se llegan a exigir decisiones tangibles que fijen límites ante las graves violaciones de los derechos humanos, específicamente a las personas con discapacidad, ya sea hacia personas particulares e incluso al propio Estado. De esta manera los estándares relacionados con la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad les exigen a los jueces establecer las bases para la construcción, difusión y consolidación de dichos derechos, fundamental en el aseguramiento de estos. Este tipo de tareas llegan a materializarse de tribunal en tribunal, específicamente en los Estados Partes de la Convención Americana, en los cuales se fomentará la difusión de políticas tuitivas hacia los grupos sociales afectados.

De ahí que, para alcanzar un efecto óptimo en la protección de los derechos fundamentales de la persona con discapacidad deberá existir la vinculación entre las decisiones emanadas de la Corte IDH con la legislación interna de los Estados parte de la normativa interamericana sobre derechos humanos. Un ejemplo sería el poder legislativo y su relación con la práctica jurisprudencial, en cuyo vínculo se erige la transformación en norma jurídica de las resoluciones judiciales. A partir de este tipo de prácticas, los jueces defensores de los derechos humanos pueden contribuir al apuntalamiento del Derecho Internacional en materia de derechos humanos especialmente en los conflictos que atañan a personas con discapacidad.

¹⁷⁰ RODRÍGUEZ, Manuel (1999: 121).

Si se analiza el caso del niño Furlan y familiares vs. Argentina, este llega a conducir a varias consideraciones emanadas por la Corte IDH cuyo tema principal estuvo enfocado en el surgimiento de la discapacidad como consecuencia de un accidente. En la sentencia emitida por la Corte se narraron los siguientes hechos:

“El 21 de diciembre de 1988, siendo Sebastián Furlan un niño de 14 años, luego de ingresar, con fines de esparcimiento, a un predio abandonado de propiedad del Ejército argentino, al intentar colgarse de un parante, sufre, sobre su persona, la caída de una pieza de metal de alrededor de 50 kilos, golpeándole fuertemente la cabeza con subsiguiente pérdida del conocimiento. Los daños sufridos se extendieron a trastornos irreversibles en las áreas cognitiva y motora, afectándose severamente sus posibilidades posteriores de desarrollo educativo, dadas las características del accidente. Meses después Furlan trata de quitarse la vida por causa de una depresión severa producto de las secuelas psicológicas del accidente. En marzo de 2003, tras un largo proceso judicial, la familia Furlan recibe aproximadamente 40,000 pesos en calidad de indemnización”¹⁷¹.

En el análisis realizado por la Corte se determinó que la responsabilidad del Estado argentino estuvo centrada en una demora excesiva respecto a la resolución de la respectiva acción civil contra el Estado. La respuesta o resolución de esta acción civil respondía directamente al tratamiento médico de la víctima, en su condición como menor de edad con discapacidad. Respecto a dicha situación la Corte IDH estableció que se dio una violación de los derechos respecto a varios parámetros: cumplimiento de un plazo razonable, protección judicial, derecho a la propiedad privada y a ser oído, además se reconoció la responsabilidad del Estado por la falta de participación del funcionario respectivo en cuanto a brindar un asesoramiento adecuado a la víctima menor de edad, y con ello se vulneró el derecho a las garantías judiciales.

Ante las vulneraciones descritas la Corte también consideró que el Estado argentino debió adoptar medidas adecuadas y necesarias en el momento en que la víctima fue diagnosticada con problemas graves y las secuelas que generaron una discapacidad permanente, además de entregar a respectiva documentación a la víctima o familiares

¹⁷¹ Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2012: Párr. 72).

donde constaran los derechos violados y beneficios acorde a la ley a los que debía tener acceso la víctima. Todos estos aspectos fueron incumplidos por parte del Estado argentino.

Por otra parte, se destaca el caso Ximénez López Vs. Brasil, acorde al cual la Corte estableció los hechos siguientes:

“Ximénez López, una persona con discapacidad mental, fallece el 04 de octubre de 1999 en la casa de reposo de Guarapaes, Sobral, Brasil. Su cadáver aparece con signos de violencia, lo cual desencadena una investigación que finalmente conduce a la acreditación de responsabilidad del Estado brasileño en la falta de prevención de cuidados mínimos respecto de una discapacidad mental manifiesta como en el caso de Ximénez, resultando factor contributivo las condiciones inhumanas y degradantes de la hospitalización del señor Ximénez López”¹⁷².

A partir de los hechos expuestos por la Corte se determinó que el Estado brasileño poseía responsabilidad ante la manifestación de una conducta pasiva respecto al desarrollo de una investigación adecuada y el establecimiento de las respectivas garantías judiciales, todo esto conllevó a la materialización de un alto nivel de impunidad. De igual modo, los hechos acontecidos tuvieron como agravante la situación de vulnerabilidad extrema que presentaba la víctima Ximénez López, ante lo cual el Estado no cumplió con la obligación de otorgar una protección especial a los individuos que se encontraban bajo los cuidados de las entidades de salud pertenecientes al Sistema Único de Salud del Estado.

En el desarrollo del proceso se evidencia por parte del Estado brasileño el reconocimiento de su responsabilidad sobre la violación del derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, ambos reconocidos en la Convención Americana, en los artículos 4 y 5 respectivamente. Por otra parte, el Estado también reconoció los hechos que constaban en la demanda vinculados con la muerte del señor Ximenes Lopes. En la valoración emitida por la Corte IDH se enfatizó en la carencia de una supervisión efectiva que permitiera superar las condiciones que motivaron a que se desarrollara el incidente y

¹⁷² Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006)

con ello la muerte de Ximenes Lopes. Todo esto, condicionado además por las condiciones precarias que tiene el sistema de salud en cuanto a la atención de pacientes con problemas mentales en Brasil, lo cual a la vez constituyó una clara violación del deber de protección ejercido por el Estado¹⁷³. Sobre esta situación es necesario destacar que el Art. 2 de la Convención Americana reconoce la creación de un marco normativo que recoja aquellos parámetros destinados al tratamiento e internación que deberán ser adoptados por las instituciones de atención a la salud¹⁷⁴.

Bajo esta misma línea de razonamiento la Corte señaló que los Estados tienen el deber de adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas requeridas con el objetivo de dar cumplimiento a los establecido en la Convención Americana, a la vez ello lleva implícito que la legislación no represente una mera formalidad que se aleja de la realidad. En este caso judicial en cuestión la Corte dictaminó la existencia de una violación y perjuicio por parte del Estado brasileño hacia el señor Ximenes Lopes, y por lo tanto se llegó a imponer en la sentencia, específicamente en la parte resolutoria como una medida complementaria la necesidad de capacitar al personal que labora en los centros de salud con el propósito de brindar una atención eficaz en los casos donde exista la discapacidad mental.

A partir de los casos aquí expuestos se pone de manifiesto que deberá adquirirse conciencia respecto a la presencia de un vínculo indisoluble entre capacidad, derechos humanos y jurisprudencia. Todos estos elementos aquí expuestos brindan la posibilidad de conformar una visión diferente respecto a la discapacidad, donde las distinciones presentes en modelos como la prescindencia y rehabilitación han podido ser superadas. Frente a ambos modelos se presenta como una alternativa viable el modelo social, aunque existe aún un margen en el que se llega a discrepar sobre la definición de la discapacidad.

No obstante, el contenido expuesto en el modelo social representa un avance considerable para brindar una adecuada protección a los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. De igual manera, la labor de los jueces resulta trascendental en la construcción de una dogmática amplia en cuanto a la progresividad de los derechos humanos, exigencia que en la actualidad ha manifestado resultados tangibles, con lo cual los jueces detentan la responsabilidad de afianzar los estándares de protección de los derechos fundamentales que posee cada persona, incluido a la persona con discapacidad.

¹⁷³ Caso Ximenes Lopes vs. Brasil (2006)

¹⁷⁴ Caso Ximenes Lopes vs. Brasil (2006: Párr. 68).

Cabe agregar que la Corte IDH ha trazado y consolidado una línea de protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, además de que han sido definidas líneas de interpretación que evidencian una vinculación para los Estados parte en su respectiva jurisdicción nacional. Todo este conjunto de ideas ha contribuido a la conformación de una cultura nueva sobre la universalidad de los derechos de las personas con discapacidad. Ahora bien en el caso del Ecuador, acorde a su norma suprema este constituye un Estado Constitucional de Derechos, por lo que por medio de su marco normativo llegan a ser establecidos un conjunto de principios legales y constitucionales como el respeto, la protección y garantía de los derechos humanos, además se consagra una atención prioritaria para aquellas personas que han pertenecido a grupos donde tradicionalmente han estado expuestos a prácticas discriminatorias y a la exclusión, ejemplo de ello son las personas con discapacidad.

En este sentido resulta de vital importancia poder entender la aplicación del principio de igualdad y no discriminación de una forma transversal en cada política y acción que se llegue a adoptar. De una manera más específica la aplicación del principio de igualdad y no discriminación, y dada la situación de exclusión que ha prevalecido para las personas con discapacidad, la Constitución ecuatoriana llega a prever el derecho a recibir una atención prioritaria y especializada tanto en los ámbitos público como privado; esta norma suprema alega que las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad¹⁷⁵. Esto significa que existe el deber u obligación por parte del Estado ecuatoriano de adoptar las medidas correspondientes para garantizar a las personas con discapacidad un ejercicio pleno de sus derechos, y para ello deberán ser tomados en cuenta obstáculos específicos que deben ser enfrentados en el día a día por las personas con discapacidad.

En este sentido cabría decir que tanto la legislación como la institucionalidad están directamente relacionadas con la protección de las personas con discapacidad, y ambos

¹⁷⁵ Constitución de la República del Ecuador. Asamblea Constituyente del Ecuador (2008: Art. 35).

elementos han desempeñado un rol clave en los avances alcanzados. Primeramente, se destaca la aprobación en el año 1992 de la Ley sobre Discapacidades, esta norma legal contribuyó a impulsar la atención en el ámbito interinstitucional hacia la persona con discapacidad, basado fundamentalmente en un nuevo enfoque de derechos y la creación de una entidad destinada atender las necesidades de las personas con discapacidad, o sea el Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS).

Esta institución tuvo como características principales su autonomía y la rectoría en torno a las políticas y acciones hacia las discapacidades. Como otra de las funciones inherentes a esta entidad se destaca la coordinación de acciones públicas y privadas, así como el impulso de investigaciones cuyo tema esté centrado en la discapacidad. Posteriormente con la aprobación del Decreto Ejecutivo No. 06 del año 2013 fue creada la Secretaría Técnica de Discapacidades relacionada directamente con el poder ejecutivo, específicamente con la vicepresidencia de la República.

Esta institución o Secretaría detentó la responsabilidad de promover y asegurar el goce pleno de los derechos de las personas con discapacidad en el país¹⁷⁶, principalmente a través del establecimiento de una coordinación interinstitucional e intersectorial. Un año antes de la aprobación de este decreto ejecutivo fue promulgada la Ley Orgánica de Discapacidades, cuyo objetivo principal fue garantizar la plena vigencia y ejercicio de los derechos de los grupos sociales donde existen diversas discapacidades, además de que fueron previstos varios fines relacionados directamente con los principios constitucionales, entre los que se destaca la eliminación de toda forma de discriminación por razones de discapacidad, la igualdad de oportunidades, la conformación de la responsabilidad social colectiva, participación en inclusión, atención prioritaria y la aplicación del sentido más favorable y progresivo de aquellas disposiciones legales destinadas a la protección de las personas con discapacidad¹⁷⁷.

La naturaleza de esta ley sustantiva resulta ser orgánica y ello se debe al énfasis que se evidencia en el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación y su rol en el ejercicio de los derechos que le asisten a la persona con discapacidad. Hay que agregar el papel a desempeñar por algunos órganos como la Defensoría del Pueblo, en el marco de competencias que la propia ley le confiere, en cuya labor se destaca la emisión

¹⁷⁶ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo. Asamblea General de las Naciones Unidas (2006).

¹⁷⁷ Ley Orgánica de Discapacidades. Asamblea Nacional, Quito (2012: Arts. 35, 66.4, 340 341).

de medidas de protección para el cumplimiento obligatorio, tanto del sector público como el privado, de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad; por otra parte este organismo podrá sancionar la inobservancia de dichas medidas y emitir la respectiva solicitud a las autoridades competentes para que juzguen y sancionen las infracciones cometidas.

“A más de las acciones particulares o de oficio contempladas en el ordenamiento jurídico, la Defensoría del Pueblo, dentro del ámbito de su competencia, vigilará y controlará el cumplimiento de los derechos de las personas con discapacidad, con deficiencia o condición discapacitante. Podrá dictar medidas de protección de cumplimiento obligatorio en el sector público y privado y sancionar su inobservancia; así como, solicitar a las autoridades competentes que juzguen y sancionen las infracciones que prevé la Ley¹⁷⁸.

Cabe agregar que lo dispuesto obra sin perjuicio de la reparación que corresponda como consecuencia de la responsabilidad civil, administrativa y penal a que pueda haber lugar. Para la ejecución de las sanciones pecuniarias, se podrá hacer uso de la jurisdicción coactiva”.

Otro de los avances a nivel normativo sería la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad, aprobada en el año 2014. En esta norma legal se estipuló la creación del Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades, cuyo organismo colegiado reemplazó al CONADIS en cuanto a funciones y por ello tiene la responsabilidad de promover la protección de los derechos de las personas con discapacidad.¹⁷⁹

A nivel normativo cabe destacar la ley penal ecuatoriana vigente donde la discriminación es tipificada como un delito, y lo establece así:

“...que salvo los casos previstos como políticas de acción afirmativa propague practique o incite a toda distinción, restricción, exclusión o preferencia en razón de nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual,

¹⁷⁸ Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Asamblea Nacional, Quito (2019: Art. 100).

¹⁷⁹ Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad, Asamblea Nacional, Quito (2014: Art. 7).

identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad o estado de salud con el objetivo de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Si la infracción puntualizada en este artículo es ordenada o ejecutada por las o los servidores públicos, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años”¹⁸⁰.

Además, en la Ley Orgánica de Comunicación son adoptadas un conjunto de medidas que favorecen el derecho de acceso a la comunicación a las personas con discapacidad:

“Derecho al acceso de las personas con discapacidad. - Se promueve el derecho al acceso y ejercicio de los derechos a la comunicación de las personas con discapacidad. Para ello, los medios de comunicación social, las instituciones públicas y privadas del sistema de comunicación social y la sociedad desarrollarán progresivamente, entre otras, las siguientes medidas: traducción con subtítulos, lenguaje de señas y sistema braille. El Estado adoptará políticas públicas que permitan la investigación para mejorar el acceso preferencial de las personas con discapacidad a las tecnologías de información y comunicación”¹⁸¹.

Por otra parte, la operatividad de organizaciones nacionales en materia de derechos humanos bajo los parámetros constitucionales que dicta la norma suprema, establece la defensa y protección de los derechos fundamentales de todos y todas, ante lo cual se une el trabajo desempeñado por la Defensoría del Pueblo la cual ejerce a nivel nacional un conjunto de funciones en las que destacan el trabajo por la igualdad y no discriminación, así como la atención prioritaria que requieren las personas con discapacidad.

De una forma más específica algunas de las acciones ejecutadas por la Defensoría del Pueblo en materia de discapacidad son las siguientes: a) publicación de textos

¹⁸⁰ Código Orgánico Integral Penal, Asamblea Nacional, Quito (2014: Art. 176).

¹⁸¹ Ley Orgánica de Comunicación, Asamblea Nacional, Quito (2013: Art. 37).

relacionados con el derecho a la igualdad y no discriminación; b) creación de la Dirección Nacional del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura un órgano que vela por el cumplimiento de los derechos de aquellos individuos privados de la libertad; y c) receptación de denuncias ante la vulneración de los derechos.

En este sentido las denuncias que han sido presentadas por las personas con discapacidad principalmente han correspondido a violaciones sobre el derecho a la igualdad y no discriminación¹⁸². En el caso de las barreras que obstruyen el goce efectivo y ejercicio de los derechos a las personas con discapacidad, vale señalar que a pesar de los avances alcanzados en el tema de los derechos de las personas con discapacidad y la obligación que tiene cada Estado en su cumplimiento, resulta evidente que este grupo social debido a las condiciones o diversidad funcional que poseen aún encuentran limitaciones en el acceso a los diversos servicios de atención pública, principalmente en cuanto a la calidad.

A modo general, el acceso que tiene la persona con discapacidad a los diversos entornos, los cuales pueden abarcar desde la existencia de una infraestructura incluyente hasta elementos tecnológicos vinculados a la información y comunicación, son parámetros que el Estado deberá tomar en cuenta para poder lograr los niveles deseados y exigidos por los estándares internacionales en materia de discapacidad y acceso universal. Otros servicios que se incluyen en los derechos que tiene la persona con discapacidad sería el tema de la salud y la seguridad social, ambos aspectos en la actualidad representan todo un reto al cual el Estado deberá mejorar en los servicios. El primer punto que señalar sería la existencia de dificultades para encontrar personal adecuado y capacitado en el momento de brindar servicios bajo parámetros de calidad y enfoque en la igualdad de los derechos. En segundo lugar, se plantea como meta la eliminación de limitaciones en el acceso de las personas con discapacidad hacia una adecuada seguridad en el servicio de salud.

En lo que respecta a los casos donde se evidencia discriminación, la Defensoría del Pueblo desempeña un papel fundamental, ya que en sus labores se ha exhortado al resto de instituciones públicas y privadas a reconocer los derechos de las personas con discapacidad, como universales, interdependientes e indivisibles, ante lo cual se erige la necesidad de eliminar aquellas barreras que eviten una participación plena y efectiva en

¹⁸² Boletín Derechos Ahora No. 044, Defensoría del Pueblo, Quito (2017).

la sociedad a la persona con discapacidad. Es así como, en el país se ha establecido una política basada en la Constitución donde todas las personas son iguales y por lo tanto gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Por otra parte, la existencia de personas que presentan circunstancias de vulnerabilidad requiere de una protección especial y atención prioritaria, y es una obligación del Estado asegurar el ejercicio de sus derechos.

1.8. Las personas con discapacidad y los derechos humanos.

La discapacidad es una cuestión de derechos humanos. Repito: la discapacidad es una cuestión de derechos humanos. Los que padecemos una discapacidad estamos hartos de que la sociedad y nuestros conciudadanos nos traten como que si no existiéramos o como si fuéramos extraterrestres. Somos seres humanos con el mismo valor y reclamamos los mismos derechos... Cuando se les pregunta, la mayoría de las personas, incluidos los políticos y otras autoridades, están de acuerdo con nosotros. El problema es que no son conscientes de las consecuencias de este principio y no están dispuestos a adoptar las medidas correspondientes¹⁸³.

Para entender los derechos humanos de las personas con discapacidad, iniciaremos haciendo varias reflexiones del significado de derecho humanos y tener una perspectiva clara de los valores que sustentan su misión:

Leah Levin, nos dice que “la noción de derechos humanos constituye el reconocimiento de que el ser humano, simplemente por serlo, tiene un derecho inherente e inalienable. Se trata de un derecho moral que se deriva del hecho de que el hombre es un ser humano, y a su vez garantiza la dignidad de cada individuo.”¹⁸⁴

¹⁸³ Informe de la Relatora Especial de la Comisión de Desarrollo Social sobre discapacidad, relativo a la vigilancia de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, Organización de las Naciones Unidas (2009).

¹⁸⁴ Los derechos humanos y la comunidad internacional, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (1978) En línea: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000074795_spa, Fecha de consulta: 5 de mayo de 2019.

En la obra *Derechos Humanos, Estado de Derechos y Constitución*, de Antonio Pérez Luño, dice que los derechos humanos son “Un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”¹⁸⁵.

“Son garantías jurídicas universales que protegen a los individuos y los grupos contra acciones y omisiones que interfieren con las libertades y derechos fundamentales y con la dignidad humana”¹⁸⁶, los derechos humanos son inherentes a la persona y están fundados en el respeto a la dignidad y el valor de cada ser humano. Emanan de valores humanos apreciados y comunes a todas las culturas y civilizaciones.

Una definición que hace Luis Fernando Astorga Gatjens, en la obra “*Guía Básica para comprender y utilizar la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*”, dice:

*“Los derechos humanos son garantías jurídicas que protegen a las personas y grupos de personas contra los actos de los gobiernos, que afectan a las libertades fundamentales y a la dignidad humana. Las normas de derechos humanos obligan a los gobiernos a hacer determinadas cosas a favor de las personas y el pleno disfrute de sus derechos y les impiden hacer otras, que limiten, restrinjan o condiciones el goce y disfrute de sus derechos”*¹⁸⁷.

Hemos referido entonces que los derechos humanos son valores, de lo cual coinciden las conceptualizaciones que hemos anotado; “esos valores forman la base sobre la que se apoya un complejo sistema de libertades fundamentales respaldadas y promovidas por la legislación internacional sobre derechos humanos. La discapacidad desafía a la sociedad a vivir de acuerdo con sus valores y encomienda al derecho internacional la tarea de lograr un cambio positivo”¹⁸⁸.

Como vemos, los derechos humanos se apoyan en los principios de igualdad, equidad, dignidad, que permitan una convivencia pacífica y la sociedad participe

¹⁸⁵ PÉREZ, Antonio (2018: 140).

¹⁸⁶ *Indicadores de Derechos Humanos: Guía para la medición y la aplicación*. Organización de los Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado (2012).

¹⁸⁷ ASTORGA, Luis (2007: 7).

¹⁸⁸ QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia (2002: 11).

directamente en todos los asuntos que atañen el desarrollo de las personas con discapacidad; que sus oportunidades, sean consideradas y apreciadas en términos lo más justos y considerando la atención y desarrollo integral conforme los que le pertenecen al ser humano, con las especificidades propias que demandan esa condición de discapacidad.

Demandar derechos humanos, no sólo porque son inherentes a las personas; es decir, no sólo porque le pertenecen, y están dispuestos hacia el respeto a la dignidad y el valor de cada ser humano, sino que tienen que estar dirigidos como valores humanos hacia todos en común, hacia todas las culturas y civilizaciones. Ellos, me refiero a los Derechos Humanos, principalmente están presente y plasmados en una serie de instrumentos o tratados internacionales de alcance universal, así como aquellos de orden regional, contenidos que han sido trasladados a las constituciones de los países suscriptores que protegen formalmente los derechos fundamentales y libertades humanas básicas.

Garantizar los derechos humanos, definitivamente permite el acceso a la titularidad de los derechos, invitando a ser reconocidos a nivel global, incluso por encima de cualquier valor o consideración alguna, que implique su desconocimiento.

Tengamos presente que los derechos humanos constituyen el marco referencial mediante el cual se mide el avance o el retroceso de la organización política, económica y social de cualquier sociedad, sin duda muchos derechos se han desarrollado sobre la base de necesidades, pero un enfoque de derechos agrega obligaciones morales y legales, además de responsabilidad. No mira a las personas como objetos del derecho sino como sujetos que tienen derechos y responsabilidades.

Las características de los derechos humanos, han sido analizadas por sinnúmero de investigadores de los organismos internacionales y de la sociedad civil, y son coincidentes en que son universales e inalienables, están interconectados y son interdependientes e indivisibles.

Plasmados los derechos humanos en diferentes instrumentos internacionales, estos han sido firmados y ratificados como nunca antes en la historia de la humanidad, con ello estamos denotando que todo el universo está pendiente de su cumplimiento. A la vez de la firma y ratificación positiva de los instrumentos internacionales, en muchos de los casos también se han firmado otros que son regresivos a los de derechos humanos que se acogió, tales son, por ejemplo los de libre comercio que se aplican indiscriminadamente

o aquellos de orden punitivo, donde su aplicación genera vulneración de garantía penales y procesales, más cuando los Estados que acogen estos últimos, ceden derechos a países que ofertan su “desarrollo”, que en su mayoría resultan ser hegemónicos y avalan a empresas o agencias internacionales y que son dirigidos hacia la violación de los derechos de la naturaleza, por ejemplo, y que esto repercute en los derechos humanos de las personas; ya Bobbio expresa que el derecho no ha sido capaz de ser una norma de conducta que impida o prevenga violaciones a los derechos humanos y la destrucción de la naturaleza; planteó el reto de los derechos humanos son su protección (y no su fundamentación una vez que ya están reconocidos)¹⁸⁹.

Desde el punto de vista metodológico algunos autores, de la misma forma, con un enfoque más tradicional, agrupan a los derechos humanos por generaciones, en atención a las características esenciales o principales de la problemática que abarcan: Los de primera generación, derechos civiles y políticos, citamos a los que hace referencia a los relativos a la integridad, protección de la libertad, seguridad social e integridad en todos los aspectos de la persona; encontramos el derecho a la vida, a no ser maltratado ni torturado, a no ser sometido a servidumbre o esclavitud, a la libertad y seguridad de la persona, derecho a la intimidad, inviolabilidad del domicilio y correspondencia, libertad de pensamiento, religión y conciencia, etc. Los derechos políticos, se refieren a la libertad de opinión, de asociación, de elegir y ser elegidos, y de demandar a las autoridades públicas.

Los de segunda generación, es decir los derechos económicos, sociales y culturales, tiene por objeto fundamental garantizar el bienestar económico, el acceso al trabajo, a la educación y a la cultura; aquí también encontramos a los derechos denominados sociales o colectivos, que benefician a grupos humanos y no en particular y son de aplicación progresiva porque a través de ello, se puede exigir su cumplimiento en la medida de las necesidades o de conformidad con la capacidad de realización, sin que ello signifique excusa para su incumplimiento o retraso en otorgar el derecho que les corresponde y como está estipulado. Estos derechos son los que incluyen el derecho al trabajo, a crear empresas, libertad sindical, vivienda, recreación, cultura, derecho a la salud, a la educación, entre otros.

¹⁸⁹ ÁVILA, Ramiro (2011: 28).

Los denominados de tercera generación o derechos de los pueblos, promovidos en la intención de incentivar el progreso social y elevar el nivel de vida de todos los pueblos, en los que se destacan la soberanía de los países, la autodeterminación, la paz y la seguridad, avances en la ciencia y la tecnología, temas ecológicos y del medio ambiente, el derecho al desarrollo y más.

Se invocan los derechos humanos, para que sean respetados, protegidos y hacerlos efectivos, son importantes no sólo para conocer su definición, sino para identificar a sus titulares y que los tienen las personas solo por el hecho de ser seres humanos a título individual y colectivo, los que además deberán ser considerados por los agentes también obligados a hacer lo necesario para lograr su disfrute. “La legislación de derechos humanos obliga al Estado y a otros garantes de derechos a no vulnerar o poner en peligro las libertades fundamentales y los derechos de las personas y adoptar las medidas necesarias para que se realicen”¹⁹⁰.

Hacerlos efectivos los derechos humanos significa “adoptar medidas progresivas que permitan el disfrute efectivo del derecho y para ello se necesita facilitar y poner los medios necesarios para su realización”.¹⁹¹

Se distinguen los derechos humanos en las disposiciones relacionadas a la obligación de no discriminar, “que con el devenir de los tiempos, los factores de desigualdad y discriminación han sido múltiples y de muy variada índole”¹⁹², entre ellos, los que están inmersos las diferencias empíricas del género y orientación sexual, de muy actual debate; en cuestiones étnicas, de comunidad, pueblos, nacionalidades y colectivos que van más allá de las cuestiones raciales; los de discapacidades; los de movilidad humana, por la edad; por su estado civil; en fin por “cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos, por decir unos pocos”¹⁹³.

¹⁹⁰ Indicadores de Derechos Humanos: Guía para la medición y la aplicación, Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (2012).

¹⁹¹ ASTORGA, Luís (2007: 13).

¹⁹² CAICEDO, Danilo; PORRAS, Angélica (2010: xxi)

¹⁹³ Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente (2008: Art. 11, numeral 2).

“Ante esta situación, los Estados, la sociedad y en general todas las personas, nos encontramos en la obligación de hacer frente, de manera inmediata y con una visión integral, la problemática de la discriminación y la desigualdad que nos rodea”¹⁹⁴.

No sólo revisar las situaciones actuales en las que se encuentran inmersas ese importante grupo de personas, sino deberá considerarse desde lo histórico, de la costumbre y los hechos que impidieron que se cumplan los derechos humanos y, no solo porque así lo permitían las normas, sino porque las mismas familias y sociedad lo ocasionó, por falta de decisión y comprensión de que había que adoptar posiciones desde el ejercicio de los derechos.

En la historia la igualdad, la libertad y la ciudadanía son reconocidas como principios liberatorios de la vida social. El principio de responsabilidad, por ejemplo, donde los servidores públicos deberán actuar conforme sus mandatos, no deberán hacer lo que no están llamados a hacer, bajo las prevenciones de ley y bajo la posibilidad de ser sancionados y sometidos al derecho de repetición, que se ejerce en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas, cuando “el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos”¹⁹⁵.

La desigualdad y la exclusión tienen entonces que ser justificadas como excepciones o incidentes de un proceso social que en principio no les reconoce legitimidad alguna. Y frente a ellas, la única política social legítima es aquella que define los medios para minimizar una y otra; ello se explica que los principios de emancipación apuntan hacia la igualdad y la integración social y los principios de regulación, en cambio, rigen los procesos de desigualdad y de exclusión producidos por el propio desarrollo capitalista; entonces, la desigualdad implica un sistema jerárquico de integración social. Quien se encuentra abajo está adentro, y su presencia es indispensable; por otro lado, la exclusión presupone un sistema igualmente jerárquico pero dominado por el principio de la exclusión: se pertenece por la forma como es excluido.

¹⁹⁴ CAICEDO, Danilo; PORRAS, Angélica (2010)

¹⁹⁵ Constitución de la República del Ecuador (2008: Art. 11).

Pero qué es la igualdad en sencillos términos, Para Roberto Saba en su obra *Igualdad Estructural*, que cita a Mariano Moreno, se entendía la igualdad como principio opuesto a la opresión y a la imposición de cadenas visibles o invisibles, esta igualdad de que nos habla, continua la cita: “la igualdad entendida como inexistencia de opresión, sometimiento o, usando un lenguaje más moderno, exclusión, alude al imperativo moral de una igual libertad como precondition de la autonomía de las personas, a lo que Isaiah Berlin, en su conferencia dictada en Oxford decía que si la libertad individual es un último fin del ser humano, nadie puede privar a nadie de ella, y mucho menos deben disfrutarla a expensas de otros. “Igualdad y libertad, no tratar a los demás como yo no quisiera que ellos me trataran a mí, resarcimiento de mi deuda a los únicos que han hecho posible mi libertad, mi prosperidad y mi cultura; justicia en sus sentido más simple y más universal: estos son los fundamentos de la moral liberal.”

La igualdad no significa tratar a todos los individuos del mismo modo. Tratar igual no significa tratar a todas las personas como si fueran las mismas¹⁹⁶, es necesario establecer una distinción, por lo que estamos llamados, todos, desde el Estado, quienes conformamos la sociedad y la familia a tratar a las personas de modo diverso.

Ya no aquellos criterios desde la perspectiva de la caridad, de la solidaridad ‘per se’, sino los derechos humanos, equivalente a considerarles como sujetos y no como objetos, ello ocasionó que se dejara de verlos como problemas, como carga a la sociedad, como castigo divino, entre otros.

Eran vistos como un problema, y de esa misma forma había que resolver las diferentes situaciones a las que estaban expuestos, por ello el manejo de la perspectiva desde los derechos humanos contempla o significa situar los problemas fuera de la persona, tal vez pensar que el problema era la sociedad, el problema eran los diferentes procesos o posiciones económicas, las administraciones estatales y demás, que no identificaron que haciendo respetar los derechos y cumpliéndolos, no hubiera desatada semejantes violaciones de décadas tras décadas de años en los que se han sumergido esos seres humanos carentes inclusive de afecto, expuestos a discriminación e intolerancia.

Se ocasiona entonces los necesarios debates sobre los derechos de las personas con discapacidad, no los que como dádiva o por pena tenga que otorgárselos, sino porque le pertenecen, con aplicación de mecanismos para garantizar su efectivo cumplimiento y

¹⁹⁶ SABÁ, Roberto (2007: 61)

sobre todo en igualdad de condiciones, sin discriminación, sin distinción, exclusión o restricción motivada en una característica innata o adquirida de la/s persona/s cuyo basamento es un perjuicio, y 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 tipo¹⁹⁷.

Veremos más tarde los diferentes derechos, desde la instrumentalización en los tratados internacionales, que están concebidos desde los principios de la no discriminación y bajo diferentes razones que menoscaben o anulen el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos.

A estos principios de no discriminación, también se han sumado aquellos específicos de la discapacidad como el concepto de autonomía y libre determinación que demanda que la persona con discapacidad sea consultada sobre las decisiones que se van a adoptar y que le incumben o afectan.

Respecto de las decisiones a tomarse, Morales V. Juan Pablo en su artículo Los nuevos horizontes de la participación, citando a Rafael González Ballar, indica que la participación ciudadana es “un proceso gradual mediante el cual se integra al ciudadano en forma individual o participando en forma colectiva, en la toma de decisiones, la fiscalización, control y ejecución de las acciones en los asuntos públicos y privados, que lo afectan en lo político, económico, social y ambiental para permitirle su pleno desarrollo como ser humano”¹⁹⁸.

Entonces, tomar decisiones significa tomar parte en el quehacer público, con la activa participación en la formulación, planificación, ejecución, seguimiento y evaluación de estrategias y políticas públicas; así como también en formar parte en los niveles de poder donde desde ese nivel actuar a favor de mejorar las oportunidades, condiciones, ajustes normativos, etc.; es decir no ser ciudadanos pasivos que reclaman derechos comunes para todos, sino activos que con su participación se producen cambios y que las autoridades o quienes tengan que cumplir con el ejercicio de los derechos y garantías, cumplan en beneficio de la sociedad.

¹⁹⁷ Ley 23.592, Penalización de Actos Discriminatorios, Congreso Nacional, Buenos Aires (1988: Art. 1).

¹⁹⁸ MORALES, Juan Pablo (2008: 157)

Se han plasmado las normas de no discriminación en diferentes instrumentos, los mismo que establecen la creación de órganos de vigilancia para su cumplimiento, podemos citar por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto de Derechos Civiles y Políticos; la Convención contra la Tortura; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; todas estas de orden general y en particular, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Contra Todas las Formas de Discriminación de las Personas con Discapacidad, a las que se suman las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad¹⁹⁹.

Estas normas, no solamente fueron diseñadas para contribuir a los procesos de sensibilización y las buenas prácticas frente a los derechos humanos de las personas con discapacidad y de estimular esos cambios positivos que se requieren, sino que se encuentren formas determinantes de sostenerlos al subrayar que la responsabilidad recae en los Estados y la obligación de preparar, presentar y garantizar que los ajustes razonables que se propongan, sean apropiados y necesarios y justifique actuar para la defensa de los derechos de las personas con discapacidad.

Los derechos humanos de las personas con discapacidad, su protección, su atención se visualiza cuando los Estados con sus instituciones y siendo Partes de los instrumentos internacionales, se preocupan en esos derechos humanos de la personas con discapacidad, a ellos se suman las entidades privadas como las organizaciones no gubernamentales (ONG), encargadas de promocionar y proteger esos derechos, con actividades inicialmente de sensibilización y más tarde en contextos para construir los mecanismos para la exigibilidad y el cumplimiento de los derechos.

Estas acciones para la exigibilidad y promoción de los derechos, tiene que hacerse en absoluta coordinación con las entidades gubernamentales, pues con ellos es que se deben establecer los medios para los ajustes estratégicos desde las disposiciones internacionales, así como los debates y cambios internos, en especial para la construcción de las políticas de Estado y la participación del ámbito legislativo.

¹⁹⁹ Resolución 48/96 Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, Organización de las Naciones Unidas (1993).

También analicemos la igualdad jurídica, Ferrajoli, en su obra *Igualdad y Diferencia*, la refiere como “un principio normativo sobre la forma universal de los derechos que se ha convertido sea fundamentales: del derecho a la vida a los derechos de libertad, de los derechos políticos a los sociales, hasta ese meta derecho que es el derecho a la igualdad, es decir, el tratamiento igual ante la ley. Decir que un determinado derecho es fundamental quiere decir que ‘todos’ son igualmente titulares del mismo, de donde se deriva a las dimensiones de la igualdad jurídica”²⁰⁰, que depende, “por un lado, de la extensión de las clases de sujetos (todos) a que se refiere la igualdad; por el otro, de la cantidad de los derechos que le son reconocidos y garantizados de forma universal. Bajo ambos aspectos”, dice, “universalismo de los derechos fundamentales e igualdad jurídica son exactamente la misma cosa”; y, a manera de conclusión, afirma que “la igualdad jurídica no será nunca otra cosa que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho, de que los titulares son entre si diferentes”²⁰¹.

Ello, nos confirma lo que hemos venido analizando, los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, son de directa aplicación para “todos” como lo menciona Ferrajoli. La norma constitucional es jurídica y directamente aplicable por cualquier persona, autoridad o juez, porque la igualdad jurídica, “es precisamente una de las primeras manifestaciones de las libertades individuales” y cita a Rawls “que los derechos sociales promueven que el valor de la libertad llegue a ser igual para todos, como igual es la atribución jurídica de esa libertad”²⁰².

Este capítulo ha buscado identificar que no todos los modelos y calificaciones a través del tiempo son iguales. Por consecuencia de ello, para cada una de las épocas, la discapacidad era considerada conforme el trato que le daba el paradigma vigente. Se ha detallado que no todas las discapacidades son iguales y poseen sus características intrínsecas, las mismas que tienen su distinción y merecen un trato diferenciado en el derecho. Del mismo modo, todas las discapacidades, a pesar de sus diferencias entre sí, en el derecho, son calificadas desde el modelo médico-asistencialista, y consecuentemente, este enfoque arrastra al resto de concepciones que la sociedad crea hasta la actualidad, comprobando que tendrá una alta influencia en debates a futuro. A

²⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi (2005: 16): *Igualdad y diferencia*. En línea: <http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/M0002-01.pdf>. Fecha de consulta: 6 de mayo de 2015.

²⁰¹ FERRAJOLI, Luigi (2005: 17).

²⁰² CAICEDO, Danilo; PORRAS, Angélica (2010: 105)

pesar de que así sucede en la actualidad, a corto plazo, la valoración de las discapacidades debe analizarse no solo en el contexto médico, psicológico, social económico, sino debe tomarse en cuenta el entorno integral en el que se desenvuelve la persona con discapacidad y su sociedad. Con esto, se busca aclarar lo que ocurría con las discapacidades, los modelos o enfoques, los tipos, su forma de calificación y lo que, a nuestro parecer debe suceder respecto de la forma de abordar el tema, que debe ser con sus características propias y muy particulares.

Capítulo II

La protección jurídica internacional de las personas con discapacidad

2.1. Evolución histórica de los instrumentos jurídicos internacionales, en relación a las discapacidades.

Para hablar de la evolución histórica de los instrumentos internacionales, nos vamos a referir a partir de la Gran Guerra, que está relacionada estas fechas con la introducción de las primeras normas jurídicas en materia de seguridad social, por ejemplo, que origina en las discapacidades un gran cambio de paradigma, donde los soldados de esta conflagración bélica, muchos sufrieron un sinnúmero de tipos de mutilaciones y que a propósito de ello, surgieron también leyes de orden laboral, como suceso importante. A ese momento se mantiene todavía el modelo médico rehabilitador, que indaga las causas de la discapacidad y el rol de estas personas en la sociedad²⁰³. Al hablar del sistema médico, nos referimos a que se buscaba curar a la persona con discapacidad y/o esconder de alguna forma esas condiciones de discapacidad a fin de ser insertados en la sociedad, de lo contrario, eran sujetos de encierros, maltrato y marginalidad al no encontrar respuestas claras de condición y sus diferentes tipos de manifestaciones.

Pero es en la Segunda Guerra Mundial, donde se sientan las bases de la protección de los derechos humanos, sin que todavía cambie el modelo rehabilitador, se establece que la discapacidad, radica en la deficiencia de la persona y con ello se plasma la forma de análisis del origen de las dificultades; prohibiéndose además luego de esta guerra, las prácticas y experimentos médicos deshumanizantes y sino, por el contrario, apegados al respeto de su dignidad y sus derechos, término definido por la “comunidad internacional, en particular, a nivel de las Naciones Unidas como reacción a los resultados destructivos de la segunda Guerra Mundial.”, que ocasionó que nos preguntásemos “sobre la injusticia, el sufrimiento y la opresión así como la denegación de un método de vida que da lugar a tal sufrimiento.”, junto a otras situaciones de preocupación para la comunidad internacional que fue, entre otras, “la discriminación basada en la etnia, la tortura y la pobreza son todos acontecimientos antiguos e incluso la lucha contra estas injusticias remonta a tiempos muy lejanos”²⁰⁴.

²⁰³ PALACIOS, Andrea (2010: 37-59).

²⁰⁴ Presentación del Consejo Nacional de Derechos Humanos. Consejo Nacional de Derechos Humanos, Reino de Marruecos (2017) En línea: <https://www.cndh.ma/es/presentacion/presentacion-del-consejo-nacional-de-derechos-humanos-cndh>. Fecha de consulta: 5 de mayo de 2018

Luego de esta guerra, varios países ajustaron sus legislaciones con relación a proteger los derechos humanos, ya no individualmente, sino en términos colectivos, entonces se codifican esos derechos humanos e inician con el derecho a la vida, la libertad, la dignidad y la igualdad ante la ley²⁰⁵.

Las Naciones Unidas en su Asamblea General en 1948, adopta la Declaración Universal de los Derechos Humanos, capaces de formar una base en la justicia, la paz y la seguridad internacional, se trata entonces del punto de partida en la era moderna para la emisión de los demás instrumentos internacionales, de uno más importante que otro, de uno con más aplicación por la necesidad actual que otros; de hecho las Naciones Unidas, trata de forma expresa el tema de las discapacidades en 1950, es la Comisión Social, órgano subsidiario del Consejo Económico y Social, refiere en dos informes a la discapacidad física, así como a lo relativo al Programa Internacional para el Bienestar de los Ciegos y emite “programas específicos de rehabilitación y tratamiento para las discapacidades físicas y visuales”²⁰⁶, que la Organización transmitió a los Estados exclusivamente centrados en esos dos aspectos de la discapacidad, la física y la sensorial y con un carácter médico-rehabilitador asistencialista, persistiendo el trato desde políticas de beneficencia o caridad, percibiendo a la persona con discapacidad todavía como un sujeto pasivo, carente de ser partícipe de las decisiones relacionadas con su condición.

Para la década de los años 60, se inicia un proceso de reorientación de esas políticas que habíamos hablado y comienza a través de los movimientos sociales la búsqueda de la integración social de las personas con discapacidad. Al final de la década se logra la *Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social*, donde se hace referencia a las discapacidades física y a los mentalmente impedidos, todavía bajo las concepciones asistencialistas y se corrobora ello cuando en ninguno de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (1966), se hace referencia alguna a la temática de las discapacidades.

Las Naciones Unidas, a través de su Asamblea General, identifica esta situación e inicia un proceso de reconocimientos y reorientación de este asunto, y es en 1971 que se adopta la Declaración de los Derechos del Retraso Mental, constituyendo el primer instrumento que reconoce derechos de las personas con discapacidad como sujetos de

²⁰⁵ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Organización de los Estados Americanos (1948).

²⁰⁶ BIEL PORTERO, Israel (2009: 152).

derechos, sin dejar todavía de considerar a los individuos con problemas médicos y sujetos de atención por parte de los Estados.

El Art. 1 establecía que “el retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos”, por primera vez en este documento se considera a las personas con discapacidad como iguales frente a los derechos de los demás, pero con limitaciones para su plena aplicación, es en el sentido de que si la persona con discapacidad no es capaz o se encuentra impedida gravemente, se limitarán e inclusive se suprimirán derechos y se adoptarán salvaguardas jurídicas que les proteja contra el abuso.

Estas salvaguardas, como así mismo lo establece la Declaración, serán revisadas periódicamente a fin de no caer en estereotipos o arbitrariedades, permitiéndose por tanto apelaciones o revisiones de la situación o del estado de la persona ante estamentos superiores debidamente acreditados para cada efecto, pues como lo refiere el Art. 6, prevé la obligación de proteger a estas personas contra toda explotación y todo abuso o trato degradante. Sigue denotándose circunstancias médicas al hablar de retrasados, con lo que justificaba la necesidad de apoyos de terceras personas e inclusive de instituciones, que, por estas circunstancias normativas, lo hacían justificadamente.

En 1981, la Asamblea General de las Naciones Unidas, anuncia como el Año Internacional de los Impedidos (Resolución de la Asamblea General 31/123 de 16 de diciembre de 1976), en búsqueda de una mayor integración y participación de las personas con discapacidad en la vida social, ello como antecedente a lo que después se adoptaría el Programa de Acción Mundial para los Impedidos, que promueva “medidas eficaces para la prevención de la incapacidad, la rehabilitación y la realización de los objetivos de participación plena de los impedidos en la vida social y el desarrollo y de igualdad”. Se declara a esta época también el Decenio Mundial de las Naciones Unidas para los Impedidos, con el afán de impulsar el desarrollo y ejecución de las actividades dispuestas en el Programa de Acción Mundial. Me permito hacer un corto análisis, como cuando nos referimos al retraso mental, aquí refiere al impedido, cito a la Declaración de Derechos de los Impedidos, al expresar “toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales” persiste en el modelo médico como una deficiencia de las facultades físicas y mentales,

que incapacitan a la persona de llevar una vida normal, sin consideraciones o pretender reconocer sus derechos y el ejercicio de los mismos.

Es necesario mencionar que como resultados del Decenio se presentó en 1993 el informe de los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad, a través del Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección a las Minorías, que no se plasmaron lamentablemente los propuestos esperados, que entre otros era elaborar una convención sobre discapacidades, por lo que para suplir ese vacío, se adoptan las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (1993), instrumento que a pesar de no ser considerado como vinculante, por el contrario, se constituye como el modelo social para la atención de las personas con discapacidad.

Por el hecho de no ser vinculante, se mantiene a las personas con discapacidad bajo una suerte de permanentes dificultades a nivel universal, sin respeto e imposibilitados del ejercicio de sus derechos, por ello se hacía necesario cada vez más de la emisión de un tratado específico con tenga por objeto la protección de derechos, de ello parte entonces la emisión de la Resolución 56/168, de la Asamblea General, que establece un Comité Especial propuesto a “impulsar una convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, sobre la base de un enfoque holístico de la labor realizada en las esferas del desarrollo social, los derechos humanos y la no discriminación, y teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos y de la Comisión de Desarrollo Social.”, Comité del cual nos referimos ampliamente al inicio de este trabajo de investigación.

Como resultado de este trabajo del Comité Especial o también llamado Comité Ad Hoc, durante el sexagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (Resolución de la Asamblea General 61/106 de 13 de diciembre de 2006). “Se trata del primer instrumento amplio de derechos humanos del siglo XXI y la primera convención de derechos humanos que se abre a la firma de las

organizaciones regionales de integración. Señala un ‘cambio paradigmático’ de las actitudes y enfoques respecto de las personas con discapacidad”²⁰⁷.

Antes de referirnos a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, revisemos otros instrumentos que fueron parte de la construcción de este Tratado, revisemos las “Directrices de Tallin para el Desarrollo de los Recursos Humanos en la Esfera de los Impedidos”, en esta Reunión Internacional en Tallin se aprueba una estrategia de nueve puntos, con el propósito de promover la participación, la capacitación y el empleo de las personas con discapacidad (Resolución de la Asamblea General 44/70 de 8 de diciembre de 1989). Se destaca que ya se refiere al modelo social y sobresale la consideración de las personas como “agentes de su propio destino y no seres necesitados de protección” y conminando a que los Estados adopten este enfoque, es decir el modelo social o de derechos humanos en sus políticas y programas gubernamentales.

Los nueve puntos de los que hablamos, se destacan: que las personas con discapacidad puedan participar socialmente como ciudadanos de pleno derecho; se impulse el fomento desde las comunidades locales la participación de las personas con discapacidad y sus familias en la organicidad gubernamental y no gubernamental; se incorpore la materia de discapacidad en todas las administraciones públicas para la elaboración de políticas y programas; de igual forma el fomento de la educación y capacitación en su formación, así como la capacitación al personal docente; la rehabilitación y capacitación en el empleo; la creación de fondos específicos para sufragar sus gastos necesarios para su actuaciones; sensibilización a la comunidad en especial para superar la estigmatización que enfrentan las personas; aprovechamiento de nuevas tecnologías para aplicarlas en el ámbito de las discapacidades; y, impulso a la cooperación regional e internacional.

Lamentablemente, este documento con muy buena estructura y enfoque, no fue tomado mucho en consideración, se trataba igual sin fuerza vinculante y se quedó en buenas intenciones, sin mayor repercusión y quedó solamente referencial.

De igual forma es necesario revisar otro documento denominado como ‘no convencional’, son los “Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental”, adoptado por la Asamblea General

²⁰⁷ Personas con Discapacidad. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Organización de las Naciones Unidas. En línea: <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/convencion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-2.html> . Fecha de consulta: 1 de octubre de 2015.

(Resolución 46/119 de 17 de diciembre de 1991) que establece las libertades fundamentales y los derechos básicos de las personas con discapacidad en el ámbito de la salud mental, contiene 25 principios; se reconoce principalmente en este documento la conceptualización de cierta terminología, en la intención de unificar los conceptos, en especial lo relativo al término de enfermedad mental frente a la discapacidad intelectual, definiéndose particularmente que al fin deben las dos precisar cuidados como de salud mental, y se define como “discapacidad mental” y ya no como enfermedad mental, tratándose con humanidad y con respeto a la dignidad inherente de la persona humana, recordándose que tienen “derecho a ejercer todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”²⁰⁸.

Veamos entonces la normativa “de naturaleza convencional” y por tanto vinculantes para aquellos Estados que los han adoptado para su aplicación. Ésta ha partido desde el régimen de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que están establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Pacto Internacional de los derechos Civiles y Políticos (1966), que entra en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad del artículo 49 por haber los Estados ratificado dicho instrumento, persigue la protección de los derechos humanos, individuales y libertades fundamentales, en condiciones de igualdad, eliminando todos los obstáculos a fin de garantizar el ejercicio de los derechos, sin menoscabo o restricción alguna de los derechos humanos fundamentales, entre otros derechos así lo reza el Art. 2.1, “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”, nada refiere en específico sobre la garantía de los derechos de las personas con discapacidad, sino lo hace en un sentido muy amplio al proteger la vida como inherente de la persona humana; de su integridad al prohibir la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes; la prohibición a la esclavitud; el derecho a la seguridad en relación a la protección contra el arresto y las detenciones arbitrarias; el derecho a la

²⁰⁸ LACHWITZ, Klaus; BREITENBACH, Nancy (2002: 5).

equidad procesal; a la libertad de expresión, conciencia y religión; y, a elegir y ser elegidos. Sin duda entonces podemos colegir que está dirigido a proteger la libertad de las personas y que los Estados Partes se comprometan a garantizar a que en el caso de que los derechos de las personas hayan sido violados, tengan la garantía al interponer un recurso y que éste sea efectivo y se comprometa a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el Pacto.

Sobre la aplicación de este Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, cuando referimos que es un instrumento que su objetivo es proteger la libertad y de ella se desprende la prohibición de respetar a la persona humana, su integridad y prohibición de tratos crueles e inhumanos, la Comunicación Nro. 480/1991: Ecuador. 15/08/96 CCPR/C57/D480/1991 del Comité de Derechos Humanos, emite un dictamen al tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, en su 57 período de sesiones, lo presenta José Luis García en contra del Estado Parte Ecuador:

“La denuncia alega que ha sido víctima de una violación del artículo 3 del Pacto, en relación con el artículo 26, basándose en las dificultades que tuvo para obtener los servicios de un abogado, según afirmaba, debido a su homosexualidad. Alega así mismo haber padecido reiteradas violaciones del artículo 7, ya que fue objeto de torturas y malos tratos a raíz de su detención; por el hecho de haber sido detenido y encarcelado arbitrariamente, se ha violado el artículo 9; que su juicio no fue imparcial, conculcándose su derecho establecido en el artículo 14 del Pacto. Los hechos, relata el autor, que fue detenido después de una supuesta violación a D.K. extranjera, alegando que es inocente y que nunca había tenido relaciones sexuales con una mujer porque es homosexual, sosteniendo que fue acusado culpable a pesar de las pruebas en contra contenidas en la declaración de la propia víctima; denuncia también el autor que la víctima de la violación presentó un examen de laboratorio (sangre y semen) de muestras tomadas a ella y de muestras de sangre y cabello tomadas a él contra su voluntad, que identificaban la presencia de un enzima que no se encuentra en el caudal sanguíneo del autor. Con el fin de demostrar este hecho, el autor solicita al Tribunal que ordene que se

le realizara un examen de su propia sangre y semen, lo que el Tribunal denegó; y, el autor se queja de las dilaciones en el proceso, en particular de que su apelación en casación no fuera resuelta en plazo legalmente establecido y que luego de más de dos años y medio de espera, al fin renuncia a ese recurso, para obtener la libertad condicional”²⁰⁹.

Este caso sucedió en contra del Ecuador, el Comité de Derechos Humanos, decide favorablemente la admisibilidad y solicita al Estado Parte presente los documentos relativos a ese proceso y las resoluciones y fallos pertinentes. En el examen de la cuestión en cuanto al fondo, el Comité de Derechos Humanos, dispone que el Estado Parte tiene la obligación de dar reparación efectiva al autor, esto entraña una indemnización y que el Estado Parte asegure que no se repetirán tales violaciones en el futuro.

Otro caso más sucedido en contra del Ecuador, al amparo del Protocolo de los Derechos Civiles y Políticos, resuelto por el Comité de Derechos Humanos, en su 59 período de sesiones: Comunicación Nro. 481/1991: Ecuador. 24/04797. CCPR/C/59/D/481/1991, denuncia presentada por Jorge Villacrés Ortega, el autor expone:

“Que es carpintero de profesión y fue detenido por agentes de la policía, que encontraron en sus bolsillos menos de un gramo de cocaína y lo arrestan bajo sospecha de tráfico de cocaína, declarándolo culpable de todos los cargos y es condenado a ocho años de prisión, que luego de apelar ante la Corte Suprema de Justicia, ésta anula la sentencia y es conducido a un programa de rehabilitación para toxicómanos. En este caso se refleja que por parte de la policía fue sometido a tratos crueles y degradantes, observándose señales de golpes en la espalda, los brazos y el estómago. Afirma que fue torturado por funcionarios de prisiones a raíz de un intento de fuga de sus compañeros de celda, el informe médico establece que “...presenta una inflamación por eritema en ambos párpados debido a la introducción de ají y gas; conjuntivitis con lagrimeo y prurito;

²⁰⁹ Caso García Vs. Ecuador. Dictamen al tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos. Comité de Derechos Humanos (1997).

múltiples señales negras redondas en su abdomen y tórax resultantes de la aplicación de descargas eléctricas, hematomas en el muslo y escoriaciones en la pierna... ”²¹⁰.

Alega violación al artículo 7 por haber sido sometido a tortura y malos tratos después de su arresto; a pesar de no haber invocado el artículo 10 sobre el trato humano y debido respeto a la dignidad inherente a la persona, el Comité lo analiza junto al artículo 9 sobre el arresto y detención arbitraria.

Como podemos observar en estos dos casos, lo efectivo que puede ser la aplicación y amparo de este Tratado, que por la violación del derecho de las personas, el Estado Parte puede ser identificado como responsable de la violación de varios derechos, en estos casos de las personas que hemos relatado, por lo que es resuelto que deberá “...facilitar una reparación efectiva y obligatoria en caso de que se haya determinado que se ha producido una violación.”

Este Pacto, junto al de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales con sus Protocolos, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, constituyen o forman la “Carta Internacional de Derechos Humanos”²¹¹; por tanto revisemos también lo que constituye el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 2200^a (XXI), de 16 de diciembre de 1966; este Tratado multilateral reconoce derechos y establece mecanismos para la protección de la población y para que los Estados realicen acciones hacia el respeto de sus derechos, los derechos contenidos en este documento internacional, se ha considerado que son *derechos de desarrollo progresivo*, referidos así en función de las actividades que las personas desarrollan o de las categorías de individuos a la que pertenecen, ello debido a la edad, por ejemplo, o por cualquier otro motivo que merezca un trato especial de la ley. Entre los principales derechos que se garantizan con este instrumento son la educación, la alimentación, la salud, la vivienda, el trabajo, la cultura.

²¹⁰ Caso Villacrés Vs. Ecuador, al amparo del Protocolo de los Derechos Civiles y Políticos. Comité de Derechos Humanos (1997)

²¹¹ MEZA, Jorge (2006) En Línea:

http://www.academia.edu/4722049/evolucion_historica_de_pactos_y_tratados_de_derechos_humanos.

Fecha de consulta: 5 de mayo de 2018

En el Pacto, su artículo uno, se refiere a la libre determinación de los pueblos, con ello está definiendo el ámbito en el cual el pueblo se desenvolverá, su condición política y a su desarrollo económico, social y cultural. El ejercicio de los derechos ciudadanos de participación en la toma de decisiones, que van de la mano al participar en la administración y acceso a la economía, el empleo, al desarrollo social y cultural; ello implica que el Estado respete sus organizaciones, cualesquiera sean éstas desde la conformación cultural, social, de creencias, etc., entendiendo que los titulares de los derechos son las colectividades respetadas de su forma de organización social, de sus creencias y demás expresiones propias y muy particulares como miembros únicos y a la vez diversos en las latitudes del mundo; podemos afirmar la importancia para nuestra sociedad de este Instrumento debido a su conformación intercultural y plurinacional, donde cada población tiene sus costumbres, su sistema y visión del mundo.

Con lo que hemos revisado, establece el Pacto los derechos humanos de las personas, “relativos a las condiciones sociales y económicas básicas necesarias para una vida digna y libertad, y hablan de cuestiones tan básicas como el trabajo, la seguridad social, la salud, la educación, la alimentación, el agua, la vivienda, un medio ambiente adecuado y la cultura”.²¹²

Además de constituirse estos derechos como obligaciones para el Estado, están dispuestos hacia el aseguramiento de su cumplimiento en beneficio de las colectividades y que conduzcan a la justicia económica, el bienestar social, la participación y la igualdad.

A través de la rendición de cuentas, los Estados Partes demostrarán la plena realización de los DESC, respetando los mismos, es decir absteniéndose de violarlos; protegerlos con el objeto de impedir que otros los violen; tomar medidas necesarias como las legislativas, asignar recursos necesarios y aspectos administrativos que favorezcan a la población; y, la asistencia y cooperación internacional.

En este contexto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, organismo creado para desempeñar las funciones de supervisión del Pacto, está conformado por expertos independientes, encargados de analizar los informes periódicos

²¹² Una introducción a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En línea: <https://www.escr-net.org/es/derechos> Fecha de consulta: 14 de agosto de 2016.

de cumplimiento sobre la manera cómo los Estados han ejercitado estos derechos, al final expresarán sus preocupaciones y recomendaciones en forma de observaciones finales.

En este documento internacional, a diferencia del de los Derechos Civiles y Políticos, sí hace referencia a las personas con discapacidad. En su 11 período de sesiones (1994) en la Observación General Nro. 5., cita lo siguiente:

“1. La comunidad internacional ha subrayado a menudo la importancia central del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en relación con los derechos humanos de las personas con discapacidad. Por eso el examen de la aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos y Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos, hecho por el Secretario General en 1992, llegara a la conclusión de que "la discapacidad está estrechamente vinculada con los factores económicos y sociales", y que "las condiciones de vida en vastas zonas del mundo son tan sumamente precarias que la atención de las necesidades básicas de todos, es decir, alimentación, agua, vivienda, protección de la salud y educación, debe ser la piedra angular de los programas nacionales". Incluso en países que poseen un nivel de vida relativamente elevado, a las personas con discapacidad se les niega a menudo la oportunidad de disfrutar de toda la gama de derechos económicos sociales y culturales que se reconocen en el Pacto”²¹³.

Así mismo expresa que la Asamblea General a través del Comité del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “...fiscalicen el cumplimiento de los Estados Partes, de su obligación de lograr que las personas con discapacidad puedan disfrutar plenamente de los derechos correspondientes.”

En esta Observación general, ya utiliza la expresión “persona con discapacidad” y no la expresión persona discapacitada, para evitar confusión de que la persona que tiene esta condición, pueda ser considerada como carente de capacidad personal de funcionar como persona. A pesar de que todavía no refiere explícitamente a la persona con discapacidad, aclara que la Declaración de los Derechos Humanos, “reconoce que todos los seres humanos han nacido libres e iguales en dignidad y en derechos y, como las

²¹³ Observación General No. 5. Organización Mundial de la Salud, Ginebra, (1994).

disposiciones del Pacto se aplican plenamente a todos los miembros de la sociedad, las personas con discapacidad tienen claramente derechos a toda la gama de derechos reconocidos en el Pacto”²¹⁴.

Esta Observación general también refiere que debe garantizarse “el ejercicio de los derechos que en él se enuncian (en el Pacto), sin discriminación alguna” basada en determinados motivos específicos “o cualquier otra condición social” se aplica claramente a la discriminación basada en motivos de discapacidad.

Se puede atribuir desconocimiento y falta de importancia a la fecha de la redacción del Pacto, que no se haya tratado explícitamente esta cuestión de las discapacidades, lo que se “*corrigió*” más tarde cuando en otros instrumentos de derechos humanos, se considera, tales en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En la actualidad, por el contrario, se definen estas cuestiones de discapacidades, sus derechos y garantías en instrumentos específicos que las protegen y promueven.

Establece esta Observación, que la discriminación, se produce *de jure o de facto*, manifestándose de forma directa o de formas más sutiles, “como por ejemplo la segregación y el aislamiento conseguidos mediante la imposición de impedimentos físicos y sociales”, refiere también una importante conceptualización: “como una discriminación que incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, o negativa de alojamiento razonable sobre la base de la discapacidad, cuyo efecto es anular u obstaculizar el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales sobre una base de igualdad con las personas que no tiene discapacidad”.

Por parte del análisis también hace referencia de la situación jurídica de las personas con discapacidad, que sigue siendo precaria; por lo que se hace necesario que las legislaciones proporcionen a las personas con discapacidad la posibilidad de recursos judiciales apropiados que procuren una vida digna, independiente y de libre determinación.

²¹⁴ Observación General Nro. 5. (1994)

Este Pacto y su Comité desempeñan un papel muy importante dentro de la promoción y protección de los derechos, destacando el seguimiento y observancia del cumplimiento del Tratado, que a pesar de no referir a las discapacidades en particular, lo ha hecho en consideración de las personas como seres humanos y puntualizando los sucesos que a través de las formas de discriminación les sucede a las personas con discapacidad, buscando su protección y fomento, especialmente de su independencia.

Estos instrumentos, son los principales dentro del sistema universal. En cambio, por el sistema interamericano, se destaca la Carta de la Organización de Estados Americanos (1948) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).

La Carta de la OEA, se establece con el propósito de fortalecer “dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”²¹⁵, pretende en mayor énfasis “lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia” ello en el propósito de afianzar la seguridad de los Estados miembros, a través de la paz la seguridad en el Continente; en cambio, en relación a la persona humana este instrumento no menciona con mayores contenidos, refiere que los derechos fundamentales sean aplicados “sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”²¹⁶ y como principio también la eliminación de la pobreza crítica y desarrolla particularmente la necesidad de que las personas gocen de sus derechos económicos, sociales y culturales, así como sus derechos civiles y políticos²¹⁷.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), en cambio se perfila reconociendo los derechos esenciales del hombre fundamentados en los atributos de la persona humana y su protección internacional y que los derechos solamente pueden restringirse en los casos previstos en la ley y lo hace en relación a la aplicación de varios derechos como aquel referido a los derechos de reunión, libertad de asociación y otros.

²¹⁵ Declaración Americana de los Derechos de Hombre (1948: Art. 41). Organización de los Estados Americanos.

²¹⁶ Declaración Americana de los Derechos de Hombre (1948: Art. 3.1).

²¹⁷ Declaración Americana de los Derechos de Hombre (1948: Art. 3.f)

Decíamos que los derechos son inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado²¹⁸, por tanto, el respeto a los derechos se convierte en una obligación de los Estados a ser cumplido sin restricciones, inviolables, y a ser aplicados directamente; “así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”²¹⁹. El ejercicio del poder estatal, está delimitado en las diferentes normativas que rigen para cada Estado internamente y se encuentran supeditados también a las acciones de cumplimiento. Se registra también la obligación de respetar los derechos como un deber del Estado “de impedir o hacer todo lo racionalmente posible para impedir que se violen los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado por parte de cualquier persona, pública o privada, individual o colectiva, física o jurídica”²²⁰. No solamente será de obligación del Estado el garantizar el ejercicio pleno de los derechos, sino que deberá existir o crearse acciones afirmativas en pro de los derechos de las personas que han sido consideradas como vulnerables, marginales, etc. a través de la historia.

2.2. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (CDPD)²²¹ representa la consagración de un modelo en torno a los derechos humanos para un sector vulnerable de la sociedad y además, se conceptualiza al sujeto de derechos desde una perspectiva amplia que tiene como base elementos determinados a partir de la implementación del modelo social, el cual fue desarrollado en la segunda mitad del Siglo XX. De esta manera la discapacidad se manifiesta como la consecuencia de la interacción con barreras que llega a experimentar una persona que presenta deficiencias físicas, sensoriales, intelectuales o mentales, a partir de lo cual se genera un impacto específico en cuanto al desarrollo de una participación efectiva y plena en las diversas esferas que integran la sociedad.

Esta Convención fue aprobada por consenso en la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, constituyéndose como lo dijera el Vicesecretario

²¹⁸ Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Corte Internacional de Derechos Humanos (1988: Párr. 165).

²¹⁹ Opinión Consultiva OC-6/86 acerca de la Expresión Leyes en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Corte Interamericana de Derechos Humanos (1986).

²²⁰ GROS, Héctor (2012).

²²¹ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas (2006).

General, Mark Malloch Brown, en nombre de Kofi Annan, y como lo anotáramos anteriormente: “El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI en ser adoptado, el tratado que se ha negociado con mayor rapidez en la historia del derecho internacional y el primero que surgió del cabildeo emprendido por internet”. Se trata de un instrumento amplio e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad y, aborda principalmente las prácticas y tratos discriminatorios que afectan a las personas con discapacidad.

La aprobación de esta convención ha permitido la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, quienes históricamente han sido víctimas por abusos y violación de sus derechos, no siendo incluso consideradas como personas sujetas de esos derechos que cualquiera otra persona tiene.

Este Tratado, fue diseñado para contribuir a los procesos de sensibilización y las buenas prácticas frente a los derechos humanos de las personas con discapacidad y de estimular esos cambios positivos que se requieren, sino que también se encuentren formas determinantes de sostenerlos al subrayar que la responsabilidad recae en los Estados y la obligación de preparar, presentar y garantizar que los ajustes razonables que se propongan, sean apropiados y necesarios y justifique actuar para la defensa de los derechos de las personas con discapacidad.

Recoge no solamente los derechos de las personas con discapacidad, sino las obligaciones que deberá asumir y cumplir los Estados Partes, esto es promover, proteger y asegurar esos derechos. Se encuentra establecido también el mecanismo de aplicación, lo estipula a través de dos estructuras: el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, quien supervisará la aplicación, el seguimiento y cumplimiento de la Convención; y, la Conferencia de los Estados Partes, organismo encargado de examinar cuestiones relacionadas con esa aplicación. La Convención pone de manifiesto que está estructurada en dos elementos principales: la igualdad y no discriminación y los derechos diversificados para este grupo social o colectivo. Es necesario agregar que la materialización de una infra protección hacia las personas con discapacidad, unido a la vigencia de los tratados emitidos en materia de derechos humanos anteriores a esta Convención, se erigió como una necesidad la expresión diversificada de los derechos reconocidos en estos instrumentos desde una nueva percepción o paradigma de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

La Convención también contemplan diversas innovaciones jurídicas hacia las personas con discapacidad, ejemplo de ello sería la accesibilidad, la rehabilitación y el derecho a la vida independiente, esto último reflejado en la inclusión de las personas con discapacidad dentro de la comunidad, todos estos elementos constituyen un impulso para el análisis de la naturaleza de este tipo de derechos contemplados en la Convención. Por otra parte, a través del Comité de Expertos de esta Convención se ha constituido en un organismo que ejerce tareas como la revisión de informes de los Estados Partes, para lo cual se llega a utilizar un proceso extenso y con un marco regulatorio donde son incluidas observaciones finales que contemplan a la vez las recomendaciones a aplicar. De igual manera este organismo recepta y monitorea aquellas denuncias individuales ante violaciones graves de los derechos humanos.

Este instrumento internacional tiene especial trascendencia no solo por su contenido innovador, sino que a diferencia de otras declaraciones sobre los derechos humanos y principios generales establecidos por la ONU, como ejemplo la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, que han servido de fuente de inspiración para la conformación de leyes en varias naciones pero que no han tenido fuerza normativa; esta Convención si representa un instrumento jurídico con carácter obligatorio. Ello significa que la Convención no representa una mera declaración o recomendación, sino que se erige como un pacto internacional de obligatorio cumplimiento para los países que lo ratifiquen.

El contenido de la Convención no llega a diferir de manera radical del contenido de otros instrumentos internacionales que le precedieron. En cuanto a sus principios generales estos son: el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, la libertad de tomar decisiones propias, la independencia de terceros, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad, la igualdad de oportunidades, la accesibilidad, la igualdad entre hombre y mujer, y el respeto a la evolución de las facultades de los menores de edad con discapacidad y el derecho de estos a preservar su identidad ²²².

Los objetivos de la Convención sobresalen por proteger, promover y garantizar el disfrute efectivo, pleno e igualitario del engranaje de derechos humanos que poseen las

²²² Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas (2006).

personas con discapacidad, para lo cual son contempladas un conjunto de acciones positivas, que a la vez llegan a separar o diferenciar a este instrumento internacional de otros instrumentos normativos emitidos previamente en el transcurso de los años. A modo general, se puede afirmar que se trata de la implementación de una nueva ideología para encarar el tema de la discapacidad, el cual ha sido abordado de forma tradicional de una forma exclusiva basado en el desarrollo de políticas sociales de corte asistencial o sanitario, evidenciado a la vez en la adopción de prestaciones y no en el reconocimiento de derechos. Todas estas prácticas tradicionales fueron propias del modelo médico, rehabilitador o proteccionista dirigido al tratamiento de la discapacidad. Por último, se destaca que posterior a un largo periodo de lucha por la reivindicación de los derechos fundamentales la persona con discapacidad y su familia constituyen individuos visibles en la sociedad, donde los Estados que han ratificado esta Convención han adoptado el compromiso de aprobar nuevas normas legales y derogar aquellas que imposibilitan a la persona con discapacidad su integración plena y efectiva a la sociedad.

Preámbulo de la Convención describe los principios y los motivos y consideraciones hacia donde está dirigida esta norma, y es desde los postulados de las Naciones Unidas, de reconocer la dignidad de las personas y el compromiso de respetar los derechos y asegurar las garantías frente a la discriminación como máxima expresión de la exclusión social.

Los principios, de alguna forma son los que se han plasmado en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, salvo en la Convención sobre los Derechos del Niño, que refiere expresamente a la discriminación por motivos de discapacidad, en los otros, lo hace en términos generales con disposiciones que protegen al ser humano contra la discriminación. A pesar de no ser explícita la referencia de las discapacidades en los instrumentos de derechos humanos, entendemos que la discapacidad está implícita, me explico de la siguiente forma: en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, se encuentran establecidos los derechos que les ampara y son ejecutados en favor de todas las mujeres, entonces deberá entenderse que también son de beneficio y ejercicio para las mujeres con discapacidad.

Por el hecho de ser vinculante, los Estados Partes que se adhirieron, se comprometen a ajustar sus legislaciones a los postulados de este Tratado, se trata de un refuerzo a esas normativas locales, inclusive en el caso de que no hubieran efectuado esas reformas en sus leyes locales; por tanto, quedan reconocidos los derechos humanos de las

personas con discapacidad que han sido marginadas por la sociedad y gocen de una verdadera igualdad, encaminando sus esfuerzos por parte de los Estados a crear un entorno favorable donde se asegure una real accesibilidad a todos los bienes y servicios.

2.2.1. Estados Parte

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como hemos dicho, fue adoptada el 13 de diciembre de 2006, sucedió durante el Sexagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General y conforme el Art. 42, invita “a la firma de todos los Estados y las organizaciones regionales de integración en la Sede de las Naciones Unidas, en Nueva York, a partir del 30 de marzo de 2007”²²³; por tanto, este instrumento se encuentra abierto a los Países Miembros de las Naciones Unidas para su ratificación y aplicación, que hasta el 2015, han firmado y/o ratificado 177 Países Miembros la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo a 20 de junio de 2018 como lo mencionamos, este Convenio, fue presentado para la firma de los países conformantes de la ONU, pero también por primera vez, un tratado de derechos humanos es sometido a organizaciones regionales de integración, de allí que también es parte la Comunidad Europea.

Así mismo como los países adoptaron y depositaron positiva y unilateralmente su aceptación por la Convención en todos sus contenidos, también permite a las partes su reserva, siempre y cuando no sean “incompatibles con el objeto y el propósito de la presente Convención” (Art. 46), ello significa, conforme la Convención de Viena, que reserva es “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”²²⁴ ejemplo, El Salvador a la firma y ratificación de la Convención en el año 2007, lo hizo con reserva “para no perjudicar algunos de los preceptos de la Constitución de la República”²²⁵ ello, fue levantado por la Asamblea Legislativa en enero del 2015.

²²³ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra (2006: Art. 42).

²²⁴ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Naciones Unidas (1980: Art. 2.d).

²²⁵ Información El Salvador. Sistema de Información sobre la Primera Infancia en América Latina (2014). En línea: <http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/pais/438/el-salvador> Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2019

Esta reserva, lo hizo en los siguientes términos: "El Gobierno de la República de El Salvador suscribe la presente Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006, en la medida en que las disposiciones de las mismas no perjudiquen o contravengan lo dispuesto en cualquiera de los preceptos, principios y normas de la Constitución de la República de El Salvador, de manera especial en la parte dogmática de la misma".²²⁶

Las obligaciones de los Estados Partes, conforme lo estipula la Convención, en su artículo 4 dentro de la Obligaciones generales a "asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad"; ante ello, se comprometen a:

- *Hacer ajustes en el ámbito legislativo, administrativo y de otra índole para hacer efectivo los derechos de las personas con discapacidad, conforme los postulados de la Convención.*
- *Adoptar medidas pertinentes de orden legislativo a fin de modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas que constituyan discriminación.*
- *Adoptar políticas y programas de protección y promoción de sus derechos.*
- *Abstenerse de prácticas incompatibles con la Convención.*
- *Adoptar medidas para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad.*
- *Emprender o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, además de promover la investigación y desarrollo de nuevas tecnologías que sirvan de apoyo adecuados para las personas con discapacidad²²⁷.*

El País, en ejercicio de su obligación de informar sobre el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, presentó ante el

²²⁶ Acuerdo No. 138, Política nacional de atención integral a las personas con discapacidad. Gobierno de La República del Salvador (2014).

²²⁷ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Organización de las Naciones Unidas (2006: Art. 4).

Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, la “Lista de Cuestiones II y III Informe Nacional Combinado al Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad”, éste documento lo presentó en el 2018, ello obedece a un proceso de supervisión de los avances realizados por los Estados en la aplicación y ejecución de la Convención y de su Protocolo Facultativo. Se examinan los progresos alcanzados y la información conforme la lista de cuestiones propuesto desde el mismo Comité, ello constituirá el informe que el Estado debe presentar en virtud del Art. 35 de la Convención.

Esta lista de cuestiones, se compone de 32 consultas o preguntas a contestar, que están dispuestas por artículos; por ejemplo el literal A, relacionado al “Propósito y obligaciones generales (artículos 1 a 4)”, deberán atenderse cuatro cuestionamientos, que en este caso, están relacionadas o atadas al Primer Informe de Cumplimiento del País (2011), debido que, se interroga, que se demuestre “clarificar el ente rector de la política pública de discapacidad y responsable de la coordinación institucional a nivel nacional dada la disolución de la Secretaría Técnica para la Gestión Inclusiva en Discapacidades.”²²⁸ En este caso, la respuesta fue:

“Mediante Decreto Presidencial N°1047, de 25 de mayo del 2016, se suprime la Secretaría Técnica de Discapacidades con la finalidad de descentralizar la política pública en materia de discapacidades, considerándola como un eje de intervención transversal de todo el sector público, involucrando la participación directa de los diferentes órganos rectores desconcentrados como: Los Ministerios de Salud Pública, Inclusión Económica y Social, Trabajo, Desarrollo Urbano y Vivienda, Industria y Productividad, y Telecomunicaciones, bajo la coordinación del Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades mediante la Agenda Nacional para la Igualdad de Discapacidades (ANID). El CONADIS, acorde al artículo 156 de la Constitución, ejerce las competencias de formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de la política pública de discapacidades.”

²²⁸ Lista de Cuestiones previa a la presentación del segundo y tercero informe periódico combinados de Ecuador. CRPD/C/ECU/QPR/2, Aprobadas durante el 18 período de sesiones del Comité del 14 a 31 de agosto de 2017. Organización de las Naciones Unidas, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad., Ginebra-Suiza, (2017)

Podemos anotar, que no solamente se ocasionan respuestas de avances o cumplimiento de lo informado, por ejemplo, en ese Primer Informe, sino se informa de nuevos logros respecto de los derechos y garantías y su ejercicio, de las personas con discapacidad. Éste informe, luego de la presentación y atendido las observaciones, es “defendido” ante el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad. La atención al Ecuador para este efecto, sucedió a finales de este mes de agosto de 2019, conforme el calendario de exámenes del País, ocurrió en Ginebra Suiza.

Las obligaciones generales de los Estados Partes, emanadas desde la Convención, son en resumen: aprobar medidas legislativas y administrativas en favor de la promoción de los derechos de las personas con discapacidad; adoptar medidas legislativas para anular todas las formas de discriminación; incluir a las personas con discapacidad en la toma de decisiones, en especial en la construcción de políticas y programas estatales; velar porque en todos los ámbitos, sean estos públicos o privados, se respeten los derechos de las personas con discapacidad; impulsar y permitir el acceso a bienes y servicios, además del acceso a nuevas tecnologías y formas de comunicación. A ello se suma también la participación de los Estados en sus jurisdicciones, la promoción de formación profesional de personas con discapacidad y en relación a los que trabajan con ellas, impulsar niveles de sensibilización y capacitación para su manejo; por último, los países para adoptar cualquier tipo de acción en relación a políticas y programas, a pesar de que ya lo mencionáramos, deben contar con las personas y tomar las decisiones más apropiadas, acertadas y oportunas en su favor.

2.2.2. Análisis de los derechos de las personas con discapacidad a la luz de los artículos 12 y 13 de la Convención

El Art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es precisamente la respuesta que da la comunidad internacional a la larga lista de violaciones de los derechos y garantías de las personas con discapacidad, al haber sido marginados, negándoseles incluso a ser ‘personas’ y por lo tanto considerarles como incapaces de manifestar sus derechos en igualdad de posibilidades o con las mismas oportunidades con los demás seres humanos, ello llevó entonces a corroborar que las personas con discapacidad, no son objeto de protección como se tratase de algún bien, sino que son personas que tienen derecho en todas partes y al reconocimiento de su

personalidad jurídica. A pesar de constar expresamente en este instrumento internacional, lamentablemente no ha cambiado en mayor grado esa situación, en especial aquellas que se encuentran bajo situaciones de discapacidad mental que no tienen siquiera el respaldo jurídico de las normas nacionales, dígase normas civiles o penales en especial, base de muchas otras que se han derivado de esos códigos.

Se agrega también a esta situación inicial, es decir a la falta de reconocimiento constante en la normativa básica, que no hay condiciones mínimas o garantías de protección judiciales que determinen su situación o su vulneración de sus derechos, e inclusive se vulnera los derechos de las familias en las que se encuentra la persona con discapacidad, produciéndose esa separación también al pretender defender los derechos de sus protegidos, frente a la falta de respaldo jurídico para hacer valer las justas pretensiones para mejorar su calidad de vida y desenvolverse en derecho.

Tiene mucho que ver este cambio de conceptualización, que al considerarles como personas dignas y plenas de ejercer sus derechos, se deja de ver como un problema como si se tratase de enfermedad o problema médico, sino como de alguien perteneciente a la sociedad de atenderse particularmente considerando sus propias y particulares necesidades, siempre respetando sus diferencias o lo que ahora se ha denominado pertenecientes a una diversidad.

Al ser considerados miembros plenos de una sociedad, son poseedores privativos de los derechos humanos; por ende, de su libertad, vida independiente, dignidad, accesibilidad en todas sus manifestaciones, comunicación, etc.

El artículo 1 de la Convención dice:

“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”²²⁹.

Entonces se confirma que es un concepto, me refiero al de discapacidades, que evoluciona, está a la par de todo lo que sucede en la sociedad y lo que solamente debe

²²⁹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo. Naciones Unidas (2006: Art. 1).

considerarse que tiene una limitación considerada desde la deficiencia, que puede estar limitada por la existencia de barreras, las que a propósito, conforme la misma Convención, se trata de un factor a considerarse para ser superado o eliminado, siquiera deberá analizarse el tipo de barrera y que no constituya un elemento que suprima sus derechos y su plena vigencia.

Uno de esos limitantes o barreras a superarse, es la discriminación que en nuestros países, se encuentra definida desde el modelo médico del que ya hemos hablado, tal es las formas de representación que están legisladas, donde se supone contar con criterios de enfermedad a ser analizadas para obtener o hacerse de algún derecho y no se trata de ello, es decir de problemas médicos, sino sociales, de asuntos políticos, jurídicos y económicos.

La Convención está propuesta bajo el modelo social donde se plasman los derechos humanos y se confirma la condición de igualdad frente a las personas que no padecen de algún tipo de discapacidad, obviamente en relación a las necesidades y determinados derechos.

De las necesidades que requieren las personas con discapacidad, es la consideración de estar en igualdad de condiciones, por ello es que el artículo 12 de la Convención, establece “igual reconocimiento como persona ante la ley” tema que durante las discusiones para la redacción en la Asamblea General de las Naciones Unidas en el Comité ad hoc que se estableció, llegó a constituirse uno de los aspectos más álgidos en las negociaciones, pues todavía estaba en el tapete de esas deliberaciones que las personas con discapacidad son incapaces o no se encuentran en capacidad de adoptar sus propias decisiones; esto, por la tradicional afirmación que todavía persistía y persiste, de condición de invalidez como concepto, que no pueden decidir por sí mismos, ni inclusive de qué hacer frente al desarrollo de su vida, necesitando así alguien que les represente.

Más se centraba en la condición incapacitante al referirse a las personas con discapacidad mental, que al fin no fue solamente hacia ellas, sino de aquellos que tienen una discapacidad sensorial, que demandan “el mismo grado de control y orientación sobre sus vidas, hechos que las personas con discapacidad tienen garantizados...; y conforme a ello, que: todo ser humano debe tener el derecho de elección en los temas que afectan a su vida”²³⁰ “Ello implica tener en cuenta a aquellos que se encuentran situados

²³⁰ CAMPOY, Ignacio (2005: 134)

de manera diferente y tomar las medidas apropiadas a fin de llevar a cabo el ideal de igualdad de manera real y no ilusoria”²³¹.

Estas formas de representación de las que hablamos, asumían actuando en nombre de las personas con discapacidad, que lo hacen en consideración a que aquellas con discapacidad, están o estaban sometidas, consideradas como objeto de caridad o de compasión y “actúan en nombre de las personas con discapacidad a veces no lo hacen en interés de la persona a la que representan y, lo que es peor, a veces abusan de su posición de autoridad, infringiendo los derechos de otros”²³². Al tener la persona con discapacidad capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, no significa que tenga que perder su condición, primero de ser humano y por otro lado, no deba perder su capacidad jurídica, sin más que las permitidas o establecida en situaciones específicas como por ejemplo sea por internamiento social carcelario. No estamos diciendo que vayan a desenvolverse solos, no, necesitarán ayuda para ese ejercicio de la capacidad jurídica y ello es posible con el establecimiento de las conocidas como salvaguardias como “mecanismo que se establezcan en el ordenamiento jurídico para el reconocimiento pleno de la igualdad jurídica y del derecho a la ciudadanía de todas las personas con discapacidad”²³³ que deben implementarse a través de ajustes razonables que su forma de operar las vemos en el acápite siguiente. En referencia a lo que acabamos de mencionar, tenemos el caso *Shtukurov c. Rusia*, que lo revisa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,²³⁴ en el cual el demandante con discapacidad mental, demanda la violación de su derecho al haber sido declarado legalmente incapaz y nombrándose a su madre como tutora. El actor acude a los servicios de un profesional del derecho, quien seguro de su cliente de comprender situaciones legales complejas, asume la defensa y presenta un recurso que es desestimado aduciéndose que el demandante no tiene capacidad jurídica y que sólo debía actuar a través de su tutora. Ella, su madre hace que sea internado en un hospital psiquiátrico y aislado, que a pesar de las insistencias de su abogado, son rechazados los pedidos, por lo que acude ante el TEDH, primero disponiéndose que pueda

²³¹ PALACIOS, Agustina (2014: 197)

²³² De la exclusión a la igualdad. Hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Manual para parlamentarios sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo. Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Unión Interparlamentaria, Ginebra (2017: 97).

²³³ Ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, San José (2016: Art. 2).

²³⁴ Caso *Shtukurov c. Rusia*, N.º 44009/05 del 27 de marzo de 2008. Tribunal Europeo de los Derechos Humanos

el profesional entrevistarse con el demandante facilitándose los medios para tal efecto. Así presentado el caso, el Tribunal determinó:

“...que existía violación del artículo 6, apartado 1, del CEDH. El proceso sobre incapacidad era importante para el demandante porque afectaba a su autonomía personal en prácticamente todos los aspectos de la vida y acarreaban posibles limitaciones de su libertad. Su participación era necesaria tanto para que él pudiera presentar su caso como para que el juez pudiera formarse una opinión personal acerca de su capacidad mental.”

Establece así mismo el Art. 12.2 de la Convención, que se adoptarán medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, que serán efectivas a través de salvaguardias asegurando que las medidas que se adopten para el ejercicio de la capacidad jurídica, sea a través del cumplimiento de sus derechos, la voluntad y las preferencias de las personas, que no haya conflicto de intereses ni influencias indebidas.

Uno de los temas de discusión que se abordara, fue acerca de la capacidad jurídica, nosotros sostenemos que sí tienen las personas con discapacidad esa capacidad y que solamente en determinados casos deberían ser asistidos, que no es lo mismo que ser sustituidos; por otro lado, bajo la postura que las personas con discapacidad no pudieran tener capacidad jurídica, se basa todavía en el modelo de sustitución.

Pero bien, vamos en orden para analizar este artículo, lo hagamos por cada una de sus incisos:

En el 12.1. refiere especialmente al reconocimiento de la personalidad jurídica, a lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala que la personalidad jurídica “es el reconocimiento de toda persona como sujeto de derechos y obligaciones”; en similares consideraciones trata este tema el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos: Art. 16 “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”; de igual forma, el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Así como el artículo XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dice: “Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales”.

Así mismo, este instrumento, menciona la capacidad jurídica, a diferencia de la personalidad jurídica, establece una distinción clara, pues la capacidad se trata del ejercicio real del derecho y obligaciones; en consecuencia, radica la distinción cuando todos sabemos y reconocemos que los seres humanos, son titulares de derechos y obligaciones, pero en cambio no todos están con esa capacidad de hacerlo, ejemplo niños y niñas, que por su edad son incapaces para realizar actos jurídicos.

La personalidad jurídica es un derecho fundamental, por muchos años vedado para las personas con discapacidad; por ello es que la Corte IDH “ha sido enfática al indicar que la violación del derecho a la personalidad jurídica reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes”²³⁵, ello significa y deja precedente de que los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, entre ellos al reconocimiento de su personalidad jurídica, reconocidos en los instrumentos internacionales, le pertenecen y solamente por el solo hecho de ser personas y desde su nacimiento, sino inclusive desde su concepción, como parte del derecho a la vida consagrada en nuestras normas nacionales.

Ello determina como consecuencia la responsabilidad de los estados de permitir a través de todos los medios, que la personalidad jurídica, esto es que sus titulares, puedan ejercer plena y libremente los derechos como tales; logrado ello, se verá que la sociedad también se vuelve parte de este derecho, ya no solo sea la discriminación a la que siempre deberá arremeterse por estar inmersa en ciertos ámbitos de la sociedad, sino hacer que se respete la personalidad jurídica por el solo hecho de ser humanos y se cumpla el objetivo de la Convención “velar por la promoción de la autonomía vital y jurídica de las personas con discapacidad en general e insta a los estados a proporcionar el correspondiente apoyo para el ejercicio de dicha autonomía, con las pertinentes salvaguardias para evitar abusos”²³⁶.

La capacidad jurídica, se refiere a las diferentes condiciones reales de poder ejercer los derechos por sí mismos, conocido en nuestras legislaciones como capacidad de obrar o de actuar. Es necesario hacer un análisis sobre esta posición de las legislaciones; unas propusieron reformas, por ejemplo en el ámbito laboral, estableciéndose el empleo para las personas con discapacidad y lo hacen a través de las

²³⁵ Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y la protección de las personas del interés del ACNUR. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Ginebra (2018)

²³⁶ MAYOR, María (2014: 3).

llamadas cuotas laborales y se limita este derecho solamente cuando tengan mayor grado de dificultad de actuar por sí mismos, ejemplo las personas que tiene discapacidad mental severa o muy grave; aquellas con sordo ceguera; aquellas con cuadriplejia, que lo hace un sustituto, sin necesidad de un acto jurídico para poder actuar en su reemplazo, sino solamente a través de un reconocimiento administrativo por parte de delegados del estado.

Otras situaciones son las referidas a la salud, ejemplo: se determina que la discapacidad, al otorgárseles información en diferentes formatos, no es sinónimo de discriminación; igual sucedió en aspectos referentes a la accesibilidad, elevar a normas que deberá hacerse accesible la obra física, no es atentatorio a la libre contratación y propiedad.

En el ámbito privado, en cambio, siguen pendientes, no se ha tratado con seriedad los aspectos jurídicos en los que interviene la persona con discapacidad, están todavía allí los procesos de incapacitación que llevan a ser sujetos dependientes de curaduría e interdicción.

España posee la Ley 26/2011 que no abordó el contenido y las disposiciones del Art. 12 en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y que esta capacidad deberá hacerse en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida y deberá tomar en cuenta esos apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad. A ello, en junio de 2012 en el Pleno del Congreso de los Diputados, por iniciativa del Grupo Popular, aprobó la proposición de “instar al Gobierno a remitir a las Cortes Generales, en el Plazo de tres meses desde la aprobación de esta iniciativa, un Proyecto de Ley para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de Ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen”²³⁷. Ello al fin no ocurrió, salvo lo que se dispone en el Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social y que dedica un título específico sobre determinados derechos de las personas con discapacidad, especificando

²³⁷ MAYOR, María (2014: 3).

que los derechos “se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones”.

Es hasta el 24 de mayo de 2018, en España, a través de Ley 3/2018 “De protección y apoyo garantizado para personas con discapacidad en Castilla-La Mancha”, en cuya Exposición de Motivos destaca la importancia de cambiar “el modelo de sustitución en la toma de decisiones de la persona con discapacidad por un modelo de apoyo o complemento para que la misma pueda adoptar sus propias decisiones”; así mismo, refiere la importancia de la participación de la familia como “el primer contexto socializador en que se desarrollan las personas tanto a nivel emocional, como intelectual, físico y social. Es la familia la que introduce y guía a sus miembros en crecimiento en las diferentes situaciones, procurándoles protección a la vez que autonomía e independencia.”. Notemos que este sustento de la participación de la familia, es lo que, a lo largo de esta investigación, hemos sostenido más cuando en esta Ley persiste que:

“la familia desempeña un papel primordial en la medida en que en el seno de esta se desarrollan los apoyos naturales que contribuyen a facilitar las herramientas e instrumentos que sirven de apoyo para mejorar su calidad de vida, autodeterminación y en definitiva, al mejor desenvolvimiento de la persona con discapacidad y al bienestar de la familia en su conjunto”.

La preocupación de la aplicación de este Art. 12 de la Convención, se plasma entonces en esta ley, la que en forma inmediata deberá adoptarse y aplicarse en nuestras legislaciones nacionales, pues es la familia es la que se asegurará de gestionar y prestar los apoyos a las personas con discapacidad cuando ellas no puedan y se respetarán los gustos, deseos, metas, preferencias e intereses, revisados anticipadamente para evitar el desamparo.

Esta importante Ley de aplicación a las personas residentes en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, valga decir de alto contenido en derechos y garantías, por ejemplo, en su Art. 1 establece en su objeto:

“a) Articular un sistema de planificación de apoyos destinado a aquellas personas con discapacidad que tengan limitada su autonomía personal para la toma de decisiones y para que, con el apoyo de su familia o representante legal, puedan manifestar sus

preferencias sobre la atención integral, igualdad de oportunidades y la participación activa en el entorno comunitario cuando sus apoyos familiares falten. b) Establecer una garantía de apoyo residencial una vez que la persona no cuente con sus apoyos familiares.”²³⁸

Se confirma entonces a la familia como actor principal para impulsar la ejecución y aplicación de este nuevo modelo de sustitución. Por el contrario, los modelos jurídicos de nuestras normas civiles, persisten con las figuras de incapacitación a través de las instituciones tuitivas de sustitución, especialmente las curatelas y la interdicción “que anulan la voluntad de la persona y no respetan sus preferencias”, lo que persigue el contenido de este artículo 12 de la Convención, es que en las normas civiles se transforme el procedimiento basado en la incapacidad, del modelo de sustitución en la toma de decisiones con un modelo de asistencia en la toma de decisiones, de un sistema de provisión de apoyos, solidario y ajustado a cada situación presente de la persona con discapacidad²³⁹ y deje de ser paternalista expulsándose de la normativa aquellas formas de representación crueles como lo es en especial la interdicción, considerada de muchas formas como la muerte civil, violatoria a los derechos humanos, ocasionando la exclusión y desconociendo la necesidad y la voluntad de las personas que son ignoradas haciendo válida la voluntad y tal vez necesidad de una tercera persona, sin que opere una posible resistencia u oposición a lo que se pretende hacer, gracias a una supuesta interpretación. Se ejecutaría contando con el acompañamiento de la o las personas que se elija y éstas ayuden a ejercer el derecho, previo análisis de las necesidades, de la realidad y de las pretensiones de la persona con discapacidad, operaría ello con la aplicación de las salvaguardias como lo establece la Convención que en su artículo 12.4 que:

“Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas materia de derechos humanos 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

²³⁸ Ley 3/2018 de Protección y apoyo garantizado para personas con discapacidad en Castilla – La Mancha. Cortes de Castilla-La Mancha (2018).

²³⁹ MAYOR, Op. cit. (2014: 8)

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”. Salvaguardias que no solo se describen en este artículo, sino lo hace la Convención en otros relativos al trabajo, a la vida adecuada y protección social y en general que se emitan para promover el ejercicio de los derechos sin discriminación por motivos de discapacidad²⁴⁰.

Es de destacar que la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, expresa en artículo I.2.b que “En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación”²⁴¹. Ello fue analizado a profundidad y en la Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad sobre la necesidad de interpretar el artículo mencionado resuelve:

“En cuanto al mandato de naturaleza jurídica el Comité resuelve : 1. Instar a los Estados partes a que efectúen un estudio comparativo entre su legislación interna y el Derecho nacional de los demás Estados parte en la Convención Interamericana, en lo que respecta a las disposiciones sobre la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, a fin de asegurarse que efectivamente mantienen una regulación acorde con sus necesidades desde todos los estratos sociales, y con la realidad institucional del país, pero en el marco del artículo 12 de la Convención de la ONU. En cuanto al mandato de naturaleza práctica el Comité resuelve: 2. Solicitar al Secretario General de la OEA disponer, a través de sus instancias jurídicas pertinentes, la revisión del artículo 2 inciso b) in fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, con el objeto de armonizarlo con el artículo 12 de la Convención sobre los derechos

²⁴⁰ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Organización de los Estados Americanos (2006: Arts. 27 y 28).

²⁴¹ Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Organización de los Estados Americanos (2004).

de la persona con discapacidad de las Naciones Unidas, recomendando lo más conveniente, sea su inaplicación práctica, o su derogación. 3. Instar a los Estados parte de la Convención Interamericana a tomar medidas, en consonancia con el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas, para garantizar el reconocimiento de la capacidad jurídica universal, incluyendo a todas las personas con discapacidad, independientemente de su tipo y grado de discapacidad, y en consecuencia con ello, iniciar en el más breve plazo un proceso de sustitución de la práctica de la interdicción, curatela o cualquier otra forma de representación, que afecte la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, a favor de la práctica de la toma de decisiones con apoyo”²⁴².

El Ecuador conforma o es parte de los dos Comités, tanto el de la ONU, cuanto el de la OEA porque es suscriptor de los dos instrumentos internacionales de derechos humanos de las personas con discapacidad; ante ello, está obligado a adecuar su normativa interna, especialmente civil, bajo el régimen de asistencia y no de representación.

El artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en cambio está relacionado con el acceso a la justicia y que los Estados Partes, “lo harán en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento [...] para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos [...]”²⁴³. Esta necesidad de actuar por parte de los operadores de justicia, quienes son los sujetos principalmente llamados a aplicar este derecho de las personas con discapacidad, por ello es que en el número dos de ese artículo refiere que para que sea efectivo el acceso a la justicia, se impulsarán capacitación adecuada a ese personal, inclusive a aquel personal policial y penitenciario.

El acceso a la justicia, en los asuntos que competen a las personas con discapacidad y sus familias, es y debe ser la eliminación de obstáculos y no me refiero a los físicos, sino a aquellos establecidos en normas jurídicas y fundamentales que limitan

²⁴² Observación al Art. 2.b. de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (2006).

²⁴³ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo. Asamblea General de las Naciones Unidas (2006: Art. 13).

o imposibilitan el ejercicio de los derechos y que, atentan contra su dignidad. Cuando están diseñadas políticas que no se incluyen a las personas con discapacidad como actores, sujetos o partes de un proceso, cuando se lo hace sin considerar sus particularidades, es que estamos hablando de discriminación, de exclusión. Cuando se emiten medidas donde no se incluyen esas particularidades y circunstancias propias de las personas con discapacidad, es que estamos hablando de falta de garantías y que pospone el ejercicio de los derechos.

Seguimos bajo los discursos de eliminación de barreras, pero apenas se hace obras físicas en relación a la accesibilidad, pero no se potencializa aquellas que limitan la comunicación, las nuevas tecnologías como herramientas que permiten esa comunicación, por ejemplo.

Debe tratarse a las personas con discapacidad como un ser capaz de ejercer sus derechos, pero en muchos servicios, lo hacen como si se tratase de un niño, de una persona inútil, incapaz de entender, por ello es que se terceriza la interlocución y es otra u otras personas las que tengan que decidir por ellas y, como lo hemos dicho, hasta llegar a abusos al pretender entender el dizque necesidades de la persona con discapacidad.

Se ha mencionado la diferencia que existe entre la personalidad jurídica frente a la capacidad jurídica y es sobre las dos figuras que la acción judicial debe actuar respetando en el primer caso los derechos que los tiene la persona con tal y la capacidad, revisando sus particularidades individuales, propias que tiene por su condición, que con los apoyos adecuados, puede ejercer sus derechos sin que “la propia ley, la cual generaliza, hegemoniza y prejuzga sobre lo que una persona es capaz de hacer con su vida. Asimismo, una persona que es declarada “insana”, a más del estigma social, tiene consecuencias en su subjetividad que pueden representar un sufrimiento en sí mismo”²⁴⁴.

Los operadores de justicia, expresa el Art. 13, deberán ser capacitados para entender en contexto la situación de las discapacidades. Refiere con claridad en el Manual de Atención en Derechos de personas con discapacidad en la Función Judicial.

“En primer lugar se promueve la comunicación directa con las personas con discapacidad que participan en una u otra manera en un

²⁴⁴ No a la muerte Civil de nadie. Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad. Red de Organizaciones no Gubernamentales para el Desarrollo de los Países Iberoamericanos, Buenos Aires (2014). En línea: <http://www.redi.org.ar/Prensa/Comunicados/Seguimos-reclamando-NO-a-la-muerte-civil-de-NADIE.pdf> Fecha de consulta: 16 de mayo de 2015

proceso judicial. El uso de lenguaje positivo y la comunicación efectiva garantizará sus derechos, por lo que para ello se requiere la apertura de conocer las discapacidades desde un punto de vista incluyente y con el enfoque que plantea la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). De esta forma, la comprensión de los tipos de discapacidad y sus niveles es la primera garantía de protección de los derechos de las personas con discapacidad, en cualquier instancia de la Función Judicial”²⁴⁵.

2.2.3. Ajustes razonables para garantizar el ejercicio de las personas con discapacidad

Primeramente, habría que partir de qué significa ajustes razonables en materia de discapacidad. Este tipo de ajustes van dirigidos a la materialización de un conjunto de modificaciones y adaptaciones, catalogadas como necesarias y además que sean adecuadas de tal forma que no impongan una carga desproporcionada o indebida. De igual manera su aplicación está enfocada en garantizar a las personas con discapacidad el goce y ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, en igualdad de condiciones.²⁴⁶

Resulta un hecho comprobado que el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad llega a estar condicionado por el grado de accesibilidad que se puede tener hacia a los diferentes contextos, lo cuales deberán ser entendidos con la mayor amplitud posible. Según la funcionalidad del entorno, con relación a si son concebidas o no las respectivas condiciones de accesibilidad, puede reconocerse un mismo derecho en la normativa legal, a partir de cuyo reconocimiento dicho derecho podrá ser ejercitado o no por determinada persona, la cual podrá presentar o no una discapacidad. En el supuesto de la persona con discapacidad, existen algunos requisitos para que el individuo pueda disfrutar a plenitud de sus derechos, estos se encontrarán sujetos principalmente a la accesibilidad del entorno, caso contrario tanto el derecho como la posibilidad de su ejercicio se verán imposibilitados a modo general. Ello significa que, la persona con

²⁴⁵ Manual de Atención en Derechos de personas con discapacidad en la Función Judicial. Consejo de la Judicatura; Consejo Nacional de Discapacidades Quito, Ecuador (2015).

²⁴⁶ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Naciones Unidas (2006).

discapacidad será desplazada a una posición de desigualdad y por lo tanto directamente se vulnerarán sus derechos²⁴⁷.

La carencia de accesibilidad, que genera una frustración del ejercicio regular de los derechos que les asisten a las personas con discapacidad, representa una clara discriminación y con ello se atenta contra el principio de igualdad. Esto representa un factor fundamental para considerar la carencia de accesibilidad como un parámetro negativo y prohibido, además habría que tomar en cuenta situaciones que pueden desencadenarse, y que deben ser eliminadas. De esta manera, surge la concepción de accesibilidad universal como un objetivo dentro de la acción pública en el tema de la discapacidad y por lo tanto como una obligación normativa, debido a que la presencia o no de la accesibilidad en los distintos entornos, de los cuales depende el desarrollo de la personalidad y la vida en comunidad, se erige como una condicionante para la ejecución de los derechos de la persona con discapacidad.

En cuanto a la proyección de la accesibilidad universal esta llega a caracterizarse de manera doble, es decir, existe una extensión hacia todos los entornos que tienen relevancia para el ejercicio de los derechos de manera regular y además se llega a predicar para todas las personas, ello incluye a la persona con discapacidad. Esta vocación universal hacia el tema de la accesibilidad conlleva a una duplicidad de objetivos, que se reflejan en la adquisición de esta de un rango de obligación normativa, así establecido en las diversas legislaciones, donde se contemplan los derechos de las personas con discapacidad²⁴⁸.

En lo que respecta a la accesibilidad universal y su relación con los ajustes razonables, los segundos llegan a desplegar dos funciones que son perceptibles, y que para algunos pueden resultar ser contradictorias, no obstante, llega a existir un complemento entre la accesibilidad universal y los ajustes razonables. En el caso de los ajustes razonables, estos representan una garantía del derecho de igualdad hacia las oportunidades que pueden tener las personas con discapacidad, por lo que su ausencia y no realización provocaría una discriminación en determinada situación, donde la persona con discapacidad tendría que contar con la adecuación específica en el entorno para sus necesidades individuales, puesto que constituye la única alternativa que permite asegurar

²⁴⁷ RODRÍGUEZ, Alberto (2013: 55-56).

²⁴⁸ SANTOS, Manuela del Pilar; MILLÁN, María (2012: 275-276).

la integridad de su derecho de acceso y participación comunitaria. Este esquema es seguido en la normativa ecuatoriana en materia de discapacidad, donde en la Ley Orgánica de Discapacidades²⁴⁹ se contempla a la accesibilidad como un derecho y por lo tanto es fundamental su gozo y disfrute por parte de la persona con discapacidad, lo cual cumple y está en concordancia con lo dispuesto en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²⁵⁰.

A partir de lo aquí expresado, se puede afirmar que los ajustes razonables constituyen una especie de mecanismo que instaure una garantía hacia el derecho de igualdad de las personas con discapacidad. Esto brinda la posibilidad, en casos concretos, de poder asegurar el dispositivo genérico de accesibilidad universal y diseño para todos. Ante los posibles fallos de la accesibilidad universal en el proceso para su implementación, los ajustes razonables son desplegados, con ellos se aspira a dotar de contenido y preservar el derecho que posee la persona con discapacidad en situaciones específicas. La inoperatividad del sistema de accesibilidad universal puede estar motivado por su falta de extensión jurídica en todos los ámbitos posibles y con la intensidad deseada, ya sea porque no se ha dado la capacidad de prever o regular todas las situaciones en las que la persona con discapacidad puede hallarse respecto a sus interacciones con el entorno, las cuales deberían estar dotadas de garantías adecuadas de no discriminación y accesibilidad.

En el esquema general de accesibilidad instaurado, se busca asegurar el derecho a la igualdad a las personas que presentan alguna discapacidad, los ajustes razonables pueden ser percibidos como subsidiarios, ya que su operatividad bajo los defectos de la accesibilidad universal representaría una garantía forzada. Estos ajustes y su concepción se encuentran destinados para ofrecer aseguramientos en el ejercicio del derecho a la igualdad que tiene la persona con discapacidad, cuando en ciertas situaciones los mecanismos reforzados no son eficaces.

Si se analizan los ajustes razonables en el ámbito del derecho a la igualdad, estos representan un reconocimiento tácito de que el proceso de inclusión impulsado para las personas con discapacidad no es perfecto y presenta falencias respecto a la integridad de los derechos. Por otra parte, en los diferentes ordenamientos jurídicos se evidencia una

²⁴⁹ Ley Orgánica de Discapacidades, Asamblea Nacional, Quito (2012: Art. 4.8).

²⁵⁰ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Naciones Unidas (2006: Art. 9).

especie de renuncia implícita hacia una protección total o completa contra las acciones y prácticas discriminatorias y la no accesibilidad de las personas con discapacidad, ello motivado por llegar a asumir que existirán otras esferas en donde serán adoptadas las garantías pertinentes y en todas las situaciones. Ante esta realidad descrita, los ajustes representan un dispositivo de protección de segundo grado, a través del cual son desplegados efectos ante el fracaso previo del sistema de accesibilidad universal y su correspondiente diseño destinado a todas las personas²⁵¹.

De igual manera, se destaca que no existe la obligación o deber de ejecutar todo tipo de ajustes. Ello significaría de manera subsidiaria que aún persiste de voluntad de poder garantizar todas las circunstancias o situaciones particulares donde el ejercicio de determinado derecho puede encontrarse en duda, ya sea por la falta de adecuación del entorno respecto a las necesidades individuales o la no verificación de que los posibles cambios deben ser razonables²⁵². En el supuesto que la propia norma legal, pueden ser considerados como no razonables dichos ajustes, o sea, cuando son impuestos al sujeto, el cual resulta obligado en primer término, determinada carga indebida o excesiva estos dejan de ser proporcionados y ello trae como resultado que no sean exigibles.

Cuando se carece del elemento de razonabilidad, estos ajustes pierden toda obligación sobre su realización, incluso a pesar de que de esta manera el derecho de la persona con discapacidad puede verse comprometido o sacrificado. Desde el ámbito de regulación y protección que brinda la norma legal cuando se alcanza a entender que el ajuste es desorbitante y por lo tanto no es posible su exigibilidad, el deber desaparece y se adopta la opción de no satisfacer el derecho que tiene la persona con discapacidad, ello genera un claro estado de indefensión. Ante tales circunstancias cabría la interrogante de si dicha renuncia hacia la protección y garantía de los derechos de las personas con discapacidad resulta ser admisible o ético en la esfera jurídica, ante lo cual la realidad ha demostrado que es aceptado en la legislación²⁵³.

Sin embargo, y más allá de toda duda que pueda tener la aplicabilidad de los ajustes razonables, existe la posibilidad de exigir que sea incluido en la norma legal, una regulación de aquellos elementos que identifican el carácter de razonables de los ajustes. Dicha regulación en la legislación deberá ser cuidadosa de tal forma que no se llegue a

²⁵¹ PÉREZ BUENO, Luís (2012: 5).

²⁵² CARRASQUERO, Maoly (2018: 38).

²⁵³ PALACIOS, Agustina (2014: 187-204).

abusar de la calificación de no razonable para así ampliar la cantidad de supuestos donde no es posible aplicar la obligación de desarrollar los respectivos ajustes.

En lo que se refiere al carácter de razonable instaurado en torno a los ajustes, esta institución por sí misma carga con un conjunto de limitaciones. De igual modo todos los ajustes no resultan ser obligatorios, por lo que sólo tienen credibilidad aquellos que sean razonables. En el supuesto de los derechos que le asisten a la persona con discapacidad, se destaca la necesidad de adaptaciones o adecuaciones específicas del entorno, con el objetivo de hacer posible tanto el acceso a espacios físicos como el ejercicio efectivo de sus derechos, todo esto relacionado con las obligaciones generales de no discriminación y accesibilidad universal. Todo esto tiene como finalidad situar a la persona con discapacidad en una circunstancia de igualdad análoga respecto a los restantes integrantes de la comunidad²⁵⁴.

Por consiguiente, no todas estas adaptaciones llegan a ser jurídicamente obligatorias, a pesar de que sean justas desde el ámbito material, sólo es considerada para la ejecución de los ajustes su razonabilidad. La obligación en cuanto a la realización de los ajustes puede ser cesada en el momento en que estos lleguen a ser catalogados como no razonables, para lo cual se tomará como base una serie de criterios, que incluso de ser ordenados por una norma legal en concreto, tendrá que ser aplicado en cada caso en específico. En este sentido las exigencias surgidas respecto a la razonabilidad del carácter de este tipo de ajustes han estado sujetas un profundo y amplio debate, donde se destacan cuestiones como acerca de quién o quiénes y hasta dónde se llegan a asumir las responsabilidades, para así brindar las respectivas posibilidades en el disfrute de los derechos que posee la persona con discapacidad, específicamente a su vida en comunidad. Debe tomarse en cuenta de que las situaciones de desigualdad son generalizadas, consolidadas y estructuradas, que no llegan a ser imputables a la persona con discapacidad, sino al entorno, y por lo tanto resulta necesario su modificación para contribuir a su accesibilidad e inclusión, en determinado periodo de tiempo.

Si los ajustes razonables se analizan desde la perspectiva de la persona con discapacidad, en lo cual se incluiría a las organizaciones que la representan, la responsabilidad de transformar el entorno excluyente sería total e inmediata. Este factor constituye un camino necesario que debe ser seguido para que determinadas personas, o

²⁵⁴ PAZO, Oscar (2016: 113-134).

sea aquellas que poseen algún tipo de discapacidad puedan disfrutar de sus derechos en todas las situaciones y en una posición de igualdad. Caso contrario a esto, existiría una negación y debilitamiento de los derechos de la persona con discapacidad.

En la actualidad no se trata de imponer obligaciones hacia todos y para todo, además con un carácter inmediato, sino que se persigue limitar el deber de aplicar estos ajustes, a través de la selección de entornos posibles, es decir no todos sino aquellos que son más relevantes para el ejercicio de los derechos y por lo tanto los que resultan más excluyentes²⁵⁵. En esta polémica suscitada en los campos político y jurídico, que ha identificado a las acciones públicas en materia de discapacidad en los últimos años, habría que agregar a los ajustes razonables, cuyo carácter opera como limitante al deber general de cambiar el entorno.

No resulta ser común que se establezca un concepto legal referido al carácter razonable de este tipo de ajustes, ante lo cual solo se llega a indicar que podrá desaparecer la razonabilidad cuando el ajuste suponga una carga excesiva e indebida para el sujeto obligado. Al respecto debe señalarse que algunas legislaciones como es el caso de la española, a pesar de que se posee conciencia sobre lo amplio y abierto que resulta ser la definición de los ajustes razonables y con ello la inseguridad que llega a generarse, solo son agregados un conjunto de criterios orientadores para establecer cuándo se debe entender que la carga es o no proporcionada²⁵⁶. Esta falencia presente en la normativa legal en cuanto a la determinación si un ajuste razonable es o no excesivo, puede llegar a contribuir a que sea desarrollado un refuerzo en la tarea de interpretación, y con ello a los pronunciamientos judiciales, que irán configurándose en base a resoluciones de esta índole.

Sobre la noción de los ajustes razonables, así como sus elementos constitutivos, esta puede ser entendida como una especie de conducta positiva sobre la actuación del sujeto que resulta obligado por la norma jurídica, cuya esencia radica en realizar los respectivos cambios y adaptaciones adecuadas del entorno. Del mismo modo pueden ser destacados los siguientes elementos constitutivos vinculados a la definición de los ajustes razonables en materia de discapacidad:

²⁵⁵ GUTIÉRREZ, David (2015: 32-63).

²⁵⁶ PÉREZ BUENO, Luís (2012: 83).

- La conducta positiva de actuación sobre la transformación del entorno representa el elemento fáctico hacia el cambio.
- Los cambios están dirigidos a la adaptación e impulso de facilitar una debida correspondencia del entorno con las necesidades específicas de la persona con discapacidad, en las situaciones concretas que puedan darse, y así llegar a proporcionar una solución. Esto refleja un elemento de individualización y satisfacción de particularidades de la persona con discapacidad.
- Los ajustes son ejecutados en aquellos supuestos donde no han sido alcanzados por las obligaciones generales en cuanto a la protección de los derechos de la persona con discapacidad, o sea se manifiesta así el elemento de subsidiariedad.
- Las adecuaciones para materializar los ajustes razonables no podrán implicar una carga desproporcionada para la persona obligada, aquí se destaca el elemento del carácter razonable.

La finalidad de los ajustes recae en facilitar la accesibilidad o la participación de la persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los integrantes de la sociedad. Ello representa el elemento de garantía en cuanto al elemento de igualdad. A continuación, será analizado el reconocimiento de los ajustes razonables en el Ecuador.

2.2.3.1. Ajustes razonables, discapacidad y Constitución de la República.

Como bien ha quedado establecido en esta investigación el tema de la discapacidad se ha transformado en un asunto de prioridad máxima en el Ecuador. A partir de dicha percepción se ha conformado un área de atención equitativa, transparente y de calidad hacia las personas con discapacidad. Ello tiene su respaldo en la propia Constitución de la República donde en el Art. 11, numeral 2, se reconoce de manera expresa la igualdad entre todas las personas como principio y derecho, y por lo tanto gozarán de los mismos derechos y oportunidades. Es así como, y con el objetivo de que a este grupo de atención prioritaria como es la persona con discapacidad sea tratado como tal, en el Art. 35 de la norma suprema se establece que los grupos de atención prioritaria tendrán la debida atención en todos los aspectos y necesidades presentes en la vida de estas personas.

En el supuesto de aquellos derechos que le asisten a la persona con discapacidad se destaca, citando a modo de ejemplo, el derecho al trabajo, establecido además en la norma constitucional en el Art. 47, numeral 5. De este precepto legal puede interpretarse que la persona con discapacidad goza de una igualdad de oportunidades en el campo laboral, a través de lo cual podrá fomentar sus capacidades y potencialidades, complementado a la vez con la ejecución de políticas que permitan su incorporación a entidades privadas y públicas. Unido al reconocimiento del derecho al trabajo se destaca el fomento hacia la eliminación de toda forma de discriminación y de barreras. En torno a este asunto relativo al trabajo y su accesibilidad, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, en el caso Marie-Louise Jungelin (representada por la Asociación Sueca de Jóvenes con Deficiencia Visual (US) y la Asociación Sueca de Personas con Deficiencia Visual (SRF)) Vs. Suecia, Marie-Louise Jungelin persona con discapacidad visual, sostenía que contaba con las competencias necesarias para trabajar como investigadora-evaluadora y que el organismo podía haber puesto a su disposición ayudas técnicas y un asistente personal para reducir los efectos de su deficiencia, de manera que no habría habido razón para que ésta incidiera en la decisión sobre el nombramiento.

“En consecuencia, al no adoptar medidas razonables de apoyo y adaptación para crear una situación laboral que fuera comparable a la de una persona sin su deficiencia funcional y que le permitiera llevar a cabo las tareas asignadas al puesto, el Organismo de la Seguridad Social había discriminado directamente a la autora y había infringido la anterior Ley de Prohibición de la Discriminación de las Personas con Discapacidad en la Vida Laboral (No. 1999:132)”²⁵⁷.

En este caso, se nota claramente la forma tan evidente de discriminación, se cumplen todos los elementos para su aplicación, cuando no se otorgó apoyos necesarios o se implementó medidas que le permitan desenvolver su trabajo, estando perfectamente capacitada la persona, no se adoptaron ni adaptaron ambientes o condiciones para crear la situación para el desempeño laboral. En la Ley de Discapacidades, por ejemplo en el Art. 47, ya otorga las posibilidades ciertas de defensa del derecho laboral, cuando estipula

²⁵⁷ Caso Marie-Louise Jungelin (representada por la Asociación Sueca de Jóvenes con Deficiencia Visual (US) y la Asociación Sueca de Personas con Deficiencia Visual (SRF)), Dictamen aprobado por el Comité en su 12º período de sesiones (15 de septiembre a 3 de octubre de 2014). Naciones Unidas (2014: Párr. 2.5).

que para la inclusión laboral e inclusive para el caso de que las personas ya se encuentren bajo figura contractual laboral: “El trabajo que se asigne a una persona con discapacidad deberá ser acorde a sus capacidades, potencialidades y talentos, garantizando su integridad en el desempeño de sus labores; proporcionando los implementos técnicos y tecnológicos para su realización; y, adecuando o readecuando su ambiente o área de trabajo en la forma que posibilite el cumplimiento de sus responsabilidades laborales.”. Precisamente este es un ejemplo de lo que habíamos mencionado sobre los ajustes en las legislaciones, en este caso en la ley de las discapacidades del Ecuador.

Debe señalarse también el énfasis demostrado hacia la eliminación de barreras arquitectónicas, o sea erradicar aquellas barreras físicas que no permitan el adecuado desarrollo de la persona con discapacidad, cuando dice que adecuarse o readecuarse su ambiente o área de trabajo.

Por otra parte, el Estado está obligado a adoptar medidas que garanticen la inclusión social, ejemplo de ello son los planes y programas tanto privados como estatales que han de ser ejecutados de manera coordinada, a la vez estos impulsarán la participación de la persona con discapacidad en los diversos ámbitos como: política, social, cultural, educativa y económica. Todo esto tiene como finalidad fomentar que la persona con discapacidad posea acceso a actividades como de esparcimiento, que pueda participar en la política y que incluso sean implementados programas de apoyo para las familias de las personas con discapacidad severa o grave.

Reafirmamos entonces que en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 2, define por ajustes razonables, explicado ya en líneas anteriores, como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”, entendemos entonces que son modificaciones a situaciones concretas, que sin caer en discriminación, se efectúan para cierto tipo de personas con discapacidad o para cierto tipo de discapacidades y que logran ponerles en igualdad de condiciones y oportunidades a efectos de la igualdad material.

Son acciones diferenciadas que van a la par de la denominada justicia social que pretende lograr, así mismo, una sociedad incluyente que busca que el derecho reivindique

tantos años de abandono y exclusión y que se reponga a través de esos ajustes las manifestaciones de discriminación en los ámbitos en los cuales las personas con discapacidad, sin que se realicen esas acciones puedan actuar en al menos mínima igualdad.

Lo digo así porque el derecho hacia el efectivo ejercicio de las personas con discapacidad, puede ser progresivo; así como relatamos un breve ejemplo respecto de los ajustes progresivos en el derecho al trabajo, revisemos sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidad, establecido en la Convención en su artículo 24, dispuesto con “miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades,...”, ello como un pilar de desarrollo de la sociedad, impera impulsar sistemas inclusivos de educación donde se capacite al personal docente y se encuentre calificado para ejercer su trabajo en lengua de señas, braille, escrituras y comunicación alternativas, etc., ello se lograría paulatinamente; como en el caso de la época en la cual se aprobó la Ley Orgánica de Discapacidades, en el país no se encontraba preparado el personal docente ni las instalaciones físicas para recibir al estudiante con diferentes tipos de discapacidad, al haberse logrado que las personas con discapacidad puedan acudir a la educación regular y es el Estado a través de sus entidades educativas quienes debían ajustarse a las necesidades de la persona, ello, se impulsó a través de las instituciones responsables de la educación como una política el capacitar y sensibilizar a los docentes y personal administrativo, además de ocasionar que sean contratados profesionales especializados para ese efecto.

Los ajustes razonables, son el efecto de ese cambio de paradigma que han llevado las discapacidades a lo largo de este tiempo, ha habido la necesidad de innovar prácticas comunes que vulneraban los derechos de las personas con discapacidad, ha evolucionado desde la doctrina, desde lo teórico a lo práctico, concretándose en objetivos y soluciones más justas y equitativas, preservando el principio de igualdad material; entonces se trata de mecanismos más apegados o ajustados a la realidad de la condición donde se han adoptado prácticas, escenarios, ambientes y normativas particulares y generales.

Se trata de mecanismos, medios o formas como lo habíamos dicho que se transforman en protección para las personas con discapacidad, donde se garantiza la eliminación de barreras que impiden la inclusión y participación, así mismo como lo mencionamos, en igualdad o mínima igualdad de condiciones; digo mínimas porque lo explicamos que muchos de los procesos a los cuales están expuestas las personas, son de

aplicación progresiva, no porque sea el ejercicio de los derechos en menos. Hemos de afirmar también que estos ajustes o medios como hemos calificado, se activan cuando ha sido imposible o al menos difícil la aplicación de los diseños universales de accesibilidad y no me refiero expresamente a la accesibilidad física como suele entenderse comúnmente, sino el acceso a los bienes y servicios, los que deben estar prestos también para la utilización y beneficio de las discapacidades.

Es de aclarar que los ajustes razonables, se impulsan solamente cuando así las circunstancias lo requieran, esto es cuando la desigualdad lo exige y las expresiones o actos discriminatorios se evidencian es allí que se debe actuar para evitar su continuidad; el propósito es que se plasme como un hecho integrador de la sociedad para con las personas con discapacidad que han sido apartados de la aplicación de las normas, por ejemplo, o que han sido relegados de la toma de decisiones y por obvias razones estén adecuadas a criterios de determinación de la persona, digo ello porque serán elaboradas o construidas o impulsadas con la proporción necesaria, pudiendo ser como una acción afirmativa, estableciéndose inclusive el medio dónde se desenvolverán y quién velará su ejercicio.

En sí, la convención ha dejado lo referente a los ajustes razonables, en términos muy abiertos, para mi criterio, lo dice en su definición que se harán de requerirse en “un caso particular”, significando que no necesariamente deberán estar estipulados los ajustes expresamente en las normas, sino de realizarse cuando sean requerido y considerando el tipo de discapacidad que lo necesita, sin especificarse en qué ámbitos debe realizarse, eligiéndose por las características del sujeto con discapacidad y su entorno en el que desenvolverá sus actividades, eliminándose por tanto las barreras que le impiden estar en igualdad de condiciones u oportunidades, tantas veces mencionado en este estudio.

El objeto en fin es garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos de esas personas que, por su condición no pueden en determinado momento desenvolverse, sin que por ello les falte las intenciones de cumplir con lo que se les o se ha propuesto independientemente

La pregunta que se presenta para el caso de los ajustes razonables, es que ¿sí tienen límite? digo ello porque se puede por parte de las personas exigir desproporcionalmente, entonces la respuesta sería que no, se actuará primero bajo las necesidades de las personas y, segundo se deja bajo criterios de ponderación de quien está convocado a cumplir con

las modificaciones, eso sí bajo control y observancia de las autoridades o competentes de hacer las modificaciones.

De existir desproporcionalidad en las medidas o ajustes, a mi parecer estarían perdiendo el objeto de estas formas de otorgar derechos, deberá por tanto como lo menciono, efectuarse en todos los ámbitos a necesitar y hacerla hasta el límite que no perjudique tampoco al sujeto activo u obligado a cumplir.

En fin, la responsabilidad recae en el Estado, que es quien en sus planes, programas, políticas de estado, proyectos a ejecutarse no debe dejar de lado la condición de discapacidad de las personas que así lo requieren y controlar que al ejecutar los ajustes, ellos se cumplan, a pesar de que hemos dicho que se harán bajo las necesidades y oportunidades que se presente dependiendo de la persona para la realización de cualquiera de sus actividades, conlleva ello evitar la violación de sus derechos.

En la Constitución de la República del Ecuador, en sus artículos 47 y 48 reconoce los derechos de las personas con discapacidad y las medidas necesarias para su ejercicio, a través de planes y programas que equiparen las oportunidades de las personas con discapacidad, acorde a sus necesidades. La Ley Orgánica de Discapacidades, concordantemente en su artículo 4, determina la accesibilidad como uno de los principios fundamentales para garantizar el acceso de las personas con discapacidad al entorno físico, al transporte, a la información y comunicación, así como a servicios, eliminando los obstáculos que dificulten el goce de sus derechos y facilitando las condiciones necesarias para procurar el mayor grado de autonomía en su vida cotidiana, entendiéndose como ajustes razonables aquellas adaptaciones que se realizan a favor de las personas con discapacidad para garantizar su autonomía e independencia en las distintas actividades de su vida, lo que se encuentra contemplado en la Agenda Nacional de Discapacidades 2017-2021.

El artículo 47 que cito de la Constitución, le otorga al Estado la responsabilidad de garantizar las políticas de prevención que procure la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad, como aquellos derechos a la atención especializada en entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, por ejemplo, ante ello, por lo que hemos mencionado, se deberán proponer acciones para que las personas puedan acudir a recibir esas prestaciones de salud, que se provisione de los suficientes medios para atender las diferentes condiciones de salud que demandan las personas con

sus particularidades y tipos de discapacidad. Es el caso de las medicinas que en el país existe una lista denominada cuadro básico de medicamentos, del cual los galenos de los servicios públicos deben recetar, estándoles prohibido recetar otros que no estén en ese cuadro, lo particular que ha sucedido es que las discapacidades requieren de medicamentos especializados y en muchos de los casos de alto valor comercial, imposible su adquisición para la economía de las personas, ante ello ha habido la necesidad de acudir a recursos constitucionales para su provisión y entrega o distribución, ello es un ajuste puntual, ello permite cubrir las “necesidades específicas”, se concretó esto cuando el gobierno decreta incluir en ese referido cuadro medicamentos especializados, configurándose el ajuste del que nos estamos refiriendo.

Aquellas personas que se encuentran en situación de riesgo como las que hemos mencionado por su estado de salud y falta de dotación oportuna de medicamentos, por su vulnerabilidad la atención se vuelve prioritaria, referimos el caso como ejemplo de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay:

“Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su Posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria.”²⁵⁸

Considerando que se trata de la personas con discapacidad, de un ser humano que necesita de apoyos por su situación de vulnerabilidad, necesita de medidas especiales que le permitan ejercer su derecho en igualdad de condiciones, lo que significa que el Estado otorgará o impulsará esa igualdad a través de su intervención, por ejemplo, en la dotación de ayudas técnicas, se destinó a través de programas puntuales gubernamentales que las personas con discapacidad puedan tenerlos para suplir sus necesidades y contribuir a la igualdad de condiciones u oportunidades.

²⁵⁸ Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005).

Respecto de la educación, para hablar puntualmente de este derecho, para las personas con discapacidad, la norma constitucional garantiza una educación regular, entonces los planes de educación implementarán un trato diferenciado a los de atención especial y especializada, cumpliendo los establecimientos de educación con normas de accesibilidad. En consideración de lo anotado, los Estados deberán garantizar ese derecho a la educación y es como ejemplo que la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo dictada en el caso *Enver Şahin v. Turquía* de 30 de enero de 2018, “en el que se declara la violación del art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEDH (igualdad y no discriminación) combinado con el art. 2 del Protocolo No. 1 (derecho a la educación) como consecuencia de las condiciones de falta de accesibilidad a las instalaciones universitarias en las que debía cursar sus estudios”²⁵⁹.

*“El señor Şahin, un estudiante universitario de primer año de Mecánica, sufrió en 2005 un accidente que le dejó parapléjico, lo que le obligó a suspender sus estudios hasta que su estado físico le permitiera reintegrarse a la universidad. En marzo de 2007 solicitó a las autoridades académicas que se hicieran las adaptaciones materiales necesarias en las instalaciones de su Facultad para poder reanudar, en el siguiente curso académico, sus estudios en igualdad de condiciones que el resto de estudiantes. En mayo de 2007 la Facultad respondió a su petición mediante escrito en el que le indicaba que el edificio de la facultad había sido concebido y construido con varios pisos que podían acoger a 3.000 estudiantes y que su arquitectura no podría ser modificada. Precisaba que se había pedido al Rectorado autorización para proceder a realizar ciertos cambios en las entradas y salidas del edificio, pero que no sería posible concluir estos trabajos a corto plazo. Concluía que, si el interesado quería continuar con sus estudios, buscarían darle una ayuda dentro de sus posibilidades. En agosto de 2007 el Sr. Şahin dirigió, por vía notarial, al rector de la universidad y al decano un requerimiento instándoles a efectuar los acondicionamientos solicitados”*²⁶⁰.

²⁵⁹ RIQUELME, Kirian (2018: 3-4)

²⁶⁰ Caso Enver Şahin v. Turquía. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2019).

Este caso, no queda allí solamente con aquella excusa de la universidad, ellos, los directivos le ofrecen “un asistente personal para asegurar sus desplazamientos” con lo que atentaba nuevamente contra otro derecho, el de actuar con independencia, lo que obligó al señor Şahin a renunciar a continuar sus estudios atentando contra el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que establece que:

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación” y el artículo 2 del Protocolo adicional reconoce el derecho a la educación que “a nadie se le puede negar el derecho a la educación (...)”²⁶¹

Es de hacer notar que en este artículo 14 del Convenio, no habla expresamente de distinción por discapacidad, sino se va más hacia un tema de manera independiente, que es el derecho a la educación como un derecho esencial para la realización de los derechos humanos y que “artículo 2 del Protocolo núm. 1 del Convenio se aplica a la educación universitaria y, en este contexto, exige que cualquier Estado que haya establecido instituciones de educación superior debe asegurarse de que esas instituciones sean efectivamente accesibles”²⁶².

Por otro lado, los medios y formas alternativas de comunicación, también serán de responsabilidad del Estado a fin de que desarrollen sus habilidades y permita su integración e inclusión social.

De igual forma en los procesos judiciales, sean las personas con discapacidad sujetos actores o procesados, necesitan de especial atención de conformidad al tipo de discapacidad que tengan en atención a sus propias necesidades, por ello se implementará esos ajustes razonables para cada caso que presente la persona y los apoyos, serán otorgados desde el Estado, de parte del servicio judicial. De hecho, el Consejo de la Judicatura emitió el Manual de Atención en Derechos de Personas con Discapacidad en

²⁶¹ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Unión Europea, Roma (1950).

²⁶² Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950).

la Función Judicial, basado en el nuevo paradigma de derechos humanos, requirente de que se apliquen los principios pro ser humano, donde jueces, fiscales, defensores públicos, defensoría pública, y demás actores, primero identifiquen las dificultades que se les puede presentar en el desempeño de su trabajo y luego conozcan cómo actuar frente a cada condición de la persona con discapacidad usuaria activa o pasiva del servicio judicial. El contenido de este manual, las suficientes explicaciones, caso, procedimientos, etc. constituirían un ajuste razonable frente a las decisiones que deberán tomarse en el servicio judicial en todos sus ámbitos.

2.2.3.2. Ley Orgánica de Discapacidades y ajustes razonables.

Esta norma legal sustantiva tiene como finalidad establecer seguridad hacia la prevención, detección oportuna, habilitación y rehabilitación de la discapacidad, así como garantizar una vigencia plena de aquellos derechos que le asisten a la persona con discapacidad, además de la difusión y ejercicio de dichos derechos²⁶³. Este reconocimiento brinda la posibilidad real de que los derechos de las personas con discapacidad sean respetados y con ello la inclusión social. Respecto a la igualdad de oportunidades para la persona con discapacidad, este resulta ser un factor que la normativa legal tiene en cuenta en casi todas sus disposiciones, y para ello se fija una protección legal en igualdad de condiciones, además de establecer beneficios directos de la ley sin mediar discriminación alguna.

De esta manera el Estado ecuatoriano a través de sus respectivos organismos reconoce y llega a garantizar a la persona con discapacidad la adecuada y efectiva materialización de los derechos reconocidos en la Constitución, como anteriormente quedó establecido; es necesario agregar que los derechos son asociados a todos los tipos de discapacidades, con el propósito de que sean incluidos en todos aquellos procedimientos encaminados a su bienestar individual y familiar, además del de su entorno, cualquiera sea este.

La Corte Interamericana en los casos de atención especial y prioritaria, debido a la situación de vulnerabilidad que pudieran presentar, mantiene que en ciertas situaciones

²⁶³ Ley Orgánica de Discapacidades, Asamblea Nacional, Quito (2012: Art. 1).

el Estado debe actuar prioritariamente y urgentemente, así lo ha expresado por ejemplo en el caso Furlan y familiares Vs. Argentina²⁶⁴, párrafo 134:

“... 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. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras”²⁶⁵.

Hay que señalar que los ajustes razonables no pueden ser entendidos como un mecanismo que persigue reemplazar los incumplimientos en el tema de la accesibilidad y la corrección de las situaciones referentes a la discriminación. Esto quiere decir que cuando se llegue a establecer un ajuste razonable no se rectifican actos marcados por la discriminación hacia una persona con discapacidad, sino que se ejecutan aquellos medios necesarios que deberían existir que este grupo social desarrolle sus diversas potencialidades en las diferentes esferas de la vida.

A partir del esclarecimiento de esta característica de los ajustes razonables se puede agregar que en el caso ecuatoriano la aplicabilidad de los ajustes razonables va dirigida a la adaptabilidad del entorno a las necesidades específicas de las personas con

²⁶⁴ El caso advierte sobre la responsabilidad internacional por parte del Estado argentino por su demora al momento de establecer una indemnización a favor del menor Sebastián Furlán, de la que dependía su tratamiento médico, como persona con discapacidad.

²⁶⁵ Caso Sebastián Furlán y Familiares Vs. Argentina. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001).

discapacidad, y su materialización está sujeta al fallo del diseño para todos. En lo que respecta a la accesibilidad hacia bienes, productos, servicios y derechos se erige como una necesidad el cambiar la percepción o idea de relacionar los derechos de la persona con discapacidad con la concepción que se posee sobre el asistencialismo, lo cual a la vez estará basado en la reconstrucción de la ideología sobre la identidad humana y el principio de la igualdad, a través de lo cual se deberá eliminar el miedo a disfrutar de la libertad y a poseer determinadas responsabilidades. Entonces, la Ley Orgánica de Discapacidades tiene como finalidad el alcance de una sociedad inclusiva, donde la persona con discapacidad tenga un reconocimiento real y efectivo de sus derechos, además de que posea acceso a bienes y servicios bajo parámetros que fomenten la igualdad de condiciones, ello representa una manera de establecer ajustes razonables, es todas las áreas.

2.2.3.3. Los postulados en Ecuador en materia de discapacidad y los ajustes razonables.

En el tema de la discapacidad habría que resaltar el desarrollo de la Agenda para la Igualdad en Discapacidades, un documento técnico a través del cual se construyó todo un engranaje para tratar el tema de la discapacidad. La finalidad de este documento descansa en impulsar, transversalizar tanto en el sector público como privado la equiparación de las oportunidades para la persona con discapacidad, además de la posible prevención de discapacidades, todo esto ejecutado a nivel nacional.

Lo aquí mencionado tiene una concordancia directa con lo establecido en la normativa sustantiva nacional sobre discapacidad en donde se señalan las atribuciones del Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades, donde se destaca que dicha entidad formulará todo lo relacionado con la política pública en materia de discapacidad. La Agenda de hecho contempla como ajustes razonables, “La eliminación de barreras en el entorno que dificultan la participación de las personas con discapacidad” y lo relaciona con lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, e indica que “se requiere realizar modificaciones y adaptaciones funcionales y necesarias, que faciliten el ejercicio de derechos a las personas con discapacidad.” Lo planteado se infiere que el ajuste razonable promueve un llamado hacia la imaginación práctica, ya que una vez que se ha conformado la idea de ejecutar un trato diferenciado y por ende la

realización de acciones positivas, todo esto es admitido a efectos de alcanzar la plena igualdad de todos los individuos dentro de la sociedad. De forma posterior deberá ser concretada toda acción dirigida a materializar la igualdad, la cual constituye la base de la concepción sobre la justicia social distributiva desde la perspectiva de desarrollar la idea de ciudadanía incluyente.

El ajuste razonable se basa en un modelo intercultural concreto, donde se llega a exigir el compartir valores éticos, jurídicos y cívicos, donde a la vez se supone que deberá regir el respeto del individuo tal como es, y para ello se tomará en cuenta la realización personal de cada individuo en el ámbito social. El ajuste razonable llega a inscribirse dentro de un esquema que promueve el derecho a la igualdad, el cual posee un carácter reivindicatorio, además de que se persigue reposicionar a la persona con discapacidad dentro de la sociedad. En este contexto los particulares y la administración pública deberán gestionar el tema de la diversidad y por ende la discapacidad por las diferentes vías, dígase legislación y los ajustes razonables.

2.2.4. Aplicación de directrices del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

En cumplimiento del Art. 34 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se crea el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que se encuentra conformado por un máximo de 18 personas expertas, llega a ese número de miembros, luego que, al entrar en vigor la Convención, se conformaba inicialmente con 12 expertos y que se incrementaba en 6 más cuando existieran las 60 ratificaciones, hecho que ya se cumplió.²⁶⁶

Este Comité está conformado por personas de gran integridad moral y reconocida competencia y experiencia en los temas que refiere y se trata en la Convención. Su elección se produce de entre una lista de personas designadas por los Estados Partes y actuarán a título personal.

El Comité es el encargado de revisar los informes que los Estados Partes presenten “sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la

²⁶⁶ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas (2006: Art. 34)

presente Convención”, cuyo primer informe debía ser presentado a los dos años por parte de los Estados, contando a partir de la vigencia de la entrada en vigor de la Convención y luego de ello cada cuatro años.

Cada uno de los Estados Partes, presentarán al Comité, por intermedio de la Secretaría General de las Naciones Unidas, ese informe, conocido también como de cumplimiento de la Convención y lo harán aplicando las directrices que para el efecto se dicten, se trata de una herramienta a través del cual los Estados Partes, lo utilizan como complemento al procedimiento que el Comité desarrolla el análisis de los informes.

Las directrices, son aprobadas en Conferencia de los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, lo hace a través de “Cuestiones relativas con la aplicación de la Convención”²⁶⁷; por tanto, los países tienen que guiarse con las directrices que para ese efecto son preparadas por un grupo de expertos y lo hacen por disposición de la Secretaría General.

El informe país deberá cumplir conforme el “compromiso de la comunidad internacional con la promoción de los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión en la sociedad y el desarrollo está estrechamente vinculado con los objetivos de las Naciones Unidas”, contar con un marco normativo internacional, donde se haga referencia a los derechos humanos fundamentales, la dignidad y el valor de las personas.

En esta Conferencia de la que recientemente nos hemos referido, (CRPD/CSP/2014/2 – 10 a 12 de junio de 2014), por ejemplo, considerando que de la población mundial con discapacidad “tiene más probabilidades de vivir en pobreza que las personas sin discapacidad” y que por ello, es necesario de su inclusión en todas las actividades de desarrollo, inclusive en aquellos Objetivos de Desarrollo del Milenio, que frente a este último, en ninguno de ellos, ni en sus metas ni en sus indicadores, se ha considerado la situación de las personas con discapacidad.

Ello entonces ha sido de un universo de comentarios, estudios y reuniones de expertos, e inclusive al más alto nivel de los representantes de los Estados Miembros, que han definido que estas cuestiones son de especial preocupación como la falta de acceso igualitario a recursos como la educación, el empleo, la atención de la salud y los sistemas de apoyo social y jurídico; por tanto, estos temas que no se tomaron en cuenta en los

²⁶⁷ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006: Art. 33)

Objetivos del Desarrollo del Milenio, se analizaron en la Reunión del Alto Nivel de la Asamblea General sobre la Realización de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y Otros Objetivos de Desarrollo Convenidos Internacionalmente para las Personas con Discapacidad, en cuya primera reunión (23 de septiembre de 2013) se determinó el camino orientado a hacer realidad los Objetivos del Desarrollo del Milenio para personas con discapacidad y su planeamiento hasta después del 2015, donde se revisarán esa falta de acceso igualitario.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ACNUDH, ha presentado a la comunidad universal el informe “Panorama general del sistema y de los métodos de trabajo de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos relativos al examen de los Estados partes”²⁶⁸; este documento ofrece un panorama general que los Estados Parte, deberán acogerse en relación a los exámenes al cumplimiento de los tratados de derechos humanos. Se encuentra diseñado para los nueve tratados de derechos humanos que tienen en su contenido procedimientos de presentación de informes, tal el de discapacidades como lo refiere el Art. 31 respecto de la recopilación de datos y estadísticas, “que les permita formular y aplicar políticas, a fin de dar efecto a la presente Convención. En el proceso de recopilación y mantenimiento de esta información se deberá:” Nos referiremos al número 2 de este artículo que dice que la información recopilada, se desglosará y se utilizará como ayuda para evaluar el cumplimiento de los Estados Partes de sus obligaciones, así como para identificar y eliminar las barreras con que se enfrentan las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos²⁶⁹.

Estos Comités como lo habíamos mencionado, están conformados por expertos independientes que vigilan la aplicación de la Convención y por tanto para que los Estados partes, presenten sus informes, éstos se deberán acoger o regir a las directrices que para el efecto se dictan, éstas las revisamos en el acápite siguiente.

²⁶⁸ Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2006).

²⁶⁹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006: Art. 31.2)

2.2.4.1. Directrices sobre establecimiento de mecanismos de vigilancia independiente

La Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad, plantea²⁷⁰ la necesidad de organizar “uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la Convención”, entonces debe entenderse que se incluye mecanismos de vigilancia internos y a su vez internacionales cuando se someten los informes de cumplimiento por parte de los Estados Partes al Comité.

Para cuando se establece la vigilancia interna, la misma Convención dispone que se “designarán uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la presente Convención”, entonces a través de sus sistemas organizativos, los países establecerán un marco que constará de uno o varios mecanismos independientes, para promover, proteger y supervisar la aplicación de la Convención.

Existe para este efecto, la participación de la sociedad civil a través de personas independientemente, o a través de organizaciones que las represente y quienes estarán pendientes de los sucesos respecto del cumplimiento de la Convención. Faculta entonces, para este efecto, la posibilidad de que se puedan conformar en observadores, por un lado y, por otro, participar con un informe, de los que se denominan informes sombra o informes alternativos, que su contenido está principalmente referido a las acciones de incumplimiento de la Convención o, acciones contrarias con el espíritu de este instrumento internacional, por parte del Estado.

Generalmente está dirigido a la falta de cumplimiento por parte del Estado y lo hace precisamente, porque le asiste a la sociedad el derecho de presentar informes sobre sus propias evaluaciones, obviamente que estará sustentado con información real y verificable. Se plasman a través del señalamiento de problemas y enfoques que no se ajustan, especialmente ante las aseveraciones del Estado en su informe.

Cada uno de los Comités, emite sus directrices para la presentación de informes, que permite a los Estados redactar sus informes, a fin de que cada uno de ellos, presenten en forma similar, de manera uniforme, que permitirá su revisión de forma armónica y que de igual forma en los períodos de defensa, los expertos comisionados analicen de la

²⁷⁰ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006: Art. 33)

misma forma, sin que ningún Estado parte se vea perjudicado o se utilicen mecanismos de revisión unos distintos de otros.

Por ejemplo, conforme a las “Directrices armonizadas sobre la preparación de informes con arreglo a los tratados internacionales de derechos humanos, incluidas orientaciones relativas a la preparación de un documento básico común y de informes sobre tratados específicos”²⁷¹, pretende que los informes con las directrices expuestas a cada uno de los Estados, éstos puedan visualizar un horizonte completo de la aplicación de la Convención y se muestre lo más completo las acciones en favor de los derechos humanos de las personas, en este caso no sólo de las personas con discapacidad, pues fue elaborado para la presentación de los tratados de derechos humanos.

Ahora en relación al cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, éste tiene relación con los informes que presenten los otros nueve Comités conformados en los tratados de derechos humanos, se presenta periódicamente tras haberse fijado un plazo para la presentación del informe inicial, en este caso que nos ocupa el plazo es de dos años para el inicial y de cada cuatro años para la presentación del informe periódico.

Existe cierta flexibilidad para la presentación de los informes, por ejemplo puede dar lugar que el Estado Parte, no haya presentado a la fecha sugerida y que por el transcurso del tiempo, tenga que presentar su nuevo informe en el mismo año, el Comité examinará el informe precedente y discrecionalmente este organismo, podrá disponer nueva fecha para la presentación del nuevo informe periódico, que a pesar de haberse establecido que los presentará cada cuatro años, puede disponerse que sean presentado cada tres, cinco o seis años, según el grado de cumplimiento de la Convención, sin que le sea permitido al Estado parte la acumulación de informes atrasados; o, ha sucedido, como en la actualidad el Ecuador ha presentado un informe nacional combinado (2018)

Los informes se presentan a través de una lista de cuestiones y preguntas, que permitirá al Comité preparar las preguntas que probablemente tengan que contestar en el período de examinación oficial de los informes a cada uno de los Estados Partes.

Es necesario indicar que además de las listas de cuestiones que tiene que presentarse, deberán en el informe inicial acompañar información sobre el país, esto es

²⁷¹ Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2006).

información general de la situación del país, geográfica, conformación política, situación económica, etc.

Para el período inicial, el Ecuador tuvo que atender las siguientes directrices y preguntas que fuera preparado por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, en los siguientes términos y estructura:

En el informe básico común, se hace conocer sobre la información general del Estado Miembro consultado y obligado a rendir su informe de cumplimiento, en él constan las características demográficas, económicas, sociales y culturales; además su estructura constitucional, política y legal del Estado.

Se revisa el marco general de la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad; información sobre las medidas de no discriminación.

A la par de este informe básico común, se encuentra el informe de cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, propiamente dicho, está dispuesto por parte de las Naciones Unidas, hacerlo artículo por artículo o en bloques de artículos de la Convención; por ejemplo, la ‘Lista de Cuestiones’ a responder, que es el informe propiamente dicho, tenemos: “Propósito y obligaciones generales (artículos 1 a 4)” y la redacción de las cuestiones continúa hasta completar todos los artículos de la Convención.

Los procesos para la elaboración de los informes permite a los países, realizar un recuento de las actividades relacionadas al cumplimiento de la Convención, lo debe hacer bajo los parámetros que hemos visto en este acápite, de forma exhaustiva donde se plasman los progresos y logros en favor de las personas con discapacidad y sus familias, lo deben hacer desde su legislación favorablemente, desde la emisión de políticas públicas y lo más importante a mi parecer, es la proyección que plasma el país hacia el efectivo ejercicio de los derechos.

Estos informes deben contener análisis de artículo por artículo, como lo hemos referido, relacionándolos con las acciones que el país ha logrado, ha cumplido o está en proceso de hacerlo; por ejemplo. Debe ser abierto y comprobable, se redactará a través de consultas amplias y participativas, en especial de las propias personas con discapacidad y sus organizaciones o niveles asociativos. Como sugerencia se ha adoptado que las personas con discapacidad y sus organizaciones, no participen en la redacción, ello

corresponde al Estado Parte, sino lo harán en nivel de asesoramiento o guía informativa, ello es necesario proceder así, pues son los sujetos a los que los Estados deben justificar sus acciones.

Producto del primer Informe de cumplimiento (Informe Inicial del Ecuador (CRPD/C/ECU/1), en sus sesiones 153.^a y 154.^a, celebradas los días 22 y 23 de septiembre de 2014 respectivamente, y aprobó, en su 168.^a sesión, celebrada el 2 de octubre de 2014), el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²⁷², recibe a satisfacción este informe inicial a la lista de cuestiones; el Comité destaca en términos generales los contenidos respecto de los derechos de las personas con discapacidad en la Constitución de la República; observa con agrado la adopción de legislación, políticas públicas e iniciativas, a fin de promover los derechos, en especial la existencia de una ley sobre discapacidades, que protege los derechos de las personas con discapacidad; la emisión de un Plan Nacional de Desarrollo y el desarrollo de la Misión Manuela Espejo.

También los principales ámbitos de preocupación y recomendaciones, son de observación del Comité, en especial destaca su preocupación, entre otras cosas por lo siguiente:

Se mantiene la definición de discapacidad bajo el enfoque médico, ello enfatiza la restricción de capacidades y soslaya la dimensión social y relacional de la discapacidad, por lo que sugiere o recomienda que se haga una revisión de la ley a efectos de adecuarla a la Convención en el modelo basado en derechos humanos; aspecto que se produjo con la aprobación de la Ley Orgánica de Discapacidades que en su definición de discapacidad acogió casi en su totalidad la que tiene la Convención, de lo cual era necesario, como inicio al considerar a las personas con discapacidad como sujetos de derechos.

Otro aspecto de importancia es la sugerencia que se conforme una comisión que, por razones lógicas, esté conformado también por organizaciones de personas con discapacidad, para revisar la legislación en materia de educación, transporte, desarrollo humano, prevención de la violencia, salud, relaciones familiares, trabajo, cultura y deporte, y que se armonice con la Convención las decisiones y adopciones que se logren.

Destaco que el Comité, por ejemplo, observa que en la Ley no hay una definición de lo relativo a ajustes razonables, por lo que recomienda la creación de órganos

²⁷² Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Naciones Unidas (2014).

independientes que puedan conocer quejas y acciones que interpongan las personas con discapacidad para combatir actos discriminatorios. Sobre esta cuestión, por ejemplo, me refiero a esa ausencia en la ley vigente, lamentablemente todavía persiste, por lo que recomienda la creación de un órgano con suficientes poderes para combatir actos discriminatorios.

Se destaca también la preocupación del Comité en el aspecto relacionado a la accesibilidad en los ámbitos de información, comunicación, comunicaciones y tecnologías; que las redes de transporte público no sean accesibles para las personas con discapacidad y que por el contrario tengan que acudir a medios de transporte más onerosos.

En lo relativo al acceso a igual reconocimiento ante la ley, recomienda se provea el nuevo “modelo de sustitución de la voluntad mediante la incorporación de figuras como la tutela y la curatela y que no exista un programa inmediato para reformar el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles a efecto de incorporar el modelo de toma de decisiones con apoyo.”. Sí, esta observación es muy elocuente además de ser real, lamentablemente se mantiene en nuestra legislación civil esas instituciones de representación, lo único que ha cambiado es que desaparece el Código de Procedimiento Civil y se codifica uno solo ahora como Código General de Procesos, que mantiene el proceso para interdicto a la persona con discapacidad, sin que se avizore un cambio como lo sugerido.

El acceso a la justicia es también digno de analizar, recordemos que no estamos analizando todas las observaciones, sino las que más se apegan a nuestro estudio para esta investigación; recomienda que deberá implementarse servicios dentro del sistema judicial, no solamente acceso físico, sino se provean en los ordenamientos procesales la obligación de ajustes de procedimiento cuando la persona con discapacidad intervenga en ellos; por tanto se formará al personal judicial en la temática de discapacidades, que es lo más urgente e importante que conozcan que como personas sujetos de los mismos derechos, tengan igualdad de condiciones que los demás.

Para el siguiente informe, el País recibe la Lista de Cuestiones previas a la presentación del segundo y tercero informe periódico combinados de Ecuador, lista preparada por el Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, que es transmitida al Estado antes de que presente su informe periódico. “Las respuestas a esta

lista de cuestiones constituirán el informe que el Estado parte debe presentar en virtud del artículo 35 de la Convención”²⁷³.

En este caso, el Ecuador lo presenta en el 2018 ante el Comité de Derechos de las personas con Discapacidad; en él se destaca lo siguiente, considerando las observaciones y preocupaciones que destacamos respecto del primer informe y que son de utilidad el análisis en relación a esta investigación:

La creación de la Ley Orgánica de Sistemas de Promoción y Protección de Derechos, afirmando que se encuentra en proceso de aprobación en la legislatura, con el objeto de superar esa ausencia de una ley que aborde los temas de prevención de violencia contra las personas con discapacidad, en armonía con las disposiciones de la Convención.

En relación de los ajustes razonables, presenta suficiente explicación sobre los postulados de los artículos 47 y 48 de la Constitución de la República del Ecuador²⁷⁴, que lo referimos para el primer informe, expresando que se han logrado inmensos avances para su ejecución, en especial “para garantizar el acceso de las personas con discapacidad al entorno físico, al transporte, a la información y comunicación, así como a servicios, eliminando los obstáculos que dificulten el goce de sus derechos y facilitando las condiciones necesarias para procurar el mayor grado de autonomía en su vida cotidiana, entendiéndose como ajustes razonables aquellas adaptaciones que se realizan a favor de las personas con discapacidad para garantizar su autonomía e independencia en las

²⁷³ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. CRPD/C/ECU/QPR/2. Distr. General 22 de septiembre de 2017. Organización de las Naciones Unidas, Ginebra (2017).

²⁷⁴ Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente (2008: Art. 47) El Estado garantizará políticas de prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia, procurará la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social. Art. 48.- El Estado adoptará a favor de las personas con discapacidad medidas que aseguren: 1. La inclusión social, mediante planes y programas estatales y privados coordinados, que fomenten su participación política, social, cultural, educativa y económica. 2. La obtención de créditos y rebajas o exoneraciones tributarias que les permita iniciar y mantener actividades productivas, y la obtención de becas de estudio en todos los niveles de educación. 4. La participación política, que asegure su representación, de acuerdo con la ley. 5. El establecimiento de programas especializados para la atención integral de las personas con discapacidad severa y profunda, con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad, el fomento de su autonomía y la disminución de la dependencia. 6. El incentivo y apoyo para proyectos productivos a favor de los familiares de las personas con discapacidad severa. 7. La garantía del pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. La ley sancionará el abandono de estas personas, y los actos que incurran en cualquier forma de abuso, trato inhumano o degradante y discriminación por razón de la discapacidad.

distintas actividades de su vida, lo que se encuentra contemplado en la ANID 2017-2021.”²⁷⁵

Hace notar también este informe, la existencia de la Norma Técnica NTE INEN 2315 “*Accesibilidad de las personas al medio físico. Terminología*”²⁷⁶, que define técnicamente como ajuste razonable a las “modificaciones y adaptaciones funcionales, acondicionamiento de espacios físicos y de formas de comunicación e información para incorporar accesibilidad.”. Con ello el Ecuador evidencia su preocupación en responder al organismo universal su compromiso para el cumplimiento de los postulados de la Convención, a fin de superar esas observaciones y mostrar a la comunidad que hay avances en el ejercicio pleno de los derechos de las personas con discapacidad.

Sobre la igualdad y no discriminación, destaca la implementación en las instituciones rectoras de las políticas públicas, la orientación hacia el cumplimiento y la “ejecución de varias actividades que evidencian el principio de no discriminación, orientadas a fomentar la participación de las personas con discapacidad en los diferentes ámbitos educativo, laboral, salud, vivienda, comunicacional, como se explica en las cuestiones 22, 24, 25 y 26.”

En lo que respecta a la accesibilidad en el ámbito de la comunicación y la información, expresa el informe que se han adoptado 10 normas específicas de accesibilidad a las tecnologías de información y comunicación, entre las que se destacan “la Norma NTE INEN ISO/IEC 40500²⁷⁷: Directrices de Accesibilidad al Contenido Web del W3C (WCAG) 2.0, la que permite que las personas con discapacidad puedan acceder a la información disponible en los sitios web del país. Para su aplicación se ha creado el Reglamento Técnico INEN 288: Accesibilidad para el Contenido Web, el cual señala la obligatoriedad del cumplimiento de la norma junto con la vigilancia, controles, sanciones, criterios de conformidad y plazos a cumplirse”²⁷⁸.

Sobre la adopción del nuevo modelo de sustitución de la voluntad mediante la adopción de nuevas formas de representación, es de lamentar que el Ecuador, todavía se

²⁷⁵ Lista de Cuestiones II y III Informe Nacional Combinado al Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades (2018)

²⁷⁶ Norma Técnica Ecuatoriana NTE INEN 2315 Accesibilidad de las Personas al Medio Físico. Instituto Nacional Ecuatoriano de Normalización, Quito (2018).

²⁷⁷ Norma Técnica Ecuatoriana NTE INEN – ISO/IEC 40500. Tecnología de la Información – Directrices de Accesibilidad para el Contenido Web. Instituto Nacional Ecuatoriano de Normalización, Quito (2014)

²⁷⁸ Reglamento Técnico Ecuatoriano RTE INEN 288, Accesibilidad para el Contenido Web, regula la aplicación de la Norma NTE INEN. Ministerio de Industrias y Productividad, Quito (2016).

encuentra en proceso de reforma al Código Civil respecto de estas figuras jurídicas y más preocupante es que en el informe los hace como que fuera problema de terminología, sin considerar ni explicar el alcance delicado que representa para las personas con discapacidad seguir teniendo invisibilidad sobre su capacidad de obrar.

Del acceso a la justicia, explicado para el primer informe, éste combinado amplía la información sobre la capacitación que se ha hecho a operadores de justicia sobre las actuaciones frente a las personas con discapacidad en sus calidades de actor, procesado o víctima, en el afán de un debido proceso y de justicia, considerando primordialmente sus particulares e individuales condiciones de discapacidad.

En fin, este informe combinado, que conjuga información correspondiente al II y III, de sus observaciones, recomendaciones y preocupaciones, todavía no se cuenta porque fue recién en el mes de agosto de 2019 revisado en el Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

2.2.5. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Los Protocolos Facultativos, son Tratados que se aprueban como complemento de otro, tal como el de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; donde se reconoce la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establecido para “recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención”²⁷⁹.

Así mismo expresa, respecto de su procedimiento, que no recibirá comunicaciones de Estado Parte que no sea parte de este Protocolo, ello se debe a que ciertos Estados al ratificar la Convención, no lo han hecho con su Protocolo Facultativo, pues éste no solamente es para recibir y considerar las comunicaciones, sino que es un tratado que complementa y completa a los ya existentes y permite a través de un mecanismo que personas o grupos de personas presenten una queja ante el Comité, respecto de la violación de derechos de las personas con discapacidad, por ello sin que se adopte este

²⁷⁹ Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Organización de las Naciones Unidas (2006: Art. 1).

instrumento, no es posible que soliciten se implementen como lo refiere el artículo 4.1. “medidas provisionales necesarias a fin de evitar posibles daños irreparables a la víctima o a las víctimas de la supuesta violación.”

El Comité conforme lo establece el Protocolo, para ejercer sus funciones establecidas, en el caso de recibir comunicaciones, éstas serán admitidas, siempre y cuando no sean anónimas; que no constituya un abuso del derecho a presentar una comunicación; cuando no se refiera a una cuestión que ya haya sido examinada; cuando se haya agotado las instancias nacionales o recursos internos disponibles; debidamente fundada y sustanciada o que los hechos denunciados sean posterior de la puesta en vigencia del Protocolo.²⁸⁰

Estas denuncias o comunicaciones que recibe el Comité las pondrá en conocimiento de los Estados Partes en forma confidencial y éste tendrá el plazo de seis meses para presentar sus explicaciones que aclaren las cuestiones denunciadas y se presenten además las medidas correctivas, de así corresponder.

Este Protocolo, indica Rosales:

“es el corazón de la Convención, pues habilita la vía ejecutiva del Comité para evaluar el cumplimiento o incumplimiento de la Convención y lo más importante (a diferencia de la Convención Interamericana) es que este instrumento permite la presentación de personas físicas o jurídicas denunciando los incumplimientos del Estado”²⁸¹.

Se trata entonces de un espacio donde las personas con discapacidad o sus organizaciones tienen para presentar o visibilizar su situación en cada uno de sus países y crear oportunidades para que se cumplan los compromisos que supone deben cumplir los Estados Partes que han diseñado sus políticas y programas concretos.

Pero bien, el mecanismo implementado por el Protocolo se activa cuando se han recibido denuncias individuales de personas de un Estado Parte y que éste haya infringido sus obligaciones constantes en la Convención; bajo este escenario el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, decide si hará llegar sus sugerencias y

²⁸⁰ Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Organización de las Naciones Unidas (2006: Art. 2).

²⁸¹ ROSALES, Oscar (2007: 19)

recomendaciones en el caso que se han producido violaciones. Tiene competencias también en el sentido de incluir visitas al territorio donde existan probables violaciones graves o sistemáticas de los derechos, donde hará las respectivas investigaciones y emitir sus conclusiones, que luego pondrá en conocimiento del Estado Parte. Es de subrayar que el Comité no es una Corte, sino una instancia, como lo dejamos dicho, dirigido a promover, proteger y garantizar el disfrute pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos de las personas con discapacidad y promover el respeto a su dignidad.

El Ecuador por su parte, firma el Protocolo el 30 de marzo de 2007 y lo ratifica el 3 de abril de 2008 y como información general, se activa una vez que se hayan agotado todos los procedimientos de recursos a nivel nacional y por tanto recién allí considerará el Comité recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas, que se consideren víctimas de una violación de sus derechos por parte del Estado con respecto a cualquiera de las disposiciones de la Convención. Inadmitirá además de lo que referimos anteriormente, cuando “se refiera a una cuestión que ya haya sido examinada por el Comité”, por ejemplo, o ya esté bajo conocimiento de otro organismo internacional o esté insuficientemente fundada o los hechos se hayan producido antes de la fecha en la que el país permitió su entrada en vigor.

En fin, este instrumento “posibilita que el Estado parte pueda ser denunciado ante el órgano de vigilancia por las víctimas a los derechos de las personas con discapacidad pueda ser juzgado por este incumplimiento”²⁸². Como ejemplo de un caso atendido por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad (Dictamen del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a tenor del artículo 5 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (11º período de sesiones) Comunicación No. 8/2012):

“Es presentado por X, lo hace en su representación la abogada Valeria G. Corbacho contra el Estado de Argentina, donde “el autor afirma ser víctima de violaciones de los artículos 9; 10; 13; 14, párrafo 2; 15, párrafo 2; 17; 25; y 26, de la Convención, por el Estado parte. El autor sostiene que la evaluación de la pertinencia de la

²⁸² Discapacidad, Justicia y Estado. Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación. Buenos Aires (2012).

medida de detención en un establecimiento penitenciario, incluso en el hospital penitenciario, requiere que se tome en cuenta su estado de salud, la carencia de infraestructura y de servicios médicos y cuidado, así como los efectos de dicha medida en el agravamiento de su salud. La interrupción del tratamiento de rehabilitación seguido en el Instituto FLENI y las carencias indicadas obstaculizan su derecho al más alto nivel posible de salud sin discriminación y a lograr la máxima independencia y capacidad, además de poner en serio riesgo su vida, en violación de los artículos 25 y 26 de la Convención. Los servicios de rehabilitación ofrecidos por las autoridades en la práctica solo constituyen cuidados paliativos, insuficientes para procurar su cabal rehabilitación. Ningún otro interno detenido se encuentra en un estado de salud similar al suyo en el sentido de requerir asistencia de terceros para realizar acciones básicas de la vida diaria, por lo que la medida de detención en un centro penitenciario constituye una violación de su derecho a la igualdad ante la ley. La infraestructura inadecuada para personas con su discapacidad, y las precarias condiciones de detención y cuidado sanitario en el Hospital Penitenciario de Ezeiza constituyen un atropello a su dignidad y un trato inhumano. Debido a que el autor fue colocado en una celda del primer piso del CPF de Ezeiza, no pudo acceder al patio durante los primeros ocho meses de su reclusión en este complejo penitenciario, por lo que no tuvo acceso a un ambiente con aire fresco y luz natural, en violación del artículo 14, párrafo 2, de la Convención”²⁸³.

Por su lado el Estado parte, presenta sus observaciones a la petición haciendo referencia a que debe ser calificada la inadmisibilidad y el fondo de la comunicación; “que el autor no ha agotado los recursos internos en relación con las quejas ante el Comité, pues recurrió a una vía que no era la adecuada para reparar las presuntas violaciones. Además, alega violaciones de la Convención sin que exista constancia de acciones administrativas y/o judiciales internas tendientes a reparar las presuntas violaciones.”; se indica también que la alegación carece de fundamentación y para ello, se explica

²⁸³ Comunicación No. 8/2012. Dictamen aprobado por el Comité sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad en su 11º periodo de sesiones del 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Naciones Unidas (2012).

abundantemente por parte del Estado, inclusive, dice, sin mayores precisiones de los hechos, entre otros hechos.

Al deliberar el Comité, decide y destacamos lo siguiente:

“...el Estado parte tiene la obligación de reparar los derechos que asisten al autor en virtud de la Convención, realizando los ajustes en el lugar de detención que garanticen su acceso a las instalaciones físicas y servicios penitenciarios, en igualdad de condiciones que otras personas detenidas. El Estado parte también debe reembolsar al autor los costes legales incurridos en la tramitación de esta comunicación.”

Decide también:

“... el Estado parte tiene la obligación de reparar los derechos que asisten al autor en virtud de la Convención, realizando los ajustes en el lugar de detención que garanticen su acceso a las instalaciones físicas y servicios penitenciarios, en igualdad de condiciones que otras personas detenidas. El Estado parte también debe reembolsar al autor los costes legales incurridos en la tramitación de esta comunicación”

Y destacamos también que en caso de personas que tienen su condición de salud bajo cuidados, el Comité adoptó: “Adoptar medidas pertinentes para garantizar que las personas con discapacidad privadas de libertad tengan acceso a tratamiento médico y rehabilitación, de manera que puedan gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación”. Vemos entonces la importancia del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como instrumento eficaz para la reclamación de los derechos de las personas.

En síntesis, el desarrollo de las discapacidades desde antes de la emisión de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cómo fue abordada la condición de discapacidad, especialmente desde las grandes guerras, venía dándose el trato con mayor énfasis desde el modelo médico – rehabilitador. A partir de la II Guerra Mundial inicia un proceso de análisis respecto de la dignidad y los derechos de las personas con discapacidad en diferentes instrumentos internacionales hasta la emisión de la Convención de Discapacidades, evidenciándose la necesidad de que los Estados hagan

ajustes a sus legislaciones respecto del respeto al reconocimiento de los derechos frente a los de los demás.

Debido a la necesidad de tener un instrumento exclusivo que remarque los derechos de las personas con discapacidad se emite la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, para contribuir a los procesos de sensibilización y las buenas prácticas frente a los derechos humanos de las personas con discapacidad y de estimular esos cambios positivos que se requieren, sino que también se encuentren formas determinantes de sostenerlos al subrayar que la responsabilidad recae en los Estados y la obligación de preparar, presentar y garantizar que los ajustes razonables que se propongan, sean apropiados y necesarios y justifique actuar para la defensa de los derechos de las personas con discapacidad. Necesidad de los ajustes razonables en los Estados (Ecuador)

La existencia de normativa internacional que dispone en especial en el Art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, son iguales y tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos, al contrario de lo que establece derecho civil ecuatoriano, que marca a la persona con discapacidad como incapaz de pleno. Al igual que reconoce la personalidad jurídica que su falta de cumplimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes.

La clave es en este capítulo la necesidad de impulsar los ajustes razonables en las normas nacionales frente a los que estipulan los instrumentos internacionales.

Capítulo III

La Protección Jurídica de las Personas con Discapacidad en la República del Ecuador

3.1. Protección constitucional de las personas con discapacidad

“El modelo constitucional ecuatoriano de 2008 participa de los elementos del modelo constitucional postpositivista”²⁸⁴. Así mismo se trata de un modelo de democracia participativa, que lo entendemos como el sistema político donde el ciudadano participa directamente de las decisiones políticas que se toman en la sociedad, sin que exista la mediación de ninguna otra persona, que no sea su voluntad propia de tomar decisiones. Destacar también que el nuevo constitucionalismo, ha sido adoptar las modernas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en la parte orgánica como en la parte dogmática del texto constitucional; es decir se ha reconocido la preeminencia del derecho internacional de los derechos humanos frente a las normas internas y, en lo dogmático la inclusión de nuevas figuras de derechos.

Destacamos también en esta revisión de la Constitución, el nuevo rol de los jueces en el modelo constitucional, con lo cual la jurisdicción ya no puede entenderse como la simple sujeción del juez a la ley, sino que es fundamentalmente la interpretación de su significado, y en ese sentido la ciencia jurídica ha dejado de ser mera descripción normativa para convertirse en análisis crítico del derecho vigente; es decir, interpretación del sistema normativo a la luz de los principios y valores constitucionales, dicho en otras palabras, cuando existan dos o más normas o interpretaciones que se ajusten al caso se debe escoger aquellas que esté más acorde con el texto íntegro de la norma constitucional y que proteja mejor los derechos constitucionales.

Acentuando que el Ecuador es un estado social de derechos y de justicia, social, (...) así establece la Constitución de la República en su artículo uno, lo que significa un cambio no solamente conceptual, sino de aplicación conforme lo estipulan los principios: “Los derechos de podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento” y sigue, “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de [...] discapacidad. [...] El

²⁸⁴ MONTAÑA, Juan (2013: 39)

Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”²⁸⁵.

Vivimos en una realidad donde la dispersión de la economía, nos ha vuelto consumistas, egoístas, nos ha convertido hasta en indolentes, carentes de sentimientos, dedicados solamente a buscar las necesidades propias, nunca pensar en los ‘otros’, hemos convertido o creado nuevas formas de explotación, discriminación e intolerancia.

Es un Estado de derechos y ello se manifiesta en el mismo texto constitucional, cuando establece que el Estado está sometido a los derechos: como deber primordial del Estado es el garantizar el efectivo goce de los derechos; el respetar y hacer respetar los derechos; que la participación, como un asunto de interés público, es un derecho; que el ejecutivo, a través de la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas, garantizan los derechos. Consecuentemente, es el Estado por intermedio de sus funciones, están vinculadas y sometidas a los derechos, sin que puedan apartarse de lo establecido y en concordancia con los hechos que se están sucediendo, en esa medida “Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución de la República, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”²⁸⁶.

²⁸⁵ Constitución de la República del Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, Quito (2008: Art. 11). El Ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

²⁸⁶ Constitución de la República del Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, Quito (2008: Art. 426) Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Con ello se configura entonces, que el “Estado es el garante de los derechos, con funciones normativas, políticas y jurisdiccionales para viabilizar, promover y respetar el ejercicio de los derechos de las personas. El Estado no es ya el destinatario exclusivo de las obligaciones sino cualquier ente, persona o colectividad que está en relación de poder con otra”²⁸⁷.

Las garantías que ofrece el derecho constitucional ecuatoriano, desde las normativas desarrolladas, son las garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana y las jurisdiccionales son aquellas con las que los jueces protegen integralmente los derechos; en este caso, la norma constitucional, establece que para la protección de los derechos, por ejemplo, se cuente con la acción de protección, ello garantiza la protección de todas las instancias estatales a través de la participación de los jueces, que en ese determinado momento se convierten todos en jueces constitucionales, abocando conocimiento aquel del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos, a través de un procedimiento sencillo, rápido y eficaz, con un procedimiento oral en todas sus fases e instancias.

La protección judicial también la establece el Art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”, que tiene concordancia con el Art. 1.1 de este mismo instrumento, donde los Estados Partes “...se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna...” Y ello lo ha establecido en el caso *Godínez Cruz Vs. Honduras*, sentencia de 20 de enero de 1989, en el párrafo 171: “...la obligación contraída por los Estados Partes en relación con cada uno de los derechos protegidos, de tal manera que toda pretensión de que se ha lesionado alguno de esos derechos, implica necesariamente la de que se ha infringido también el artículo 1.1 de la Convención”²⁸⁸.

²⁸⁷ ÁVILA, Luis (2011: 969).

²⁸⁸ Caso *Godínez Cruz Vs. Honduras*, Sentencia de 20 de enero de 1989. Corte Interamericana de Derechos Humanos (1989). El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la detención y posterior desaparición de Saúl Godínez Cruz.

Así mismo lo establece la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional²⁸⁹, en la que contempla que la acción de protección tendrá como objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, y se presentarán cuando concurra violación de un derecho constitucional; acción u omisión de autoridad pública o de un particular; en este caso ampara de todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio; que todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías o que todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios públicos impropios o de interés público, que presten servicios públicos por delegación o concesión, o provoque daños graves, o la persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o cualquier otro tipo y, por último, la acción de protección se presentará debido a la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

Como fuente también, respecto de las normas, encontramos las leyes, la jurisprudencia, las políticas públicas, que se desarrollarán de manera progresiva, entre otras, así como las provenientes del derecho internacional sentado en los derechos humanos y dispuestos a través de los convenios, más aquellas normas denominadas como *soft law*, establecidas en las declaraciones, las resoluciones, normas mínimas, directrices y las observaciones en general, como por ejemplo las Cien Reglas de Brasilia.

Tenemos la jurisprudencia internacional, como resultado de las acciones de los estados en desmedro de los derechos individuales o colectivos de los países suscriptores, convirtiéndose estas resoluciones en normas de cumplimiento obligatorio; además la jurisprudencia nacional, también es fuente de derecho, como las resoluciones de la Corte Constitucional, que tiene efecto general y obligatorio, de carácter vinculante; pues, para haber llegado a una decisión, debieron aplicarse principios de derechos humanos.

Adicional a las fuentes de derechos que hemos revisado, también podemos considerar las políticas públicas, que conllevan responsabilidad para las autoridades

²⁸⁹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Asamblea Nacional, Quito (2009).

ejecutoras y respecto de actividades específicas de acuerdo a la competencia que tiene en el poder ejecutivo, por ejemplo.

3.1.1. Reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad en la Constitución de la República del Ecuador de 2008

La Constitución actual llegó a transformar la visión del Estado ecuatoriano, al catalogarlo como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, por lo que se adoptó como parte de la ideología del propio Estado al neo constitucionalismo. Este elemento mencionado conlleva a un fortalecimiento de la justicia y su especialización en el ámbito constitucional, de lo cual surgen órganos especializados como la Corte Constitucional, cuya función recae básicamente en el control abstracto de los derechos fundamentales y constitucionales. Hay que señalar que también es incorporado el denominado sistema de control difuso, a través del cual se les otorga a los jueces ordinarios funciones concretas vinculadas al control de la constitucionalidad. Otro de los elementos que cobran protagonismo en la norma constitucional es el garantismo, donde los operadores del derecho deberán cumplir a cabalidad con los derechos que le asisten a cada persona.

En la norma constitucional vigente son establecidas cinco funciones principales del Estado, dentro de las que se destaca la Función Judicial, la cual acorde a la propia norma suprema está compuesta por:²⁹⁰

- La Corte Nacional de Justicia.
- Cortes Provinciales de justicia.
- Tribunales y juzgados establecidos por la ley.
- Juzgados de paz.
- El Consejo de la Judicatura.
- Fiscalía General del Estado.
- Defensoría del Pueblo.

Se debe agregar que la norma constitucional vigente desempeña un papel garante ante los derechos fundamentales, donde se llega a reconocer a los jueces o magistrados

²⁹⁰ Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, Quito (2008: Art. 178).- Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia.

como garantes del debido proceso y con el deber de someterse a los patrones fijados en la ley. Por otra parte, la Constitución establece y limita aquellas facultades que la ciudadanía o electorado llega a imponer a los gobernantes elegidos. Cabe agregar que la interpretación de los preceptos legales está sujeta a la aplicación que más favorezca la vigencia plena de los derechos establecidos en la norma constitucional y por lo tanto garantizados, para lo cual deberán tomarse como referencia los principios generales de interpretación constitucional.

De importancia y que denota el garantismo de la norma constitucional, son los principios de aplicación de los derechos, entre ellos, que “todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”²⁹¹ y concluye que nadie podrá ser discriminado por razones, entre otras por “discapacidad” [...] “ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos”; y, garantiza la adopción de medidas afirmativas que promuevan la igualdad real para aquellos que se encuentran en situación de desigualdad.

En esta Carta Suprema, se establecen derechos, entre los principales:

- A la comunicación e información, donde se garantiza el derecho al “acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial y a otras que permitan la inclusión de personas con discapacidad”, ello es un importante avance, más cuando las personas con discapacidad auditiva y visual han sido un colectivo que son sujetos de discriminación, al punto que la falta de medios o formas tradicionales o alternativas de comunicación se ha tornado vital, para evitar continúe la separación o permanecer apartados de la sociedad. Han sido apartados de las decisiones, no solamente dentro de su círculo social, sino de decisiones que marcan su rumbo hacia la inclusión; por ejemplo, la misma Constitución de la República, ha adoptado el lenguaje de señas para las personas sordas, como una especie de “idioma oficial” y así, en su momento este colectivo lo propuso al aprobarse la vigente Constitución; aspecto que no prosperó, pero esa era la intención para otorgarse su propia identidad de comunicación.

²⁹¹ Constitución de la República del Ecuador (2008: Art. 11.2).- Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades (...).

- A ser considerados e incluidos como grupos de atención prioritaria, por demás justificado, debido a la creciente posición de la sociedad de respetar y reconocer tantas décadas de abandono y exclusión a la que estaban sujetos; ante ello, recibirán atención prioritaria, especializada, preferente y humanitaria, en todos los ámbitos, sean estos públicos o privados, proveyendo el Estado seguridad y garantía para su ejercicio real.
- Como Estado, menciona la Carta constitucional, garantizará políticas de prevención de las discapacidades, en procura de otorgar equiparación de oportunidades hacia su integración social. Lo hace desde diferentes ámbitos, destacándose la atención especializada en los servicios de “salud para sus necesidades específicas”; la rehabilitación y datación de ayudas técnicas; exenciones en el régimen tributario; inclusión laboral que “fomente sus capacidades y potencialidades”; una vivienda adecuada y con facilidades de acceso, que procure “el mayor grado de autonomía”; inclusión a la educación regular y especializada a través de trato diferenciado y especial, principalmente.

El Estado asegurará su inclusión social que ocasione su “participación política, social, cultural, educativa y económica”; la atención integral para aquellas personas con discapacidad severa y profunda, que permita su desenvolvimiento autónomo y “disminución de la dependencia”²⁹².

La inclusión a las actividades laborales, es de especial atención en la Constitución, garantizando su acceso en igualdad de condiciones y remunerado de igual forma. De especial consideración lo hace con el trabajo de las mujeres con discapacidad, que se lo haga con equidad, implementándose medidas que eliminen esa desigualdad, en especial en lo relativo a la remuneración.²⁹³

Sobre la inclusión y la equidad, la misma Carta Suprema, indica que el Estado “generará las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, que aseguren los derechos...” y con énfasis cuando la discriminación, la

²⁹² Constitución de la República del Ecuador (2008: Art. 48)

²⁹³ Constitución de la República del Ecuador (2008: Art. 330).- Se garantizará la inserción y accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado de las personas con discapacidad. El Estado y los empleadores implementarán servicios sociales y de ayuda especial para facilitar su actividad. Se prohíbe disminuir la remuneración del trabajador con discapacidad por cualquier circunstancia relativa a su condición.

desigualdad, la exclusión o la violencia, se manifieste entre otras, hacia las personas con discapacidad.

En fin, la Constitución ha establecido con prioridad el ejercicio de los derechos y garantías de las personas y en especial, lo hace sobre las discapacidades en acápites específicos, como hemos visto los principales y de mayor demanda como sujetos plenos y personas de atención prioritaria.

3.1.1.1. Principios constitucionales de Administración de Justicia

Vale destacar algunos principios en los que se basa la actividad judicial y demás estipulados en la propia Constitución, tales como el principio de supremacía constitucional; Principio de legalidad, jurisdicción y competencia; principio de independencia; principio de imparcialidad; principio de unidad jurisdiccional y gradualidad; principio de espacialidad; principio de gratuidad en el acceso a la justicia; Principio de Seguridad Jurídica. A continuación, serán analizados los más trascendentes.

3.1.1.1.1 Principio de supremacía constitucional.

En el Art. 424 de la norma constitucional se contempla la supremacía de ésta en el ordenamiento jurídico nacional. Al respecto hay que señalar que las constituciones escritas, desde su surgimiento, han llegado a establecer directrices de carácter general respecto al quehacer político y jurídico de determinado Estado, y por lo tanto se erigieron como normas jurídicas supremas. Esta característica en específico se debe a que la norma constitucional detenta las reglas que otorgan competencia a los órganos de poder para que los mismos puedan actuar, de igual forma se aplica al proceso el cual deberá agotarse para la respectiva conformación de las leyes ordinarias.

Sobre este tema el jurista y filósofo Hans Kelsen concibió a la norma constitucional como de carácter supremo, ya que a partir de esta era conformado todo un sistema jurídico. Es así que, la Constitución llega a fijar cómo se crearán todas las normas jurídicas dentro del sistema legal²⁹⁴. Con el objetivo de que dichas normas adquieran la respectiva vigencia y validez, estas tendrán que cumplir con el requisito de que sea

²⁹⁴ KELSEN, Hans (1995: 332-333).

establecido cuál será el órgano competente que las expedirá. La norma constitucional también representa una ley fundante, por lo que se posiciona en la cima del sistema jurídico. De esta norma se deriva la validez de todo acto jurídico y a la vez surge una especie de adecuación de estos actos hacia la norma constitucional, puesto que dichos actos deben su vigencia a principios de validez específicos, caso contrario cualquier norma jurídica que no se adhiera a las formalidades establecidas a nivel constitucional para la creación de las leyes tendrá que considerarse como no válida.

Por lo tanto, en el supuesto de la adecuación de los actos a la norma constitucional, dependerá exclusivamente del cumplimiento de aquellos procesos formales destinados a la creación de normas legales, pero no se incluye la observancia de respetar y contener tantos principios como derechos fundamentales, incluso de cualquier otro tipo de contenido material. Dentro del marco de los posibles problemas a plantear en lo que respecta a la ubicación de la norma constitucional como la única fuente de todas las normas jurídicas, recae en poder determinar si sólo las que emanan de esta resultan tener validez, o si también aplica en aquellos supuestos de las normas existentes al propio sistema legal y que poseen un origen diferente, ya sea de forma parcial o total, en comparación con el resto de la normativa²⁹⁵.

En este sentido la polémica radica en que, si es aceptada la existencia de normas que no proceden de los parámetros fijados en ámbito constitucional, catalogar a la Constitución como norma suprema única, resultaría incierto, ya que se debilita de manera directa su eficacia. Cuando se permite la coexistencia de normas legales donde algunas de ellas no están sujetas jerárquicamente a la Constitución se destruye en sistema de jerarquía superior. Razón por la cual no resulta posible dejar de lado el aspecto material que tiene la norma constitucional en el desarrollo del proceso de validación de las leyes que integran el sistema.

En lo que se refiere a la jerarquía normativa de la Constitución está ha sido desarrollada a partir de la visión piramidal del sistema jurídico planteada por Hans Kelsen, en cuya teoría la norma constitucional ocupa un papel protagónico como fuente de toda la estructura normativa, lo cual impulsó la visión jerárquica del Derecho. Desde otra perspectiva podría plantearse que, toda norma jurídica está inmersa en una relación jerárquica, en la cual cada regla conlleva un orden de prelación, tanto de manera

²⁹⁵ GUASTINI, Riccardo (1996: 110)

ascendente como descendente. Es así como, según estos parámetros aquí expuestos en la norma constitucional llegan a encabezar la jerarquía normativa dentro del sistema legal, en cuyo orden siguen aquellas normas legales que acorde al valor otorgado y que ostentan un rango gradualmente menor o inferior²⁹⁶.

Por otra parte, en el supuesto que exista una contradicción entre la norma constitucional con un tratado internacional o con otra normativa de rango inferior, lo que llaga a imperar es el principio de jerarquía normativa. Por último, cabe destacar que quienes tienen a su cargo la administración de justicia deben velar por el cumplimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y estos a la vez sean respetados en los procesos que se encuentren a su cargo, aun si las partes no los llegan a invocar.

3.1.1.1.2 Principio de legalidad, jurisdicción y competencia.

Respecto a este principio se destaca como el elemento de la legalidad llega a abarcar a la constitucionalidad, de lo cual emerge el principio de legalidad. De esta manera, la legalidad implica todos los actos de aquellos operadores del derecho, destinados a la administración de justicia, ejecuten sus funciones siempre dentro de los límites fijados por la legislación vigente. Para ello deberán tomar en cuenta además la realidad procesal y la esencia implícita en el texto constitucional. En cuanto a la jurisdicción esta se relaciona con la determinación del ámbito territorial ya sea de acción y competencia. Esto significa que la jurisdicción se vincula directamente con la capacidad que tienen los operadores del derecho para actuar y solucionar determinado caso que versa sobre una materia específica. Por ejemplo, en el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano tanto los magistrados como los fiscales, incluso los defensores públicos son catalogados como servidores judiciales.

En la propia norma constitucional se establece la potestad jurisdiccional, y con ello se impone la lógica de que todo lo referente a la organización judicial se deriva de esta norma suprema, así como de la respectiva ley. Por lo tanto, fuera de estos márgenes no existe la posibilidad de la operabilidad de juzgadores, así como la ejecución de juicios, donde los fallos emitidos carecerían de todo valor. Habría que agregar que la competencia como principio llega a materializarse como regla complementaria del principio de

²⁹⁶ KELSEN, Hans (1995: 379-377)

jerarquía normativa, a la vez en un sentido primario la definición de competencia se sitúa a su respectivo uso en la aplicación de criterios con validez. De forma concreta este principio conlleva a la atribución que se le otorga a cierto órgano o entidad en concreto sobre la facultad de regular materias específicas e incluso dictar cierto tipo de normas. Al mismo tiempo la competencia puede llegar a desempeñar una función en aras de establecer criterios o posibles soluciones de determinado conflicto donde puedan existir varias normas. La relación implícita entre los principios de la competencia y de la jerarquía se puede enunciar de forma acertada a partir del siguiente análisis: en el supuesto del principio de la jerarquía este puede tener aplicabilidad en un conflicto de normas sólo cuando la concurrencia tenga validez conforme a las reglas que establecen una definición sobre los ámbitos de competencia de las potestades normativas a partir de cuyo ejercicio fueron establecidas.

3.1.1.1.3 Principio de independencia.

La norma constitucional ecuatoriana establece que en el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de las atribuciones que se desarrollan dentro de la administración de justicia deberán ser aplicados determinados principios, tales como la independencia interna y externa que ostentarán los órganos pertenecientes a la función judicial²⁹⁷. Esta claridad estipulada en la norma suprema respecto a la independencia dentro de los organismos de la función judicial en la práctica se ha visto afectada. Dicha vulneración o afectación se ha evidenciado en el transcurso de los años y el comportamiento de la administración de justicia en el país, donde ha prevalecido una cierta injerencia de los poderes públicos o grupos de poder dentro de la función judicial, especialmente en el trabajo desempeñado por jueces y órganos de la administración de justicia. En relación a esto para determinar que existe una efectiva o real independencia dentro de la función

²⁹⁷ Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, Quito (2008: Art. 168).- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: 1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley. 2. La Función Judicial gozará de autonomía administrativa, económica y financiera. 3. En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución. 4. El acceso a la administración de justicia será gratuito. La ley establecerá el régimen de costas procesales. 5. En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley. 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

judicial habría que hacer referencia a los pilares que se construyen sobre los valores éticos y el establecimiento con especificidad de las respectivas funciones de los magistrados acorde a su competencia. De igual manera el principio de independencia está relacionado con el grado de responsabilidad que poseen todos los operadores del derecho en el marco de la administración de justicia.

3.1.1.1.4 Principio de imparcialidad.

Cuando se trata el elemento de la imparcialidad dentro de la administración de justicia se puede apreciar la relación que tiene con la ejecución por parte del magistrado de determinado control sobre los móviles o influencias extrañas al Derecho que se derivan del propio proceso jurisdiccional²⁹⁸. En este sentido puede afirmarse que la imparcialidad responde directamente al deber de independencia que deberá prevalecer por parte del juez frente a las partes inmersas en el conflicto, así como frente al objeto del litigio.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano la imparcialidad está reflejada como principio enfocado específicamente en la actuación a desarrollar por parte de los jueces y juezas²⁹⁹. Igualmente, las consecuencias jurídicas que determinan la legalidad de las actuaciones de un administrador de justicia que llegue a actuar bajo una verdadera imparcialidad, pueden evidenciarse en la manifestación de figuras jurídicas como la excusa y la recusación.

Respecto a dichas figuras legales puede señalarse que son el resultado de que se persiga un desarrollo del proceso caracterizado por una actuación imparcial del juez, por lo que ante la inminente sospecha de que el magistrado posee afinidades o sentimientos que comprometan sus acciones o valoraciones se puede excusar o las partes solicitar que se retire del proceso. Esto significa que, deberán ser garantizados al magistrado toda una serie de condiciones para que no llegue a recibir presiones que afecten la emisión de sus

²⁹⁸ DE MENDIZÁBAL, Rafael (2009: 21).

²⁹⁹Código Orgánico de la Función Judicial, Asamblea Nacional, Quito (2009: Art 9).- Principio de Imparcialidad.- La actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley. En todos los procesos a su cargo, las juezas y jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes. Con la finalidad de preservar el derecho a la defensa y a la réplica, no se permitirá la realización de audiencias o reuniones privadas o fuera de las etapas procesales correspondientes, entre la jueza o el juez y las partes o sus defensores, salvo que se notifique a la otra parte de conformidad con lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 103 de esta ley.

fallos o resoluciones judiciales, lo cual a la vez puede representar un impedimento para estudiar de forma imparcial los elementos reales de determinado caso judicial.

3.1.1.1.5 Principio de unidad jurisdiccional y gradualidad.

Este principio en específico está contemplado en el Código Orgánico de la Función Judicial³⁰⁰, a través del cual se llega a prohibir que las autoridades pertenecientes a las demás funciones del Estado lleguen a intervenir en las funciones inherentes a la administración de justicia ordinaria. Del mismo modo, la unidad jurisdiccional como principio constituye un elemento fundamental dentro de cualquier Estado, que evidencia un respeto hacia la doctrina de la división de los poderes, especialmente en lo que se refiere a las funciones que deberá desempeñar la función judicial, en relación directa con el mandato constitucional y legal.

Este principio puede dividirse en tres puntos principales, que contribuyen a una mejor valoración, estos son: la exclusividad por parte del Estado para administrar justicia; la atribución de la potestad jurisdiccional es exclusiva de los órganos jurisdiccionales; y la función jurisdiccional sólo puede ser ejercida por jueces y tribunales. Estos principios se encuentran relacionados con la independencia que debe imperar en la ejecución del poder judicial. Por otra parte, este principio se erige como un mecanismo para hacer frente a posibles arbitrariedades políticas y en aras de fomentar el principio de la igualdad hay que agregar que las posibles excepciones al principio de unidad jurisdiccional solamente pueden ser planteadas por la norma constitucional, puesto que dicho principio no puede ser vulnerado por leyes que tengan un rango inferior a la Constitución.

³⁰⁰ Código Orgánico de la Función Judicial (2009: Art. 7).- Principios de Legalidad, Jurisdicción y Competencia.- La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones. Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley. Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravencionales, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley. Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley. No ejercerán la potestad jurisdiccional las juezas, jueces o tribunales de excepción ni las comisiones especiales creadas para el efecto.

3.1.1.1.6 Principio de especialidad.

En relación al criterio de especialidad puede señalarse que este no resulta ser exclusivo del Derecho, aunque ha desempeñado un papel protagónico dentro de las ciencias jurídicas. Por medio de este principio se ha entendido, desde varias ópticas en la doctrina legal, su contribución en la solución de casos ante posibles antinomias y en la necesaria división de materias dentro de la administración de justicia. Del mismo modo, el principio de especialidad unido a otros principios como el de jerarquía y la temporalidad, ha sido catalogado como un principio general del Derecho, utilizado en la solución de antinomias, o sea aquellas contradicciones surgidas entre disposiciones jurídicas que producen resultados antagónicos y que por lo tanto no podrían ser aplicadas.

En virtud de este principio, la norma legal de carácter especial o específico llega a aplicarse con una cierta preferencia respecto a la norma legal general. Este parámetro pudiera ser catalogado como sencillo en el supuesto que ambas normas se encuentren en un mismo cuerpo legal, pero cuando las normas jurídicas se sitúan en instrumentos diferentes, se genera una colisión de este principio con los otros dos mencionados anteriormente.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano se evidencia la regulación de la solución de posibles contradicciones en el ámbito normativo, por ejemplo, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se establece que las contradicciones son solucionadas a favor de la norma competente, la que resulta ser superior en jerarquía, la especial y la posterior, por lo que dichos principios llegan a estar escalonados de la siguiente forma: jerarquía, especialidad y temporalidad³⁰¹.

Por otra parte, el principio de especialidad también comprende la existencia de jueces y tribunales que se especializan en distintas materias, de tal manera que la

³⁰¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Asamblea Nacional, Quito (2008: Art. 3.1). Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos: 1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial o la posterior.

competencia se encuentra dividida. Al respecto el Art. 11 del Código Orgánico de la Función Judicial³⁰² reconoce a este principio.

Lo señalado en este precepto legal pone de manifiesto la típica especialización judicial por áreas acorde a determinada competencia, lo cual se transforma a la vez en una especie de brecha dentro de la multicompetencia, ello significa una pérdida de la especialización. Acorde a este criterio los juzgados multicompetentes que operan en el país operan en cantones rurales apartados, cuyos jueces dentro de su circunscripción territorial conocen todas las materias³⁰³.

3.1.1.1.7 Principio de gratuidad en el acceso a la justicia.

En el ámbito de la doctrina legal la gratuidad en torno a la justicia implica no solo la presencia de este elemento en la esfera procesal, sino que también incluye que las personas tengan acceso a una efectiva defensa a partir de las funciones ejecutadas por profesionales del derecho. En el Ecuador esta gratuidad se pone de manifiesto en las acciones desarrolladas por la Defensoría del Pueblo y sus respectivas actuaciones dentro de los procesos judiciales. El principio de gratuidad guarda una estrecha relación con el principio de igualdad reconocido en la norma constitucional, por lo que se rechaza la desigualdad dentro del ámbito judicial por razones económicas. Como organismo que representa la gratuidad en el acceso a la justicia, la Defensoría del Pueblo está destinada en parte, a aquellos litigios que puedan tener un impacto individual o colectivo en aras de proteger a personas de escasos recursos o grupos vulnerables³⁰⁴.

Respecto a este tema hay que señalar que con la actual norma constitucional se alcanza un mayor acceso a la justicia, donde incluso con la prohibición del cobro de tasas judiciales se ha contribuido al incremento de la presentación de trámites destinados a

³⁰² Código Orgánico de la Función Judicial, Asamblea Nacional, Quito (2009: Art 11). Principio de Especialidad.- La potestad jurisdiccional se ejercerá por las juezas y jueces en forma especializada, según las diferentes áreas de la competencia. Sin embargo, en lugares con escasa población de usuarios o en atención a la carga procesal, una jueza o juez podrá ejercer varias o la totalidad de las especializaciones de conformidad con las previsiones de este Código.

³⁰³ Código Orgánico de la Función Judicial, Asamblea Nacional, Quito (2009: Art. 244). Competencia de las Juezas y los Jueces Únicos o Multicompetentes. - El Consejo de la Judicatura, podrá crear juzgados únicos o multicompetentes, preferentemente en cantones o parroquias rurales apartados. Residirán en la localidad que señale el Consejo de la Judicatura, el cual fijará la competencia territorial correspondiente.

³⁰⁴ Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, Quito (2008: Art. 191).- La Defensoría Pública es un órgano autónomo de la Función Judicial cuyo fin es garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos.

revertir la vulnerabilidad de derechos fundamentales y conflictos suscitados en el ámbito judicial. Dentro de los organismos que brindan asistencia o asesoramiento legal gratuito además de la Defensoría del Pueblo se destacan los estudios jurídicos gratuitos que radican en algunas universidades, todo ello ha desarrollado mecanismos más efectivos para que las personas en su totalidad puedan tener acceso a la justicia de manera efectiva, y en concordancia con los principios constitucionales establecidos. No basta que el acceso a la justicia, deba ser gratuito y se encuentre garantizado ese acceso, sino que debe tener efectividad, es decir debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido, tal lo establece el Art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello se refleja en el caso Paniagua Morales y otros Vs. Guatemala³⁰⁵, que la efectividad del recurso de Hábeas Corpus, debe proteger efectivamente a las personas contra los actos que violen sus derechos fundamentales “aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.” (Artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Así mismo, la Corte afirma que “no bastan que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido”³⁰⁶.

3.1.1.1.8 Principio de seguridad jurídica.

En la norma constitucional se establece que la seguridad jurídica está fundamentada en el respeto a la norma suprema y en la aprobación de leyes que resulten ser claras y públicas, además de que su materialización esté a cargo de las autoridades competentes³⁰⁷. Se debe agregar que en la propia Constitución se relaciona a la seguridad jurídica con el reconocimiento del orden jerárquico específicamente en materia del respeto normativo. Es así como, alrededor de dicha jerarquía normativa se desarrolla todo un

³⁰⁵ Caso Paniagua Morales y otros Vs. Guatemala. Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998: Párr. 164) Responsabilidad internacional del Estado por secuestro, detención arbitraria, trato inhumano, tortura y asesinato por agentes del Estado de Guatemala, en contra de 11 personas, entre 1987 y 1988, de igual forma, acusación por falta de investigación y sanción a los responsables.

³⁰⁶ Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001: Párr. 90) Trata acerca de la responsabilidad internacional por parte del Estado peruano, por destituir a miembros del Tribunal Constitucional y la falta de un debido proceso.

³⁰⁷ Constitución de la República del Ecuador (2008: Art. 82) El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

desenvolvimiento del sistema jurídico, integrado a la vez por normas legales precisas y creadas por las autoridades competentes.

En este sentido, hay que destacar que la ciudadanía tiene la obligación de respetar lo establecido respecto al orden normativo. Hay que señalar que el principio de seguridad jurídica presenta una doble dimensión conceptual. En primer lugar, se encuentra su dimensión conceptual genérica, donde la seguridad jurídica es asociada como un principio síntesis de otros principios constitucionales con los que posee una estrecha relación; y por otra parte, existe una dimensión diferenciada en la que se aborda un contenido propio sobre este principio en específico. La seguridad jurídica es identificada como la unión entre la certeza, la legalidad, jerarquía y publicidad de índole normativa, donde rige la irretroactividad de la norma legal que no es favorable. De igual manera la seguridad jurídica permite equilibrar el orden jurídico, la justicia y la igualdad, con el propósito de dar cumplimiento a los derechos fundamentales que le asisten a cada persona.

A pesar de que los principios constitucionales son claros en su esencia axiológica, de fácil comprensión jurídica y de amplia protección integral, la misma Constitución genera inconvenientes en su estricto apego y aplicación, al momento de exigir en asuntos administrativos y establecidos en normas orgánicas y ordinarias la aplicación de interdicciones y procuradurías a personas con discapacidad, según el tipo, lo cual genera un conflicto estructural tácito, tal como lo veremos más adelante.

3.2. Ley Orgánica de Discapacidades, LOD (2012)

La Ley Orgánica de Discapacidades, recoge, propone principios y mecanismos para la plena vigencia y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, no se trata simplemente de un listado de derechos o de normas trasladadas desde los instrumentos internacionales de derechos humanos, sino recoge aquellos que el Estado a través de sus organismos y entidades reconoce y garantiza a las personas con discapacidad el pleno ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución de la República, los tratados e instrumentos internacionales, para su aplicación directa por parte de las y los funcionarios públicos, administrativos o judiciales; así como también por parte de las personas naturales y jurídicas públicas y privadas; pero para entender mejor cómo está construida esta norma, veamos lo que a continuación se detalla.

3.2.1. Consideraciones fácticas de la estructura y contenido de la Ley Orgánica de Discapacidades

La estructura de esta norma, parte desde su objeto, de garantizar la plena vigencia, difusión y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y su disposición de cómo hacerlos que se cumplan; por ello, describe los derechos no solamente como un catálogo, sino han sido expresamente definidos y en su ejercicio cotidiano que más han sido conculcados y que más son demandados su cumplimiento. Interesa que se conozcan estos derechos plasmados en la norma de las discapacidades y que a la vez se cumplan, por ello determina responsabilidades tanto a las instituciones como a sus delegados y lo hace desde los diferentes ámbitos, que a falta de cumplimiento, estará expuesto a sanciones; en si su estructura lo determina la forma cómo está constituida, con los elementos o características que la integran: es imperativa, porque se establece en esta ley un mandato y a la vez prohibiciones. Por el hecho de ser una norma general que regula la situación o condición de las personas con discapacidad, su incumplimiento recae en consecuencias jurídicas especiales, que permiten una mejor convivencia y seguridad jurídica.

En esta estructura, el contenido de los derechos, como hemos referido, van más allá de las numeraciones de los catálogos o instrumentos; cada instrumento menciona un determinado número de derechos, que son reiterativos de un contexto a otro; por ello deben abordarse de manera integrada, con un efecto pro ser humano, de la manera que más sirva para su eficacia, debido al mismo principio de efecto útil; por ejemplo, la Constitución de la República del Ecuador, así como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad refiere al derecho a la igualdad, implicando que todos tenemos los mismos derechos; pero, en el caso de las discapacidades, se individualizan e inclusive se aplican acciones afirmativas o como se denominaban anteriormente como discriminación positiva, que se aplica no en argumentos de igualdad, sino como medidas que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentran en una situación de desigualdad.

Consecuente con ello, la Comisión Especializada Ocasional para tratar la Ley Orgánica de Igualdad y Defensa de las Personas con Discapacidad, se ha organizado en primer término, identificando los derechos que más requieren las personas con

discapacidad y su protección y aplicación; por ello se han constituido foros de análisis de los proyectos, pues, fueron presentados dos proyectos de ley, el primero denominado Ley Orgánica de Igualdad y Defensa de las Personas con Discapacidad, de iniciativa de la misma Presidenta de la Comisión Abg. Cristina Kronfle y el otro presentado por el Presidente de la República, economista Rafael Correa Delgado, que lo hizo a través del Vicepresidente de la República, Lcdo. Lenin Moreno, con el título de Ley Orgánica de Discapacidades. Estos proyectos, fueron puestos en conocimiento de las y los asambleístas y de la ciudadanía en general a través de la página web de la Asamblea Nacional, de igual forma, como mecanismo de difusión también se han utilizado las vías electrónicas.

A manera de difusión también a este proyecto, se lo somete a consideración en tres foros nacionales, donde la ciudadanía en general y aquella en condición de discapacidad, habían expuesto sus inquietudes y demandas respecto de la nueva ley que les regularía.

Ya durante los debates en la Comisión, hubieron temas que más destacan, la definición de persona con discapacidad, como una condición compleja del ser humano constituida por factores biopsicosociales, que evidencia una disminución o supresión permanente de alguna de las capacidades físicas, sensoriales, intelectuales y mentales, de origen genético, congénito o adquirido, que pese a tratamiento clínicos y/o quirúrgicos, manifieste secuelas de carácter permanente, que al actuar en el entorno, restringe al menos en el 30% de su capacidad para realizar actividades de la vida diaria. Así definió el proyecto de la Asambleísta María Cristina Kronfle, lo llamamos así porque recordemos, se presentó otro de iniciativa del Ejecutivo.

Como se puede notar, en esta definición propuesta por la Asambleísta, además de las características que hemos ya analizado en las definiciones, refiere que al actuar la persona con discapacidad en el entorno, se vea restringido en el 30%, aspecto que no fue sostenido y que al final no se incluyó en la ley el porcentaje, dejando para incluir en el Reglamento, que fue puesto a partir del 40% para todo el sustento y amparo de la ley y, del 30% “únicamente” quedó para la inclusión laboral.³⁰⁸

³⁰⁸ Se produce una reforma al Reglamento de la Ley Orgánica de Discapacidades el 23 de octubre de 2017; a través de esta reforma, se reduce al 30% para todas las personas con discapacidad; por tanto, los derechos y beneficios les corresponde a todos.

Se considera también incluir en la ley la definición de “condición discapacitante”, entendiéndose como la disminución o supresión temporal de las capacidades anteriormente citadas que se manifiestan en ausencia, anomalías, defectos, pérdidas o dificultades para percibir, desplazarse sin apoyo, ver u oír, comunicarse con otros o integrarse a las actividades de educación o trabajo, en la familia y con la comunidad, que de no ser corregidas y tratadas limitarían el ejercicio pleno de los derechos. Para ello, la Ley considera un tiempo de un año para declarar definitiva la condición y pase a ser considerado con discapacidad.³⁰⁹

Se observa que no solamente debe ampararse a la persona por su condición, sino extenderse a la familia y lo hace hasta los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, cónyuge o conviviente en unión de hecho o representante legal que tangen bajo su responsabilidad, cuidado y/o dependencia económica a una persona con discapacidad; así como a las instituciones públicas y las personas jurídicas de derecho privado, sin fines de lucro que se encargan de la atención de personas con discapacidad³¹⁰. Caso *Coleman v Attridge Law and Steve Law*, cuyos hechos relatan que “la demandante, trabajadora en una firma de abogados, dio a luz un niño con discapacidad (2002) con broncomalacia y laringomalacia congénita, consecuentemente se convierte en la principal cuidadora de su hijo. Luego de cumplir su licencia de maternidad, no se le permitió regresar a su trabajo actual, “negándosele a proporcionarle la misma flexibilidad en relación con arreglos de trabajo como los de sus colegas con niños no discapacitados”, aplicándose en el fallo que:

³⁰⁹ La condición discapacitante, recién a partir de la expedición del Manual de Calificación de la Discapacidad es que se puede calificar y se encuentra en vigencia. (2018).

³¹⁰ Ley Orgánica de Discapacidades. Asamblea Nacional, Quito (2012: Arts. 2) Ámbito.- Esta Ley ampara a las personas con discapacidad ecuatorianas o extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano; así como, a las y los ecuatorianos en el exterior; sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, su cónyuge, pareja en unión de hecho y/o representante legal y las personas jurídicas públicas, semipúblicas y privadas sin fines de lucro, dedicadas a la atención, protección y cuidado de las personas con discapacidad. Art. 5.- Sujetos.- Se encuentran amparados por esta Ley: a) Las personas con discapacidad ecuatorianas o extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano; b) Las y los ecuatorianos con discapacidad que se encuentren en el exterior, en lo que fuere aplicable y pertinente de conformidad a esta Ley; c) Las personas con deficiencia o condición discapacitante, en los términos que señala la presente Ley; d) Las y los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, cónyuge, pareja en unión de hecho, representante legal o las personas que tengan bajo su responsabilidad y/o cuidado a una persona con discapacidad; y, e) Las personas jurídicas públicas, semipúblicas y privadas sin fines de lucro, dedicadas a la atención y cuidado de personas con discapacidad, debidamente acreditadas por la autoridad competente.

“...en síntesis vendrían a ser: por un lado, si la prohibición de discriminación y el imperativo de igualdad de trato de la Directiva 2000/78 son de aplicar directamente a las personas con discapacidad, o si bien puede también quedar a su amparo el trabajador que tiene a su cargo un hijo con discapacidad y sufre, por esta razón, un trato discriminatorio y desigual; y, por otro lado, si el acoso prohibido por la Directiva 2000/78 sólo resguarda al trabajador discapacitado en concreto o bien, como sucede en la cuestión anterior, también se aplica al trabajador con hijo discapacitado a su cargo víctima de un acoso por esta razón”³¹¹

Vemos entonces que el trabajador como representante de hijos o demás personas con discapacidad, tiene las mismas consideraciones respecto de la protección legal, tal como si aquel fuese la persona con discapacidad; ello protege la ley, pero como vemos con ciertas restricciones que no corresponden al espíritu del legislador. Así, “el Tribunal de Justicia declara que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que la prohibición de discriminación directa que establece no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que son ellas mismas discapacitadas. Por consiguiente, cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable que a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada en la Directiva”³¹².

Esta consideración es muy importante para la familia de la persona con discapacidad, son los miembros de esa organización de parentesco, que a falta de atención

³¹¹ Caso Coleman Vs. Attridge Law and Steve Law. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Fecha de decisión 17 de julio de 2008. Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-303/06. La demandante da a luz un hijo con discapacidad, diagnosticado con broncomalacia y laringomalacia congénita, quien presentó una demanda en contra de su empleador por despido constructivo y discriminación por discapacidad, al considerar que ella era la principal cuidadora, impidiéndole regresar a su trabajo, luego de la licencia de maternidad, negándole los beneficios de ley a que tienen derecho las madres con niños con discapacidad. El Tribunal en su sentencia determina el establecimiento de igualdad en el trato, el que no se limita solo a personas con discapacidad, sino que se extiende a quienes le cuidan, por lo que esto se constituye en acoso, cuando el empleado es el responsable del cuidado.

³¹² Caso Coleman Vs. Attridge Law and Steve Law (2008). El Derecho Comunitario ampara a un trabajador que sufre una discriminación por motivo de la discapacidad de un hijo suyo. Comunicado de Prensa Nro. 53/08, relativo a la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-303/06.

del Estado y la sociedad, ha tendido que asumir la dura responsabilidad de cuidar y atenderlos. No sólo porque sea parte de una familia, sino porque esos conformantes han tendido que dejar de hacer su “vida propia”, dejar sus estudios, no laborar y descuidar otras actividades propias y de la familia, para atender discapacidades muy graves o severas, entonces cómo no va a ser posible y justo que se extienda el amparo de la norma para esas personas, con todos los beneficios y derechos que significa ello.

Esta definición que describe la condición, es realizada a través de un sistema de calificación, y que por petición de las mismas personas con discapacidad e instituciones involucradas con la discapacidad, han requerido que el único documento habilitante y suficiente que acredite la calificación y registro de la discapacidad sea la cédula de ciudadanía o de identidad.

Otro tema de relevancia, que la Comisión revisa para esta Ley, es el relacionado con el derecho a la educación, que prioritariamente se prevea la realización de una evaluación para las personas con discapacidad, a través de un equipo multidisciplinario especializado en discapacidades, a fin de remitir a los alumnos con discapacidad a establecimientos educativos de educación especial o permitir su ingreso en planteles educativos de educación regular; con ello se estaba garantizando el acceso a la educación escolarizada, especializada y superior, pública o privada, para obtener educación, formación o capacitación en condiciones de equidad y sin discrimen.

Para este efecto, se requiere que la autoridad de educación vigile y controle que en los establecimiento educativos públicos, fiscomisionales, municipales o particulares, entre otros, se implemente la enseñanza de todos los mecanismos, medios, formas e instrumentos de comunicación para las personas con discapacidad según su necesidad, y la entidad responsable garantice la concesión de becas completas y créditos educativos a las personas con discapacidad y a sus hijos en todo el sistema nacional educativo.

La educación superior, también es considerada para su inclusión y que en esa instancia, se transversalice el conocimiento del tema de la discapacidad dentro de las mallas curriculares de las diversas carreras y programas académicos dirigidos hacia la inclusión de las personas con discapacidad, tanto en el ámbito social como educativo.

Sobre la política laboral el proyecto considera que en coordinación del Consejo Nacional de Igualdad y Defensa de las Personas con Discapacidad³¹³, con la autoridad nacional encargada de las relaciones laborales y se elaboren las políticas sobre formación para el trabajo, empleo, inserción y reinserción laboral, readaptación profesional y reorientación ocupacional para personas con discapacidad, y lo que correspondan a los servicios de orientación laboral, promoción de oportunidades de empleo, facilidades para su desempeño, colocación y conservación de empleo para las personas con discapacidad.

Dentro de esta misma área laboral, se propone que en casos de discapacidad severa, imposibilitadas para acceder al sector laboral, una persona de su núcleo familiar comprendida hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, cónyuge o conviviente en unión de hecho, que tuviere bajo su cuidado a las mismas, puedan formar parte del porcentaje de cumplimiento de incorporación, sin que exceda del 50%. Ello se plasmó como el ‘trabajador sustituto’³¹⁴.

Este tema tiene una significativa importancia. La primera particularidad es la posibilidad de que sea el trabajador sustituto uno de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, su cónyuge o pareja en unión de hecho, o su representante. El procedimiento se forja desde la voluntad de la persona con discapacidad, de asignar a uno solo de los que hemos enunciado para que le sustituya en el trabajo. De no ser posible contar con la autorización de la persona con discapacidad debido su condición que le impide pronunciarse en ese sentido, quien le vaya a sustituir, deberá hacer una declaración juramentada que se presenta como sustituto, en esa declarará que se encuentra bajo las estipulaciones legales para ser tal y que adicionalmente declare será responsable de la manutención y cuidado de la persona con discapacidad, para proveer directamente o por contratación de servicios con terceros, actividades relacionadas con las necesidades de la vida diaria de cuidados (higiene, alimentación, vestido, control de

³¹³ Proyecto de Ley lo definía como “Consejo Nacional de Igualdad y Defensa de las Personas con Discapacidad” al ahora “Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades” - CONADIS

³¹⁴ Ley Orgánica de Discapacidades, Asamblea Nacional, Quito (2012: Art. 48) Sustitutos.- Las y los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, cónyuge, pareja en unión de hecho, representante legal o las personas que tengan bajo su responsabilidad y/o cuidado a una persona con discapacidad severa, podrán formar parte del porcentaje de cumplimiento de inclusión laboral, de conformidad con el reglamento. Este beneficio no podrá trasladarse a más de una (1) persona por persona con discapacidad. Se considerarán como sustitutos a los padres de las niñas, niños o adolescentes con discapacidad o a sus representantes legales. De existir otros casos de solidaridad humana, la autoridad nacional encargada de la inclusión económica y social validará al sustituto, de conformidad al reglamento.

salud, acceso a rehabilitación, recreación, entre otros) como sustituto/a de una persona con discapacidad.

Otro aspecto se refiere a que la persona con discapacidad que va a ser sustituida tiene que tener una discapacidad severa y ellas son con retraso mental grave y profundo; sordo-ceguera total; discapacidad psicológica grave y muy grave; y, tetraplejia con afectación total de miembros superiores e inferiores.

Observemos que se consideran “como sustitutos a los padres de las niñas, niños o adolescentes con discapacidad o a sus representantes legales”, pero como sucede en el primer inciso del artículo, el segundo no condiciona que los niños, niñas o adolescentes, deban tener una discapacidad severa, con lo que concluimos que pueden ser sustitutos los padres o representantes de menores de edad sin considerar el tipo ni porcentaje de discapacidad, por lo que proceder contrariamente a lo dicho por la norma, se estaría, además de una injusticia, interpretando la aplicación de un derecho, desplazando a los padres la posibilidad de responder por esos menores de edad. Podríamos encontrar una respuesta a este contenido; tal vez se ha actuado así porque no interesa que sustitutos ocupen espacios laborales que les ‘pertenece’ a las personas con discapacidad; pero allí se presenta un serio problema, las personas jurídicas, especialmente privadas, que requieren mano de obra, lamentablemente están enrolando a las personas con discapacidad solo porque tienen que cumplir una cuota laboral y evitar las sanciones, no por ser parte de la inclusión de las personas con discapacidad; otro elemento digno de analizarse es la falta de oportunidades, lo explicamos de la siguiente forma: desde que se aprobó la ley en la que se contemplan las cuotas laborales, se han venido ocupando las plazas laborales por personas con discapacidad, quienes por falta de circunstancias de vida, no han tenido un perfil que les permita ocupar puestos laborales de importancia, en su gran mayoría inicialmente se buscaba personal para limpieza, conserjería, auxiliares administrativos, etc.; en todo caso para asistencia administrativa y, por el número de demanda laboral que fue superior, el número de las plazas se fueron copando, quedando solamente espacios con perfiles laborales altos, con alguna especialidad, profesión u oficio y ello todavía no lo han logrado aquellos que se encuentran estudiando en niveles medios y especialmente en superiores y que logradas sus profesiones, inmediatamente son captados por el mercado laboral, sea por su competencia o sea por cumplir el cupo laboral.

Se puede considerar que, se ha interpretado la ley, emitiéndose un instructivo en el cual se indica que los menores de edad también deben tener discapacidad severa para que sus padres puedan optar por ser sustitutos laborales³¹⁵.

Dentro del derecho al trabajo, también está contemplado que por su condición las personas tengan que gozar de permisos para su tratamiento y/o rehabilitación, de acuerdo a prescripción médica tanto en el sector público como en el privado. Es de lamentar que la mayor parte del tiempo estos permisos son negados, inclusive en el sector público, donde pareciera que debería respetarse este tipo de permisos; la concesión de ellos también es condicionada a reponer esas horas fuera del horario habitual de trabajo y si de suceder que se alarga esas dos horas, el tiempo que se tomen, será descontado de las vacaciones que les corresponde como empleados o servidores.

En materia de servicios básicos, los usuarios con discapacidad o las personas que tengan legalmente bajo su dependencia, protección o cuidado a la persona con discapacidad, pueden acceder a una rebaja del 50% del valor total del consumo del servicio y que dicho beneficio sea aplicable a un solo inmueble. Este es el principio bajo el cual luego se aprueba la ley, este es el porcentaje de rebaja que se ha considerado como acción afirmativa, por ello es que causa extrañeza, por decir lo menos, que se establezca una tabla selectiva donde las personas con discapacidad, son divididas de acuerdo al porcentaje de discapacidad que tienen. Discriminatoria, porque deja de lado el principio de igualdad y solidaridad; pues, las personas con discapacidad, no es que por el solo hecho que tengan mayor porcentaje de discapacidad, tenga mayores necesidades.

Bajo el mismo concepto de reducción del 50%, la ley también contempla que el Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, otorgue créditos quirografarios e hipotecarios reducidos a la mitad el tiempo de aportaciones necesarias para tener acceso a los mismos y de destacar en la propuesta, ya contempla que sean beneficiarios aquellas personas que tengan una discapacidad del 30% y en cuyo caso las aportaciones no serán continuas. La ley de la seguridad social establece que para acceder a estos préstamos, las personas cualquiera sea esta y que esté en condiciones de acceder a este beneficio, debe tener al menos un año de aportes continuos computados al último trabajo que se encuentra

³¹⁵ Acuerdo Ministerial No. MDT-2018-0180 de 21 de agosto de 2018, Ministerio del Trabajo, Quito (2018). Este criterio dentro del instructivo se aplica cuando se trata de menores de edad que ya no deben tener discapacidad severa, para que sus padres puedan optar por ser sustitutos laborales, solamente deberán acreditar el 30% de discapacidad sea cual fuere el tipo de discapacidad.

desempeñando el afiliado. Para este caso, la ley vigente de las discapacidades mantiene el concepto de los plazos y reducción de requisitos, pero la atención para ellos, digo estos beneficios relativos a los préstamos, la persona deberá tener mínimo el 40% de discapacidad, definiéndose nuevamente categorías de discapacidades y sus porcentajes.

Ya suficiente tienen con actitudes discriminatorias ‘usuales’ que están en proceso de superarse, para pensar en cuidarse o defenderse de una estructura discriminatoria proveniente desde el Estado. El porcentaje de discapacidades consta en el reglamento de la ley, que le ha permitido al Ejecutivo ‘jugar’ con ese porcentaje y ‘perjudicar’ derechos ya conseguidos, porque recordemos que en la última ley sobre las discapacidades, antes de la reforma, ya se había logrado definir el 30% como porcentaje único y a partir de ese, los beneficios y derechos para todos por igual. Jamás debió establecerse categorías, pone en situación de discapacidades de primera o segunda³¹⁶.

En materia de importaciones, el proyecto en relación a la importación de vehículos para uso exclusivo de personas con discapacidad, ya determinaba montos, lo establece el valor en treinta y cinco mil dólares, lo que después en la Ley que se aprueba lo hace como máximo en 120 Salarios Básicos Unificados (SBU), lo que equivale considerando que el SBU en el año 2012, era de 366 dólares, a 43.920 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica; en el caso de autorización para importación de vehículos destinados al uso colectivo de personas con discapacidad, lo fija en 206 SBU, que en el proyecto había propuesto en sesenta y cinco mil dólares como máximo.

Ello también es reformado, reduciéndose a 60 salarios básicos unificados para aquellos destinados a las personas con discapacidad y para uso colectivo a 120 USB, como valor máximo precio FOB³¹⁷ en los dos casos.

Este cambio obedece a que las personas con discapacidad estaban solicitando autorización para importar vehículos, lo hacía con aquellos denominados de alta gama, es decir vehículos de lujo, que al ser importados exonerados de impuestos, perdía completamente la naturaleza de esta ayuda técnica y se convertía en un aparente perjuicio a los ingresos tributarios del Estado ecuatoriano; pero es realmente así?, con ese valor

³¹⁶ A esta fecha, se encuentra en vigencia el Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades, con reforma publicada en el Registro Oficial Suplemente Nro. 109 del 27 de octubre de 2017, en el que considera nuevamente que las personas con discapacidad son aquellas que tienen un porcentaje desde el 30%

³¹⁷ Exención de tributos a personas con discapacidad, como en el transporte colectivo o adquisición de un vehículo para su transporte personal.

máximo autorizado para importar esos vehículos, la experiencia de las propias personas con discapacidad, afirman que es un valor que no permite adquirir vehículos funcionales que sean útiles para transportar a las personas con cierto tipo de discapacidad, donde la amplitud, espacio o con necesarias adaptaciones en el vehículo es importante y con esas características el valor supera los 60 SBU establecidos, entonces se relega ese beneficio a ciertas personas que requieren ese servicio en los vehículos.

Respecto de la adquisición de bienes o materiales que también estarán sujetos de exoneración de impuestos, se ha establecido a aquellos bienes para uso exclusivo, tales como prótesis, órtesis, equipos y medicamentos necesarios para su rehabilitación; equipos, maquinarias y útiles de trabajo, especialmente diseñados y adaptados para ser usados por personas con discapacidad; elementos de ayuda para la accesibilidad, movilidad, etc.; materiales pedagógicos; equipos de tecnología de la información, de la comunicación y señalización; materia prima para elaborar productos exclusivos para las personas con discapacidad; entre otros. Bienes que son de inmensa utilidad para solventar, mitigar o compensar la condición de las personas que tienen algún tipo de discapacidad.

Respecto de elementos de ayuda para las personas con discapacidad visual, en especial, fue impulsado durante las discusiones del proyecto de ley la importancia del Acuerdo de Marrakech, que con representantes del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual y el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, más el CONADIS, se impulsó que no se requiera la autorización del titular de los derechos de autor o conexos ni el pago de remuneración alguna a ese titular para modificar, adaptar, traducir, distribuir e importar o exportar o para producir y para transformar a formatos accesibles de las obras y otros materiales para beneficio de las personas con discapacidad visual, auditiva, de habla o lenguaje o de cualquier otra clase de discapacidad que le impida el normal acceso a la comunicación e información. Ya en la ley como se aprobó, también se incluye que se ponga a disposición de los sujetos públicos por medios interactivos, alámbricos e inalámbricos, de manera digital o analógica o para producir y proporcionar formatos accesibles de dichas obras o materias³¹⁸, a estas condiciones se suma la posibilidad de hacer extensivos estos derechos a las entidades con ánimo de lucro,

³¹⁸ Ley Orgánica de Discapacidades (2012: Art. 67).- Excepciones o limitaciones a los derechos de autor y derechos conexos.- Las personas con discapacidad están exentas de la autorización del titular de los derechos de autor o conexos, y del pago de remuneración alguna a dicho titular, para adaptar, traducir y distribuir las obras y materias protegidas; así como, para comunicar y poner a disposición de los sujetos públicos por medios interactivos, alámbricos e inalámbricos, de manera digital o analógica o para producir y proporcionar formatos accesibles de dichas obras o materias.

cuya actividad se encuentre vinculada exclusivamente a favor de las personas con discapacidad.

Respecto de la seguridad social, hasta antes de la aprobación de la ley era materialmente imposible que una persona con discapacidad pudiera afiliarse a la seguridad social voluntariamente, ello se logró gracias a la lectura de la disposición constitucional como un derecho irrenunciable de todas las personas, y como deber y responsabilidad primordial del Estado. “La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiariedad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas”³¹⁹.

En especial aquellos principios de universalidad y solidaridad; el primero lo entendemos como “la garantía de iguales oportunidades a toda la población asegurable para acceder a las prestaciones del seguro general obligatorio, sin distinción de nacionalidad, etnia, lugar de residencia, sexo, educación, ocupación o ingresos”; en cambio, “solidaridad es la ayuda entre todas las persona aseguradas, sin distinción de nacionalidad, etnia, lugar de residencia, edad, sexo, estado de salud, educación, ocupación o ingresos, con el fin de financiar conjuntamente las prestaciones básicas del seguro general obligatorio”³²⁰.

Refleja que las personas con discapacidad, no se acogieron a este tipo de jubilación, de hecho, porque el monto por el cual se calcula esta pensión es igual al sesenta y ocho punto setenta y cinco por ciento (68.75%) del promedio de los cinco (5) años de mejor remuneración básica unificada de aportación; entonces han preferido que transcurra el tiempo, en muchos de los casos haciendo grandes esfuerzos para mantenerse laborando, y cumplir con los requisitos para la jubilación general, que les otorga los montos sin descuentos, por decirlo de alguna forma.

³¹⁹ Constitución de la República, Asamblea Nacional Constituyente (2008: Art. 34).- El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiariedad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas.

³²⁰ Ley de Seguridad Social, Congreso Nacional, Quito (2001: Art. 1).- Principios Rectores.- El Seguro General Obligatorio forma parte del sistema nacional de seguridad social y, como tal, su organización y funcionamiento se fundamentan en los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiariedad y suficiencia.

En este mismo ámbito, relacionado a la salud, se estableció el seguro de vida y de salud privado o prepago, que hasta antes de la aprobación de esta norma jurídica de amparo para las personas con discapacidad, era prácticamente imposible, salvo que lo contratara bajo los mismos términos que para cualquiera otra persona sin discapacidad, esto es sin que cubra las preexistencias, dicho de otro modo no cubriría la atención de medicina prepaga a la condición de discapacidad y sus consecuencias que se deriven de ella.

Se supera este tipo de contratos discriminatorios conforme lo establece la norma constitucional que garantiza la atención de salud como servicio público que se presta a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias, ello entonces faculta a las personas exigir que por la condición de discapacidad, no se limite las formas de contratación de seguros de medicina prepaga, ni que por las condiciones de cobertura de asistencia médica o de salud y servicios de medicina prepaga para las personas con discapacidad, no haya incremento del precio de las pólizas y los planes en comparación con los ofrecidos a las personas sin discapacidad y que esos seguros de asistencia médica o de salud cubran casos de preexistencias, incluyendo las enfermedades catastróficas o degenerativas que sobrevengan como consecuencia de la discapacidad.

Sobre lo que hemos revisado respecto del este servicio de medicina prepaga, para las personas con discapacidad y sus familias, es un gran paso que se ha dado, en primer lugar que se haya aceptado que los convenios a contratar, no sean modificados en el precio y la cobertura, lo que sí es de lamentar que se haya impuesto un monto de cobertura mínimo de veinte salarios básicos unificados por año, valor al cual las compañías prestadoras de estos servicios, se han anclado a ese valor mínimo, sin considerar que la atención de ciertas condiciones de salud de las personas con discapacidad, son complejas y su tratamiento y cuidado, de montos mayores a los establecidos.

Dentro del derecho a la salud, es el Estado quien garantizará y asegurará a las personas con discapacidad los servicios de promoción, prevención, atención especializada permanente y prioritaria, la habilitación y rehabilitación funcional e integral, con el propósito de recuperación, fortalecimiento de funciones, capacidades, habilidades y destrezas para lograr y mantener la máxima independencia, capacidad

física, mental, social y vocacional, así como la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida.

A pesar de que la Constitución de la República garantiza la dotación de medicinas gratuitamente, en la ley de las discapacidades indica que los medicamentos, insumos, ayudas técnicas, producción, disponibilidad y distribución, establece que la autoridad sanitaria nacional "*procurará*" que cuente con la disponibilidad y distribución oportuna y permanente de medicamentos e insumos gratuitos. Bajo este enunciado de la ley al mencionar que *procurará*, se está violentando la norma constitucional o al menos limitando para su ejercicio. Cuál es el alcance de esta expresión, que no está obligado el Estado a cumplir con la dotación de medicamentos de especialidad, que como en cualquiera otra condición de salud, como las que requieren las discapacidades, son de costos elevados y en muchos de los casos inaccesibles para la persona con discapacidad o sus familias que lamentablemente la discapacidad está de la mano con la pobreza.

Sobre la accesibilidad física, que no solamente es un tema de rampas, como generalmente se cree en los accesos a los edificios públicos o privados, o de aceras sin obstáculos, etc.; se trata de un sistema complejo, necesario de equidad o igualdad; así lo describe la "Ley 51/2003 de 2 de diciembre (2003), de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU)" ha supuesto un cambio de enfoque en la forma de abordar la equiparación de derechos de estas personas dentro de la sociedad. Por primera vez una ley reconoce que las desventajas de las personas con discapacidad, más que en sus propias dificultades personales, tienen su origen en los obstáculos y condiciones limitativas que impone una sociedad concebida con arreglo a un patrón de persona sin discapacidad. Y, en consecuencia, plantea la necesidad y obligatoriedad de diseñar y poner en marcha estrategias de intervención que operen simultáneamente sobre las condiciones personales y sobre las condiciones ambientales.

Se introduce así en la normativa española el concepto de "accesibilidad universal", entendida como "la condición que deben cumplir los entornos, productos y servicios para que sean comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas"³²¹. Esta

³²¹ Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Madrid, Real Decreto Legislativo 1/2013. Esta ley fija varias fases: 1º a primeros de 2006 el Gobierno deberá haber establecido los criterios básicos de accesibilidad para las Tecnologías de la Sociedad de la Información; 2º en 2010 todos los nuevos productos y servicios de la Sociedad de la Información deberán ser accesibles; 3º en 2014 todos los productos y servicios de la Sociedad de la Información deberán ser accesibles.

concepción se fundamenta en los criterios de diseño para todos y autonomía personal, e incorpora una perspectiva de la discapacidad y de las condiciones funcionales de la población mucho más plural. Por una parte, las personas no se pueden agrupar en categorías cerradas de capacidad o incapacidad, sino que han de ser vistas como sujetas a cambios en sus condiciones funcionales por motivos a menudo circunstanciales, tales como la edad, el estado de salud o las consecuencias temporales de accidentes o lesiones.

Por otra parte, las personas con grandes limitaciones funcionales o discapacidades, han de desempeñar un papel más activo en la sociedad y aspiran a un modelo de “vida independiente”, basado en recibir los apoyos personales necesarios y modificar el entorno para hacerlo más accesible”³²². Este Real Decreto, como así mismo se describe en su texto, regula por primera vez en una norma de rango estatal dichas condiciones, que eran sólo emitidas por las Comunidades Autónomas, en cumplimiento de sus competencias, quienes habían desarrollado normativas específicas de accesibilidad relativa al diseño de los entornos urbanos, debido a la dispersión de normas resultante y la falta de un referente unificador, inclusive provocando la existencia de distintos criterios técnicos, poniendo en cuestión la igualdad entre las personas con discapacidad de diferentes Comunidades Autónomas y propiciando la aplicación de un concepto parcial y discontinuo de accesibilidad en las ciudades.

Ello, por ejemplo, también sucedía en nuestras regiones, los municipios no tenían una normativa que acople unificadamente esos criterios técnicos para lograr al menos la accesibilidad física en la obra pública; ante ello se emite la Norma Técnica Ecuatoriana, cuyo Reglamento Técnico Ecuatoriano RTE INEN 042 (Accesibilidad de las personas con discapacidad y movilidad reducida al medio físico)³²³, es de cumplimiento obligatorio a nivel nacional a partir del 18 de mayo de 2010; contemplando en este reglamento que las normas deben introducirse en las ordenanzas municipales donde inclusive, se establezcan sanciones pertinentes por la falta de cumplimiento.

Al hablar de accesibilidad, como hemos referido no solamente es lo relacionado con espacios libres de obstáculos, sino se trata de acceso a bienes y servicios de calidad,

³²² Orden VIV/561/2010, de 1 de febrero, por la que se desarrolla el documento técnico de condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados 4057. Gobierno de España. Boletín Oficial del Estado. Núm. 61. Ministerio de Vivienda, España (2010: Sec. I. 24563).

³²³ Reglamento Técnico Ecuatoriano RTE INEN 042, Accesibilidad de las personas con discapacidad y movilidad reducida al medio físico, Instituto Ecuatoriano de Normalización, Quito (2009).

ajustados o apropiados para las personas con discapacidad, tal es por ejemplo lo que hemos referido que el derecho a la salud, educación, trabajo, comunicación, movilidad, etc., para hacerlo efectivo es necesario que hayan mecanismos que permitan su acceso o accesibilidad a tales servicios, ello no solamente depende de la existencia de normas, sino de actitud de desarrollar esos derechos en favor de la diversidad que constituyen las personas con discapacidad.

Por último, considerando los temas de importancia, sin desmerecer los demás que conforman la estructura de la Ley Orgánica de Discapacidades, establece la construcción de un sistema de protección, defensa y exigibilidad de derechos, que le faculta a la Defensoría del Pueblo, dentro del ámbito de su competencia, vigilar y controlar el cumplimiento de los derechos de las personas con discapacidad, con deficiencia o condición discapacitante, dictando medidas de protección de cumplimiento obligatorio en el sector público privado y sancionar su inobservancia; así como, solicitar a las autoridades competentes que juzguen y sancionen las infracciones que prevé la Ley, sin perjuicio de la reparación que corresponda como consecuencia de la responsabilidad civil, administrativa y penal a que pueda haber lugar. Para la ejecución de las sanciones pecuniarias, se podrá hacer uso de la jurisdicción coactiva.

A pesar de que la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo³²⁴, le otorga específicas funciones para defender y excitar, de oficio o a petición de parte, cuando fuere procedente, la observancia de los derechos fundamentales individuales o colectivos que la Constitución Política de la República, las leyes, los convenios y tratados internacionales ratificados por el Ecuador garanticen, la Ley Orgánica de Discapacidades, le faculta al Defensor del Pueblo, como autoridad competente, conocer a través de un procedimiento administrativo, la existencia o amenaza de vulneración de derechos constitucionales de las personas con discapacidad, con deficiencia o condición discapacitante.

En síntesis, el objeto de la Ley Orgánica de Discapacidades, de garantizar la plena vigencia, difusión y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y su disposición de cómo hacerlos que se cumplan; describe los derechos como un catálogo, son demandados su cumplimiento, sin las herramientas adecuadas para ser aplicados y

³²⁴Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Asamblea Nacional, Quito (2019).

ante todo, respetados en los demás cuerpos legales, dejando a la intemperie la protección y el ejercicio de los principios constitucionales de las personas con discapacidad.

3.3. Reglamento de la Ley Orgánica de Discapacidades

El Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades (2017), emite como parte medular, la definición de la persona con discapacidad, expresado en su artículo 1, que: “se entenderá por persona con discapacidad a aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que la hubiera originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, en una proporción equivalente al treinta por ciento (30%) de discapacidad, debidamente calificada por la autoridad sanitaria nacional”³²⁵, lo que difería con el Reglamento en vigencia desde el 17 de diciembre de 2013 hasta su derogatoria y vigencia de uno nuevo, que la persona con discapacidad era aquella que tenía desde el 40%, explicado en líneas anteriores, que lo hacía en los siguientes términos: “Art. 1.- De la persona con discapacidad.- Para efectos de este Reglamento y en concordancia con lo establecido en la Ley, se entenderá por persona con discapacidad a aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que la hubiera originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, en una proporción equivalente al cuarenta por ciento de discapacidad, debidamente calificada por la autoridad sanitaria nacional.”

³²⁵ Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades, Dirección Nacional Jurídica de la Presidencia de la República del Ecuador (2017: Art. 1) De la persona con discapacidad.- Para efectos de este Reglamento y en concordancia con lo establecido en la Ley, se entenderá por persona con discapacidad a aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que la hubiera originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, en una proporción equivalente al treinta por ciento (30%) de discapacidad, debidamente calificada por la autoridad sanitaria nacional.

Ello fue derogado precisamente gracias a una sentencia de la Corte Constitucional (017-17-SIN-CC) en la que se declara la inconstitucionalidad de los artículos 1, 6 y 8 del Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades³²⁶.

Por otro lado, además de procedimientos para la calificación de las personas con discapacidad, inclusive de aquellas que viven en el exterior, procedimental los mecanismos para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad; tal es el caso del derecho a la educación³²⁷, (Lauzurika, Dávila, & Naya, 2009) con la conformación de equipos multidisciplinarios especializados, para la evaluación integral y la definición de modalidades de atención educativa para cubrir a esas personas con necesidades educativas especiales y especializadas. Además, para el perfeccionamiento de la inclusión laboral, disponiéndose a la autoridad laboral la competencia “para vigilar, controlar y dar seguimiento al cumplimiento del porcentaje de inclusión laboral de personas con discapacidad y aplicar las sanciones conforme a lo establecido en la legislación correspondiente. Pasarán a formar parte del porcentaje de inclusión laboral, quienes tengan una discapacidad igual o superior al treinta por ciento”³²⁸. Dentro de este ámbito laboral, también refiere el Reglamento al mecanismo de cómo se acreditarán a los sustitutos laborales.

Es de destacar dentro del texto de este nuevo reglamento, la aplicación con mayor claridad, respecto de la aplicación de la tarifas preferenciales, exenciones arancelarias y del régimen tributario para las personas con discapacidad y los correspondientes sustitutos (Art. 21), donde se considera, por obvias razones, la discapacidad de las personas desde el 30%, bajo la siguiente tabla, de cuyo análisis hemos hablado anteriormente que categoriza en grupos a las personas con discapacidad, que a criterio del investigador, no debería haber dicha separación de tipos de personas conforme su porcentaje de discapacidad; en todo caso, está en vigencia, de acuerdo a lo consignado en la siguiente tabla:

³²⁶ La Corte Constitucional acepta la Acción Pública de inconstitucionalidad planteada por razones de fondo de los artículos 1 -parte final- y 6 segundo y tercer incisos del Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades, contenido en el Decreto Ejecutivo N.º 171, publicado en el suplemento del Registro Oficial N.º 145 del 17 de diciembre de 2013.

³²⁷ LAUZURIKA, Asier; DÁVILA, Pauli; NAYA, Luis (2009: 149).

³²⁸ Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades (2017: Art. 12). Inclusión laboral. - La autoridad nacional encargada de trabajo es competente para vigilar, controlar, dar seguimiento al cumplimiento del porcentaje de inclusión laboral de personas con discapacidad y aplicar las sanciones conforme a lo establecido en la legislación correspondiente. Pasarán a formar parte del porcentaje de inclusión laboral, quienes tengan una discapacidad igual o superior al treinta por ciento. (...).

Tabla 3.

Porcentaje para la aplicación del beneficio por grado de discapacidad

Grado de discapacidad	Porcentaje para la aplicación del beneficio
Del 30% al 49%	60%
Del 50% al 74%	70%
Del 75% al 84%	80%
Del 85% al 100%	100%

Elaboración: propia del Autor.

En este mismo artículo, refiere que se aplicará esta tabla para los “beneficios tributarios de exoneración del Impuesto a la Renta y devolución del Impuesto al Valor Agregado, así como aquellos a los que se refiere la Sección Octava del Capítulo Segundo del Título II de la Ley Orgánica de Discapacidades, se aplicarán de manera proporcional, de acuerdo al grado de discapacidad del beneficiario o de la persona a quien sustituye”, que ocasiona una excepción relacionada al descuento en el pago de transporte público y comercial, descuentos para los espectáculos públicos, consumo de servicios básicos, servicio de telefonía celular y planes de internet, se pagará el 50% de las tarifas regulares, sin la aplicación de la tabla.

Otro tema en el reglamento que permite mayor claridad a lo establecido en la ley, es aquello relacionado a la importación de vehículos exonerados de impuestos destinados al uso o beneficio particular o colectivo, “gozarán de exenciones del pago del IVA e ICE en los casos referentes a la importación y compra de vehículos ortopédicos, adaptados y no ortopédicos descritos en la Ley Orgánica de Discapacidades, de acuerdo a lo dispuesto por su Art. 29.³²⁹

³²⁹ Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades, Dirección Nacional Jurídica de la Presidencia de la República del Ecuador (2017: Art. 29)

3.4. Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia de 2003

Para revisar los contenidos del Código de la Niñez y Adolescencia, es necesario hacer una brevísima retrospectiva de la evolución histórica de los derechos de la niñez, evoquemos primeramente que los niños y niñas, como personas, no eran considerados; ellos no tenían ningún derecho, eran considerados como propiedad del padre y por tanto podían disponer como a bien quisieran, podían ser vendidos, maltratados, inclusive hasta quitarles la vida.

Los hijos de los esclavos, “heredaban” aquella condición, sin privilegio alguno, a diferencia de los hijos de los ciudadanos, quienes tenían ciertas prerrogativas frente al Estado. En Grecia, por ejemplo, además de lo mencionado, eran casi considerados como objetos, preparados únicamente para la guerra y por tanto aquellos niños que tenían algún tipo de deformación, enfermos o como lo que consideramos ahora con discapacidad, considerados en ese momento como defectuosos, eran asesinados.

Figura parecida sucedía en Roma, el padre era el propietario de los destinos de sus hijos, disponiendo de la vida y del mañana de ellos. Fue recién en el cristianismo que aparece la necesidad de precautelar la vida de los niños, de su vida y de su dignidad como “buenos cristianos”.

Otra época es la de la edad media, donde al niño, desde muy tempranas edades, es sometido a la actividad productiva, especialmente entregados al servicio de la nobleza. Más tarde se consideraba a la niñez como seres dignos de ser protegidos y por tanto debían ser vigilados, es donde interviene el Estado y la familia y es entonces a mediados del siglo XX que aparecen ciertas instituciones sociales y jurídicas, en especial lo relacionado a la educación; además de la responsabilidad de los padres en su cuidado y la incorporación del derecho a la familia, a la igualdad y a la integridad.

Aparecen las primeras normas que protegen a la niñez, la Carta del Niño, emitida luego de la Primera Guerra Mundial; en 1923 aparece la Declaración de los Derechos del Niño; en 1924, la Declaración de Ginebra declara a la infancia como sujetos de derechos y destaca de esos principios básicos que “el niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse de una manera normal, material y espiritualmente”³³⁰.

³³⁰ SIMON, Farith (2008: 41)

En 1959 en la Declaración de los Derechos del Niño, se reafirma el tratamiento de la infancia como sujetos de derechos, que junto a otros instrumentos internacionales, como la Declaración de los Derechos Humanos, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos y el de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además de los que anteriormente citamos, sirvieron como base para la redacción de la Convención sobre los Derechos del Niño, éste último como sustento para la redacción del Código de la Niñez y Adolescencia, que pasamos a revisar.

En el Código de la Niñez y Adolescencia, en vigencia desde enero de 2003, dispone la “protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes..., con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad”³³¹. Es el producto de un largo proceso de discusión, como resultado de ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (1990), que precedió a la aprobación del Código de Menores (1976) y sus posteriores reformas en 1992, 1996 y 1997.

Para 1998, entra en vigencia la Constitución Política, que impulsa nuevas formas de observar los derechos de la niñez, fundamentada en la doctrina de la protección integral, encargada de la promoción y garantista de los derechos plenamente reconocidos y declarados en la Convención, imponiendo la denominada corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia.

Instituciones jurídicas de alto contenido progresista se instaura en la Constitución Política (1998), en relación con la niñez y adolescencia, como es el reconocimiento de todos los ecuatorianos como ciudadanos desde su nacimiento; reafirmar que los niños, niñas y adolescentes son titulares de los derechos humanos; reconocimiento de principios específicos de la infancia y adolescencia; reconocimiento de la institucionalidad pública encargadas de la protección de los derechos y garantías; y, el reconocimiento de la

³³¹ Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, Congreso Nacional, Quito (2003: Art. 1).- Finalidad.- Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad. Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral.

participación de la sociedad en la evaluación de políticas públicas, programas y proyectos³³².

La construcción de este Código tuvo muchos tropiezos en sus inicios, se pretendía desde los sectores que administraban la competencia de la ley, mantenerla desde el sector ejecutivo y bajo el contexto de la doctrina de la situación irregular, concepción de que la niñez, enmarcada en la compasión-represión³³³.

Se trata de una ley integral, contempla los derechos, niveles de responsabilidad y mecanismos de protección y garantía de esos derechos, con reglas claras de juzgamiento en casos de adolescentes en conflicto con la ley. Persigue, en fin, su desarrollo integral, el disfrute pleno de sus derechos a través de efectivos procesos conforme a la aplicación del principio de interés superior, específicos y compatibles con su edad; es decir, sujetos plenos de derechos.

Establece principios como el de la igualdad y no discriminación, y que son iguales ante la ley y sin discriminación por causas, entre otras, por discapacidad. Dispone esta norma también, se adopten las “medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños; niñas y adolescentes.”

Particularmente este código, ya en relación con las discapacidades, como responsabilidad del Estado al derecho a la salud, por ejemplo, dispone que las personas con discapacidad, niños, niñas y adolescentes, tendrán atención específica para atender según corresponda a su tipo de discapacidad; esto es a través de la dotación de ayudas técnicas; y, la eliminación de barreras arquitectónicas para la comunicación y el transporte, esto dirigido al ejercicio de una vida digna³³⁴.

³³² Constitución Política de la República del Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, Quito (1998).

³³³ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio La legislación de “menores” en América Latina: Una doctrina en Situación Irregular. En Derecho de la Infancia/Adolescencia en América Latina: De la situación Irregular a la Protección Integral. En línea: http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/la_legislacion_de_menores.pdf.

³³⁴ Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, Asamblea Nacional, Quito (2003: Art. 26).- Derecho a una vida digna.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una vida digna, que les permita disfrutar de las condiciones socioeconómicas necesarias para su desarrollo integral. Este derecho incluye aquellas prestaciones que aseguren una alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente, recreación y juego, acceso a los servicios de salud, a educación de calidad, vestuario adecuado, vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos. Para el caso de los niños, niñas y adolescentes con discapacidades, el Estado y las instituciones que las atienden deberán garantizar las condiciones, ayudas técnicas y eliminación de barreras arquitectónicas para la comunicación y transporte.

Respecto del cumplimiento del derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad, contempla que deben tener propuestas educacionales flexibles y alternativas para atender sus necesidades y que requieran mayores oportunidades para aprender, se relaciona profundamente con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y con la Ley Orgánica de Discapacidades, cuando establece que “se reconoce el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de igualdad de oportunidades” y se “faciliten las medidas de apoyo personalizadas, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva”³³⁵. Lo mismo ocurre en la Ley ecuatoriana sobre las discapacidades: “El Estado procurará que las personas con discapacidad puedan acceder, permanecer y culminar, dentro del Sistema Nacional de Educación y del Sistema de Educación Superior, sus estudios, para obtener educación, formación y/o capacitación...”³³⁶, que se complementa con la disposición relacionada a la educación inclusiva, que impone la implementación de medidas para la inclusión de estudiantes con necesidades educativas especiales que requieren apoyos técnico-tecnológicos y humanos.

Establece el Código de la Niñez y Adolescencia, que los niños, niñas y adolescentes con discapacidad tienen derecho a ser recibidos y a la creación de apoyos y adaptaciones, tanto físicas, pedagógicas; de evaluación y promoción adecuadas a sus necesidades, en el sistema educativo nacional³³⁷.

Ello, es sustentado con otra disposición de este mismo cuerpo normativo, que los niños, niñas y adolescentes, “que tengan alguna discapacidad o necesidad especial gozarán de los derechos que sean necesarios para el desarrollo integral de su personalidad hasta el máximo de sus potencialidades y para el disfrute de una vida plena, digna y dotada de la mayor autonomía posible, de modo que puedan participar activamente en la sociedad, de acuerdo a su condición.

Tendrán también el derecho a ser informados sobre las causas, consecuencias y pronóstico de su discapacidad y sobre los derechos que les asisten.

³³⁵ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Organización de las Naciones Unidas (2006: Art. 1)

³³⁶ Ley Orgánica de Discapacidades, Asamblea Nacional (2012: Art. 27).

³³⁷ Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, Asamblea Nacional, Quito (2003: Art. 42)

El Estado asegurará el ejercicio de estos derechos, mediante su acceso efectivo a la educación y a la capacitación que requieren; y la prestación de servicios de estimulación temprana, rehabilitación, preparación para la actividad laboral, esparcimiento y otras necesarias, que serán gratuitos para los niños, niñas y adolescentes cuyos progenitores o responsables de su cuidado no estén en condiciones de pagarlos”³³⁸.

En lo relacionado a la protección contra el maltrato, abuso, explotación sexual, tráfico y pérdida de niños, niñas y adolescentes, respecto de los derechos de protección y contra las formas de abuso, tienen derecho a que no sean expuesto públicamente para la obtención de beneficios económicos.

En fin, están sujetos como aquellos sin discapacidad, a ser parte de las políticas y planes de protección integral, en especial de aquellos que están encaminados a preservar y restituir los derechos, más cuando si se encuentran en situación de amenaza o violación de sus derechos.

Así mismo como la norma constitucional, como la Ley Orgánica de Discapacidades, esta ley específica de la niñez y adolescencia, el Estado garantiza su derecho a una vida digna, y lo hace inclusive cuando se garantiza sea atendida su condición, la dotación de ayudas técnicas y la eliminación de barreras, sean estas arquitectónicas, de la comunicación y del transporte.

El derecho a la salud, es de especial atención en este Código, garantiza su atención y lo hace expresamente hacia aquellas discapacidades físicas, mentales y sensoriales, a través de diagnósticos y seguimiento desde su nacimiento al presentar problemas patológicos o de cualquier tipo.

En fin, la norma es integral por su contenido, están descritas las reglas relacionadas a la protección y garantiza el ejercicio de los derechos de la niñez y adolescencia, en especial describe, por su puesto, aquellas que se necesita ser explícitas para las personas con discapacidad.

En aplicación de este Código, sus acciones en relación a los niños, niñas y adolescentes, son ejecutadas por parte de las instituciones públicas y privadas, en especial en lo relacionado a la prevención y restitución de derechos vulnerados o amenazados, más si se encuentran en estado de abandono o privados de su medio familiar, lo hace a

³³⁸ Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia del Ecuador (2003: Art. 55)

través de servicios de acogimiento familiar previamente seleccionado a fin de evitar la institucionalización.

Por otro lado, en cumplimiento de las políticas implementadas para este importante sector, se han promovido, organizado y conformado comités de niños, niñas y adolescentes con discapacidad, sobre todo en actividades de orden cultural y voluntariado, a fin de impulsar su inclusión.

También es de destacar que los adolescentes con discapacidad, han sido actores hacia el ejercicio de su derecho de participación política; a pesar de que las personas con discapacidad, no están obligados a ejercer el voto, su presencia es de rescatar por su esfuerzo al fomentar ese derecho.

Con lo antes mencionado, tanto la Ley Orgánica y su Reglamento reconocen los derechos de las personas con discapacidad, sin embargo, aún no se encuentran definidos los procedimientos para su irrestricto respeto a los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, debido a que no existen las vinculaciones procedimentales ni los mismo fines de protección constitucional en las normativas conexas, además que parece ser que ambos cuerpos muestran proteccionismo a este segmento de población, dejando el ejercicio de sus derechos a terceras personas, en virtud de su propia condición, mal interpretando la discapacidad con incapacidad

Sintetizando lo revisado en este capítulo, se contempla el reconocimiento de la legislación nacional a los derechos de las personas con discapacidad y así mismo como lo refiere su protección, es enunciativa, debido a que, en la estructura del Estado, no existen las instituciones que posean la fuerza coercitiva, ni las disposiciones infra-legales pertinentes para materializar los derechos. Si bien los Derechos Humanos, desde su vigencia, se encuentran garantizados en los diferentes cuerpos constitucionales del Ecuador a través de su historia, la norma inferior no incluye los preceptos constitucionales de protección jurídica, estancando la figura paternalista asistencialista del enfoque médico, lo que traspasa los distintos momentos coyunturales, a pesar que en la actualidad ya está vigente la Ley Orgánica y reglamento de la Ley de Discapacidades con un enfoque de derechos fundamentales.

Las Funciones del Estado tienen todas las facultades para ejercer la protección de los derechos de las personas con discapacidad, sin embargo, la Función Judicial aun no impulsa los ajustes normativos ni de orden administrativo para garantizar el goce de los

derechos de las personas con discapacidad conforme lo establecido en la Convención. El argumento de aun no realizarlo es la falta de presupuesto, es decir no hay la intención gubernamental para implementarla, porque en este capítulo se ha comprobado que la infraestructura estatal si lo permitiría, dejando atrás el criterio positivista que define como es incapaz a la persona con discapacidad sin posibilidad alguna de observar la norma internacional.

Capítulo IV

La Protección Jurídica ante la Discapacidad Mental (Psicosocial) e Intelectual

4.1. Antecedentes históricos y sociales de la discapacidad psicosocial e intelectual

Desde los orígenes de la humanidad las personas con algún tipo de discapacidad se han expuesto a prácticas discriminatorias, de segregación, e incluso como parte de las acciones derivadas de la eugenesia. A modo general las personas con discapacidad han recibido un trato diferenciado el cual se ha manifestado desde su tratamiento como si representasen demonios hasta dioses, pero la esencia de dicho accionar siempre ha estado dirigida a rechazar lo diferente y por lo tanto las personas con discapacidad más que halagos siempre han recibido rechazo porque llegan a provocar incomodidad. En el caso específico de las personas que poseen una discapacidad mental, al igual que aquellos que poseen otro tipo de discapacidad, expuestos a doctrinas filosóficas absurdas, políticas públicas ofensivas y teorías antropológicas sin lógica alguna en diferentes momentos históricos³³⁹. Respecto a la discapacidad mental se puede destacar que no es hasta principios del Siglo XIX que es adoptada como un problema científico y social, a la vez en los últimos años se ha evidenciado un panorama de protección hacia la persona con discapacidad donde se ha contado con la participación de diferentes profesionales ejemplo doctores, pedagogos y juristas.

Este equipo multidisciplinario ha dirigido sus actividades hacia el estudio de los individuos que son diferentes, ello tiene como propósito incentivar la reinserción social de las personas que sufren algún tipo de discapacidad, tal como ocurre con aquellos que tienen discapacidad mental. Un ejemplo de este accionar, es la materialización de ensayos pedagógicos y terapéuticos, con lo cual se ha generado un espacio para la reflexión y la polémica en aras de lograr mejores tratamientos médicos y psicopedagógicos, además de normas jurídicas efectivas que contribuyan a construir un entorno seguro y estable para las personas con discapacidad mental y que se garantice el ejercicio de sus derechos.

Por otra parte, la historia de las personas con discapacidad nunca se ha caracterizado por la estabilidad ni la seguridad en su entorno. Así mismo, la naturaleza del ser humano como individuo social, ha demostrado que tanto las desviaciones como las diferencias se llegan a percibir como una amenaza, lo que nos es diferente causa

³³⁹ Mirada Histórica de la Discapacidad (2010: 36-37).

molestias y en el otro extremo puede surgir una extrema curiosidad hacia lo ajeno y sobrenatural, ya sea desde un ámbito mítico o vulgar. Si se revisan pasajes de la historia de las distintas civilizaciones, especialmente las primeras, se puede apreciar que: “...los espartanos de la antigua Grecia arrojaban desde el Monte Taigeto a las personas con discapacidad, pues no querían que en su bella y floreciente civilización existieran personas diferentes”³⁴⁰. (Di Nasso, 2018) De igual manera en escritos de antiguos filósofos como Aristóteles, Diógenes, Hipócrates y Galeno se pueden observar estudios sobre la demencia, la epilepsia, y otras desviaciones o formas atípicas.

Además, en las antiguas culturas primitivas se practicó el abandono de los niños hasta el punto de dejarlos morir en el caso de que estuviesen enfermos o tuvieran discapacidad. Es así como el destino de las personas con discapacidad en algunas sociedades de la antigüedad era la muerte. Al respecto algunos autores han afirmado que: “Era normal el infanticidio cuando se observaban anomalías en los niños y niñas. Si eran adultos se los apartaba de la comunidad: se los consideraba incapaces de sobrevivir una existencia acorde con las exigencias sociales establecidas”³⁴¹.

Es necesario agregar que ha existido una cierta variación en cuanto a la perspectiva histórica sobre la discapacidad, hasta llegar a la concepción actual donde “lo normal es ser diferente”. Esto significa que cada escalón alcanzado en torno al tema de la discapacidad ha llegado a representar una larga trayectoria en aras de mejorar la calidad de vida de aquellas personas que tienen una discapacidad. Desde el paradigma tradicional sobre la discapacidad se puede apreciar que esta fue caracterizada por una especie de asistencialismo acompañado por prácticas de beneficencia, motivado por la caridad. Esto quiere decir que, desde esta concepción las personas con discapacidad no son tomadas en cuenta como sujetos de derechos al igual que el resto de las personas, sino que al presentar una discapacidad llegan a ser tratados como objetos de lástima y caridad. Por citar un ejemplo de estas prácticas se evidencia en la Edad Media las personas enfermas y que padecían algún tipo de deformidad resultaban ser apartados y por lo tanto eran unos marginados, fueron catalogados como anormales e incluso se les temía, se les infringió un profundo rechazo y eran olvidados³⁴². De esta forma surgieron definiciones sobre la

³⁴⁰ DI NASSO, Patricia (2018) “Mirada Histórica de la Discapacidad” En línea: http://fci.uib.es/Servicios/libros/articulos/di_nasso/Historia.cid220290 Fecha de consulta: 9 de marzo de 2018.

³⁴¹ DI NASSO, Patricia (2018).

³⁴² AMOR PAN, José (2010: 38-39).

anormalidad y el defecto asociados a la discapacidad, que contribuyeron a construir un camino hacia el rechazo social, el temor y la persecución de las personas con discapacidad, desde las esferas de poder político y principalmente religioso.

Por otro lado, en el continente americano algunas tribus tenían la costumbre de abandonar a sus miembros cuando no poseían la capacidad de valerse por sí mismos, y las circunstancias obligaban a llevar a cabo migraciones masivas, tal es el caso de las tribus esquimales. En el transcurso de los siglos XVII y XVIII las personas con discapacidad mental eran consideradas como individuos trastornados, lo cual conllevó a su abandono en orfanatos o su internamiento en manicomios lo que no representó la materialización de tratamientos específicos. Algunos de los términos utilizados para dirigirse hacia estas personas con discapacidad mental fueron: dementes, débiles mentales, imbeciles, locos, etc.³⁴³. A su vez algunas figuras destacadas en el Siglo XVIII en el ámbito de la filosofía y la literatura como Roseau, Voltaire, entre otros; tuvieron una importante influencia en tratar de transformar la actitud hacia las personas con discapacidad, a través de un nuevo enfoque para examinar el sistema de vida y la sociedad como base de las experiencias humanas³⁴⁴.

Posteriormente, con el advenimiento de la Revolución industrial, se cambió la percepción sobre las personas con discapacidad, esto significó la percepción de estas como una responsabilidad pública, y no como seres diferentes. Es en los inicios del Siglo XIX cuando comienzan las investigaciones y estudios respecto a las causas de la discapacidad en los seres humanos, por ejemplo, en este campo se destaca el trabajo desarrollado por el médico francés Jean Étienne Dominique Esquirol, el cual trató el tema de la diferencia mental desde la perspectiva de que resultaba ser una situación caracterizada por el desarrollo defectuoso de las facultades mentales. A partir de dicha concepción en la sociedad se llega a concebir una conciencia más clara del problema social que representaban las personas con discapacidad. No obstante, aun así rigieron posturas negativas hacia las personas con discapacidad mental, o sea constituían un peligro tanto para la familia como en la sociedad³⁴⁵.

En la primera mitad del Siglo XX se realizó un marcado énfasis, específicamente en la cultura occidental respecto al tema de la rehabilitación profesional, ello impulsado

³⁴³ AMOR PAN, José (2010: 39).

³⁴⁴ LUQUE, Diego; LUQUE, María (2016: 28).

³⁴⁵ LUQUE, Diego; LUQUE, María (2016: 28).

por la significativa cifra de personas, fundamentalmente jóvenes, que padecían secuelas físicas y psicológicas por los enfrentamientos bélicos. Cuando en el año 1919 fue firmado el Tratado de Paz de Versalles y se creó la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se impulsaron todo un conjunto de medidas en aras de aprobar leyes y normativa gubernamental que respaldara a las personas con discapacidad, así como promover programas de rehabilitación profesional para así mejorar la calidad de vida de estas personas. Posteriormente en el año 1955 la OIT emitió la Recomendación No. 99 sobre la Adaptación y la Readaptación Profesionales de los Inválidos, en cuyo instrumento internacional fueron reconocidos los derechos de los trabajadores que tenían este tipo de discapacidad³⁴⁶.

Cuando finalizó la II Guerra Mundial, llegó a consolidarse un segundo paradigma respecto a la concepción de la discapacidad catalogada como “paradigma de la rehabilitación”. A partir del desarrollo de este modelo se llegó a establecer a la discapacidad como un problema que se localiza en el individual, es decir que radica en su deficiencia, sea esta física, mental o sensorial, y en la carencia de destreza, que es en donde se localiza el origen de las dificultades que presenta la persona. La rehabilitación como paradigma ha representado un paso de avance significativo en cuanto a la erradicación del enfoque negativo que se tenía sobre la discapacidad, esto ha contribuido a la implementación de importantes beneficios para muchas personas. Con la aprobación del Código de *Nüremberg* se estableció un precedente fundamental en la prohibición de la ejecución de experimentos médicos con las personas con discapacidad y de ser el caso las prácticas investigativas médicas deberían estar apegadas al derecho de la dignidad humana, de ello surgió la obligación de emitir la documentación respecto al consentimiento informado de manera libre y voluntaria³⁴⁷. Unido a esto el código estableció un conjunto de principios encaminados a respetar al ser humano cuando es sometido a determinado tratamiento médico o experimental.

³⁴⁶ R099- Recomendación Sobre la Adaptación y Readaptación Profesional de los Inválidos. Organización Internacional del Trabajo (1955: II). 2. Se deberían poner a disposición de todos los inválidos medios de adaptación y de readaptación profesionales, cualesquiera que sean el origen y la naturaleza de su invalidez y cualquiera que sea su edad, siempre que puedan ser preparados para ejercer un empleo adecuado y tengan perspectivas razonables de obtener y conservar tal empleo.

³⁴⁷ Código de Núremberg, Organización de Naciones Unidas, Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (1947). Surgió por el inhumano comportamiento de algunos médicos a los prisioneros en los campos de concentración, conductas que dieron lugar a la interposición de juicios, entre 1945 a 1946. El Código alberga principios relacionados con la experimentación médica en humanos.

En la década de los años cuarenta del pasado siglo la Organización Mundial de la Salud (OMS) convirtió en universal la definición entorno al derecho a la salud, y posteriormente es promulgada la Declaración Universal de los Derechos Humanos en la cual se reconoció el derecho que tienen las personas a la seguridad social y a la salud³⁴⁸. Otro de los documentos surgidos en el ámbito internacional y que establecieron el derecho a la salud de manera universal fue el Código Internacional de Ética Médica³⁴⁹.

Todo este conjunto de transformaciones desde la práctica médica y jurídica están dirigidas a establecer en cada país la observancia y la obligación de reconocer el derecho al ser humano sobre la salud, basado en la igualdad y en la dignidad, además de otorgar un respeto y un tratamiento fraterno hacia todas las personas sin mediar discriminación alguna. A pesar de estos progresos aquí mencionados aún persistían posturas tanto en la sociedad como en el ámbito de la rehabilitación que consideraban a las personas con discapacidad con una amplia necesidad de asistencia y protección. Los especialistas en el campo de la rehabilitación estuvieron centrados en un principio hacia la unificación de criterios, la delimitación de concepciones en materia de acciones, pero con una fuerte influencia de las tendencias del pasado.

A pesar de todo esto en los últimos años se ha desarrollado una comprensión mejor y una marcada voluntad para brindarles la adecuada atención a las personas con discapacidad. En el trayecto han sido implementados términos diferentes alejados de la exclusión de las personas con discapacidad, ejemplo de ello es la utilización de términos como: desemejantes, distintos, discapacitados, deficientes, etc. Se puede apreciar cierta evolución que parte desde el desprecio, miedo, caridad, lástima, hacia la inserción. Acorde a los avances que se han alcanzado y los que están por venir se logrará aceptar la diversidad que presenta cada persona, y así serán incorporados nuevos términos que se identifiquen más con las personas con discapacidad y lo que realmente representan, lo cual no está alejado de que son personas y ello les garantiza el mismo respeto y consideración.

³⁴⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas (1948: Art. 25)

³⁴⁹ Código Internacional de Ética Médica”. Asamblea General de la Asociación Médica Mundial (1949). Obedece a experimentos nazis, por parte de profesionales en la salud, ordenados por los nazis. Dispone los deberes y obligaciones a los medicos, en todo el mundo.

4.2. Enfoques de protección jurídica para la discapacidad psicosocial e intelectual

A lo largo de los años se ha podido alcanzar una mayor comprensión respecto a la discapacidad intelectual, ello ha traído como consecuencia nuevos y mejorados enfoques en el establecimiento de diagnósticos certeros, la clasificación en torno a la discapacidad, y la disposición del apoyo y los servicios requeridos. La manifestación de una mejor comprensión sobre la discapacidad se llega a reflejar en el empleo de términos para nombrar dicha condición, además del modelo conceptual que se utiliza en la comprensión y explicación de la etiología y las características sobre la discapacidad. Por otro lado, existe una marcada transformación de los enfoques hacia la conceptualización de la discapacidad intelectual, es decir la clasificación de las personas de tal forma y su identificación, además de poder brindar una educación cuya base esté enfocada en la comunidad y los apoyos individuales o focalizados. A continuación, serán analizados cada uno de los modelos planteados respecto a la discapacidad intelectual.

4.2.1. Modelo o Enfoque de prescindencia o tradicional

Antes de adentrar en el tema habría que señalar qué se entiende por modelo o paradigma; podríamos decir que modelo representa una especie de patrón que a la vez se transforma en norma y se multiplica. Un ejemplo ilustrativo de dicha conceptualización serían los moldes de metal que se utilizan en las panaderías a partir de los cuales los panes se obtienen con una forma similar, pues algo semejante sucede con las ideas en determinada sociedad, se edifican moldes o paradigmas, con ideas que se llegan a transmitir de generación en generación. Ahora bien, el modelo tradicional se hizo presente en épocas como la Antigüedad y la Edad Media donde la actitud que predominó hacia las personas con discapacidad fue prescindir de estas. Respecto a las personas con discapacidad se llegó a asumir que no tenían nada que aportar a la sociedad o comunidad, por lo cual la vida de estos individuos carecía de todo sentido y en el marco de la comunidad donde residían, eran tratados como si su vida no valiera la pena. Este modelo ha sido analizado desde dos presupuestos, el primero vinculado con la causa de la discapacidad y el segundo presupuesto sería el papel de la persona con discapacidad dentro de la sociedad. Con relación a la causa de la discapacidad, acorde al modelo tradicional, se estipuló que estas eran de origen religioso, ejemplo de ello era la percepción de la discapacidad como un castigo de los dioses por un pecado cometido por

los progenitores de la persona con discapacidad, o también era tomado en cuenta como una advertencia en el marco de la divinidad. En el caso del segundo presupuesto que identificaba el papel de la persona con discapacidad dentro de la sociedad, se estableció la idea de que estas personas no tenían nada que aportar a la sociedad, es decir eran individuos improductivos y por lo tanto su final consistía en representar una carga para la familia y en la propia comunidad. En el marco de este tipo de sociedad donde regían las concepciones antes mencionadas, a raíz de la discapacidad que poseían las personas, se evidenciaron dos métodos o conductas, también denominados como submodelos: el eugenésico y el de marginación. Estos métodos podrían considerarse como submodelos dentro del modelo tradicional, y ambos incitaban a prescindir de las vidas de las personas con discapacidad. En el submodelo de la eugenesia que fue practicado en la sociedad griega antigua se practicaba la muerte hacia las personas con discapacidad, especialmente los niños con discapacidad, la muerte era concebida como una solución; por otra parte, el submodelo de la marginación se introdujo y puso en práctica con el auge del cristianismo y el propósito de este descansaba en el logro de la separación y aislamiento de la persona con discapacidad, principalmente del recién nacido de su núcleo familiar³⁵⁰. Habría que agregar que el tratamiento desarrollado hacia la persona con discapacidad no resultaba ser el mismo en la niñez y en la adultez.

En el supuesto de que el individuo no tuviera ningún elemento que aportar a la sociedad su vida no tenía propósito alguno, en esta especie de lógica era tratada la persona con discapacidad. Así mismo, cuando a una persona le era detectada alguna incapacidad que le imposibilitara un desarrollo normal y frenara el alcance de la condición de “ciudadano completo”, era sometida a prácticas como el infanticidio, ante lo cual el Estado adoptaba el papel de velador y tomaba la decisión de si la persona vivía o no.

En lo que respecta a las personas con discapacidad hay que agregar que en épocas pasadas las personas con discapacidad eran objeto de burlas y de entretenimiento, incluso se transformaron en una moda, es decir, en espacios como las Cortes se tenían a jorobados, personas enanas y deformes bajo el papel de bufones³⁵¹.

En el caso de las personas que adquirirían una discapacidad en la adultez el trato era diferente, ya que no se le aplicaba la “lógica” de que resultaba ser un castigo divino. Ejemplo de ello son los soldados griegos y romanos que en el cumplimiento de su deber

³⁵⁰ PALACIOS, Agustina (2014a:41).

³⁵¹ PALACIOS, Agustina (2014a: 50).

resultaban heridos y ello le generaba una incapacidad para el resto de su vida, esto no era motivo para que fuesen eliminados, todo lo contrario, llegaban a cobrar pensiones y participaban en el reparto del botín de guerra. Otro ejemplo que ilustra el proceder con las personas que adquirirían un tipo de discapacidad en la etapa adulta o durante la juventud fue la Constitución ateniense, donde se les daba a las personas con discapacidad dos óvalos diarios³⁵². Ya en la Edad Media y con la introducción del cristianismo se llevaron a cabo cambios importantes respecto a la situación de las personas con discapacidad, por ejemplo, el infanticidio fue condenado. En esta etapa fueron instaurados hospitales y asilos en donde eran atendidos los niños que tenían discapacidades y que habían sido abandonados por sus padres.

La Edad Media como periodo histórico ha recibido fuertes críticas, una de ellas a causa de la marginación aplicada hacia los niños con discapacidad, los cuales fueron encerrados en los orfanatos. Es un hecho de que las tasas de mortalidad fueron altas en esta etapa, principalmente a consecuencia de las pocas condiciones higiénico-sanitarias y la mala alimentación que existía. Otra de las prácticas que caracterizaron a este periodo histórico fue la conducta de las mujeres cuando daban a luz, las cuales dejaban a los recién nacidos con las nodrizas y retomaban el vínculo cuando el niño tenía aproximadamente siete años, esta edad era una referencia para determinar que el menor había logrado sobrevivir a la infancia y por lo tanto la probabilidad de subsistencia serían altas. Las prácticas aquí descritas persistirían hasta el Siglo XX. El rol en la sociedad de las personas con discapacidad estuvo enfocado en la mendicidad y en la actitud de los ricos de otorgar limosnas y así excomulgar sus pecados, el objetivo era alcanzar la salvación. De esta manera fue construida una atmosfera perfecta para que la Iglesia realizara supuestos milagros. Se puede destacar que en la etapa denominada Baja Edad Media se desató la peste negra que acabó con una cifra significativa de personas, y este ambiente impulsó el desarrollo de un trato hacia las personas con discapacidad donde se fomentó la pobreza y por lo tanto el contagio, a dicha situación se sumaron las acusaciones por brujería, todo esto transformó la marginación de la que eran víctimas estas personas en una verdadera exclusión³⁵³. A modo de resumen se podría afirmar que el modelo tradicional entendió a la discapacidad de la siguiente manera:

- Como una voluntad de los dioses o una prueba de Dios.

³⁵² PALACIOS, Agustina. (2014b: 47).

³⁵³ PALACIOS, Agustina (2014c: 54).

- Como un castigo divino por un pecado.
- Resultaba una facilidad eliminar a las personas cuya vida sería “difícil”.
- La respuesta de la sociedad fue la implementación de rituales y creencias.
- Las personas con discapacidad eran consideradas inútiles y dependientes.
- Las personas con discapacidad eran una carga para la sociedad, por lo que vivían de la caridad y poseían un estatus social inferior.
- Las personas con discapacidad eran objeto de lástima y por lo tanto recibían humillaciones en la relación que entablaban con el resto de las personas.
- Las personas con discapacidad eran escondidas por su familia debido a la vergüenza que representaban.
- La respuesta de la sociedad hacia las personas con discapacidad fue la implementación de un enfoque caritativo a través de las limosnas.

4.2.2. Modelo o Enfoque Médico y/o Rehabilitador

En los inicios del Siglo XX, específicamente en el transcurso de la I Guerra Mundial fueron introducidas las primeras normas en el ordenamiento jurídico de algunos países en materia de seguridad social, por lo que la definición de la discapacidad fue sujeta de un cambio de paradigma. Es así que, a raíz de los miles de soldados que sufrieron heridas graves durante la Gran Guerra³⁵⁴, tal fue el caso de las múltiples mutilaciones que se padecieron, y además del impulso de las leyes laborales, representaron factores determinantes en la transformación para entender la discapacidad desde la funcionalidad del individuo. Esto significó que tanto los impedimentos físicos como mentales dejaron de ser considerados castigos divinos y empezaron a ser tratados desde la perspectiva de que constituyen enfermedades y como tal, podían estar sujetos a un determinado tratamiento. De tal manera que las personas que padecieran alguna dolencia o discapacidad no serían objeto de prácticas marginales por parte de la sociedad. Conforme a esto el modelo tradicional fue sustituido por el modelo médico o de rehabilitación, cuya base y fundamentos persisten en la actualidad.

En el modelo tradicional existían dos presupuestos que lo definían, pues en este nuevo modelo también se destacan dos elementos que lo fundamentan, estos son: las

³⁵⁴ La Primera Guerra Mundial fue conocida como la Gran Guerra, la que consistió en una gran confrontación bélica, desarrollada principalmente en Europa, su inicio fue el 28 de julio de 1914 y concluyó el 11 de noviembre de 1918, a partir de que Alemania aceptó las condiciones del armisticio.

causas de la discapacidad, y el rol de la persona con discapacidad en la sociedad. En cuanto a las causas de la discapacidad los individuos ya no son considerados como inútiles en comparación con las necesidades de la comunidad, los cuales por medio de la rehabilitación pueden llegar a aportar algo³⁵⁵. Se puede apreciar cómo se transformaron las causas de la discapacidad y con ello se cambia totalmente su concepción y por lo tanto su tratamiento, ya que al tomarse en cuenta como una deficiencia biológica con fundamentación científica, la diversidad dentro de la funcionalidad del individuo no solo puede ser tratada sino además prevenida.

El objetivo de este modelo médico era lograr curar a la persona con discapacidad, o por otro lado tratar de modificar su conducta para así camuflar o esconder las diferencias, de esa forma podría ser incorporada a la sociedad. A pesar de que en principio esta percepción parece estar basada en buenas intenciones, ha estado sujeta a críticas. Una de estas críticas se focalizó en que el tratamiento hacia la persona con discapacidad era ejecutado por medio de la institucionalización, donde el resultado final la mayoría de las veces eran prácticas de maltratos y la marginación³⁵⁶.

Otra de las críticas consistió en el reproche hacia el paradigma defendido por este modelo, o sea construir a la persona con discapacidad una identidad la cual es definida por su enfermedad. Las personas que han criticado el modelo rehabilitador lo han concebido como un mecanismo opresor, donde la persona con discapacidad resulta ser estigmatizada en una relación donde el profesional de la salud está en una posición superior en comparación con el paciente y donde la reinserción social queda subordinada a la rehabilitación³⁵⁷.

Las críticas hacia el modelo médico o de rehabilitación, tiene como esencia la catalogación de este modelo como una especie de portavoz de una ideología que se basa en la erradicación de las diferencias, donde la identidad está sujeta a ser idéntico a otra persona. Esto trae como consecuencia que se llegue a ocultar la diversidad funcional de la persona con discapacidad para que así pueda reinsertarse a la sociedad³⁵⁸. De acuerdo con esta perspectiva el individuo llega a ser definido con los parámetros de lo que significa ser “normal”, aspecto que se pone de manifiesto principalmente a través del

³⁵⁵ PALACIOS, Agustina (2014: 37).

³⁵⁶ PALACIOS, Agustina (2014: 92).

³⁵⁷ COLIN, Barnes; MERCER, Geof (2010: 45-50).

³⁵⁸ PALACIOS, Agustina (2014: 98).

lenguaje, un ejemplo de ello es que se habla sobre la discapacidad de determinada persona como un minusválido o inválido, cuando se hace referencia a discapacidades físicas o motoras, y cuando la discapacidad es mental fue catalogado el individuo como subnormal.

No obstante, a todas estas críticas y aspectos negativos del modelo analizado, este también tiene que ser valorado por dos elementos. En primer lugar, hay que destacar que con el establecimiento del paradigma de la rehabilitación se le da una apertura a la posibilidad de materializar el trabajo protegido, ya que las naciones inician la implementación de medidas reales para asumir a los ciudadanos que tienen una funcionalidad diferente. Es así como llegan a surgir políticas públicas para proteger tratamientos médicos y además se impulsaron los mecanismos técnicos hacia el otorgamiento de servicios para las personas con discapacidad. En segundo lugar, y que constituye una derivación de la rehabilitación, la vida de la persona con discapacidad llegó a adquirir sentido. Es necesario agregar que a partir de una revisión de los diversos escritos donde se analiza al modelo médico o de rehabilitación, sobresale que más allá de los avances incorporados en el Siglo XX, específicamente la primera mitad, se refleja la idea de que el paradigma de la rehabilitación reemplaza a las prácticas caritativas de la Edad Media por la beneficencia estatal, al respecto algunos autores han expresado que: “...el tratamiento impartido a las personas con discapacidad desde este modelo se basa en una actitud paternalista, producto de una mirada centrada en la diversidad funcional, que genera subestimación y conlleva a la discriminación”³⁵⁹.

Si se sitúa todo el análisis del problema en la diversidad funcional esto traería como consecuencia la desestimación de aquellas aptitudes generales identificativas de la persona con discapacidad, dichas aptitudes serían sometidas a un proceso de calificación sobre si son normales o anormales, acorde al diagnóstico emitido por el médico, es decir se decretaría si son sanas o una enfermedad³⁶⁰. A modo de resumen, se podría afirmar que el modelo médico o de rehabilitación llega a tomar en cuenta a la discapacidad como un problema que tiene la persona, generado por una enfermedad, accidente o condición negativa de salud, por lo que son necesarios los cuidados médicos brindados por profesionales de la salud y materializado en tratamientos individuales³⁶¹.

³⁵⁹ PALACIOS, Agustina (2014: 90).

³⁶⁰ PALACIOS, Agustina (2014: 91).

³⁶¹ PÉREZ BUENO, Luis (2012: 83).

Por otro lado, en el contexto aquí narrado el tratamiento sobre las personas con discapacidad o con diversidad funcional, en el modelo médico, perseguía alcanzar una mejoría total, y en su defecto una efectiva adaptación de la persona con discapacidad o una modificación en su comportamiento. Desde el ámbito jurídico y la esfera política el efecto del modelo médico se enmarcaría en la legislación destinada a la seguridad social y la asistencia, incluso como parte de ciertos temas tratados por el Derecho Civil, específicamente las normas que versan sobre la menor capacidad, la tutela y la incapacidad. Conforme a esto y en el mismo ámbito, la atención sanitaria cobra relevancia, por lo que desde el actuar de la política se instauró como respuesta la adecuación de esta atención sanitaria a las necesidades de las personas con discapacidad³⁶². Desde el marco de estudio de la Filosofía el modelo médico o de rehabilitación ha encontrado un espacio de análisis al respecto se ha planteado lo siguiente:

“En los tratados de ética y filosofía se analiza la inherente fragilidad del ser humano desde los supuestos aproximativos diferentes. En primer lugar, se considera al ser humano frágil como un objeto de la acción ética del sujeto, alguien a quién se sitúa en un plano inferior de existencia y al que se trata de ayudar para que recupere su estatus de ser humano autónomo, autosuficiente, sano, inteligente etc. Desde este punto de vista se estudia el mejor modo de tratar a quienes padecen penalidades y las maneras de fomentar medios morales y sociales para su superación o erradicación”³⁶³.

Acorde al párrafo citado el autor se refiere a un fenómeno que estuvo latente durante todo el Siglo XX el contractualismo, el cual fue ejecutado a partir del modelo del contrato social planteado por Rosseau. Según la idea expresada por el citado autor, en la sociedad donde rigen condiciones donde la vida del individuo como ser social implica constantes intercambios donde cada persona debe ofrecer algo, la persona con discapacidad está limitada o no puede entregar nada. Esta limitante llega a generar una relación desproporcionada o asimétrica que puede ser compensada por la caridad cristiana

³⁶² PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Francisco (2014: 26).

³⁶³ GUZMÁN, Francisco; TOBOSO, Mario; ROMANACH, Javier (2018).

En línea: http://www.diversocracia.org/docs/Fundamentos%20eticos%20interdependencia_oviedo.doc.

Fecha de consulta: 15 de marzo del 2018.

y por otro lado el intento de desarrollar la rehabilitación médica³⁶⁴. Unido a esto dicho autor también llega a advertir que a pesar de que el objetivo de la rehabilitación meritorio también posee dos problemas. El primer problema radica en la lista de capacidades que debe tener cada individuo, la cual termina por ser la concepción de lo que una sola persona cree, dicha persona tiene antecedentes determinados y experiencias culturales particulares, y a la final es la que establece que tan buena debe ser la vida.

Como un segundo problema, el cual se deriva del anterior, se destaca la regla de determinación de promover el desarrollo de las capacidades básicas en todas las personas, sin que importe la situación de cada individuo o sus preferencias. La situación descrita refleja una especie de “capacitismo”, lo cual representa un grave perjuicio, ya que se llegan a sobreponer ciertas competencias por considerarlas de mayor importancia sobre otras, esto puede generar un ambiente negativo para las personas con discapacidad o diversidad funcional. De esta manera y con el propósito de evitar sufrimientos por vivir con determinada deficiencia, dicha postura promovería que es un deber de la medicina alcanzar soluciones respecto a la enfermedad y hacia la discapacidad, donde la aplicabilidad será en el momento preciso, y así otorgarle a la persona la posibilidad de restaurar sus capacidades para que pueda vivir de forma plena. A partir de esta perspectiva podría mencionarse como ejemplo a las personas sordas que no quieren usar un implante caerían en una especie de dignidad deteriorada y los profesionales de la salud tendrían la irresponsabilidad de ser permisivos³⁶⁵.

Finalmente habría que destacar que a partir de la segunda mitad del Siglo pasado se puede apreciar un tránsito lento hacia la conformación de un nuevo paradigma hacia la discapacidad. Tal es así que se llevó a cabo una revisión de la historia y contenido de las resoluciones emitidas por las Naciones Unidas lo cual abrió el camino al modelo social que en la actualidad conocemos. Ejemplo de ello es la década de los años setenta donde fueron aprobadas dos resoluciones en las cuales se eliminó el término “asistencia”, característico del modelo médico, para pasar a adoptar los derechos, palabra adoptada por el modelo social. La primera resolución o instrumento internacional fue la Declaración

³⁶⁴ GUZMÁN, Francisco; TOBOSO, Mario; ROMANACH, Javier (2018: 5).

³⁶⁵ GUZMÁN, Francisco; TOBOSO, Mario; ROMANACH, Javier (2018: 6).

de los Derechos del Retrasado Mental³⁶⁶, emitida en el año 1971, y el segundo instrumento fue la Declaración de los Derechos de los Impedidos en 1975³⁶⁷.

A modo de resumen se pueden señalar los siguientes aspectos básicos identificativos del modelo médico o de rehabilitación, estos son:

- El problema está focalizado en el ámbito del individuo, por lo que la discapacidad resulta ser directamente de la deficiencia de la persona.
- La discapacidad es considerada únicamente como un problema de salud, esto significa que representa un asunto médico.
- Las soluciones las llegan a generar “expertos” cuya base son diagnósticos.
- Se hizo hincapié en la eliminación o cura de la discapacidad, en aras de alcanzar la “normalización”.
- Los profesionales de la salud ven con recelo el creciente movimiento organizativo de las personas con discapacidad, ya que se inicia una lucha por lograr protagonismo.

4.2.3. Modelo o Enfoque Social o de Derechos Humanos

Lo que se conoce en la actualidad como modelo de inclusión social en cuanto a la diversidad funcional tuvo sus inicios con el denominado Movimiento de Vida Independiente, surgido en los EE. UU a finales de los años sesenta del pasado Siglo³⁶⁸. A este movimiento, en principio, le fue atribuido como objetivo principal la lucha por los derechos civiles, incluso algunos de sus miembros eran personas discriminadas por presentar algún tipo de discapacidad que influyeron directamente para iniciar una lucha en el reconocimiento de sus derechos fundamentales, y así promover un acercamiento del resto de la sociedad a su propia realidad.³⁶⁹

³⁶⁶ Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, Resolución 2856 (XXVI). Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (1971: Art. 1). El retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos.

³⁶⁷ Declaración de los Derechos de los Impedidos, Resolución 3447 (XXX). Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (1975: Art. 2). El impedido debe gozar de todos los derechos enunciados en la presente Declaración. Deben reconocerse esos derechos a todos los impedidos, sin excepción alguna y sin distinción ni discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra circunstancia, tanto si se refiere personalmente al impedido como a su familia.

³⁶⁸ GARCÍA VIDAL, Jesús (2003: 27).

³⁶⁹ GUZMÁN, Francisco; TOBOSO, Mario; ROMANACH, Javier (2018: 15).

De esta forma los orígenes del modelo de inclusión social pueden ser situados en la segunda mitad del Siglo XX en territorio norteamericano, ejemplo de dicho comienzo fue la aceptación de Ed Roberts un estudiante con discapacidad severa que fue aceptado e ingresó a la Universidad de Berkeley en California, específicamente para estudiar Ciencias Políticas. Este constituyó el primer paso para eliminar las barreras sociales y arquitectónicas que afectaban a las personas con discapacidad, ya que este estudiante norteamericano marcó el inicio de una incipiente apertura para el resto de los estudiantes con discapacidad en la posibilidad de ingresar a la universidad y desarrollar su vida académica como el resto de los universitarios.

Como parte del desarrollo de este movimiento por la reivindicación de los derechos de las personas con discapacidad, se resaltó la incomodidad que sentían dichas personas al ser definidas por sus características o condiciones físicas. Es por ello que fueron impulsadas varias ideas para revertir dicha situación, por ejemplo, que la independencia que tiene cada persona no está sujeta a la capacidad para ser autónomo en los quehaceres del hogar o cotidianos, sino por el derecho de elección que cada individuo tiene para encaminar su vida o estilo de vida como considere apropiado³⁷⁰. Esa independencia, no siempre es entendida o comprendida la importancia que tiene para la persona con discapacidad, tal es la decisión, por ejemplo, de inadmisibilidad en el caso *Molka contra Polonia* de 11 de abril de 2006, demanda Nro. 56550/00, título 2, donde un demandante en silla de ruedas, que bien hubiera podido solicitar apoyo para ejercer su derecho al voto, no lo hizo y por el contrario solicitó a la autoridad electoral se otorgue acceso a la cabina para votar. “Su demanda fue declarada manifiestamente infundada”³⁷¹, sin considerar que no es solamente cumplir con el ejercicio del derecho de participación, sino su derecho a la accesibilidad de forma independiente, sin que se requiera de apoyos en un evento relativamente simple.

En el supuesto de comprender a la discapacidad como un elemento negativo o de carencia que tiene el ser humano, se debería remediar dicha discapacidad en aras de lograr la reinscripción del individuo, esto significó un paso de avance hacia la percepción de la diversidad funcional o discapacidad como un producto social, es decir como el resultado de las interacciones entre las personas y el entorno social que ha sido concebido para estas. Conforme a ello el modelo social realiza un marcado énfasis en disminuir los

³⁷⁰ PALACIOS, Agustina (2014: 106).

³⁷¹ CHATTON, Gregor T. (2018: 305).

elementos médicos o diagnósticos de la discapacidad y hace que prevalezcan las cuestiones sociales.

Si se llega a considerar que la causa de la discapacidad es social, algunos autores han emitido un conjunto de propuestas o soluciones, ejemplo de ello es Pérez Bueno el cual consideró que las medidas a aplicar no deberían tener matices individualistas, sino que debe tener como foco a la sociedad³⁷². Es por ello que a diferencia del modelo médico o de rehabilitación, el modelo social se enfoca en la rehabilitación de una sociedad no del individuo, ya que la sociedad debe ser concebida y diseñada para abarcar las necesidades de todas las personas, por lo que deberán ser gestionadas todas las diferencias y se promoverá la integración de la diversidad³⁷³. Según el criterio de algunos estudiosos del tema el modelo social con su ideología de la inclusión: “...desafía la verdadera noción de normalidad en la educación -y en la sociedad- sosteniendo que la normalidad no existe, sino que es una construcción impuesta sobre una realidad donde sólo existe la diferencia”³⁷⁴.

Por otra parte, en algunos estudios sociológicos respecto a los diferentes modelos de discapacidad que han existido, se llegó a demostrar un vínculo entre los distintos paradigmas y el entorno en el cual se llega a desenvolver la persona con discapacidad o con diversidad funcional. Al respecto se señaló que en el modelo médico o de rehabilitación el ambiente era considerado como neutro, mientras que en el modelo social el ambiente representa un factor constitutivo de la discapacidad ya que se toma en cuenta como una barrera. Si se toma como referencia esta perspectiva la discapacidad es considerada como circunstancial, contextual, situacional y relativa, todo ello puede conllevar a una negación sobre la realidad de la condición física que posee cada persona³⁷⁵. Habría que agregar a partir de lo aquí planteado pueden ser señaladas dos consecuencias.

En primer lugar, dentro de la sociología se podría desarrollar una serie de parámetros que representarían un importante aporte al tema de la discapacidad, por ejemplo, en la conformación y la eliminación de estereotipos donde el lenguaje y las imágenes desempeñan un papel central. En una segunda posición habría que destacar que

³⁷² PÉREZ BUENO, Luis (2012: 83).

³⁷³ PÉREZ BUENO, Luis (2012: 83).

³⁷⁴ PALACIOS, Agustina (2014: 129).

³⁷⁵ COLIN, Barnes; MERCER, Geof (2010: 3).

si se aprecia o se mira la diversidad funcional o la discapacidad esta ha sido un motivo para que surjan las agrupaciones en colectivos de las personas con discapacidad, cuyas organizaciones además de alcanzar avances importantes también han dirigido su lucha hacia la esfera política y ha quedado, en parte, la imagen de que la discapacidad dentro de la historia siempre ha constituido un motivo de marginación y exclusión³⁷⁶.

La nueva percepción de la discapacidad o que es lo mismo la nueva manera de entender a la diversidad funcional tuvo una amplia acogida en las personas con discapacidad del Reino Unido. Una representación de estas personas con discapacidad ingleses viajó a los EE. UU para nutrirse del movimiento iniciado por el estudiante universitario Roberts, que a pesar de que este joven norteamericano tenía como objetivo de lucha la erradicación de las políticas paternalistas que el Estado implementaba con las personas con discapacidad, recibió fuertes críticas el Movimiento de Vida Independiente ya que se le catalogó como capitalista y consumista donde sus objetivos eran meramente económicos. Un ejemplo de la razón de estas críticas fue que las primeras medidas alcanzadas recayeron en que el Estado otorgara fondos para el pago de asistentes personales³⁷⁷.

Desde el modelo social se evidencia la aspiración a que las personas con discapacidad puedan tener la posibilidad de estipular o más bien negociar tanto el tiempo como el tipo de asistencia que requiere, además de que pueda contar con la capacidad para decidir cómo contratar a dicho asistente personal³⁷⁸. Por otro lado, también se han emitido criterios en los que asocian al modelo de inclusión social como un mecanismo que resalta las barreras económicas, culturales y medioambientales a las que debe enfrentarse la persona con discapacidad en el día a día. De igual manera existen otras barreras como la falta de acceso a la educación, las limitaciones en los sistemas de comunicación e información en áreas como la laboral, el transporte, la vivienda, etc. Esta idea denota que la discapacidad es afianzada por la negación que nace de la sociedad, donde son acomodadas las necesidades individuales y colectivas en el marco de las actividades generales, a su vez condicionadas a las cuestiones económicas, sociales y culturales imperantes³⁷⁹.

³⁷⁶ COLIN, Barnes; MERCER, Geof (2010: 61).

³⁷⁷ PALACIOS, Agustina (2014: 118).

³⁷⁸ PALACIOS, Agustina (2014a: 150).

³⁷⁹ GUZMÁN, Francisco; TOBOSO, Mario; ROMAÑACH, Javier (2018: 16-17).

De todo esto cobra vital importancia la diferenciación entre lo que debe entenderse como deficiencia y lo que realmente es la discapacidad, esta última analizada desde los parámetros que brinda el modelo social. Al respecto vale señalar lo siguiente:

“Deficiencia es la pérdida o limitación total o parcial de un miembro, órgano o mecanismo del cuerpo. Discapacidad es la desventaja o restricción de actividad, causada por la organización social contemporánea, que no considera, o considera en forma insuficiente, a las personas que tienen diversidades funcionales, y por ello las excluye de la participación en las actividades corrientes de la sociedad. Es decir, la deficiencia –o diversidad funcional– sería esa característica de la persona consistente en un órgano, una función o un mecanismo del cuerpo o de la mente que no funciona, o que no funciona de igual manera que en la mayoría de las personas. En cambio, la discapacidad estaría compuesta por los factores sociales que restringen, limitan o impiden a las personas con diversidad funcional, vivir una vida en sociedad”³⁸⁰.

Con ello, se puede resaltar que desde la experiencia de las personas con discapacidad en los EE. UU y la lucha emprendida por estas se desarrolló un nuevo paradigma o modelo hacia cómo entender la discapacidad. Este nuevo modelo denominado de *“inclusión social”* al igual que los anteriores modelos analizados, tiene dos presupuestos en su fundamentación. El primer presupuesto está relacionado con las causas de la discapacidad, las cuales no son religiosas y mucho menos científicas, sino sociales. Los defensores de este modelo han llegado a considerar que el problema que existe en torno a la discapacidad no radica en las deficiencias individuales que puede tener cada persona sino en las limitaciones emanadas de la propia sociedad, que no posee la capacidad de asegurar aquellas necesidades eminentes de las personas con discapacidad y tampoco llegan a ser tomadas en cuenta dentro de la comunidad³⁸¹.

Para el segundo presupuesto de este modelo se destaca el rol de la persona con, ello se refiere a la utilidad que tiene la persona dentro de la comunidad. Al respecto en el modelo social es defendida la posición que la persona con discapacidad tiene tanto que

³⁸⁰ PALACIOS, Agustina (2014: 133).

³⁸¹ PALACIOS, Agustina; BARIFFI; Francisco (2007: 11).

aportar a la sociedad como aquellas personas que no poseen ninguna discapacidad. Como respaldo a esta posición se parte de la premisa que toda vida humana resulta digna y desde el modelo de inclusión social el aporte de las discapacidades conlleva a la aceptación de la diversidad.

Ahora bien, este nuevo paradigma o modelo generó un conjunto de efectos prácticos. Primeramente, es necesario destacar que en la percepción que impulsó el modelo social las herramientas de subsistencia de la persona con discapacidad recaen en la seguridad social, el empleo ordinario y en ciertas excepciones el empleo protegido³⁸². En segundo lugar, y esto resulta trascendente, la importancia del cambio de modelo incitó a que la discapacidad sea adoptada como un tema de derechos humanos. Esto trajo como consecuencia que el individuo no sea objeto de medidas asistencialistas, sino que sea tratado como sujeto de derechos³⁸³.

Sobre este asunto autores como el profesor Francisco Guzmán advirtió lo siguiente:

“...si bien desde el punto de vista político las propuestas del modelo social son suficientes para conseguir legalmente la igualdad de oportunidades y la desaparición de la discriminación, desde el ámbito de la ética este paradigma presenta importantes carencias relacionadas – especialmente – con la definición de dignidad”.³⁸⁴

Respecto a esta afirmación se puede decir que el modelo de inclusión social tiene como punto de partida tres presupuestos básicos. El primero de ellos se refiere a que toda vida humana, con la independencia de su naturaleza o diversidad funcional, tiene igual valor en cuanto a la dignidad. No obstante, la puesta en práctica de este presupuesto tiene una alta complejidad, puesto que aún se mantiene en la sociedad que la dignidad forma parte de un esquema de la persona que resulta ser capaz.

El segundo presupuesto base radica en que este nuevo paradigma defiende que todas las personas deben tener la posibilidad de tomar sus propias decisiones que lleguen afectar su vida. A pesar de que existen una serie de mecanismos destinados al desarrollo de la autonomía del ser humano, no se puede obviar que rige una interdependencia entre todas las personas. Es así que la manifestación de la dependencia en las personas con

³⁸² PALACIOS, Agustina (2014a: 133).

³⁸³ PALACIOS, Agustina (2014: 118).

³⁸⁴ GUZMÁN, Francisco; TOBOSO, Mario; ROMÑACH, Javier (2018: 17).

discapacidad no sería un elemento de distinción con el resto de los individuos, sino que debería ser tomado en cuenta como una cuestión de grado³⁸⁵.

Que va más allá, como lo considera la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) que “una misma deficiencia puede convertirse o no en una discapacidad, o puede serlo en distinto grado, según en quién y dónde se dé. Así pues, una misma deficiencia puede ser nada o más o menos incapacitante dependiendo de la clase social, el lugar y la época a la que pertenece la persona o personas que la tiene.”³⁸⁶.

Desde la diversidad funcional se considera a las personas con discapacidad “como personas que funcionan de una manera no habitual, en vez de aquella aceptación según la cual carecen de capacidades”³⁸⁷; ante ello, se confirma que las personas pueden actuar y efectuar acciones como cualquiera otra persona, que eso sí lo hacen de manera diferente a lo considerado de manera *habitual*.

Un esclarecedor comentario o reflexión hace Miguel Ferreira, en la obra “*De la minus-valía a la diversidad funcional: un nuevo marco teórico metodológico. Política y Sociedad*”, al sustentar el concepto de la diversidad funcional: que si una persona tiene miopía, hipermetropía o astigmatismo, esa “deficiencia fisiológica que implica una visión defectuosa”, no se la considera discapacidad, pues se corregiría con el uso de aparatos de optometría y por tanto puede ejercer la función visual como cualquiera otra persona; ello lo confronta con la discapacidad física, donde una personas que utiliza silla de ruedas, éste instrumento le permite desplazarse, o sea ejercer una función, al igual que cualquiera otra que no necesite su uso, pero allí sí, se considera discapacidad; lo que sucede es que su desplazamiento lo hace de una manera especial, sin que se pierda su capacidad, sino que esa movilidad se verá reducida por las condiciones o barreras que el medio le impone; otra reflexión interesante de anotar, es respecto de aquella persona que tiene síndrome de Down, no carece de capacidad intelectual, lo que sucede es que su capacidad la ejerce de manera distinta a ritmos no habituales, entonces de forma diversa, en la que se respete su vida independiente e igualdad sobre las concepciones construidas desde la sociedad que excluye bajo el principio paternalista y de protección *per se*.

³⁸⁵ PALACIOS, Agustina (2014: 143).

³⁸⁶ CANIMAS BRUGUÉ, Joan (2014: 81).

³⁸⁷ SÁNCHEZ MONTENEGRO, Elkin (2017: 9-10).

Entendido así este modelo, pasemos a hacer algunas consideraciones conceptuales, respecto de su significado y alcance, desde lo que ya referimos y que Guzmán lo citara, ahora revisemos, como concibe este modelo a la discapacidad, que lo hace a partir de que la “etiología, duración y gravedad, como características que se combinan entre sí y hacen imposible definir un tipo específico de persona con discapacidad”³⁸⁸; pues, la diversidad funcional, lo comparte Sosa³⁸⁹ como el resultado de la consideración de diferentes condiciones como salud, sexo, nivel de educación, entorno social, en fin lo que hemos afirmado un sinnúmero de veces, la discapacidad no deberá considerarse como una situación que le pertenece a un grupo de personas que comparten la misma condición, dígase física, psicológica, intelectual, sensorial, etc. sino deberá considerarse el contexto en el que la persona se desenvuelve y la influencia que este ejerce sobre su condición.

Por tanto, no solamente debe aceptarse la perspectiva del modelo social que entiende a la diversidad funcional, al evidenciar que los factores que rodean a la persona, inciden en el desenvolvimiento de su condición; pero para cada caso de manera individualizada al atender a la persona, resta la eficacia de las actuaciones, pues si se analiza el entorno y en él se desenvuelva la persona, esa interacción que involucra un sinnúmero de elementos, circunstancias y personas que tienen que ver con ello, tal vez estaríamos cayendo en lo que hemos referido que hay que evitar, ponerle a la persona con discapacidad como un ser pasivo, que actúe sin tanta influencia e indebida, inclusive. Pues, todavía se señala que para que sea efectiva la diversidad funcional, es necesario sean unificados los conceptos relativos a clarificar a la diversidad, que insistentemente todavía se involucra el modelo médico que circunscribe a las condiciones personales.

De hecho “el modelo de la diversidad comparte la visión de la discapacidad del modelo social, si bien añade que la situación que la provoca no tiene porqué ser considerada siempre como un mal o una limitación (ya sea individual o social). La persona con discapacidad es, sencillamente, una persona diversa a otra, con lo que su presencia en las sociedades (obviamente en igual satisfacción de derechos que el resto) es un verdadero factor de enriquecimiento”³⁹⁰.

³⁸⁸ RODRÍGUEZ, Marianela; COUTO, María Dolores (2013: 47).

³⁸⁹ SOSA Laura (2009: 1).

³⁹⁰ Informe en el marco del Proyecto de Investigación del Impacto de la Convención de las Personas con Discapacidad. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid (2008).

De lo revisado entonces puedo concluir que estos dos modelos coexisten, en razón que desde el enfoque social se permite el ejercicio de la autonomía; permite la participación en la toma de decisiones en asuntos que le afectan; se garantiza que el medio se adapte a la persona y se respete el máximo de la capacidad de las personas con discapacidad. Por su lado en el modelo de diversidad funcional, la persona con discapacidad poseedor ya de su autodeterminación, impulsor de sus propias decisiones, entra en la relación con su entorno “en donde su funcionalidad está directamente relacionada con los ajustes aplicados al medio en donde se desenvuelve”³⁹¹.

Cuando el medio o el entorno no le permite a la persona con discapacidad desenvolverse es que aparece lo que se entiende “la diferencia de funcionamiento de una persona al realizar las tareas habituales (desplazarse, leer, agarrar, ir al baño, comunicarse, relacionarse, etc.) de manera diferente a la mayoría de la población [...] o diversa en comparación con la mayoría de la sociedad...”³⁹², ello por tanto se entrelaza con el modelo social, cuando este último afirma que el problema principal de la discapacidad se encuentra en el entorno y en la sociedad en vez de la persona; pues, la discapacidad forma parte de la sociedad, con derechos y su reconocimiento efectivo, donde existe equiparación de oportunidades y la participación de las personas con discapacidad.

A pesar de ello, este denominado “*modelo*”, nacido en el Movimiento de Vida Independiente, a principio de los setenta del siglo pasado, da mayor respuesta a la poca atención, en especial de las personas con discapacidad severa, enmarcada en la intelectual o psicosocial, en la época denominada mental, que quedaban siempre al margen; pues, lamentablemente el modelo social no ha pasado del discurso y su falta de aplicación a través del impulso que se debía dar a la implementación de los ajustes razonables en las legislaciones nacionales.

Palacios, A. y Romañach, J., plantean desde este nuevo modelo de la diversidad, que destaca “que cada persona incorpora un modo particular y propio de funcionamiento”, visibilizando a la persona que actúa o cumple con sus actividades de la vida diaria de manera diferente al resto de personas, partiendo de una realidad fundamental: “la diversidad del ser humano en el ámbito de su funcionamiento físico, psíquico y sensorial”.

³⁹¹ HERNÁNDEZ RÍOS, Mónica Isabel (2015: 49).

³⁹² ROMAÑACH CABRERO, Javier; LOBATO, Manuel (2005: 68).

De todos los modelos, el tradicional o de prescindencia, médico o de rehabilitación y el social o de derechos humanos, que hemos revisado, se suma el modelo de la diversidad funcional, que intenta “construir es el valor de la diversidad, el concepto de dignidad como elemento clave para la plena participación y aceptación social de las personas con diversidad funcional”³⁹³. En este modelo por tanto se remarca la dignidad humana y la diversidad que influye en lo más básico del ser humano y citan los mismos autores Palacios y Romañach: “la visión que tiene de sí mismo, la visión que tiene sobre el valor de su propia vida, la percepción de su propia dignidad respecto a las de los demás.”

Se sustenta en la idea de que la independencia no está dada por la capacidad de ser autónomo en los quehaceres cotidianos, sino por la de dirigir el destino de la propia vida, que no encuentre negación por parte de la sociedad de acomodar las necesidades individuales y colectivas dentro de la actividad general que supone la vida económica, social y cultural, ya que la discapacidad estaría compuesta por los factores sociales que restringen, limitan o impiden a las personas con diversidad funcional, vivir una vida en sociedad³⁹⁴.

Ante todo, ello no se puede dejar de considerar el modelo social, pues este, como habíamos dicho, protege a que las aspiraciones de las personas, se cumplan con independencia de la naturaleza o diversidad funcional, teniendo igual valor en cuanto a la dignidad y valor de su propia vida.

En síntesis, se pueden destacar los siguientes elementos identificativos del modelo de inclusión social:

- El problema principal de la discapacidad se encuentra en el entorno y en la sociedad en vez de la persona.
- Se reconoce que la discapacidad forma parte de la sociedad.
- La discapacidad se aprecia desde el ámbito de la comprensión y la globalidad, es decir, que las personas con discapacidad tienen derechos civiles, económicos, sociales y culturales.
- Las personas con discapacidad reclaman el reconocimiento y respeto efectivo de sus derechos.

³⁹³ PALACIOS, Agustina; ROMAÑACH CABRERO, Javier (2006: 150).

³⁹⁴ VELARDE-LIZAMA, Valentina, (2011: 130).

- Existe la equiparación de oportunidades y la participación de las personas con discapacidad en la vida política y social.

4.2.4. Modelo de la Diversidad funcional

Habría que agregar que se puede hablar de un cuarto modelo que se suma a los que hemos referido, este es el modelo denominado *de la diversidad* y “que, en cierta medida, es una variable del anterior”, es decir del modelo social. Según Palacios y Romañach, “Se trata de un modelo basado en los postulados de los movimientos de vida independiente y que, en lo que aquí nos importa, demanda la consideración de la persona con discapacidad (o con diversidad funcional, término que se utiliza por este movimiento y que ya está cobrando cierto éxito) como un ser valioso en sí mismo por su diversidad”

Va más allá, como lo considera la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) que “una misma deficiencia puede convertirse o no en una discapacidad, o puede serlo en distinto grado, según en quién y dónde se dé. Así pues, una misma deficiencia puede ser nada o más o menos incapacitante dependiendo de la clase social, el lugar y la época a la que pertenece la persona o personas que la tiene.”³⁹⁵. Desde la diversidad funcional se considera a las personas con discapacidad “como personas que funcionan de una manera no habitual, en vez de aquella aceptación según la cual carecen de capacidades”³⁹⁶; ante ello, se confirma que las personas pueden actuar y efectuar acciones como cualquiera otra persona, que eso sí lo hacen de manera diferente a lo considerado de manera *habitual*. Un esclarecedor comentario o reflexión hace Miguel Ferreira, en la obra “*De la minus-valía a la diversidad funcional: un nuevo marco teórico metodológico. Política y Sociedad*”, al sustentar el concepto de la diversidad funcional: que si una persona tiene miopía, hipermetropía o astigmatismo, esa “deficiencia fisiológica que implica una visión defectuosa”, no se la considera discapacidad, pues se corregiría con el uso de aparatos de optometría y por tanto puede ejercer la función visual como cualquiera otra persona; ello lo confronta con la discapacidad física, donde una personas que utiliza silla de ruedas, éste instrumento le permite desplazarse, o sea ejercer una función, al igual que cualquiera otra que no necesite su uso, pero allí sí, se considera discapacidad; lo que sucede es que su desplazamiento lo

³⁹⁵ CANIMAS BRUGUÉ, Joan (2014: 81).

³⁹⁶ SÁNCHEZ MONTENEGRO, Elkin (2017: 9-10).

hace de una manera especial, sin que se pierda su capacidad, sino que esa movilidad se verá reducida por las condiciones o barreras que el medio le impone; otra reflexión interesante de anotar, es respecto de aquella persona que tiene síndrome de Down, no carece de capacidad intelectual, lo que sucede es que su capacidad la ejerce de manera distinta a ritmos no habituales, entonces de forma diversa, en la que se respete su vida independiente e igualdad sobre las concepciones construidas desde la sociedad que excluye bajo el principio paternalista y de protección *per se*.

Entendido así este modelo, pasemos a hacer algunas consideraciones conceptuales, respecto de su significado y alcance, desde lo que ya referimos y que Guzmán lo citara, ahora revisemos, como concibe este modelo a la discapacidad, que lo hace a partir de que la “etiología, duración y gravedad, como características que se combinan entre sí y hacen imposible definir un tipo específico de persona con discapacidad”³⁹⁷; pues, la diversidad funcional, lo comparte Sosa³⁹⁸ como el resultado de la consideración de diferentes condiciones como salud, sexo, nivel de educación, entorno social, en fin lo que hemos afirmado un sinnúmero de veces, la discapacidad no deberá considerarse como una situación que le pertenece a un grupo de personas que comparten la misma condición, dígase física, psicológica, intelectual, sensorial, etc. sino deberá considerarse el contexto en el que la persona se desenvuelve y la influencia que este ejerce sobre su condición.

Por tanto, no solamente debe aceptarse la perspectiva del modelo social que entiende a la diversidad funcional, al evidenciar que los factores que rodean a la persona, inciden en el desenvolvimiento de su condición; pero para cada caso individualizadamente al atender a la persona, resta la eficacia de las actuaciones, pues si se analiza el entorno y en él se desenvuelva la persona, esa interacción que involucra un sinnúmero de elementos, circunstancias y personas que tienen que ver con ello, tal vez estaríamos cayendo en lo que hemos referido que hay que evitar, ponerle a la persona con discapacidad como un ser pasivo, que actúe sin tanta influencia e indebida, inclusive. Pues, todavía se señala que para que sea efectiva la diversidad funcional, es necesario sean unificados los conceptos relativos a clarificar a la diversidad, que insistentemente todavía se involucra el modelo médico que circunscribe a las condiciones personales.

³⁹⁷ RODRÍGUEZ, Marianela; COUTO, María (2013: 47).

³⁹⁸ SOSA Laura (2009: 15).

De hecho “el modelo de la diversidad comparte la visión de la discapacidad del modelo social, si bien añade que la situación que la provoca no tiene porqué ser considerada siempre como un mal o una limitación (ya sea individual o social). La persona con discapacidad es, sencillamente, una persona diversa a otra, con lo que su presencia en las sociedades (obviamente en igual satisfacción de derechos que el resto) es un verdadero factor de enriquecimiento”³⁹⁹.

De lo revisado entonces puedo concluir que estos dos modelos coexisten, en razón que desde el enfoque social se permite el ejercicio de la autonomía; permite la participación en la toma de decisiones en asuntos que le afectan; se garantiza que el medio se adapte a la persona y se respete el máximo de la capacidad de las personas con discapacidad. Por su lado en el modelo de diversidad funcional, la persona con discapacidad poseedor ya de su autodeterminación, impulsor de sus propias decisiones, entra en la relación con su entorno “en donde su funcionalidad está directamente relacionada con los ajustes aplicados al medio en donde se desenvuelve”⁴⁰⁰.

Cuando el medio o el entorno no le permite a la persona con discapacidad desenvolverse es que aparece lo que se entiende “la diferencia de funcionamiento de una persona al realizar las tareas habituales (desplazarse, leer, agarrar, ir al baño, comunicarse, relacionarse, etc.) de manera diferente a la mayoría de la población [...] o diversa en comparación con la mayoría de la sociedad...”⁴⁰¹, ello por tanto se entrelaza con el modelo social, cuando este último afirma que el problema principal de la discapacidad se encuentra en el entorno y en la sociedad en vez de la persona; pues, la discapacidad forma parte de la sociedad, con derechos y su reconocimiento efectivo, donde existe equiparación de oportunidades y la participación de las personas con discapacidad.

A pesar de ello, este denominado “*modelo*”, nacido en el Movimiento de Vida Independiente, a principio de los setenta del siglo pasado, da mayor respuesta a la poca atención, en especial de las personas con discapacidad severa, enmarcada en la intelectual o psicosocial, en la época denominada mental, que quedaban siempre al margen; pues, lamentablemente el modelo social no ha pasado del discurso y su falta de aplicación a

³⁹⁹ I Informe en el marco del Proyecto de Investigación del Impacto de la Convención de las Personas con Discapacidad. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid (2008).

⁴⁰⁰ HERNÁNDEZ RÍOS, Mónica Isabel. (2015: 49-50).

⁴⁰¹ ROMANACH, Javier; LOBATO, Manuel (2005: 8).

través del impulso que se debía dar a la implementación de los ajustes razonables en las legislaciones nacionales.

Palacios, A. y Romañach, J., plantean desde este nuevo modelo de la diversidad, que destaca “que cada persona incorpora un modo particular y propio de funcionamiento”, visibilizando a la persona que actúa o cumple con sus actividades de la vida diaria de manera diferente al resto de personas, partiendo de una realidad fundamental: “la diversidad del ser humano en el ámbito de su funcionamiento físico, psíquico y sensorial”. Es el caso *Çam v. Turquía*, que abordaba el rechazo de un conservatorio a la matrícula de una alumna ciega, que no obstante había sido galardonada en el concurso de acceso. De todos modos, en este caso, el establecimiento educativo no había ofrecido ningún ajuste adecuado para superar los obstáculos debidos a la discapacidad, mientras que, por lo contrario, la facultad involucrada en el nuevo litigio se había mostrado más sensible al problema mediante sus propuestas de solución.” La decisión del Tribunal, tomó en cuenta que lo que perseguía el recurrente no era la solución a su caso individual, sino que las autoridades garanticen, en todas las instituciones educativas, las obras de transformación necesarias para asegurar a todas las personas afectadas por la misma discapacidad que la suya, el ejercicio de sus derechos. “Dicho de otro modo, el juez reprocha a sus colegas por haberse concentrado en la noción de ajustes razonables, que deriva del artículo 12 de la Convención, y no en la de accesibilidad, que deriva del artículo 2 del Primer Protocolo”⁴⁰². Este es un claro ejemplo en el que se debe considerar a las personas en forma individualizada y atender conforme las necesidades propias de la discapacidad.

De todos los modelos, el tradicional o de prescindencia, médico o de rehabilitación y el social o de derechos humanos, que hemos revisado, sumado el modelo de la diversidad funcional, intenta “construir el valor de la diversidad, el concepto de dignidad como elemento clave para la plena participación y aceptación social de las personas con diversidad funcional”⁴⁰³. En este modelo por tanto se remarca la dignidad humana y la diversidad que influye en lo más básico del ser humano y citan los mismos autores Palacios y Romañach: “la visión que tiene de sí mismo, la visión que tiene sobre el valor de su propia vida, la percepción de su propia dignidad respecto a las de los demás.”

Se sustenta en la idea de que la independencia no está dada por la capacidad de ser autónomo en los quehaceres cotidianos, sino por la de dirigir el destino de la propia

⁴⁰² Caso *Çam vs. Turquía* (2016): Demanda Nro. 51500/08 resuelto por el TEDH de 23 febrero 2016

⁴⁰³ PALACIOS, Agustina; ROMANACH, Javier (2006: 150).

vida, que no encuentre negación por parte de la sociedad de acomodar las necesidades individuales y colectivas dentro de la actividad general que supone la vida económica, social y cultural, ya que la discapacidad estaría compuesta por los factores sociales que restringen, limitan o impiden a las personas con diversidad funcional, vivir una vida en sociedad⁴⁰⁴.

Y sí, la persona con discapacidad tiene el mismo derecho de tener una buena calidad de vida, sin considerar su condición que pudiera mermarla, pero no por tal, sino por la falta de atención de los estamentos que están obligados a hacerlo, y es necesario “recordar que ninguna situación, por excepcional que ésta sea, justifica la discriminación ni por motivo de discapacidad ni de ningún colectivo de personas y que la obligación de respetar los Derechos Humanos permanece vigente y debe ser tenida en cuenta, también en el difícil momento actual..”⁴⁰⁵, ello me permito citarlo a propósito del momento actual debido a un factor de salubridad que constituye la pandemia COVID 19.

Decíamos que este modelo se basa en el concepto de dignidad, entonces es su derecho se otorguen todos los apoyos necesarios y suficientes para asegurar su supervivencia y bienestar de las personas con diversidad funcional, lo que se hace necesario se adopten medidas urgentes e indispensables a fin de garantizar una vida independiente con formas de asistencia personal como única forma de apoyo humano.

Para esta investigación, después de describir los diferentes enfoques de protección jurídica sobre la discapacidad en el Ecuador, se puede considerar que el enfoque o modelo vigente de protección jurídica es el modelo social de derechos humanos, ya que no solo menciona el efectivo goce de los derechos de las personas con discapacidad, sino que muestra, en la interpretación jurídica de un juez, que las personas de este segmento de la población tienen los mismos derechos al otorgar el mismo valor a las vidas de todos los seres humanos, garantizándose los mismos derechos y oportunidades a todas las personas, pues, en este modelo recae la importancia cuando “demanda el reconocimiento de derechos específicos de estos grupos, no tanto desde una argumentación de tipo universalista, sino más bien de tipo particularista”⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ VELARDE, Valentina, (2011: 130)

⁴⁰⁵ Por la dignidad y contra la indefensión de las personas en situación de dependencia en la crisis del COVID 19. Foro de Vida Independiente y Libertad. Comunidad de Reflexión filosófica y de lucha por los derechos de las personas con diversidad funcional (2020). En línea: <http://forovidaindependiente.org/>. Fecha de consulta: 12 de junio de 2020.

⁴⁰⁶ PALACIOS, Agustina; ROMANACH, Javier (2006: 24)

Adicional al análisis de estos modelos, presento una adicional investigación, respecto de la participación de la sociedad.

4.2.5. La acción colectiva y los resultados legales frente a la situación de las personas

En esta investigación se ha hablado del acceso a la justicia y de la protección jurídica de las personas con discapacidad, en la cual el Estado, desde los cuerpos normativos, es el responsable de tales acciones. Sin embargo, hay que tomar en consideración que todo Estado es compuesto por población y ésta compone la sociedad civil, la misma que posee características intrínsecas y muchas veces, irrepetibles en su conjunto.

Ahora, es necesario analizar desde el lado de la sociedad civil los esfuerzos de la población para exigir, garantizar o actuar con lo que la Constitución ecuatoriana establece. Para este análisis se busca comprobar que, la población ecuatoriana reconoce, de forma parcial, los derechos de las personas con discapacidad y su finalidad de igualdad material. Sin embargo, las instituciones públicas aun no ajustan sus procedimientos para que se cumpla lo establecido en la Constitución o la Ley Orgánica de Discapacidades. Esta investigación considera que la igualdad material y la protección jurídica no es únicamente responsabilidad del Estado, sino de las exigencias y acciones coordinadas de los peticionarios y la misma sociedad civil. La acción colectiva de la protección jurídica de las personas con discapacidad en el Ecuador, posee todos los elementos para la supervisión y control civil de las políticas públicas, al poseer un grupo sensibilizado, una autoridad que ha incumplido y una estructura estatal que garantice dichos derechos. Ahora depende de las coordinaciones entre instituciones de la sociedad civil, sus peticiones y las disposiciones legales que emanen de dichos pedidos.

Para comprobar esta hipótesis se deberá abordar conceptos como: sociedad civil, acción colectiva, grupo sensibilizado, incumplimiento de la autoridad y, coordinación entre instituciones de la sociedad civil que insten a decisiones jurídicas.

Partiendo de la acepción de Vargas, la sociedad civil es un sistema de asociaciones no estatales, autorreguladas, descentralizadas y voluntarias, basadas en una vida moral y

organizada en forma autónoma del Estado⁴⁰⁷. En este caso, la sociedad civil está compuesta por individuos nacionales y extranjeros que viven temporal o permanentemente en el país. Dentro de la sociedad civil se encuentran personas con discapacidad, familiares y amigos de estas personas, así como detractores y demás que no se afectan, ni sensibilizan ante la realidad de estas personas. La sociedad civil también lo componen grupo de gente, que se junta y persiguen intereses comunes o aficiones similares que pueden organizarse en grupos, en colectivos; y en movimientos u organizaciones sociales.

Tal como lo describe Calhoun, "...un grupo social es un número indeterminado de personas que se encuentran estructuradas e interactúan entre ellas desempeñando roles recíprocos para conseguir objetivos comunes y diversos. Dentro de él, las personas actúan según unas mismas normas, fines y valores a lo largo del tiempo..."⁴⁰⁸ así mismo podríamos decir que, son personas que se juntan con un mismo fin. Los colectivos son una forma más organizada que los grupos, contribuyen como una unidad a la realización de los mismos objetivos mediante la realización de varias acciones.

El colectivo se retroalimenta de sus integrantes mediante la satisfacción personal de realizar las actividades necesarias para satisfacer una necesidad social. Poseen una organización interna entre sus miembros, donde se identifican dirigentes que poseen respaldo moral y colectivo de todos los miembros pues representan los ideales y fidelidad de la mayoría⁴⁰⁹. Los movimientos u organizaciones sociales, según Melucci, "son redes de solidaridad con connotaciones culturales que desafían el discurso dominante y los códigos que forman la información y las prácticas sociales"⁴¹⁰.

Estos movimientos son unidades fácticas con condiciones estructurales dadas o valores, que están generalizadas por sectores de la población, y que son sistemas de acción, intercambio y conflicto entre diferentes actores. Son elementos sociales que pueden o no estar formalmente organizados mediante el registro en la autoridad competente y que buscan transformaciones estructurales que afectan la nuestra vida social y personal, siendo el "individuo como proceso"⁴¹¹ de forma colectiva y desde la

⁴⁰⁷ VARGAS, José (2003: 527)

⁴⁰⁸ CALHOUN, Craig; LIGHT, Donald y KELLER, Suzanne (2000: 118/146)

⁴⁰⁹ SEGREDO PÉREZ, Alina M. (2007) En línea:

<https://www.researchgate.net/publication/302930003> Los Grupos sociales y los colectivos en la comunidad Fecha de consulta: 16 de julio de 2017

⁴¹⁰ MELUCCI, Alberto (1989)

⁴¹¹ MELUCCI, Alberto (1989: 36)

subjetividad de los individuos se forman esa transformación. En este caso las organizaciones sin fines de lucro, ONGs y las asociaciones u organizaciones que defienden los derechos de las personas con discapacidad pueden ser consideradas para el fin que persigue esta investigación como organizaciones o movimientos sociales.

La acción colectiva es la respuesta a acciones que el Estado como estructura no presenta soluciones. Morris explica que la acción colectiva se crea a través de un comportamiento común de varios individuos. Con ello, se toman en cuenta dos aspectos que forman la acción colectiva: El primer aspecto es una acción colectiva proveniente desde arriba, desde la sociedad, que a través de una serie de valores generales empapa a los individuos, esta acción colectiva, puede ser la promulgación de una ley o una injusticia como aumentar impuestos a una población desempleada. Mientras que la segunda circunstancia se basa en la capacidad de los individuos de formar propios valores que transmiten los unos a los otros y que estos llevan a la sociedad y forman la acción colectiva, un ejemplo de esto podría ser la reunión de varios padres de familia que realizan compras colectivas para asegurar que sus hijos tengan los útiles necesarios para ir a la escuela, o la creación de un programa de ahorro y crédito familiar para que los hijos, primos y sobrinos puedan ir a la universidad.

En términos de Morris, la acción colectiva se puede dar por la conciencia hegemónica o por la conciencia de oposición. La acción colectiva, muestra el momento bisagra o de cambio⁴¹², viendo como los elementos clásicos se diluyen en una nueva fase social mediante la conciencia de oposición que supera a las decisiones gubernamentales⁴¹³.

4.2.5.1. Lo que está dicho y mucho aún no se hace

No se puede hablar de Estado sin personas ni individuos, ni se puede hablar de políticas públicas sin comprender intereses políticos de quienes crean la ley y para quienes se supone beneficiaría. En estos términos, las acciones colectivas son escenarios de conflictos, su atención se enfoca más en la estructura del sistema de dominación humana y en la infraestructura de los grupos desafiantes; es decir, lo importante es la determinación de cómo los sistemas están estructurados a través del tiempo y a quienes

⁴¹² MORRIS, Aldon (2015)

⁴¹³ GREGORY, James (2005)

beneficia. Una tarea importante es establecer las posiciones relativas de privilegio disfrutado por los grupos jerárquicamente posicionados dentro de los sistemas de dominación y mostrar cómo estas posiciones afectan su conciencia política. En este caso, Ecuador al inicio de la visibilización de las personas con discapacidad, tal como se explicó en anteriores apartados de esta investigación, los beneficios y las normas son de carácter enunciativo y proselitista, mas no de una naturaleza procesal y estructuralista de igualdad.

Para entender mejor la acción colectiva, se requieren dos conceptos importantes: sistemas de dominación humana y conciencia política. Carol McClurg explica que, el sistema humano de dominación es la constelación de instituciones, ideas, y práctica que exitosamente permiten a un grupo obtener y mantener el poder y privilegio a través del control y explotación de otro grupo. En toda sociedad hay varios sistemas principales de dominación que interactúan en múltiples formas⁴¹⁴. Mientras que, a criterio de Melucci⁴¹⁵ y García Nuñez⁴¹⁶ la conciencia política son los mecanismos de influencia en el grupo, colectivo o movimiento social en asuntos de interés público o colectivo, y que corresponden a acciones de impacto en el orden social. Estas ordenan, regulan o prohíben algo vinculante para toda la sociedad, sea referido al campo social, económico, ideológico o cultural o en cualquier otra esfera, es decir determinan normas o reglas. Así mismo, distribuyen, asignan, movilizan o extraen recursos, bienes y servicios de esa sociedad. Y finalmente, manifiestan comportamientos alternativos y generan acciones o planteamientos sobre lo que se debe hacer⁴¹⁷. En general, estos comportamientos producen fenómenos sociales y ambientales externos al individuo. Es aquí en la conciencia colectiva que el modelo médico-asistencialista se aplicó según la necesidad del colectivo que creó las políticas públicas para las personas con discapacidad.

Partiendo con el primer concepto importante de la acción colectiva, los sistemas de dominación humana; el modelo médico asistencialista es la norma y el medio eficaz de protección jurídica. Primeramente, el sistema de dominación, aplicado desde la fundación del Estado Ecuatoriano se ha desempeñado como el *modus operandi* del acceso a la justicia, mediante de curadurías y tutelas. Ecuador es un Estado profundamente religioso, según el INEC, en 2012, 8 de cada 10 personas dicen tener una filiación

⁴¹⁴ MORRIS, Aldon D; MCCLURG, Carol (1992: 89-98).

⁴¹⁵ MELUCCI, Alberto (1989).

⁴¹⁶ GARCÍA NUÑEZ, Carmen (2006: 33-40)

⁴¹⁷ GARCÍA NUÑEZ, Carmen (2006: 35-37)

religiosa y al 2019, eran 7 de cada 10.⁴¹⁸ En la época del inicio de la República Ecuatoriana hasta la Constitución de 1912, únicamente se podía acceder a la ciudadanía ecuatoriana siendo católico⁴¹⁹ lo cual explicaba que el modelo religioso primaba. Finalmente hasta la Constitución de 2008, el modelo médico-asistencialista prevaleció, siendo el elemento dominante en la protección jurídica. Luego de la vigencia de la Constitución de 2008, el modelo de derechos humanos ha buscado reemplazar al modelo médico- asistencialista, donde el orden regulatorio, dispone el acceso a la igualdad por medio de acciones afirmativas, beneficios tributarios, en el derecho al voto y disposiciones de inserción laboral, visibilizando que la población con discapacidad registrada, que en 2013 se encontraban 274.624 electores, población que por su incidencia, influyó en cerca de 3 de las 10 alcaldías más importantes del país⁴²⁰. Al 2013 las personas con discapacidad llegaban a 289.123 electores, de los cuales eran miembros de 250.000 hogares cuya media del núcleo familiar nacional era de cinco personas⁴²¹, lo que implicaba el poder incidir en las decisiones electorales de la familia entera; es decir, cerca de un millón y medio de personas tenían un familiar cercano con discapacidad, de los cuales, cerca del millón de personas podrían votar, es decir, cerca del 11 % del total de registro electoral⁴²². Desde 2013 al 2018, la visibilización de las personas con discapacidad por parte del gobierno nacional se da desde el punto de vista proselitista, donde según cifras de la secretaría de Comunicación, se invirtieron cerca de 230 millones de dólares en campañas específicas de sensibilización a favor de los derechos de las personas con discapacidad⁴²³.

Según el CONADIS, al 2019, existen 485.325 personas con algún tipo de discapacidad que son registradas y reconocidas como personas con discapacidad⁴²⁴. Y en

⁴¹⁸ Ecuador en Cifras. “Registro de Estadísticas Religiosas 2012-2019”. En línea: <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/inec-presenta-por-primera-vez-estadisticas-sobre-religion/> Fecha de Consulta: 12 de julio de 2017

⁴¹⁹ Constituciones del Ecuador 1830-1912

⁴²⁰ Consejo Nacional Electoral. “Estadísticas del Registro Electoral 2013”. En línea: http://cne.gob.ec/documents/publicaciones/2014/libro_estadistica_del_registro_electoral-r.pdf Fecha de consulta: 2 de febrero de 2020.

⁴²¹ Consejo Nacional para la igualdad de Discapacidades CONADIS En línea: <https://www.consejodiscapacidades.gob.ec/estadisticas-de-discapacidad/> Fecha de consulta: 12 de julio de 2018

⁴²² Agenda Nacional para la Igualdad de Discapacidades (2017: 82)

⁴²³ Secretaría General de Comunicación de la Presidencia. En línea: <https://www.comunicacion.gob.ec/transparencia/> Fecha de consulta: 12 de julio de 2020

⁴²⁴ Consejo Nacional para la igualdad de Discapacidades CONADIS En línea: <https://www.consejodiscapacidades.gob.ec/estadisticas-de-discapacidad/> Fecha de consulta: 12 de julio de 2018

elecciones 2019 participaron cerca de 156 candidatos de 35.000 candidatos en elecciones seccionales⁴²⁵. Según Pillalaza, las organizaciones políticas usaron la imagen de las personas con discapacidad con el fin de capitalizar votos y llamar a la sensibilización del electorado, dejando a un lado las posibilidades y potencialidades reales de las personas con discapacidad.⁴²⁶ En tal virtud, la sensibilización fue un gran paso cualitativo para el Ecuador y sus habitantes, sin embargo se da a conocer que, el medio de dominación humana se benefició electoralmente de dicha visibilización, antes que los avances de fondo propuestos por la misma ley. Obviamente, existen criterios a favor de la igualdad material y criterios en contra por la manipulación con un segmento de población con fines electorales.

4.2.5.2. Peor es ofrecer y no cumplir que el no ofrecer y hacer: El incumplimiento del Estado

Uno de los percutores para la ampliación de la acción colectiva es la implementación y desarrollo de la conciencia política debido a la falta de respuestas del modelo implementado por el sistema humano de dominación. Morris y Mansbridge llaman la “*conciencia de la Oposición*”⁴²⁷ al explica que no es otra cosa que la conducta de involucrarse para que lo “colectivo” aparezca, la misma conducta desarrollada con una apropiada conciencia colectiva que apoye y alimente la protesta para exigir los cambios estructurales⁴²⁸, lo que Melucci lo explica como “el momento bisagra o de cambio, viendo como los elementos clásicos se diluyen en una nueva fase social”⁴²⁹ exigiendo un cambio inmediato.

El segundo elemento, la conciencia política, se puede exponer que dentro de la Ley Orgánica de Discapacidades y su Reglamento, poseen principios, que en términos de acción colectiva, existen varios grupos, colectivos y movimientos sociales que apoyan a que dichos principios sean de efectivo cumplimiento. Como se observa en la siguiente tabla, cada principio tiene segmentos de la sociedad civil que se alinean por exigir que se cumplan esos objetivos para cada uno de estos grupos. La misma fuerza de las campañas

⁴²⁵ “Informe de Observación Electoral, Elecciones Seccionales Ecuador”, CONADIS (2019).

⁴²⁶ PILLALAZA, Denise (2019: 56)

⁴²⁷ MANSBRIDGE, Jane y MORRIS, Aldon (2001)

⁴²⁸ MORRIS, Aldon (2015)

⁴²⁹ DELGADO, Ricardo (2007: 41-66)

de comunicación planteadas por el gobierno, así como las denuncias presentadas por las violaciones a los derechos de las personas con discapacidad, despertaron la intención de trabajar conjuntamente con otros colectivos para exigir el pleno ejercicio de dichos principios que benefician a toda la población ecuatoriana. Así fue que, grupos, colectivos y movimientos sociales se han volcado a ser los más interesados en la aplicación del ejercicio de estos derechos.

ACCIÓN COLECTIVA DE GRUPOS, COLECTIVOS Y MOVIMIENTOS SOCIALES EN EL ECUADOR SOBRE PRINCIPIOS DE DERECHOS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

PRINCIPIOS DE DERECHOS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD	COLECTIVOS QUE BUSCAN EL EJERCICIO DEL MISMO PRINCIPIO
No discriminación:	GLBTI, ambientalistas, vegetarianos, pro-animales, minorías, Género
In dubio pro hominem	Movimientos sindicalistas de trabajadores públicos, obreros y centrales de trabajadores
Igualdad de oportunidades.	Movimientos sindicalistas, GLBTI, minorías, pueblos indígenas
Responsabilidad social colectiva	Educación, minorías, asuntos indígenas
Celeridad y eficacia	Colectivos en contra del femicidio, ambientalistas, Género
Interculturalidad	minorías, asuntos indígenas, pro-migrantes
Participación e inclusión	Cámaras de Comercio y Producción, Movimientos sindicalistas, GLBTI, minorías, pueblos indígenas, Género, ambientalistas
Accesibilidad	Minorías, pro-migrantes, Género, GLBTI, Adultos Mayores
Protección de niñas, niños y adolescentes con discapacidad	Minorías, indígenas, Género, vegetarianos y ambientalistas
Atención prioritaria	Adultos mayores, minorías, pueblos no contactados, Género

Fuente: Análisis comparativo de principios en los Consejos Nacionales para la Igualdad.

Elaborado por: El Autor

Tal como se observa en el cuadro, esta investigación se tomó el tiempo de analizar los principios de cada uno de los Consejos Nacionales de Igualdad⁴³⁰ en los cuales los colectivos y grupos sociales reconocen su lucha por la igualdad material de todos los segmentos de la población ecuatoriana. Precisamente, esperando la bisagra del cambio, estos grupos se organizan para fiscalizar, controlar y exigir el efectivo derecho constitucional a la igualdad, esperando que los aparatos estatales promulguen los protocolos de respeto y cumplimiento de marco jurídico y de derechos fundamentales del Ecuador.

4.2.5.3. Propuesta desde la Academia como resultados de la acción colectiva (coordinación de entes de la sociedad civil)

Existen datos oficiales sobre distintos temas relacionados a personas con discapacidad. Sin embargo, a pesar de existir cerca de 134 asociaciones, colectivos y Ong relacionadas con personas con discapacidad registradas en el Registro de Directiva para Organizaciones Sociales, Fundaciones y microempresas asociativas⁴³¹. A pesar del número de colectivos sociales, no existe información de la sociedad civil con quien contrastar o comparar la información oficial.

De igual manera, los grupos sociales que requieren información oficial, no siempre son atendidos y principalmente ello se da por falta de coordinación o medios claros de colaboración establecidos. Por ello, esta investigación, plantea que desde la academia, desde las universidades y los centros de investigación se generen acciones coordinadas, ya sea para acciones de la conciencia de la oposición o la conciencia política se pueda tener más información que aparezca de las familias y los entornos de las personas con discapacidad.

Dentro de las estadísticas oficiales y registros de las instituciones públicas aun no existen observatorios que consoliden información sobre las decisiones judiciales. Información y datos que beneficiarían directamente a la construcción de políticas públicas

⁴³⁰ Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades CONADIS En línea: <https://observatorioplanificacion.cepal.org/es/instituciones/consejos-nacionales-de-igualdad-de-ecuador> Fecha de consulta: 15 de julio de 2020

⁴³¹ Ministerio del Trabajo (2020): “Registro de directivas para organizaciones sociales, fundaciones y microempresas asociativas” En línea: <https://www.gob.ec/mt/tramites/registro-directivas-organizaciones-sociales-fundaciones-microempresas-asociativas#> Fecha de consulta: 15 de julio de 2020

para personas con discapacidad. Una vez observadas las bases de datos de CONADIS y de INEC, Ecuador no cuenta con índice o registro de acceso a la justicia, o un centro de procesamiento cualitativo de las violaciones a los derechos de las personas con discapacidad, actividades que deben ser planteadas y supervisadas por los usuarios de la sociedad civil, liberando de dicha obligación a las instituciones públicas.

La creación de informes especiales, ya sean periódicos o por materia, permitirá que las recomendaciones de la Convención para los de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad sean aplicadas e implementadas, en virtud que el Estado no puede ser juez y parte. Se propone la creación de metodologías, periódicas de:

- Informe de formación de operarios de justicia y funcionarios judiciales por años y materias exclusivo sobre ajustes razonables, sistemas de apoyos y salvaguardias
- Informes de políticas internas institucionales sobre superación de barreras
- Informe anual de seguimiento laboral: supervisores laborales y de la Seguridad Social
- Resoluciones de obligatorio cumplimiento referente a personas con discapacidad
- Informes semestrales de evaluaciones del entorno y calificación integral de personas con discapacidad, y su uso del carné de discapacidad, para evitar los malos usos.
- Informes anuales de participación política al interior de las organizaciones políticas.

Estas iniciativas permitirán fortalecer a los grupos, colectivos y movimientos sociales, además de permitir a las instituciones de educación superior tener líneas de investigación.

Con ello, la población ecuatoriana reconoce, de forma parcial, los derechos de las personas con discapacidad y su finalidad de igualdad material; sin embargo, las instituciones públicas aun no ajustan sus procedimientos para que se cumpla lo establecido en la Constitución o la Ley Orgánica, debido a que aún no existe responsabilidad de fiscalización de la sociedad civil. Al entender que la sociedad civil es la forma de auto organización social más natural y orgánica de todas las formas de organización⁴³². Y éstas se encuentran “familias, comunidades, redes de amistad,

⁴³² VARGAS, José (2003: 526)

conexiones solidarias en los lugares de trabajo, voluntarismo, grupos espontáneos y movimientos”⁴³³. Esta investigación considera que la igualdad material y la protección jurídica no es únicamente responsabilidad del estado, sino de las exigencias y acciones coordinadas de los peticionarios y la misma sociedad civil. La acción colectiva de la protección jurídica de las personas con discapacidad en el Ecuador posee todos los elementos para la supervisión y control civil de las políticas públicas, al poseer un grupo sensibilizado, una autoridad que ha incumplido y una estructura estatal que garantice dichos derechos. Ahora depende de las coordinaciones entre instituciones de la sociedad civil, sus peticiones y las disposiciones legales que emanen de dichos pedidos.

4.3. Los tipos de discapacidad psicosocial desde la calificación

Es necesario señalar que la discapacidad forma parte de la condición humana. Por otro lado, casi todas las personas estarán expuestas a la posibilidad de padecer una discapacidad temporal o permanente en algún momento de sus vidas, además aquellos individuos que sobrevivan y alcancen la vejez llegarán a experimentar dificultades múltiples en cuanto a cuestiones como el funcionamiento del cuerpo humano. Se podría agregar que en el ámbito que representa el grupo familiar, cifras significativas evidencian que estos grupos tienen algún integrante que presenta un tipo de discapacidad, unido a que un gran número de personas no alcanzan a asumir la responsabilidad de brindar un apoyo y cuidado pertinentes hacia sus parientes y amigos que tienen alguna discapacidad. Tal como quedó expresado y descrito en acápite anteriores, en cada época se ha llegado a enfrentar el tema moral y las políticas públicas en aras de apoyar y lograr incluir a las personas con discapacidad. Esta problemática a medida que pasan los años ha llegado a agudizarse, ya que en cada territorio han acontecido cambios demográficos y además un marcado incremento del envejecimiento poblacional. El desarrollo y posterior materialización en la década de los años setenta al tema de la discapacidad, fue impulsado principalmente por organizaciones sociales integradas por personas con discapacidad, lo cual constituyó el principal motivo para vincular a la discapacidad como una cuestión de derechos humanos.

El tratamiento que ha recibido la persona con discapacidad en el transcurso de los años ha estado relacionado con la práctica de *soluciones* con una fuerte tendencia hacia

⁴³³ VARGAS, José (2003: 529)

la discriminación y segregación de las personas con discapacidad, ejemplo de ello son las instituciones residenciales y las escuelas especiales. En la época actual se destaca la ejecución de políticas públicas donde se ha llegado a optar por la inclusión de la persona con discapacidad en la sociedad, y especialmente dentro del sistema educativo, con el propósito de implementar opciones múltiples e interactivas donde se llegue a reconocer que la discapacidad en los individuos puede estar asociada tanto a factores ambientales como del cuerpo humano.

De manera específica se podría afirmar que la discapacidad puede ser considerada como compleja, dinámica, multidimensional e incluso llega a ser un objeto que fomenta discrepancias o polémicas. En las últimas décadas los movimientos sociales promovidos por personas con discapacidad, y la realización de variados estudios en el marco social y de la salud, que han identificado las respectivas barreras sociales y físicas existentes en materia de discapacidad. En el aspecto de la transición con relación a la perspectiva que fue manejada en torno a la discapacidad, se evidencia la transformación de las concepciones individual y médica hacia una concepción estructural y social, esta última ha sido catalogada como un efectivo viraje hacia la materialización del modelo social.

A modo general es necesario señalar que la discapacidad debe ser analizada como una cuestión que no es puramente un tema médico ni puramente social, ya que las personas con discapacidad con frecuencia pueden llegar a experimentar problemas a consecuencia de las condiciones de salud que poseen y también por los factores que existen en el entorno donde se desenvuelven. Es por ello que resulta imprescindible alcanzar un enfoque equilibrado en la tridimensionalidad del derecho, tanto en lo axiológico, como fin que se persigue en el goce de los derechos, como en el normativo como instrumento procesal que le otorgue un peso proporcional y adecuado a los diferentes aspectos que integran el tema de la discapacidad. Al respecto pueden ser señaladas aquellas consideraciones emitidas en el ámbito internacional específicamente que existe, sobre este tema se ha expuesto desde el marco conceptual que puede ser entendido el funcionamiento y la discapacidad como una especie de interacción influenciada por la dinámica presente entre la salud y los factores contextuales, ello representado en elementos tanto personales como ambientales⁴³⁴. Del mismo modo la promoción del denominado modelo biopsicosocial, que no es más que una fusión entre el

⁴³⁴ Informe Mundial sobre la Discapacidad. Organización Mundial de la Salud (2011).

modelo rehabilitador y el modelo social, constituye un equilibrio viable entre los aspectos que defiende cada modelo.

La discapacidad desde la perspectiva genérica llega a contemplar todas las deficiencias, limitaciones para desarrollar actividades y las respectivas restricciones de participación a las que se encuentran sujetos las personas con discapacidad, además ello también incluye los aspectos negativos que pueden surgir de la interacción entre una persona que presenta determinada condición de salud y los factores contextuales de dicha persona, lo cual se evidencia a través de los elementos ambientales y personales⁴³⁵; unido a esto se ha reconocido que la discapacidad se erige desde el ámbito de su definición como un término que se encuentra en constante evolución, pero además sobresale que la discapacidad llega a generarse también a partir de la interacción entre las personas con discapacidad y las barreras desprendidas de la actitud y el ambiente, lo cual llega a evitar el desenvolvimiento y participación a plenitud en la sociedad, todo ello en igualdad de condiciones que el resto de los individuos.

Si la discapacidad llega a ser tomada en cuenta desde el ámbito de la interacción esta no se identifica de manera exclusiva con un atributo o característica que posee cada persona. La participación social de la persona con discapacidad puede estar dirigida hacia el logro de importantes avances, con el propósito de abordar las barreras que imposibilitan el desenvolvimiento adecuado en su vida cotidiana. Como otro de los factores que influyen directamente en las personas con discapacidad está el ambiente, ello significa que dicho elemento posee una marcada repercusión en el individuo, principalmente sobre la experiencia y el grado de discapacidad.

En el supuesto de los denominados ambientes inaccesibles estos contribuyen directamente en la creación de la discapacidad, ya que provocan barreras que imposibilitan a la persona con discapacidad a participar dentro de la sociedad y a su inclusión. Un ejemplo negativo de la repercusión que podría tener el ambiente en las personas con discapacidad sería: una persona sorda que no tiene un intérprete del lenguaje de señas; una persona en silla de ruedas que se encuentre en un edificio no tiene un retrete para las personas con discapacidad o no cuenta con un ascensor accesible; por último, vale mencionar el caso de una persona ciega que utiliza una computadora la cual no posee el respectivo software para ejecutar la lectura del contenido que aparece en la pantalla.

⁴³⁵ LEONARDI, Matilde (2006: 1219).

El ambiente también llega a influir en la salud de la persona con discapacidad, ya que factores ambientales como el agua potable y la sanidad, las condiciones laborales, el clima o incluso el acceso a la atención médica. Acorde a esto la desigualdad se erige como una de las principales causas que contribuyen a fomentar la discapacidad⁴³⁶. Si se analiza a groso modo la discapacidad psicosocial esta se identifica con la limitación que puede presentar determinada persona en cuanto a la presencia de disfunciones temporales o permanentes de la mente para realizar o ejecutar una o varias actividades cotidianas.

La condición psicosocial permanente entonces es la consecuencia de la deficiencia en las funciones mentales, determinada por limitaciones previsibles y permanentes en el comportamiento adaptativo que afectan al estado de bienestar personal, la forma de pensar, los sentimientos, las emociones, el humor, la memoria, los estados de ánimo y la conducta; sobrellevando restricciones al ejercicio de sus derechos y obstáculos en su participación familiar, social y en otros ámbitos de la vida; así mismo la condición de discapacidad psicosocial, está considerada como un “trastorno mental es un síndrome caracterizado por una alteración clínicamente significativa del estado cognitivo, la regulación emocional o el comportamiento de un individuo, que refleja una disfunción de los procesos psicológicos, biológicos o del desarrollo que subyacen en su función mental. Habitualmente los trastornos mentales van asociados a un estrés significativo o una discapacidad, ya sea social, laboral o de otras actividades importantes”⁴³⁷ y se valorará con criterios de acuerdo a los individuos que tienen la misma edad o a aquello vinculado a la edad del sujeto, tomando en cuenta los trastornos del neurodesarrollo y trastornos de la etapa adulta. Por tanto para este tipo de discapacidad, los tipos de trastornos psicopatológicos susceptibles de valoración son:

- “Trastornos mentales orgánicos y neurocognitivos.
- Espectro de la esquizofrenia y otros trastornos psicóticos
- Trastornos bipolares.
- Trastornos depresivos.
- Trastornos obsesivo–compulsivos.
- Trastornos de estrés postraumático
- Trastorno alimentario.
- Trastornos de personalidad.”

⁴³⁶ World Health Organization (2008).

⁴³⁷ Ministerio de Salud Pública del Ecuador (2018: 22-166)

De la misma forma, para la valoración de los trastornos del neurodesarrollo infantil que son susceptibles de valoración son:

- “Espectro autista.
- Trastorno específico del aprendizaje.
- Trastorno de movimientos estereotipados.
- Trastorno de tics.
- Otros trastornos del desarrollo neurológico especificados.”

Este sistema de calificación prevé que no son susceptibles de valoración y consecuente calificación, aquellos trastornos con un buen pronóstico e idóneos para un tratamiento interdisciplinario adecuados.

En fin, la discapacidad psicosocial, como las demás, para ser calificada como tal, primeramente deberá ser una condición permanente y deberá cumplir ciertos parámetros constantes en los “sistemas de clasificación mundialmente aceptados CIE 10/11, DSM IV TR, DSM 5 TM.”⁴³⁸, lo que significa que la calificación, en el caso del Ecuador, es valorada de acuerdo al Manual de Calificación de la Discapacidad 2018, todavía se sustenta en los contenidos de los baremos para la calificación constantes en la Valoración de las Situaciones de Minusvalía, de origen español.

4.3.1. Discapacidad psicosocial temporal

Cuando se analizan los conceptos de discapacidad e incapacidad ambos están vinculados con las múltiples desventajas atribuidas a una persona que ostenta algún tipo de deficiencia, lesión o enfermedad; dichos aspectos representan una limitante en la funcionalidad que tiene cada individuo en los diversos ámbitos de la vida, dígase en lo personal, social y/o laboral. Sin embargo, ambos términos ostentan varias distinciones desde la esfera conceptual, legislativa y social.

En el ámbito internacional la OMS por medio del establecimiento de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM)

⁴³⁸ Ministerio de Salud Pública del Ecuador (2018: 166)

conformó un instrumento clasificador destinado a las consecuencias de las enfermedades y las repercusiones de estas en la vida de cada persona. Este instrumento clasificador contempló las respectivas distinciones entre los términos deficiencia, discapacidad y minusvalía.

En el caso específico de la discapacidad en dicho clasificador internacional fue abordada como una restricción o ausencia de la capacidad para ejecutar una actividad, en la forma o en el margen donde se llega a considerar como normal al ser humano. Otro aspecto vinculado a la discapacidad sería que posee como características insuficiencias o excesos en lo que se refiere al comportamiento y el respectivo desempeño en una actividad diaria, estos pueden llegar a ser temporales o permanentes. Dentro del ámbito que abarca la discapacidad llegan a clasificarse en nueve grupos estos son: de la conducta, de la comunicación, del cuidado personal, de la disposición del cuerpo, de la locomoción, de situación, de la destreza, de determinada aptitud y otras restricciones respecto a la actividad⁴³⁹.

El surgimiento de la discapacidad puede desprenderse de la deficiencia o como una consecuencia indirecta de la propia respuesta dada por el individuo. Posteriormente en el año 2001 la propia OMS a partir de un estudio previo y una revisión concreta, estipuló una Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) instrumento que sustituyó a la CIDDM. En este nuevo instrumento clasificador la discapacidad, dicho término llega a ser entendido desde el ámbito global y como una interacción multidireccional entre el individuo y el contexto socio ambiental en el que llega a desenvolverse, o sea, entre las funciones y las estructuras que presentan una alteración en el cuerpo, las actividades que cada persona puede llegar a realizar, el desarrollo de una participación real en estas, y por último las interacciones con los factores externos que forman parte del ambiente en el que cada persona se desarrolla⁴⁴⁰.

Otro aspecto novedoso de la CIF recae en la eliminación total del término minusvalía, el cual fue absorbido por la discapacidad, en cuya concepción pasó de emplearse la minusvalía como “las dificultades de un individuo para realizar una actividad” hacia una definición genérica global donde la discapacidad contempla tres

⁴³⁹ Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalía. Organización Mundial de la Salud. Ginebra (1999).

⁴⁴⁰ Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud: versión para la infancia y adolescencia: CIF-I. Organización Mundial de la Salud. Ginebra (2011).

perspectivas estas son: corporal, individual y social, donde se destina una especial atención hacia la actividad y no a la capacidad⁴⁴¹.

De esta forma en la CIF la discapacidad implica los aspectos negativos que pueden surgir de la interacción entre una persona que posee determinada condición en su salud y aquellos factores contextuales representados en los elementos ambientales y personales. Desde el ámbito genérico la discapacidad es abordada en la CIF como las deficiencias en las funciones y estructuras corporales, limitaciones en la actividad y las restricciones participativas. En el caso del funcionamiento este término es entendido como una interacción dinámica entre la condición de salud y los factores contextuales. Acorde a ello la CIF consideró que existían distinciones entre la enfermedad y la incapacidad, por lo que representan conceptos diferentes que pueden llegar a ser analizados de manera independiente y no tienen de forma constante un vínculo previo el uno respecto con el otro, debido a las características independientes que ostentan. En otras palabras, se podría afirmar que dos personas que padezcan la misma enfermedad pueden llegar a manifestar distintos estados funcionales, y en el supuesto de que dos personas posean el mismo estado funcional estos no necesariamente deberán tener la misma enfermedad⁴⁴².

En el supuesto de la incapacidad esta ha sido percibida como la dificultad para ejecutar actividades en cualquier ámbito de la vida, a su vez se llega a distinguir entre la incapacidad intrínseca, en la que no media la utilización de aparatos o la asistencia de personas, y la incapacidad actual que se relaciona con la existencia de cierta asistencia. En el marco del derecho se destaca el reconocimiento de la incapacidad, especialmente en las ramas laboral y social. Mientras que la discapacidad se identifica como una cualidad de discapacidad, unido a que existe un impedimento hacia alguna de las actividades realizadas en la cotidianidad y catalogadas como normales, ya sea por la alteración de las funciones intelectuales o físicas. Por otro lado, la incapacidad es recogida como un estado transitorio o permanente de una persona que ya sea por accidente o enfermedad, queda disminuida considerablemente su capacidad en el ámbito laboral.

Si se analiza la incapacidad temporal, esta figura va dirigida a la protección de las personas que en determinado momento se encuentran incapacitadas para ejercer cualquier actividad laboral. El propósito de la aplicabilidad de la incapacidad laboral radica en el establecimiento de un seguro que cubre el riesgo ante la existencia de una pérdida de la

⁴⁴¹ *Ibid*

⁴⁴² *Ibid*

salud, cuya pérdida puede ser por enfermedad o accidente. Este tipo de pérdidas trae aparejado consecuencias de índole negativo que interfieren en el normal desempeño de la actividad laboral y con ello la obstaculización de los ingresos⁴⁴³.

En el marco económico los gastos que conllevan al financiamiento de la incapacidad laboral han incrementado considerablemente en la última década. El financiamiento de este tipo de incapacidad para fundamentalmente del presupuesto estatal unido al respaldo de entidades privadas que también otorgan este tipo de prestaciones económicas. La aplicabilidad de la incapacidad temporal está sujeta a parámetros como su incidencia, reincidencia y la duración. Cabe señalar que en el supuesto de la incidencia la edad desempeña un elemento principal y determinante, ya que las personas jóvenes demuestran una tendencia acelerada en cuanto a la recuperación de la salud y aquellos problemas que alejan al individuo de la actividad laboral, mientras que las personas con una edad avanzada se enfrentan a un proceso lento de recuperación, específicamente en el caso de la mujer se pone de manifiesto un sufrimiento mayor respecto al hombres en cuestiones de salud⁴⁴⁴.

La gestión de la incapacidad laboral deberá ser insertada en el campo de acción de aquellas políticas activas que rigen en el mercado laboral. Por otra parte, dicha gestión en este tipo de incapacidad tiene como propósito la implementación de la respectiva prestación para que se alcance a cubrir el riesgo cuyos componentes laboral y económico resultan ser más decisivos que el elemento clínico. Habría que mencionar también, que los múltiples problemas de salud pueden ser prevenidos con la efectiva formación e implementación de la respectiva asistencia en aras de que se logre un desempeño óptimo de las actividades laborales. A su vez el seguimiento de la incapacidad temporal se encuentra sujeto a medidas de contenido formativo, es decir, que el trabajador contará con el acceso a constantes cursos de capacitación. Por lo que se refiere a la implementación de la incapacidad temporal para su adecuada ejecución incluirá políticas de conciliación de la vida familiar con la vida laboral.

⁴⁴³ ALONSO, Alba (2010: 2-7).

⁴⁴⁴ ALONSO, Alba (2010: 18).

4.3.2. Discapacidad psicosocial permanente

En el caso de las personas que padecen una discapacidad psicosocial permanente o prolongada, se llegan a manifestar reacciones vivenciales marcadas por el pesar, la pena e incluso la desmoralización. Respecto a este tema resulta necesario establecer una clara diferenciación entre ambos términos, es decir, entre pesar y pena, ya que se llegan a utilizar indistintamente de forma constante, y ambos poseen significados distintos.

El término pesar está asociado con el suceso o la experiencia de una pérdida, a partir de cuyo hecho llegan a ser experimentada múltiples emociones y transformaciones significativas en la vida de la persona. Por otro lado, la pena llega a relacionarse como un proceso de reacción normal ante la pérdida padecida⁴⁴⁵. Así mismo, puede llegar a manifestarse la pena ante la pérdida física de cierta persona o como una respuesta a pérdidas sociales y simbólicas.

El individuo percibe respecto a la pena una reacción mental, física, social o emocional. Este tipo de reacciones a la vez llegan a provocar sentimientos como la rabia, culpa, tristeza, ansiedad y desesperación. En este sentido también se evidencian reacciones físicas que pueden incluir trastornos del sueño, cambios en el apetito, entre otros. En el marco de las posibles reacciones de tipo social se pueden mencionar aquellos sentimientos que se desprenden del cuidado de familiares, ejemplo los familiares con discapacidad, y las propias relaciones que se construyen, todo ello puede conllevar a dejar de lado otras responsabilidades familiares, transformaciones en las condiciones laborales, e incluso apartarse de la vida social.

En el supuesto de la desmoralización el ser humano este fenómeno resulta tener una mayor complejidad, ya que lo vive tanto la persona con una discapacidad permanente como su familia. La esencia de este fenómeno radica en una transformación en cuanto a la vivencia de la propia existencia, la cual es percibida por cada persona en la cotidianidad. De tal modo que puede ser identificado dicho fenómeno con una especie de desmotivación hacia el desarrollo de ciertas actividades que previo a la etapa de manifestarse el problema resultaban ser placenteras o tenían un objetivo base en la sustentación de la vida del individuo. Desde la definición de la desmoralización podría afirmarse que esta representa una carencia o disminución de la moral, lo cual trae como

⁴⁴⁵ Valoración de las situaciones de minusvalía. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría General de Asuntos Sociales. Madrid (2000).

consecuencia la ausencia de actividad y participación en el marco social y además la no existencia de intereses hacia otros individuos sociales que pueden llegar a convivir dentro de la comunidad con la persona que padece este tipo de fenómeno como es la desmoralización.

La persona que está desmoralizada llega a perder la iniciativa hacia la satisfacción de sus necesidades de índole social, así como el ejercicio de roles comunitarios, todo esto llega a complementarse con la pérdida de las características que le otorgan a la persona todo el engranaje que integra la dignidad, en otras palabras, se pierde toda la capacidad que tiene el individuo para ejercitar sus deberes y derechos que conforman un sistema integral de formalidades y usos sociales. Esta desmoralización padecida por la persona con una discapacidad psicosocial permanente tiene como una de las consecuencias más negativas en de su manifestación, el abandono de la autonomía inherente a cada sujeto, esta situación extrema trae aparejado la adquisición de elementos que conllevan la adquisición de condiciones a través de las cuales la persona adquiere un comportamiento aislado, sin la existencia de vínculos que puedan ajustar un todo con cierto sentido⁴⁴⁶.

Es por ello que se puede destacar que algunas diferencias entre la desmoralización y el estado de depresión, ambos elementos pueden afectar a una persona con discapacidad. En el caso de la depresión la persona con discapacidad puede sentir una consideración negativa de sí misma, esto significa que el individuo demuestra una clara tendencia a considerarse inadecuada, inútil, deficiente, y atribuye todo esto a las experiencias vividas debido a su “desagradable defecto físico, moral, o mental”. Por otro lado, otro de los síntomas asociados a la depresión es que la persona evidencia un criterio negativo hacia el mundo, ello se manifiesta en sentimientos de derrota en el ámbito social, donde la apreciación hacia el mundo está basada en las fuertes exigencias y la existencia de obstáculos que interfieren en el alcance de los objetivos y metas en la vida de la persona con discapacidad. Por último, una persona que sufre un estado depresivo llega a evidencia una consideración negativa del futuro, ya que llega a percibir el futuro desde una posición negativa todas las expectativas están enfocadas en el pesimismo, además la persona depresiva llega a prever que sus problemas y experiencias negativas serán constantes y

⁴⁴⁶ GARCÍA GUTIÉRREZ, Juan Carlos; RUIZ GUTIERREZ-COLOSÍA, Mencía; SALVADOR CARULLA, Luis. (2010: 69).

por lo tanto perdurarán en el tiempo, o sea siempre espera lo peor unido al incremento de los conflictos⁴⁴⁷.

Ahora bien, en el caso de la persona que padezca una discapacidad prolongada puede llegar a presentar un marcado compromiso en el ámbito afectivo y exteriorizar signos de depresión. Por otra parte, la desmoralización tiene una fuerte dependencia del aspecto emocional que cada individuo tenga, condición emocional que es construida a lo largo de la vida. Si se hace referencia a la discapacidad congénita se puede afirmar que han sido construidas concepciones entorno a esta que han llegado afectar ampliamente a las personas que las padecen. No obstante, en la actualidad se manejan criterios y posiciones donde se ha llegado a determinar que estas anomalías son generadas a partir de la interacción de diversos factores. Dicha apreciación ha contribuido a agregar a la discapacidad un enfoque diferente, en el que le son reconocidas a cada persona la importancia que tienen como sujetos sociales, sus capacidades y la trascendencia que poseen en la comunidad como factor condicionante para alcanzar la debida integración.

En la visión aquí expuesta sobresale la importancia de transformar el ambiente en el que las personas con discapacidad prolongada se desenvuelven, ello implica las barreras físicas y actitudinales, para así contar con la posibilidad real de poder brindar un apoyo individualizado y personal. Este paradigma, aun en desarrollo, ha sido asumido tanto por las personas con discapacidad como por su familia y los profesionales.

Como ha quedado expresado en esta investigación, las Normas Uniformes en materia de discapacidad promulgadas por la Naciones Unidas, han adoptado este paradigma de inclusión de las personas con discapacidad. No obstante, aún existen barreras que eliminar en el ámbito profesional, ya que la conducta desempeñada por dicho profesional repercute directamente en la propia persona con discapacidad. De esta manera los valores y principios llegan a adquirir un rol protagónico como un mecanismo valioso que ayude a los profesionales de la salud a transformar sus prácticas y así impulsar los cambios necesarios que las personas con discapacidad requieren. Uno de los principales problemas a los que la persona con discapacidad debe enfrentarse se refleja en la diversidad de obstáculos que la sociedad ofrece en las diferentes etapas de la vida.

⁴⁴⁷ Discapacidad, Justicia y Estado: Barreras y Propuestas. Ministerio de Justicia. Secretaría de Justicia, Buenos Aires (2014).

Desde el ámbito legal la discapacidad ha sido tratada de diversas formas, una de ellas es en el marco de la doctrina laboral y de seguridad social donde se ha llegado a manejar el término de la incapacidad permanente. Este tipo de incapacidad ha estado sujeta a los modelos establecidos por la OMS y el denominado modelo del proceso de incapacidad de Nagi:

Figura 1.

Modelo del proceso de incapacidad OMS (1980)

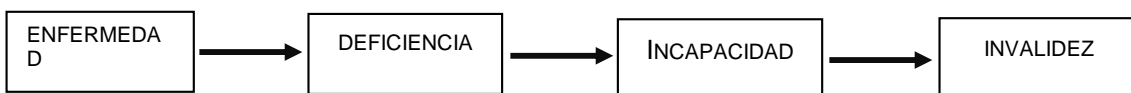
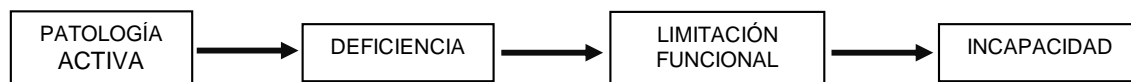


Figura 2.

Modelo del proceso de incapacidad de Nagi (1976)



Posterior al esclarecimiento de esta percepción desde la teoría en materia de incapacidad, en el marco de la seguridad social es considerada como una prestación económica, a la vez catalogada como una modalidad contributiva, la cual está destinada a cubrir la pérdida de las denominadas rentas salariales o profesionales que sufre una persona cuando tiene una afectación por un proceso patológico o traumático que se deriva de una enfermedad o accidente. Esta afectación se manifiesta en una clara reducción o nulidad de la capacidad laboral que posee la persona de manera definitiva⁴⁴⁸.

La materialización de la incapacidad acorde a las prestaciones que llegan también a estipularse acorde a los grados de incapacidad permanente, ejemplo: incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez. Por otro lado, la incapacidad permanente ha sido entendida como la situación en la que se encuentra el trabajador, posterior al sometimiento del respectivo tratamiento prescrito, donde existen reducciones funcionales graves, que son susceptibles

⁴⁴⁸ Incapacidad Permanente: Prestaciones. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Instituto Nacional de la Seguridad Social. Madrid (2016).

de una determinación objetiva y pueden ser definitivas. Otro aspecto que mencionar sería que la incapacidad permanente se deriva de la incapacidad temporal, con la excepción de que la misma llegue a afectar a aquellos individuos que carezcan de protección en el supuesto o situación donde rija la incapacidad temporal; esto motivado por cierta situación que no sea tomada en cuenta en la condición médica.

4.4. El Reconocimiento de los niveles de discapacidad y su importancia

Con respecto a los términos discapacidad y capacidad, estos aún son utilizados con marcada frecuencia, de ahí la importancia de su correcta definición y distinción. Acerca de la discapacidad esta hace una remisión expresa a la carencia de ciertas potencialidades en determinada persona respecto a otra, en cuanto al aspecto orgánico, el déficit e incluso como una especie de falta. Este término asociado al ámbito social e identificado en la Real Academia de la Lengua Española también incluyó la carencia de una capacidad sensorial, intelectual o motriz, lo cual no resulta ser una definición novedosa debido a que su entendimiento estuvo sujeto a una variación constante con el paso de los años, principalmente vinculado a los imaginarios sociales que representaron su base o sustentación⁴⁴⁹. En cuanto a la capacidad esta recae en la aptitud o la suficiencia para desempeñar algo, así como el talento o la disposición para entender correctamente las cosas; además que abarca la aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones. El concepto de capacidad no llega a ser excluyente en relación con el término de la discapacidad, sino que llega a complementarla. En el marco del Derecho se llegan a manejar diferentes figuras jurídicas y una de estas es la persona jurídica, la cual hace referencia al sujeto de derechos. Al respecto hay que tener en cuenta que la persona jurídica desde el marco de estudio de la doctrina y teoría legal, esta es identificada como “...el individuo o entidad que ostenta derecho y obligaciones”⁴⁵⁰. En cada ordenamiento jurídico se llega a establecer aquellos destinatarios de las normas legales, y como consecuencia quiénes son los individuos que pueden llegar a tener la titularidad de los derechos y los deberes que la norma legal contempla.

Desde una perspectiva histórica se puede observar que el simple hecho de ser hombre o un ser humano no ha llegado a representar un elemento suficiente para que se

⁴⁴⁹ SCHORN, Marta (2010: 4-6).

⁴⁵⁰ CORTÉS, Valentina; MORENO, Víctor (2010: 18).

alcance la condición de sujeto de derechos, ejemplo de ello fue el desarrollo de la esclavitud en diversos países y en diferentes épocas. Por otra parte, se ha considerado en determinadas ocasiones a un grupo de individuos o grupo de bienes como personas jurídicas⁴⁵¹. A su vez la personalidad resulta de una creación directa del Derecho y ésta se manifiesta en la capacidad para poder ser titular de una serie de derechos y deberes que son atribuidos a un mismo ente, al mismo tiempo todo ello determina la capacidad para relacionarse jurídicamente, o sea, dentro de la personalidad jurídica quede distinguida la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. Tal es el caso “*Asunto Centro de Recursos Legales a nombre de Valentin Campeanu c. Rumania*”, en el que el demandante “a pesar de su grave discapacidad mental” [...] “la presunción era, por tanto, que tenía plena capacidad jurídica...”. Este caso se resuelve sentenciando al Estado debido a que “no ha logrado proporcionar un mecanismo adecuado capaz de otorgar una compensación a las personas con discapacidad mental que denuncian ser víctimas conforme al artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”⁴⁵²

Conviene subrayar que, de forma tradicional se han empleado los términos persona física o natural y persona jurídica para identificar o más bien designar a la persona individual y colectiva, pero de manera más específica y estricta todas las personas ante la ley constituyen personas jurídicas. Acerca de la persona física o natural esta resulta ser el sujeto individual, titular de derechos y obligaciones, tal cual lo llega a establecer la ley, mientras que la persona jurídica se relaciona con una agrupación de personas o bienes, que al igual que la persona física o natural ostentan la titularidad de derechos y deberes⁴⁵³. Además de esta concepción, dentro de la doctrina normativista de destacan autores como Kelsen que han expuesto desde una perspectiva formalista que las personas jurídicas tanto individuales como colectivas representan un conjunto de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, todos estos elementos como una unidad se relacionan de forma metafórica con la persona⁴⁵⁴. Tanto las obligaciones como los derechos que llegan a establecer una expresa remisión hacia la ley, representan a la vez una creación de la

⁴⁵¹ Código Civil de España. Real Decreto de 24 de julio de 1889. Gobierno Español, Boletín Oficial del Estado (1889: Art. 29).

⁴⁵² Caso *Asunto Centro de Recursos Legales a nombre de Valentin Campeanu c. Rumania*. Corte Europea de Derechos Humanos, 2008. Joven de la etnia Rom, crece en un orfanato, padecía el síndrome del VIH, además retraso mental y otras patologías. Al cumplir sus 18 años de edad es admitido en una Unidad médico social, donde muere, carente de toda asistencia, por lo cual se instaura una demanda a varias agencias estatales por negligencia, sobre todo durante los últimos meses de vida del joven.

⁴⁵³ Caso *Asunto Centro de Recursos Legales a nombre de Valentin Campeanu c. Rumania* (2008).

⁴⁵⁴ KELSEN, Hans (1995: 32).

ciencia del Derecho, con el objetivo de facilitar la descripción de la realidad jurídica, así lo concibió Kelsen.⁴⁵⁵

Hay que mencionar además que, en el supuesto de las concepciones no formalistas respecto a la naturaleza de la persona jurídica, estas señalan la presencia de algún substrato previo a la ley o norma legal, el cual debe ser tomado en cuenta por cada ordenamiento jurídico.

Para las personas naturales o físicas este tipo de teorías tienen como fundamentación cuestiones vinculadas a la ética, la dignidad y la libertad del individuo, por lo que el ser humano deberá ser considerado una persona jurídica. Al respecto del contenido que encierra la persona jurídica, este implica la comprensión de como una entidad que no constituye un ser humano, puede ser titular de derechos y obligaciones, además de desempeñar una actuación en el ámbito jurídico. Del mismo modo algunas teorías jurídicas solo llegan a estipular la cualidad del sujeto de derechos hacia la persona natural y por otro lado respecto a la colectividad toman en cuenta que cuando esta actúa jurídicamente no llega a ser de manera conjunta, sino que los individuos que la integran o representan son los que realmente se identifican como sujetos de derechos⁴⁵⁶.

Por lo que se refiere a otras posiciones expuestas en la doctrina jurídica se ha reconocido que la condición de sujeto de derechos a las personas jurídicas desde diferentes perspectivas. Primeramente, acorde a lo estipulado en la teoría de la ficción jurídica⁴⁵⁷, el hombre es el único sujeto de derecho, por lo que en el caso de la persona jurídica esta no posee una existencia real, sino que se cataloga como una ficción creada y empleada en el Derecho para otorgarle una solución práctica a las funciones de las colectividades en el tráfico jurídico. Otra de las teorías es la referida a la voluntad, en la que se llega a sostener que la colectividad que representa a la persona jurídica posee una voluntad independiente de la que ostentan sus miembros; y además en el caso del substrato inherente a la persona jurídica este descansa en la voluntad social o societaria, a su vez la persistencia de esta es a raíz de la atribución otorgada por el Derecho de dicha condición⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ KELSEN, Hans (1995: 33).

⁴⁵⁶ PLATAS, Maria (2008: 155-156).

⁴⁵⁷ La teoría de la ficción jurídica tiene su fundamentación en el Derecho romano, y su reelaboración parte de la ciencia jurídica desarrollada en el Siglo XIX cuyo principal exponente fue el jurista alemán Savigny.

⁴⁵⁸ DEL VECCHIO, Giorgio (2004: 10).

Sobre este tema existe otra teoría denominada teoría del interés, en la cual se considera a la persona jurídica como una construcción legal con una finalidad práctica, ya que determinado colectivo puede tener derecho y deberes que el Derecho puede reconocer y brindarle la debida protección⁴⁵⁹. Por último, hay que mencionar la teoría de la institución, en la que se llega a defender el mantenimiento de la persona jurídica como una institución, que a la vez representa una unidad con propósitos y actividades dentro de las que se reúnen en grupos de personas que demuestran un marcado interés en su concreción⁴⁶⁰. Otros autores en relación con este tema han estipulado que la persona jurídica no hace una referencia a simples hechos, sino que se constituye en una construcción lógica, y al mismo tiempo se identifica como una técnica que forma parte de lenguaje jurídico, lo cual facilita el trabajo de los operadores del derecho.

Ahora bien, en el ámbito jurídico la personalidad se erige como una creación del Derecho y se pone de manifiesto a través de la capacidad que tiene cada individuo para ser titular de un conjunto de derechos y obligaciones, que llegan a ser atribuidos a un mismo ente, ello también influye en aquella capacidad que tiene cada persona para entablar relaciones en el marco jurídico. Es por ello que dentro de la personalidad resulta posible distinguir dos tipos de capacidades, estas son: la capacidad jurídica y la capacidad de obrar.

En cuanto a la definición de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar forman parte de la dogmática jurídica desarrollada en la época moderna, especialmente en la doctrina alemana del Siglo XIX, la cual llega a tener su respectiva fundamentación en las fuentes del Derecho romano y sus tradiciones. Según esta percepción, vinculada a la ciencia jurídica europea, la capacidad desde un ámbito abstracto, y para determinar ser sujeto de derechos y obligaciones, esta llega a ser conocida bajo la denominación de capacidad jurídica. Dicha capacidad es inherente a todo ser humano desde su nacimiento, incluso a partir de la concepción acorde a los efectos que resulten ser beneficiosos o favorables; unido a esto dicha capacidad es adquirida en principio por el mero hecho de ser una persona física, no obstante limitada acorde a lo que cada norma legal contemple, su eliminación está condicionada por causa de muerte⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ RAVETLLAT, Isaac (2017: 2).

⁴⁶⁰ HAURIUO, Maurice (2013: 88).

⁴⁶¹ RAVETLLAT, Isaac (2017: 5).

Con respecto a la aptitud o capacidad, de forma específica se puede señalar que está directamente relacionada a la ejecución de actos jurídicos válidos y con ello llegar a asumir, como resultado de estos, derechos u obligaciones determinadas, ejemplo de ello el otorgamiento de un testamento, la comparecencia en calidad de testigo, el papel de fiador, la materialización de un acto matrimonial, entre otros; ello representa la capacidad de obrar. A la vez podría destacarse que la capacidad jurídica radica en el poder de titularidad, mientras que la capacidad de obrar descansa en el poder de ejercicio.

A modo de resumen se podría afirmar que la capacidad de obrar recae en la aptitud que posee cada persona para ejercitar los derechos y llegar a asumir las obligaciones por sí misma. Esta capacidad de actuar de manera autónoma en el tráfico jurídico tal es el caso de la realización de negocios, es adquirida con la mayoría de edad y puede llegar a ser vetada por medio de una resolución judicial donde la persona es declarada incapaz. Por lo tanto, las personas naturales ostentan capacidad jurídica pero no todas tienen plena capacidad de obrar, por ejemplo, los menores de edad y los incapacitados no poseen dicha capacidad o la tienen limitada.

Como regla general sobresale la capacidad de la persona y su excepción es la incapacidad. Con relación al término “incapacitado” en un sentido técnico, representa el estado en que se encuentra una persona, el cual llega a ser fijado en una sentencia o resolución judicial. Por otra parte, la capacidad jurídica no llega a ser analizada en grados, lo que, si ocurre con la capacidad de obrar, es decir que la persona mayor de edad tiene una capacidad superior en comparación con el individuo menor de edad, además aquellas personas que están incapacitadas tienen de manera específica el grado de capacidad que la resolución judicial establece, dicho grado reflejará varias posibilidades la privación de la capacidad o la limitación en su ejercicio.

Del mismo modo la incapacidad o incapacitación del individuo, al igual que sucede con el menor de edad, no supone una transformación en la titularidad de los derechos fundamentales que posee la persona incapacitada, pero sí en el ámbito de su ejercicio. A su vez los límites y condiciones del ejercicio de la capacidad, están dirigidos por la sentencia específica y constitutiva que evidencia la situación jurídica de la persona incapacitada, acorde a sus necesidades y conveniencias. En el caso de las personas físicas habría que diferenciar entre la falta de capacidad, la cual tiene su fundamentación en la inmadurez psíquica del individuo a partir de lo cual la norma legal fija una edad donde cada persona llegará a adquirir la autonomía necesaria para actuar jurídicamente; y las

causas de incapacidad, estas tienen su base en elementos subjetivos que influyen directamente en la razón o voluntad del sujeto⁴⁶².

Si se considera la imposibilidad del sujeto de poder actuar en el ámbito jurídico, específicamente dentro del ámbito del Derecho se llegó a establecer la figura de la representación. Para las personas jurídicas la imposibilidad de obrar se pone de manifiesto acorde a su propia naturaleza, es decir como colectividades de personas o bienes, dicha situación constituye un impedimento para la manifestación de cualquier voluntad, con la excepción de que se realice por medio de la persona física. No obstante, la capacidad de obrar supone una atribución dada por la ley a las personas naturales y jurídicas para actuar en el marco legal construido por el Derecho, o sea cuales son las acciones jurídicas que pueden llegar a ser ejecutadas. Como consecuencia debe señalarse que la capacidad jurídica responde a la titularidad y la capacidad de obrar recae en el ejercicio de derechos y deberes, ello trae aparejado que determinado individuo puede ser titular de un conjunto de derechos, pero es incapaz de ejercitarlos.

Si se analiza la regulación de la capacidad de obrar en algunos ordenamientos jurídicos como es el caso de la legislación española, específicamente en la legislación civil de la comunidad autónoma de Cataluña en donde se reconoce la capacidad general de las personas, que se le identifica con un ámbito restringido, se le cataloga como variable o flexible, en función del grado de desarrollo y su fluctuación dentro de la sociedad vinculado directamente a cada edad y estado físico o psíquico que ostente cada persona.

En tal sentido la capacidad de obrar es reconocida en este cuerpo normativo, en principio, como: "...la capacidad de obrar de la persona se fundamenta en su capacidad natural de acuerdo con lo establecido por el presente Código"⁴⁶³. Aquí se refleja un otorgamiento de la capacidad de obrar y con ello una clara atribución jurídica a través de la cual la persona puede hacer frente a sus propios asuntos, dicha conducta es desarrollada de manera individual o singular, y a la vez marca el camino para el desenvolvimiento de la personalidad. A modo general, se puede afirmar que la estipulación de la capacidad natural como un presupuesto ineludible dentro de la capacidad de obrar, incluso puede llegar a ser tomada en cuenta como un principio o paradigma para su aplicación general.

⁴⁶² RAVETLLAT, Isaac (2017: 23).

⁴⁶³ Código de Leyes Civiles de Cataluña. Ley 25/210, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (2010: Art. 211-3).

A pesar de la relación que existe entre la capacidad natural y la capacidad de obrar reconocida en el ordenamiento jurídico catalán, se puede deducir que el primer término no representa una limitante de los derechos que posee cada persona, sino que para la construcción de estos límites se llegan a generar causas que suponen una imposibilidad natural para que cada individuo proceda de forma soberana y responsable. Por lo que se refiere al vínculo entre ambas capacidades, se manifiesta una correspondencia entre ambas categorías, la cual tiene una base teórica y real, que al mismo tiempo encuentra su fundamentación en presunciones legales que tienen un alcance general, además le otorgan al individuo una posición jurídica que lo identifica frente a futuros tratos que sean realizados con terceros.

Habría que agregar respecto al tratamiento que se le brinda a la capacidad, que este llega a calificar a la capacidad jurídica como una versión básica de la personalidad, al respecto se ha llegado a plantear que: "...la capacidad jurídica, en tanto que general y abstracta, estática, uniforme y constante, es reflejo directo de la personalidad, conectada inmediatamente a ella, sin que nada se vea afectado por las circunstancias personales del individuo"⁴⁶⁴. En lo que respecta a la mención de la capacidad natural como un fundamento de la capacidad de obrar, es considerado como una novedad dentro del Derecho catalán, específicamente en sus leyes civiles, lo que se erige como una regla para su interpretación. Acerca del criterio tradicional empleado en el ordenamiento jurídico civil español donde se atribuyen facultades para la intervención autónoma de cada persona en el ámbito jurídico tras alcanzar determinada edad.

En la actualidad este criterio de análisis tradicional deberá fusionarse con una valoración ad hoc de que la actuación del individuo parte de su pleno entendimiento y voluntad. En cambio, en el marco de la capacidad de obrar, si se incluye a la capacidad natural, esta contribuye a considerar un mínimo de madurez que deberá tener la persona, un requisito indispensable para que el individuo pueda ser capaz de velar por sus propios intereses, ya que lo realmente importante es que la persona disponga del juicio necesario en relación con el acto jurídico que vaya a realizar. A modo de resumen se puede señalar que la legislación civil catalana estableció un vínculo entre la capacidad de obrar y la madurez de la persona natural, la cual no es igual en todos los sujetos, y en su delimitación

⁴⁶⁴ GORDILLO, Antonio (1986: 26).

llegan a surgir múltiples circunstancias y factores, algunos de estos pueden ser tomados en cuenta por la propia ley⁴⁶⁵.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, específicamente en el Código Civil se establece la capacidad jurídica de la persona como una regla general y la incapacidad como una excepción⁴⁶⁶. En el país se ha adoptado una postura tradicionalista en cuanto a la consagración de la carencia de capacidad jurídica que tienen las personas con discapacidad. De forma específica se podría afirmar que en el caso de las personas con discapacidad intelectual se ha ejecutado una afectación desproporcionada a consecuencia de la conformación de regímenes de sustitución en materia de toma de decisiones y negación de la capacidad jurídica, un ejemplo de ello es la instauración de figuras como la interdicción y la curaduría, ambas serán analizadas a profundidad en capítulos posteriores. El sistema contemplado en la legislación civil ecuatoriana sobre las personas con discapacidad intelectualmente adoptó como características comunes las siguientes:

- La capacidad jurídica se elimina a determinada persona por medio de una declaración judicial.
- El individuo sustituto que toma las decisiones puede ser designado por una persona distinta del interesado, ejemplo el juez, lo cual llega a ser ejecutado incluso en contra de la voluntad de dicho interesado.
- La persona sustituta es la que tiene la potestad de tomar aquellas decisiones sobre lo que considere como el mejor interés de la persona a quien representa, por lo que se llegan a obviar la voluntad y las preferencias propias del representado.

A partir de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en el año 2006 por la ONU, fue establecida que la negación de la capacidad jurídica no deberá basarse en un rasgo personal, tal como lo representa la discapacidad. Como uno de los aspectos negativos que se han manifestado en torno al tratamiento brindado a la persona con discapacidad se destaca la concepción de “dementes” hacia los individuos que tienen una discapacidad intelectual o mental. Al respecto el Código Civil ecuatoriano no llega a diferenciar de forma clara entre la discapacidad mental y la discapacidad intelectual. Los preceptos legales que aún rigen en

⁴⁶⁵ Código de Leyes Civiles de Cataluña, Ley 25/2010, de 29 de julio, Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (2010: Art. 211-3).

⁴⁶⁶ Código Civil, Honorable Congreso Nacional, Quito (2005: Art. 1462).- Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces.

la legislación civil ecuatoriana sobre capacidad jurídica constituyen una marcada violación hacia los derechos humanos, principalmente por factores siguientes: a la discapacidad intelectual y psicosocial le es atribuida la incapacidad jurídica; se le brinda cierta primacía a la prueba médica dentro del proceso judicial, y se obvian las barreras impuestas por la sociedad; por último, se considera a la persona con discapacidad como un objeto del proceso.

Acerca de los derechos de la persona con discapacidad y cómo llega a ser tratada entorno a su capacidad de obrar y su capacidad jurídica, primeramente, habría que mencionar en un sentido técnico que la discapacidad es abordada como una situación administrativa y la incapacitación como un estado civil, que son derivados de la respectiva resolución judicial. En el ámbito del Derecho la persona no puede ser considerada incapacitada sin la existencia previa sentencia firme que declare dicho estado.

El vínculo entre la incapacidad y la discapacidad se caracteriza por tener varias facetas. De esta forma en la práctica una persona incapacitada no tiene necesariamente que poseer algún tipo de discapacidad, y viceversa una persona con determinada discapacidad no resulta ser incapacitada. Estas circunstancias se determinan primero porque no llega a existir un grado de limitación en la persona respecto a su capacidad de obrar, o en el supuesto de que a pesar de poseer el individuo una incapacitación de hecho, esta no ha sido establecida en la respectiva sentencia judicial.

Por otro lado, resulta común dentro del ámbito jurídico que las personas incapacitadas cuya tutela ha sido otorgada a un tercero, a raíz de algún tipo de discapacidad. En relación con la capacidad de obrar de las personas con discapacidad y su tratamiento en el marco del Derecho internacional se destaca la antes mencionada Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En este instrumento internacional se llega a regular la actuación de los Estados partes con el propósito de establecer un adecuado ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Específicamente en el Art. 12 de este instrumento internacional se contempla cómo deberá ser el adecuado ejercicio de la capacidad jurídica por parte de las personas con discapacidad. En los dos primeros párrafos de este precepto legal se evidencia una reafirmación respecto al necesario reconocimiento a las personas con discapacidad de personalidad y de capacidad jurídica bajo igualdad de condiciones que el resto de los individuos que integran la sociedad. A la vez se establece respecto a los firmantes que estos deberán adoptar las medidas pertinentes para que se les proporcione

a las personas con discapacidad el apoyo necesario para el ejercicio de su capacidad jurídica⁴⁶⁷.

En el propio precepto legal en su párrafo cuarto, se estipula cómo deberán ser las medidas y por otro lado en el quinto párrafo llega a ser precisadas las respectivas garantías que han de ejecutarse para respaldar ciertos derechos, así como su efectividad, en el ámbito jurídico privado. Previo a la aprobación de este instrumento internacional surgieron ciertas dificultades o trabas, un ejemplo de ello fue la estipulación de una nota aclaratoria en principio donde debía constar lo siguiente: “En los idiomas árabe, chino y ruso, el término capacidad legal se refiere a la capacidad legal para tener derechos más que a la capacidad para actuar”⁴⁶⁸.

El instrumento internacional para su aprobación no fue contemplado con esta aclaración, ya que se logró una solución consensuada. Vale aclarar que el origen de las discrepancias o diferencias antes expuestas recae en el hecho de que no es generalizada la distinción que se establece en el marco del Derecho entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, entendida la segunda como la aptitud para poder ejecutar de forma voluntaria actos jurídicos dotados estos de plenos efectos. Por lo que desde esta concepción y a partir de la unificación de ambos conceptos se implementarían las medidas de protección hacia las personas con discapacidad donde se afectara la capacidad para desarrollar actos jurídicos.

Aclaradas estas cuestiones resulta un hecho de que la Convención se refiere de manera exclusiva al reconocimiento de la “plena capacidad jurídica”, no obstante, esto no deberá representar un obstáculo para interpretar el cuerpo normativo de este instrumento internacional, especialmente su Art. 12. La interpretación también estaría sujeta a principios uniformes, en base a los cuales y donde se encierra como atributo general la capacidad jurídica sean adoptadas y aplicadas las medidas que permitan a las personas con discapacidad ejercitar actos válidos en el marco del Derecho, acorde a las necesidades específicas que tengan estos individuos.

Ello constituye el propósito principal y final de las medidas de apoyo para implementar los requerimientos desarrollados en este instrumento internacional. Contempla de forma exclusiva el establecimiento de medidas de apoyo para el ejercicio

⁴⁶⁷ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Organización de las Naciones Unidas (2006: Art. 12).

⁴⁶⁸ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

de la capacidad jurídica, elemento que dentro del sistema jurídico español de incapacitación y el reconocimiento como institución jurídica sustitutiva a la tutela respecto de la capacidad, no llega a ser procedente. En lo que respecta al Derecho español, la figura de la incapacitación no se manifiesta como un sistema uniforme y aplicable en una medida semejante a aquellas personas que precisen la ejecución de medidas dirigidas a brindar las garantías en el ejercicio de la capacidad. El ordenamiento jurídico español se caracteriza por tener un engranaje de respuestas hacia las personas con discapacidad donde se exige que la implementación de cualquier tipo de limitación a la capacidad de obrar esté precedida de un procedimiento judicial determinado, en el que, con las previsiones legales, se llega a acreditar la causa correspondiente para establecer la limitación de la capacidad, seguido de un régimen de protección que se adaptará a las necesidades de cada individuo.

En el caso del régimen de tutela y la propia incapacitación, se ha suscitado una diferenciación errónea, respecto a la primera figura esta representa meras limitaciones a la capacidad de obrar, mientras que la incapacitación recae en la privación total de la capacidad de obrar. Del mismo modo en la jurisprudencia española llegó a reconocerse que el sometimiento del incapaz al régimen de tutela resultaría contrario al contenido de la Convención, ya que, conforme a esta, se priva al incapaz del ejercicio de todos o parte de sus derechos, en esta situación el incapaz es sustituido por un tutor, por ello la figura de la curatela si llega a adecuarse al contenido del instrumento internacional⁴⁶⁹; de la misma forma en sentencia del Tribunal Constitucional español, de 27 de febrero (2017), “sobre el proceso de incapacitación, habla acerca del acceso a la justicia de las personas con discapacidad en aras a exigir a los tribunales una actitud proactiva para garantizar su legítimo acceso a la justicia.⁴⁷⁰”, “al no haber adoptado el Juzgado *a quo* medidas alternativas que posibilitaran una defensa efectiva del presunto incapaz dentro del procedimiento. Dicha omisión no resulta subsanable, añade, por el hecho de que la ley procesal otorgue la posibilidad de interponer recurso de apelación contra la Sentencia”⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ Capacidad Civil. Incapacitación. Doctrina general. Sentencia 282/2009. Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, 2009.

⁴⁷⁰ Guía de fácil uso de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para Operadores Jurídicos 2019. Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, CERMI, 2019.

⁴⁷¹ Sentencia 31/2017, de 27 de febrero. Tribunal Constitucional de España.

En línea: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25275>. Fecha de consulta: 14 de junio de 2019

Tanto la enfermedad como la deficiencia pueden llegar a afectar el ejercicio de la capacidad de obrar de la persona con discapacidad de diversas maneras. A su vez resulta posible que la incapacidad represente un impedimento para la persona en la realización plena de actos con trascendencia jurídica. En el supuesto de que así sea, cualquier tipo de solución que se llegue a adoptar tendrá que prever la posibilidad de sustitución del ejercicio de la capacidad de obrar. Por otra parte, el hecho de no fijar las medidas de apoyo podría conllevar en algunos casos la privación a la persona con discapacidad de la posibilidad efectiva de actuar en el marco que brinda el derecho a la actuación, ejercicio y defensa de sus intereses legítimos, ello sería contrario a lo estipulado en la Convención y a lo contemplado en el texto constitucional español.

El cumplimiento, en primer lugar, de las exigencias emanadas de la Convención serían cumplidas a través del establecimiento de las garantías necesarias para que la respectiva medida sustitutiva de la capacidad de obrar sea adoptada solo en aquellos casos necesarios. En segundo lugar, se destaca el establecimiento de salvaguardias que otorgan seguridad en cuanto a que la sustitución de la capacidad de obrar en ciertas situaciones sea realizada para un beneficio único y exclusivo de la persona con discapacidad. Así de esta forma, han sido expuestas las diferentes alternativas en las que se contempla la capacidad de obrar de la persona, específicamente en aquellos supuestos donde existe algún tipo de discapacidad.

Como bien ha quedado establecido en el desarrollo de esta investigación la discapacidad intelectual es entendida como determinada condición en la que las personas que la padecen llegan a manifestar limitaciones y deficiencias en cuanto a su funcionamiento intelectual. Tanto las limitaciones como las deficiencias se llegan a evidenciar a través de problemas en el razonamiento, la planificación, la resolución de problemas o el aprendizaje. Por otra parte, estos individuos pueden presentar algunos problemas en lo que se refiere a la adaptación al medio, y ello trae como consecuencia la necesidad de brindarles una asistencia o ayuda focalizada e incluso en varias dimensiones que integran el funcionamiento del ser humano.

La asistencia tiene como objetivo que la vida cotidiana de las personas con discapacidad no se transforme en una limitación hacia la autonomía personal y la participación social. Dentro del ámbito de la conceptualización de la discapacidad intelectual este ha sido manejado en parte como un trastorno del neurodesarrollo, lo cual

es un factor de observación necesario para poder enfrentar y observar aquellas dificultades a surgir en el transcurso de la vida de la persona con discapacidad.

A pesar de que las personas con discapacidad intelectual están sujetas a tratamientos individuales acorde a sus necesidades físicas y sociales, no existe una categoría exclusivamente homogénea para su materialización. Es por ello que han llegado a estipularse distintos tipos de discapacidad intelectual acorde al grado en el que se pone de manifiesto una distanciamiento del coeficiente intelectual media que ostenta la persona natural.

En lo que respecta a las habilidades cognitivas del ser humano, se puede decir que poseen una gran importancia para implementar la debida respuesta hacia las demandas del entorno. De esta manera, aquellas personas que tienen una capacidad reducida sobre las habilidades cognitivas van a experimentar dificultades para hacer frente a las situaciones que surjan en el desarrollo de su vida. Ahora bien, en lo que se refiere a la funcionalidad del nivel de dificultad que tienen las personas con discapacidad en su día a día y los niveles de eficiencia intelectual establecidos por test psicológicos, se ha podido determinar la existencia de varios grupos, tipos o grados respecto a la discapacidad intelectual.

Específicamente sobre el grado del coeficiente intelectual hay que destacar que no se erige como una medida absoluta sino más bien relativa, la cual se encuentra en función de un grupo de referencia, donde el coeficiente intelectual refleja la posición que tiene el individuo a partir del resultado obtenido. En cuanto a dicho resultado este puede reflejar, en determinado grupo de referencia, que los individuos sometidos a ciertas pruebas o test psicológicos pueden estar en el rango normal de inteligencia o en lo que se llega a catalogar como discapacidad intelectual. Esta evaluación del coeficiente intelectual indica las diferencias individuales entre cada persona, pero para medir las capacidades cognitivas reales de las personas y de una forma exacta existen otras herramientas y métodos.

Uno de los instrumentos más recientes en la evaluación de la discapacidad intelectual resulta ser la Escala de Evaluación de la Competencia Social de Meyer, Cole, McQuarter y Reichle, en sus siglas en inglés (ASC). Esta herramienta se encuentra diseñada para evaluar la competencia social en la totalidad de niveles que conforman el funcionamiento social e intelectual. El instrumento está integrado por 252 ítems que a la

vez se organizan en 11 áreas de funcionamiento social, ejemplo de ello es: iniciar relaciones, seguir normas, indicar preferencias, etc. Por otro lado, cada una de las áreas se encuentra dividida en ocho niveles, dentro de los cuales el nivel más elevado se identifica como “nivel de ejecución de la persona adulta”. Del mismo modo cada uno de los ítems tiene atribuida tres puntuaciones, estas son: ausencia de la conducta, informes de terceros sobre la presencia de la conducta y por último la observación directa de la conducta⁴⁷².

En contraste con lo anterior se pone de manifiesto cierta dificultad para alcanzar una evaluación sobre la conducta adaptativa, principalmente debido a que la competencia social se caracteriza por ser un factor relativo: “...lo que se considera apropiado en una situación o dentro de un grupo puede no serlo en otros casos”⁴⁷³. Del mismo modo no se tiene constancia de una lista única y consensuada en relación con las conductas adaptativas, cuya lista pueda ser tomada en cuenta como una especie de descripción sobre el comportamiento que todas las personas deberán observar, o sea una descripción exacta. De ello se infiere que elementos como la cultura pueden llegar a tener una influencia en lo que respecta a esta escala de la conducta adaptativa.

Sobre este tema algunos profesionales han expuesto críticas en contra de contemplar a la conducta adaptativa como parte de la conceptualización de la discapacidad intelectual⁴⁷⁴. Otros autores como Ziegler, Balla y Hodapp han sostenido que solo debe toparse la discapacidad intelectual cuando se obtienen resultados menores a setenta (70) puntos a raíz de la ejecución de un test de inteligencia con ciertos estándares⁴⁷⁵. A su vez fueron expuestas otras opiniones en las que se criticó la postura de Ziegler y sus colaboradores, especialmente la planteada por Barnett donde señaló la necesidad de llegar a incluir la conducta adaptativa como parte del concepto de la discapacidad intelectual, si se persigue la validez de esta desde el ámbito social, posición que ha sido defendida por la mayoría de los profesionales⁴⁷⁶.

En el ámbito de la educación los profesionales o educadores han empleado diversos términos para dirigirse a los múltiples niveles que existen sobre la discapacidad intelectual. En el transcurso de los años se mantuvo por un largo periodo una clasificación

⁴⁷² PEREDO, Rocío de los Ángeles (2016: 101).

⁴⁷³ PEREDO, Rocío de los Ángeles (2016a: 113).

⁴⁷⁴ STOUFFER, Samuel (1950: 756).

⁴⁷⁵ ZIGLAR, Edward.; BALLA, David.; RODAPP, Robert (1984: 215).

⁴⁷⁶ BARNETT, W. Steven (1986: 111-112).

hacia los estudiantes con discapacidad intelectual donde se los catalogaba como retrasados mentales educables o retrasados mentales instruibles, dicha concepción en la actualidad se identifica con la discapacidad intelectual leve o ligera y la moderada. En dicho sistema de clasificación no eran contemplados los menores de edad que padecían una discapacidad intelectual grave o profunda, debido a que se mantenía un accionar exclusivo de la educación pública. En la actualidad la expresión retrasados mentales educables ya no resulta ser apropiada por la mayoría de los educadores puesto que esto influye a conforma límites predeterminados en cuanto al funcionamiento intelectual⁴⁷⁷.

La discapacidad intelectual desde un ámbito tradicionalista ha sido tratada o más bien diagnosticada acorde al grado de las dificultades intelectuales que son detectadas y establecidas por las pruebas o test de inteligencia. El mecanismo clasificatorio está conformado por cuatro (4) niveles sobre la discapacidad en relación directa con la puntuación del coeficiente intelectual, tal como se evidencia en la tabla siguiente:

Tabla 4.

Clasificación de la discapacidad intelectual según la puntuación obtenida de un test de inteligencia.

Expresión		Binet	Wechsler	Edad Mental	Característica
1910	Actualidad				
Tarada	Leve o ligera	52 a 68	55 a 69	8,3 a 10,9 años	Posible educar
	Media o moderada	36 a 51	40 a 54	5,7 a 8,2 años	Posible rehabilitar
Imbécil	Severa o grave	20 a 35	25 a 39	3,2 a 5,6 años	Necesita apoyo específico
Idiota	Profunda	19 o menos	24 o menos	3,1 años	Necesita apoyo para vivir

Fuente: Peredo Videá, R. d. "Comprendiendo la discapacidad intelectual: datos, criterios y reflexiones". RIP: Reflexiones en psicología.

⁴⁷⁷ PEREDO, Rocío de los Ángeles (2016: 113-114).

En la tabla puede observarse que las puntuaciones sobre el coeficiente intelectual que identifican a los límites, tanto superior como inferior, presentan una variación según la prueba que sea utilizada. Ello evidencia que se llega a tomar en cuenta la carencia de exactitud de estas pruebas sobre la inteligencia y por otro lado se percibe la importancia del juicio clínico para lograr establecer el nivel de gravedad de la discapacidad intelectual. A continuación se analizarán cada uno de los grados o niveles de discapacidad intelectual.

4.4.1. Discapacidad intelectual leve o ligera

Este tipo de discapacidad es aquella que poseen los individuos que tienen un coeficiente intelectual situado entre 50 y 70, lo cual corresponde a aquellas desviaciones típicas que se encuentran por debajo de la media poblacional. Podría afirmarse que la mayoría de los individuos que presentan este tipo de discapacidad intelectual están posicionadas en este nivel, un 85% aproximadamente⁴⁷⁸.

Las manifestaciones en las personas que poseen este nivel de discapacidad recaen fundamentalmente en cuestiones como retraso en el campo cognitivo y una afectación mínima en el ámbito sensorial y motor. En lo que se refiere a las capacidades del aprendizaje, estas se encuentran un poco atrasadas, pero la persona contará con la posibilidad de poder permanecer en el sistema educativo, lo cual incluirá una formación adecuada y el posterior desempeño de determinada actividad profesional. Las personas que presentan una discapacidad intelectual leve tienen la capacidad de leer, escribir, ejecutar cálculos, entre otras actividades, aunque si requieren de un periodo más largo de aprendizaje en comparación con el resto de las personas. Incluso en el grado educativo del preescolar cuando la persona es un menor de edad no se llegan a presenciar grandes diferencias con el resto.

Igualmente pueden ser apreciadas algunas dificultades o problemas en la memoria, funciones ejecutivas y el pensamiento abstracto de la persona con una discapacidad intelectual leve. También puede darse el caso de que el individuo posea habilidades comunicativas buenas, en contraste con dificultades para detectar señales sociales y la regulación de las emociones.

⁴⁷⁸ CASTILLERO MIMENZA, Oscar, Tipos de discapacidad intelectual (y características). En línea: <https://psicologiaymente.com/clinica/tipos-discapacidad-intelectual> Fecha de consulta: 05 de mayo de 2019.

Las personas que poseen una discapacidad intelectual leve son autónomas, al menos la mayoría, y pueden llegar a requerir algún tipo de orientación en situaciones concretas, así como ayuda en temas legales, económicos y la adecuada crianza de hijos en el caso que existan. No obstante, si bien es cierto que se requiere de apoyo, la adaptación de la persona con discapacidad intelectual leve al medio es satisfactoria.

En la rama educativa los programas escolares destinados a estudiantes con discapacidad intelectual tienen como característica principal la acentuación de los programas académicos de aprendizaje básico es decir la lectura, la escritura y la aritmética, especialmente en el periodo de educación primaria, y en el supuesto de la educación superior y secundaria los programas están centrados en la capacitación laboral y la enseñanza de oficios, todo esto con el objetivo de construir posibilidades reales para que las personas con este tipo de discapacidad puedan tener una vida independiente o semi-independiente.

El apoyo educacional deberá ser implementado de forma intermitente, en los momentos que el estudiante lo requiera, con la conformación de adaptaciones curriculares organizadas, y la ejecución de una metodología que facilite el proceso de comprensión; por ejemplo, respecto de este tipo de discapacidad y su autonomía en el ámbito educacional, la *Asociación Internacional Autismo-Europa contra Francia*, en su reclamación ante el Comité Europeo de Derechos Sociales, éste en su Decisión de fondo de 4 de noviembre de 2003, sobre la Reclamación Nro. 13/2002, concluye la violación del artículo 15 de la Carta Social Europea, que obliga a los Estados a “garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social”; destacando también de manera positiva de rescatar e identificar la existencia de la diversidad humana y reaccionar de manera positiva con el fin de garantizar una igualdad real y efectiva⁴⁷⁹.

4.4.2. Discapacidad intelectual moderada.

En este grado la discapacidad intelectual se manifiesta con un aumento de las dificultades. En el nivel educativo las personas con este tipo de discapacidad pueden llegar a obtener ciertos beneficios, en lo que se refiere a la formación laboral concreta, a

⁴⁷⁹ JIMENA QUEZADA, Luis (2016: 11-12).

modo general sería la ejecución de trabajos con poca cualificación y con supervisión. Por otro lado, estos individuos pueden tener autonomía con autocuidado y desplazamiento.

Acerca de la funcionalidad que exterioriza la persona con una discapacidad intelectual moderada, su alcance está marcado por un desarrollo lento, lo cual demuestra una amplia diferencia con el resto de las personas. Estos individuos se caracterizan por requerir ayuda en relación con actividades o tareas que exijan el procesamiento de conceptos complejos. Otra característica sería que la comunicación que demuestran estas personas con discapacidad llega a ser eficientes, aunque con cierto grado de complejidad. Se debe agregar que el individuo tiene la capacidad de entablar relaciones con su entorno y vincularse con personas ajenas a su núcleo familiar. A pesar de que pueden presentarse problemas para que las personas con discapacidad lleguen a seguir las convenciones sociales, a modo general la adaptación resulta bien a la vida en la comunidad, principalmente se desarrolla una supervisión. El sujeto puede tener responsabilidad por sus decisiones y podrá participar en el marco de la vida social. El periodo de aprendizaje de estas personas con discapacidad es prolongado y el coeficiente intelectual se encuentra entre 35-50.

Habría que decir también de una manera más detalla que en cuanto al dominio práctico que puede tener una persona con discapacidad intelectual moderada, esta puede responsabilizarse por sus necesidades personales, ejemplo comer, vestirse, el aseo personal, entre otras, todas estas funciones necesitarán de un largo periodo para su aprendizaje. En la esfera educativa los menores de edad que tengan este grado de discapacidad moderada deberán asistir a escuelas regulares que cuenten con programas especiales altamente estructurados y diseñados para otorgar una enseñanza hacia las capacidades necesarias en la vida diaria. Se requerirá que cada persona reciba una ayuda o apoyo individualizado, además de contar con la supervisión de terceros para vivir y laborar en la sociedad.

4.4.3. Discapacidad intelectual grave

En este caso el coeficiente intelectual se encuentra entre 20 y 35, por lo que los problemas para las personas que ostentan este grado de discapacidad son de gran importancia, por lo que necesitan de ayuda y supervisión constante. Un patrón común es el daño a nivel neurológico lo que condiciona la discapacidad intelectual grave. Desde el

marco de la definición de este nivel de discapacidad, los individuos que la padecen tienen sus habilidades reducidas, por lo que manifiestan poca comprensión hacia la lectura y los números. Desde el ámbito de la comunicación estas personas poseen un lenguaje limitado, aunque pueden llegar a tener una cierta comprensión del lenguaje gestual y oral caracterizado por la sencillez. Las relaciones que pueden llegar a establecer con los familiares se erigen como un elemento fundamental y motivo de alegría para estas personas con discapacidad.

Respecto a las tareas cotidianas y su realización, la persona con este grado de discapacidad necesita de supervisión y cuidados, por lo que es dependiente de terceros. En cuanto al aprendizaje estos individuos pueden llegar a realizar tareas simples e incluso hablar.

Otro rasgo sería la adaptación a la comunidad, en el que la persona con una discapacidad intelectual grave puede desarrollar relaciones positivas con el medio, con la excepción de que exista otro tipo de discapacidad asociada. La adquisición de habilidades puede ser posible, para ello deberá contemplarse la ayuda constante y un extenso proceso para su aprendizaje. En el ámbito del Derecho a estos individuos se les considera incapaces de tomar decisiones propias.

Resulta difícil para estas personas tener autonomía en el desplazamiento, aseo, alimentación y demás actividades de cuidado personal. En la esfera educativa la escolarización para estas personas depende de centros especiales. En dichos centros el apoyo educativo es extenso y sistemático.

4.4.4. Discapacidad intelectual muy grave.

Este resulta ser el grado de discapacidad intelectual más elevado y tiene un bajo porcentaje dentro del grupo de las personas con discapacidad, aproximadamente un 0.7% del total⁴⁸⁰. El coeficiente intelectual de las personas con este grado de discapacidad es inferior a 20. Los cuidados resultan ser permanentes, por lo que las opciones son pocas, a no ser que el nivel de ayuda sea elevado al igual que la supervisión. Desde el punto de vista médico y de salud la tasa de supervivencia es baja.

⁴⁸⁰ IRARRÁZAVAL, Matías; MARTIN, Andrés (2018: 5).

A modo general se puede afirmar que en estos casos la persona tiene grandes dificultades y demás discapacidades graves, unido a profundos problemas neurológicos. En lo referente a los ámbitos comunicacional y social, la persona con discapacidad puede llegar a comprender instrucciones y gestos, pero deberán ser ejecutados de manera sencilla y directa. De aquí se manifiestan expresiones emocionales, de la persona con discapacidad, que surgen de una comunicación no verbal directa, sin el empleo de simbolismos. La persona con una discapacidad intelectual profunda puede disfrutar de una relación con personas conocidas. En el ámbito práctico la persona con discapacidad en estos casos estará sujeta a una dependencia permanente para todas sus actividades.

En el caso de la educación, estas personas requieren de un apoyo educativo generalizado y ayuda integral intensa y constante, específicamente en todas las etapas de la vida del individuo: familia, escuela y comunidad, o sea una atención especializada permanente. No obstante, los avances alcanzados tanto desde la esfera tecnológica como en el campo de la salud han contribuido a que muchas personas que poseen una discapacidad intelectual muy grave o severa puedan aprender capacidades que algunos años atrás no se creía posible, ejemplo de dicho aprendizaje es la autonomía para desplazarse y los hábitos básicos de autocuidado.

A modo de resumen, es relevante mencionar que la persona con discapacidad puede ser víctima de una mayor discapacidad al enmarcarla en una carencia de herramientas que posibiliten su adaptación al medio, a consecuencia de las dificultades y la no existencia de mecanismos de apoyo que propicien una adecuada solución.

Como ejemplo de la equivocada concepción de lo que constituye ciertos tipos de discapacidad, al ser considerada por los órganos administrativos, judiciales y hasta en el ámbito familiar, se le da diferente tratamiento, sino veamos un caso de la Corte Europea de Derechos Humanos⁴⁸¹, dirigida por Rousi Kosev Stanev, en contra de la República de

⁴⁸¹Caso: Stanev c. Bulgaria. Gran Sala de la Corte Europea de los Derechos Humanos (2012). Búlgaro diagnosticado con esquizofrenia, médicos determinaron que no requería de asistencia por parte de otra persona, pero que tampoco era apto para trabajar, asignándole una pensión por su discapacidad. Posteriormente sin su consentimiento fue ingresado a una institución mental, donde la atención que se le daba no era adecuada, interpuso diversas acciones judiciales, las que fueron denegadas, por su condición de incapaz, asignándole como representante al director de la institución en la que se encontraba. Ante estas circunstancias, en 2006, Stanev decide presentar su petición al Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, a fin que la responsabilidad internacional de Bulgaria declare su responsabilidad por violación a sus derechos consagrados en la Convención Europea de los Derechos Humanos, como a la libertad personal, a la integridad personal, a las garantías y protección judiciales, a la vida privada y familiar. En 2012, el Tribunal emite su sentencia de fondo, en el que determina que el Estado Búlgaro vulneró sus derechos,

Bulgaria, el demandante fue declarado no apto para trabajar por una comisión de médicos laborales. “En opinión de la comisión, debido a un diagnóstico de esquizofrenia, el interesado tenía una incapacidad del 90% pero no tenía necesidad de asistencia. Percibe una pensión de invalidez por este concepto.” Es internado en un centro para adultos con trastorno mental por disposición de su curadora asignada por la autoridad municipal, debido que su familia (padre, madrastra y hermanastra), se declararon no capacitados para atenderle.

El demandante al estar en desacuerdo con esa decisión de su internamiento, pues se produjo sin que se hubiera requerido consentimiento del demandante reclama ante las autoridades administrativas y judiciales, inclusive llegando hasta casación y, le es negada su petición para salir de su internamiento, ante ello, con el apoyo de su abogada demandan ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, éste dicta la sentencia bajo las siguientes consideraciones:

Es examinado el demandante por un psiquiatra diferente al que visitaba habitualmente el hogar, al igual que por una nueva psicóloga, el informe concluye que: “que el diagnóstico de esquizofrenia formulado el 15 de junio de 2005 (apartado 37) no era exacto, pues el paciente no presentaba todos los síntomas de esta patología. Indicaba que, aunque el interesado había padecido esta enfermedad en el pasado, en el momento de su examen no había mostrado signos de agresividad, más bien una actitud suspicaz y una ligera tendencia a la “agresividad verbal”, que entre 2002 y 2006 no había seguido tratamiento para esta enfermedad, y que su estado de salud se encontraba claramente estabilizado. El informe precisaba que no se observaba ningún riesgo de deterioro de su salud mental e indicaba que, en opinión del director del hogar, el demandante era capaz de reinsertarse en la sociedad.” Y que la estancia en ese centro, constituía una complicación adicional para su salud mental y que lo único que debía ser controlado con mayor énfasis era su adicción al alcohol y con las menores restricciones posibles, pues esa adicción podía manifestarse con características similares a la esquizofrenia.

Resuelve el Tribunal, entre otros aspectos de carácter indemnizatorio, en los siguientes términos:

además, la institucionalización de una persona con discapacidad no puede solicitarla ningún funcionario de la institución en la que se encuentra recluso en contra de su voluntad.

- “1. Rechaza, por unanimidad, las excepciones de no agotamiento de las vías de recursos internos planteadas por el Gobierno;*
- 2. Declara, por unanimidad, que ha habido violación del artículo 5.1 del Convenio;*
- 3. Declara, por unanimidad, que ha habido violación del artículo 5.4 del Convenio;*
- 4. Declara, por unanimidad, que ha habido violación del artículo 5.5 del Convenio;*
- 5. Declara, por unanimidad, que ha habido violación del artículo 3 del Convenio, solo y en relación con el artículo 13;*
- 6. Declara, por unanimidad, que ha habido violación del artículo 6.1 del Convenio;*
- 7. Declara, por trece votos a cuatro que no es necesario examinar si ha existido violación del artículo 8 del Convenio, solo o en relación con el artículo 13;”⁴⁸²*

Es de aclarar que estos artículos se refieren, en especial el 5, a los derechos de la libertad y a la seguridad; el 3 a la prohibición de la tortura; el 6 al derecho a un proceso equitativo; y, el 8 sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar.

Notamos entonces al revisar este caso, que esa legislación ha considerado como mecanismo único de determinación de la condición de la discapacidad, un aspecto médico, inclusive equivocado, lleva a una persona sin que medie su consentimiento, a ser internado en contra de su voluntad, lo que gracias a nuevas intervenciones de profesionales, se logra determinar que su condición de discapacidad no le impide ejercer sus derechos, tal cual lo refiere el Art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que hace referencia también esta sentencia respecto de personalidad y capacidad jurídica.

En tal sentido la discapacidad no representa una excepción, por lo que los índices de respuesta no deben limitarse a un simple señalamiento de quien posee determinada discapacidad y tratar el problema de forma individual, en estos casos la sociedad tiene mucho que aportar en el momento de transformar las circunstancias de vida de los individuos que tienen estas condiciones vulnerables. Esto resulta motivo suficiente para

⁴⁸² Caso Stanev c. Bulgaria, (2012).

que a través del establecimiento del grado de discapacidad se llegue a materializar el tratamiento y acciones efectivas para que la persona con una discapacidad intelectual pueda construir un sistema de vida adecuado.

En síntesis, se ha explicado los modelos o enfoques y sus elementos de la protección jurídica de la discapacidad y se puede corroborar que la protección jurídica de las personas con discapacidad mental (psicosocial) e intelectual, ha sido la menos desarrollada y atendida en el acceso a la justicia por parte del Estado, entendiéndose que por acceso a la justicia, se les permita a las personas “protegerse contra la violación de sus derechos, corregir ilícitos civiles, exigir responsabilidades al poder ejecutivo y defenderse en procesos penales”⁴⁸³ por ello es que se este capítulo se enfoca en describir expresamente los diferentes modelos y la atención de los mismos en personas con este tipo de discapacidad, sin tomar en consideración las características propias de este grupo humano.

Además de explicados los tipos de discapacidad psicosocial, se explica la doctrina usada en la protección jurídica a ese segmento de población en el Ecuador, mostrando en esta investigación que la protección jurídica se da a los objetos del derecho y no a los sujetos, dejando aun en claro que la discapacidad es una enfermedad y un limitante de incapacidad, sin tomar en cuenta el principio de igualdad formal y material que todo ser humano debe tener dentro y ante el marco legal de su ciudadanía o residencia.

El enfoque jurídico ecuatoriano, a pesar de ser neo-constitucionalista en su contenido constitucional, aún posee un alto componente positivista agresivo en su aplicación legal que no accede a la interpretación de los jueces por el simple hecho de la composición de la sociedad. Una persona con discapacidad Psicosocial o intelectual, a pesar que tiene los mismo derechos de las otras personas, las mismas normas, de forma enunciativa reconocen la diversidad de las personas con discapacidad mental, sin embargo la formación de la sociedad ecuatoriana, de por cierto muy religiosa y costumbrista, aun preserva fuertes rasgos de tratos e interacción con enfoques tradicionales religiosos y médico asistencialistas, atendiendo a las personas con discapacidad con discriminación positiva o negativa, invisibilizando su individualidad de sujeto, y mostrándolos como objeto de manipulación.

⁴⁸³ Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia. Corte Europea de Derechos Humanos, 2016.

Capítulo V

Políticas Públicas en Materia de Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad

En el Ecuador el tema de la discapacidad no siempre fue tratado a conciencia por los diversos gobiernos de turno que han transitado por la vida política en el país. El tratamiento dado a las personas con discapacidad fue superficial y bajo parámetros que colocaban a la persona en una posición vulnerable, situación que se transformó en una limitante para la instauración de políticas coyunturales hacia los ámbitos laborales, educativos y de salud primordialmente que representaron esferas donde se evidenció la marginación, el aislamiento y la carencia de coordinación hacia este grupo social. De manera específica se puede señalar que las acciones materializadas hacia la persona con discapacidad dependían de organizaciones no gubernamentales que se dedicaban a tratar casos específicos donde el individuo padecía de alguna afección limitada, dígase la sordera o la ceguera, bajo medidas que promovían el bienestar social y la caridad en la esfera pública, tal como lo hemos mencionado insistentemente en este trabajo de investigación.

Por otra parte, en la esfera pública las instituciones llegaron a ejecutar programas de una forma separada y sin la existencia de una clara rectoría en el ejercicio de sus funciones, por lo que en este actuar se presentaron barreras propias en la concepción de la discapacidad y por ende no pudo alcanzarse la inclusión social.

En lo que respecta a la promoción de la normativa que refieren los derechos de las personas con discapacidad, que ésta se encuentra directamente vinculada con la discriminación por sus características físicas o su forma de vida, se ha producido incipientemente por la falta de conocimiento de la sociedad sobre esa condición, que ha consistido en su mayoría de veces por hacer o considerar distinta a una persona o grupo de personas que padecen de algún tipo de discapacidad; distintas y no solamente por la discapacidad, sino por su edad por ejemplo, sino es el caso tratado por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en España, Sentencia 3/2018, de 22 de enero y publicada en el BOE núm. 46, de 21 de febrero de 2018, donde el señor A.R.S. (persona con discapacidad que presenta una minusvalía psíquica por trastorno de personalidad) interpone una demanda de amparo contra los requisitos que se exigen para hacerse acreedor de atención residencial para persona con discapacidad intelectual y

transitoriamente prestación económica vinculada al servicio; la edad del solicitante es de 67 años y que alega la parte demandada que es un centro de acogida no para discapacidades intelectuales y peor de la tercera edad; demanda que fuera desechado por las instancias inferiores hasta llegar a dicho Tribunal Constitucional, que falla la vulneración de un derecho fundamental a no ser discriminado por razón de edad y de discapacidad (Art. 14 CE)⁴⁸⁴.

Mencionaba que el desconocimiento de la sociedad respecto de la realidad de esta situación, ha impedido que puedan gozar de sus derechos, ni siquiera en términos de particular necesidad, peor de forma integral; la sociedad y el Estado han atendido ciertas necesidades por coyuntura y no a través de una política pública que abarque todas las demandas de derechos de las personas con discapacidad, como son salud, educación, vivienda, transporte, formas de comunicación, trabajo, acceso a la justicia, etc. que les permita vivir plenamente, conforme lo establece la misma Constitución de la República en lo que concierne al régimen de desarrollo como un conjunto organizado, sostenible y dinámico que garanticen la realización del buen vivir, y refiere que el Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución.

De la misma forma el Art. 276 de esta Carta Magna ecuatoriana dispone: “Mejorar la calidad y esperanza de vida, y aumentar las capacidades y potencialidades de la población en el marco de los principios y derechos que establece la Constitución.”, es recién que se establecen estrategias, metas e indicadores a cumplirse; por ejemplo, por parte del CONADIS que ha diseñado un instrumento que clarifica la orientación y el rumbo, plasmando metas esperadas para cada uno de los objetivos definidos y las líneas de acción, los que estarán sujetos a evaluación y seguimiento.

Este Plan Estratégico Institucional del CONADIS, tiene establecido a desarrollarse en tres fases: la primera, “la recopilación de los antecedentes institucionales, legales y la revisión de los elementos orientadores; misión, visión, valores y principios de la institución”. La segunda fase: “la realización de un diagnóstico para definir la situación actual de la institución, analizando los hechos externos e internos y, definir cuál

⁴⁸⁴ Recurso de Amparo 2699-2016. Sentencia 3/2018, 22 de enero. Tribunal Constitucional de España, Segunda Sala. BOE núm. 46, de 21 de febrero de 2018

es el alcance de la organización” y, por última fase, la “consolidación de ideas que permitan definir las estrategias e indicadores”⁴⁸⁵.

Ello conforme lo estipula la Constitución (Art. 156), que los Consejos Nacionales para la Igualdad, son órganos responsables de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y que ejercerán atribuciones en la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas públicas relacionadas con la temática, en este caso, de discapacidades. Estas atribuciones las tienen con la finalidad de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de los derechos de las personas a través de las instituciones rectoras y ejecutoras de las políticas públicas, los organismos especializados para la igualdad, protección y de garantía de derechos.

Como mencionábamos, es ahora reciente entonces, que se encuentra planificando con claridad la formulación, diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas por parte del Estado como responsabilidad que permita inclusive la prestación de bienes y servicios públicos orientados a hacer efectivos los derechos sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular.

La respuesta a esta planificación, se da por medio de la implementación de un proceso revolucionario en lo social, que tomó como fundamentaciones políticas sociales organizadas e incluyentes, donde el Estado centró la mayoría de los esfuerzos en garantizar los derechos fundamentales de todas las personas, incluidas las que padecían alguna discapacidad. Es así como, la discapacidad pasa de ser un tema relegado a transformarse en un eje central y de atención prioritario, evidenciado con la institucionalización de la discapacidad como una nueva política de Estado.

Muestra de esto es la Agenda Nacional para la Igualdad en Discapacidades 2013-2017 basado en lo dispuesto por el Art. 47 de la Constitución el cual expresa la garantía que brinda el Estado sobre las políticas de prevención públicas en conjunto con la familia y la sociedad en aras de lograr una igualdad social para las personas con discapacidades o limitaciones físicas⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ Plan Estratégico Institucional del Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades. Consejo Nacional para la Igualdad de discapacidades, CONADIS, (2018: 7).

⁴⁸⁶ Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, Quito (2008).

La mencionada Agenda tiene como finalidad desarrollar de manera social e inclusiva las políticas establecidas para el bienestar de las personas con discapacidad, basado en el nuevo paradigma de inserción y respeto a los derechos humanos de estas personas, así como fomentar la participación dinámica de las personas discapacitadas en las actividades de incidencia política y social⁴⁸⁷.

En este sentido, el mencionado instrumento constituye un modelo efectivo a seguir por parte de todos los ciudadanos y gobernantes del país, ya que rige la actitud que se debe optar ante la presencia y aceptación de las personas con discapacidades en la inclusión social y las políticas públicas, debiéndose cumplir adecuadamente todos sus conceptos y deberes en aras de obtener una sociedad antidiscriminatoria, de igualdad y sobre todo de justicia social.

Posterior a esta agenda se implementó por parte del gobierno ecuatoriano la Agenda para la Igualdad en Discapacidades 2017-2021, dando continuidad a la labor desarrollada por el Estado y todas las organizaciones responsables de promulgar las políticas públicas, denotándose un respetable progreso y desarrollo en su implementación, pero debido a la falta de fiscalización por parte de las administraciones del gobierno no se conciben las estadísticas que expresen ese avance que se ha tenido en el desarrollo de las políticas públicas sobre la igualdad y la inversión en cuanto al acceso a la justicia y la equidad de las personas discapacitadas⁴⁸⁸.

En el texto de este instrumento se desarrollan varias propuestas encaminadas a la continuidad sobre la implementación de las políticas públicas tales como el fortalecimiento de las medidas promulgadas y la generación de otras cuyo objetivo principal es el de lograr una vida digna en igualdad de tratos impulsando la participación ciudadana, fundado en los principios de igualdad, no discriminación, respeto a la diversidad y la accesibilidad en intención de que las personas con discapacidad se sientan incluidos en todas las actividades sociales de manera general, en especial en el ámbito de la justicia, siendo esto un derecho que en ocasiones es vulnerado debido a la condición o status en que se encuentran.

⁴⁸⁷ Agenda Nacional para la Igualdad en Discapacidades 2013 -2017, Consejo Nacional para la Igualdad de discapacidades, CONADIS (2013: 14).

⁴⁸⁸ Agenda Nacional para la Igualdad en Discapacidades 2017-2021, Consejo Nacional para la Igualdad de discapacidades, CONADIS (2017: 40).

Por lo tanto, se considera que la presente Agenda según el período de desarrollo en que se encuentra y la experiencia en cuanto al acceso a la justicia de las personas discapacitadas, no cumplen de manera cabal con las expectativas que visiona el Estado, por ende se debe de implementar más prácticas y control principalmente en cuanto al cumplimiento de estas ordenanzas por parte de las administraciones de justicia y los encargados de velar por el buen trato hacia las personas con discapacidad, con el objetivo de brindar mejor apoyo jurídico y estas no se queden en total desamparo legal.

Sin embargo, en países como Chile el gobierno implementó al igual que Ecuador Políticas Nacionales para la Inclusión Social de las Personas con Discapacidades 2013-2020, responsabilizado por la Servicio Nacional de la Discapacidad SENADIS del Ministerio de Desarrollo Social, estas políticas tienen por premisa establecer y lograr la igualdad y la no discriminación de las personas con discapacidad basado en el nuevo paradigma sobre el trato hacia estas personas, donde el principal rol de actuación lo tiene el Estado promocionando e implementando a cabalidad estos lineamientos, fundado en la libertad y la corresponsabilidad de todos los funcionarios, agentes de gobierno y de manera general los ciudadanos del país⁴⁸⁹.

En resumen, el Estado de Chile pretende con la implementación de las mencionadas políticas generar las condiciones necesarias para el bienestar de las personas con discapacidad, basado en el respeto, la igualdad y la justicia, incitando la participación completa de estas personas en la sociedad permitiendo de esta manera una vida más amena y diversa.

Por esa misma línea comparativa, otro país a señalar por su arduo trabajo en las políticas públicas en materia de derecho a la justicia de las personas con discapacidad es el gobierno de Costa Rica, donde su principal objetivo a perseguir en sus normas relacionadas con el trato y la igualdad de las personas discapacitadas, es la equidad de condiciones en todas las esferas de la sociedad incluyendo la educación, la salud, la vivienda y el respeto a los derechos humanos en igualdad de justicia, percibiendo la no discriminación, la autonomía y la independencia de todos los ciudadanos de manera

⁴⁸⁹ Política Nacional para la Inclusión Social de las Personas con Discapacidad 2013-2020, Servicio Nacional de la Discapacidad en Colombia, SENADIS (2013: 9).

igualitaria y en cumplimiento de los tratados internacionales en materia de inclusión social⁴⁹⁰.

En este resumen comparativo de la aplicación de las políticas públicas de la región, revisemos la de Colombia; está articulada en cuatro fases: la primera relacionada desde las definiciones teóricas hacia las acciones concretas y reales, basadas en los principios que orientan la acción pública; la segunda en la construcción de las políticas públicas relevando la inscripción en la agenda pública de puntos problemáticos a nivel social para desencadenar procesos de construcción en campos concretos de aplicación. La tercera fase, menciona la estructura organizativa para la acción en discapacidad; y, la última, aborda de forma explícita la participación como categoría emergente necesaria para el ejercicio de derechos de las personas en situación de discapacidad en el marco de la equiparación de oportunidades, que posibiliten y faciliten la inclusión social real del colectivo en situación de discapacidad.

Se diseña así su aplicación, debido que estaba supeditada a programas dispersos, sin consensos en la visualización del grupo poblacional e imponía la participación del Estado y la sociedad para definir orientaciones que permitan avanzar hacia el desarrollo de la autonomía y potencialidades de las personas con discapacidad, para asegurar su efectiva integración y participación en los bienes y servicios sociales; ello se define como diagnóstico que se evidencia la persistencia de una organización estatal desarticulada y excluyente a pesar de la existencia de las normativas que no alcanzan a traspasar el límite de lo discursivo en gran medida⁴⁹¹.

En Colombia, en el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2022, denominado “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”; en él se toma en cuenta las necesidades de la población con discapacidad, proponiendo cinco objetivos específicos que se complementan con las fases diseñadas como políticas públicas: “el primer objetivo fue la aprobación de una Política Pública Nacional de Discapacidad e Inclusión Social; el segundo es Implementar programas de educación inclusiva orientados a una efectiva inclusión social y productiva; el tercer objetivo es Implementar mecanismos de inclusión productiva para garantizar una seguridad económica; el cuarto es crear e implementar un

⁴⁹⁰ Cooperación Internacional para el cumplimiento de los derechos de las personas con discapacidad, CNREE (2014: 3).

⁴⁹¹ ÁVILA RENDÓN, Carmen Liliana; GIL OBANDO, Lida Maritza; LÓPEZ LÓPEZ, Alexandra; VÉLEZ ÁLVAREZ, Consuelo (2013: 460).

Plan Nacional de accesibilidad asegurando la participación en el entorno físico, transporte, información y comunicaciones y el quinto objetivo es Fortalecer la oferta existente en las ciudades para las personas con discapacidad⁴⁹².

Como vemos, existe un común denominador en la región, en los últimos Planes Nacionales de Desarrollo, recién se está incluyendo la temática o enfoque de discapacidad, donde al menos ya se construyen diagnósticos para partir de algo concreto y serio, y no sea únicamente planes coyunturales o de oportunidad, sino responsablemente elaborados, con metas u objetivos concretos, que los derechos se ejecuten a través de la dotación de bienes y servicios apropiados para las personas con discapacidad, inclusive considerando como acciones afirmativas.

En todo caso en materia de políticas públicas, debido a todo lo antes referido, resulta importante destacar los aspectos que se detallan a continuación en materia de acceso a la justicia.

5.1. Compromisos internacionales.

El gobierno ecuatoriano, en cumplimiento de la tradición histórica de adherirse y cumplir con los principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, llegó a suscribir y a ratificar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su respectivo Protocolo Facultativo⁴⁹³; la importancia de ellos, es que de allí se extraen sus preceptos para la construcción de las agendas y planes nacionales; los principios en materia de derechos humanos que reconocen en sus preceptos la igualdad de condiciones y sin distinciones de ninguna índole; la promoción y protección de los derechos y la dignidad de las personas para compensar la profunda desigualdad y desventaja que tiene frente a las personas sin discapacidad, propiciando su participación en todos los ámbitos, con particular énfasis en los ámbitos civiles, políticos, sociales, culturales, económicos, acceso a la justicia; que de hecho, reconoce y proclaman “que todas las personas tienen los derechos y libertades enunciados en esos instrumentos, sin

⁴⁹² PARRA DUSSAN, Carlos (2019) “La discapacidad en el Plan de Desarrollo”.

En línea: <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/carlos-parra-dussan-533041/la-discapacidad-en-el-plan-de-desarrollo-2893954>. Fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019.

⁴⁹³ COMISIÓN ANDINA, ORGANISMO ANDINO DE SALUD, Plan de Acción de la Política Andina de Discapacidad, Bogotá (2012).

distinción de ninguna índole”⁴⁹⁴; se refiere a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

Así mismo dentro de las políticas públicas, en el proceso de su elaboración, se enfatiza el reconocimiento de que existe discriminación⁴⁹⁵ y que ésta constituye vulneración de la dignidad de las personas con discapacidad, por ello la importancia y necesidad de impulsar su ejecución concreta a ese grupo poblacional de atención prioritaria, participando las entidades en suprimir las barreras que le permitan “participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social”⁴⁹⁶.

Destaca la Agenda 2017-2021, que en la anterior 2013-2017 no contó con indicadores y metas que permitan un verdadero seguimiento y evaluación, debido al criterio de la Secretaría Nacional de Planificación del Estado de ese entonces; a pesar de ello, en otras instituciones como el CONADIS, éste logró una articulación cercana con las instituciones ejecutoras de las políticas públicas, logrando evidenciar avances en el ámbito de la discapacidad. Refiere que también se identificó “falencias respecto a los sistemas de recolección y registro de información, que no permitió una adecuada generación de estadísticas en el ámbito de la discapacidad, que orienten con veracidad y certeza la toma de decisiones”⁴⁹⁷; ante ello, a través de un proceso participativo, generado desde esos instrumentos internacionales y sus contenidos, se establecen, promueven y ejecutan políticas orientadas a la “prevención, atención oportuna, equiparación de oportunidades e inclusión social de las personas con discapacidad, a través de planes, programas, proyectos y acciones encaminadas al cumplimiento y ejercicio de sus derechos”⁴⁹⁸.

Respecto del acceso a la justicia, por iniciativa de ese organismo y del Consejo de la Judicatura, se supo redactar y poner en consideración de los administradores de justicia, el Manual de Atención en Derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial, herramienta que impulsa crear condiciones más justas para las personas con discapacidad, con “acciones que permitan derribar las barreras físicas, sociales, actitudinales

⁴⁹⁴ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Organización de las Naciones Unidas (2006: Preámbulo. Lit. b).

⁴⁹⁵ Agenda Nacional para la Igualdad de Discapacidades 2017-2021, Quito (2017: 9)

⁴⁹⁶ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006: Preámbulo. Lit. k).

⁴⁹⁷ Agenda Nacional para la Igualdad de Discapacidades 2017 -2021, Consejo Nacional de Discapacidades, CONADIS (2013: 9).

⁴⁹⁸ Agenda Nacional para la Igualdad de Discapacidades 2017 -2021 (2013: 11).

comunicacionales que impiden a las personas con discapacidad desenvolverse en nuestra sociedad y garantizar su igualdad en todos los ámbitos públicos y privados.”⁴⁹⁹ y constituirse también en un instrumento de trabajo para consulta para su formación inicial y continua, centrándose en el principio de que es deber del Estado garantizar el ejercicio de los derechos a través de las políticas públicas y medidas de acción afirmativa y que, en el caso de acceso a la justicia, por consecuencia es obligación de los operadores de justicia brindar el oportuno y adecuado servicio en todas las etapas del proceso, independientemente de la materia y el carácter con el que participa, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad. Movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación⁵⁰⁰.

Al ser el Consejo de la Judicatura un órgano nacional que define y ejecuta las políticas para el mejoramiento y modernización del sistema judicial, al ser impulsado la emisión de este manual, se convierte en un instrumento emanado desde el Estado, por ende, se cumplen los preceptos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al referir en el artículo 13 que “los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario”

Este manual recoge la necesidad de que la justicia debe “hacer un análisis basado en el tipo y el nivel de discapacidad para no vulnerar los derechos de las personas con discapacidad, ya que el acceso a la justicia es una pieza importante en la construcción de un Estado democrático”⁵⁰¹; en resumen propone dentro del sistema de justicia, que éste sea en condiciones de igualdad, se aplique de forma efectiva y eficaz y que en especial se incluya el derecho a ser oído, el derecho a un recurso efectivo, el derecho a la igualdad ante los tribunales, la igualdad de medios procesales, el derecho a la asistencia de abogado, el derecho a ser juzgado competente, independiente e imparcial; de esta forma, se garantizará el ejercicio efectivo de los derechos sin que se limite el pleno acceso a la justicia.

⁴⁹⁹ Manual de Atención en Derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial. Consejo de La Judicatura; Consejo Nacional de Discapacidades, CONADIS, (2015: XVII).

⁵⁰⁰ Programa para la cohesión social en América Latina. Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad. Propuestas para un trato adecuado, Programa para la Cohesión Social en América Latina, EUROSOCIAL (2013: 17).

⁵⁰¹ Manual de Atención en Derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial (2015: 21).

5.2. Constitución de la República.

Con la aprobación de la norma constitucional en el año 2008, se erige como un nuevo referente para el desarrollo, el respeto y la seguridad de los derechos humanos especialmente los que le asisten a las personas con discapacidad. Por primera vez en la historia constitucional ecuatoriana fue adoptada una sección específica sobre el tema de la discapacidad, dentro de la cual se incluyeron consideraciones relativas a los aspectos básicos para garantizar el desarrollo integral de las discapacidades, tal es el caso de la atención especializada en las entidades públicas y privadas que presenten servicios de salud con la provisión de medicamentos de forma gratuita, ayudas técnicas, servicios de rehabilitación integral y permanente; es de destacar como uno de los elementos innovadores, constantes en la dotación de servicios, la atención psicológica para las personas con discapacidad y sus familias.

En el ámbito de la educación, destaca el acceso a la educación inclusiva y especializada, que desarrolle sus potencialidades y habilidades para su integración y participación en igualdad de condiciones; garantizándoseles su educación dentro de la educación regular y que en los planteles se incorpore un trato diferenciado y educación especializada; otorgándosele becas acorde a las condiciones económicas de los estudiantes con discapacidad; por otro lado también la infraestructura accesible de los establecimientos educacionales. Al referir el derecho a la educación regular, ya la sentencia 1976/2017 de 14 de diciembre de 2017, los padres del menor Florian impulsan una demanda basada en la lesión del derecho al acceso a la educación en condiciones de igualdad “al haber autorizado la Administración autonómica el cambio en la modalidad de escolarización de Florian, que padece trastorno de espectro autista, pasando del régimen de integración en un centro ordinario a un centro de educación especial”⁵⁰², lo que se determina que debe procurarse la educación en un medio ordinario y solamente acudir a los regímenes de educación especial cuando los mecanismo para mantenerle en

⁵⁰² Caso Padres del menor Florian. Recurso de Casación. Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Madrid 2017. Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja doña Agueda y don Apolonio, padres del menor Florián, interpusieron el recurso contencioso-administrativo 199/2015 contra la resolución de fecha 13 de agosto de 2015, del Ilmo. Sr. Consejero de Educación, Formación y Empleo, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución de fecha 17 de junio de 2015, del Ilmo. Sr. Consejero de Educación, Cultura y Turismo, por la que autoriza el cambio de modalidad de escolarización al alumno con necesidades educativas especiales, en la modalidad de educación especial durante el curso escolar 2015-2016.

igualdad de condiciones con los demás niños, se hayan superado y no exista posibilidad alguna de mantener la educación regular.

Que se otorgue un trabajo en condiciones de igualdad, es otro elemento que se encuentra inserto en la Constitución, que fomente sus potencialidades y capacidades y, que a través de políticas permitan su incorporación al mercado laboral.

Como parte de los derechos de las personas de atención prioritaria, entre las cuales se encuentran las personas con discapacidad, a ellos se les garantiza y reconoce exenciones en el régimen tributario, enmarcadas en el principio de las acciones afirmativas.

Una vivienda adecuada, con condiciones necesarias para atender su discapacidad y que permita el mayor grado de autonomía, ello no solamente en su vivienda, sino que garantiza la eliminación de barreras arquitectónicas.

Por último, también bajo el marco constitucional, se garantizan políticas respecto del acceso a mecanismos, medios y formas de comunicación.

Sobre las políticas públicas de acceso a la justicia en la norma suprema, establece, en las funciones del Consejo de la Judicatura, que será el responsable de definir y ejecutar las políticas para el mejoramiento y modernización del sistema judicial; bajo esa premisa, se ha impulsado diferentes cursos de capacitación en atención en derechos de personas con discapacidad, con el propósito de “reportar las actividades de capacitación a operadores de justicia en atención en derechos de personas con discapacidad en la función judicial”, con el propósito específico de “eliminar las brechas de acceso de las personas con discapacidades a los servicios que presta la Función Judicial. De la misma manera, la ejecución de acciones para eliminar barreras que impidan o dificulten el desenvolvimiento de las diligencias judiciales para las personas con discapacidad”⁵⁰³.

5.3. Plan Nacional de Desarrollo 2017- 2021 Toda una Vida

A partir de la transformación de la ideología entorno a la discapacidad, como parte del sistema de planificación estatal fue incluida la discapacidad dentro del sistema político

⁵⁰³Informe Técnico No. SUB DDHH-2016-0020. Consejo de la Judicatura. Dirección Nacional de Acceso a los Servicios de Justicia. Subdirección Nacional de Derechos Humanos (2016: 1).

del país especialmente en el Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021 Toda una Vida⁵⁰⁴. Este documento nacional resulta ser de vital importancia en la edificación de una sociedad inclusiva, donde exista la valoración y la comprensión entre unos y otros dentro de una nación diversa y recíproca. Su objetivo, considerando que muchos de ellos en este tipo de documentos, son difusos y genéricos y, que ha dificultado su evaluación y monitoreo, en muchos casos ha habido necesidad de reformularlos a fin de que contribuyan al cumplimiento progresivo de los derechos constitucionales.

Los objetivos del régimen de desarrollo y disposiciones del régimen de desarrollo (a través de la implementación de políticas públicas); y, los programas, proyectos e intervenciones que de allí se desprenden⁵⁰⁵ proponen desafíos como la construcción de una sociedad multicultural y diversa con el predominio de valores como la igualdad, la integridad y la cohesión social para así garantizar la convivencia, así como los derechos universales y la potenciación de las capacidades humanas; de hecho pone en evidencia la existencia de nuevos retos por alcanzar, que se desarrollarían respecto de “los derechos para todos durante toda la vida; un economía al servicio de la sociedad; y, tener más sociedad hacia un mejor Estado”⁵⁰⁶, como ejes a atenderse.

Sobre el eje “derechos para todos durante toda la vida”, persigue por objeto garantizar una vida digna con iguales oportunidades, a través de la promoción de la inclusión económica y social; la generación de capacidades y promover oportunidades en condiciones de equidad; erradicar la nutrición y promoción de hábitos de vida saludable; atención del sistema de inclusión y equidad social, protección integral, especial y atención integral, con énfasis en los grupos de atención prioritaria; otros importantes objetivos es la garantía del derecho a la salud, la educación, bajo el criterio de accesibilidad, calidad y pertinencia territorial; de igual forma el acceso al trabajo digno y a la seguridad social; persigue la erradicación a la violencia y discriminación, entre ellas por razones de discapacidad; especial énfasis también en el aseguramiento del acceso a la justicia, bajo el principio de igualdad y no discriminación; entre otros.

Sobre el segundo eje, el de “la economía al servicio de la sociedad”, de nuestro interés resulta el objetivo encaminado a generar trabajo y empleos dignos y, el

⁵⁰⁴ Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021 Toda una Vida. Consejo Nacional de Planificación del Ecuador, Quito (2017)

⁵⁰⁵ Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021 Toda una Vida. (2017).

⁵⁰⁶ Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021 Toda una Vida. (2017).

fortalecimiento de las entidades públicas para la provisión de bienes y servicios de calidad, esto último especialmente relacionado al acceso a los servicios que requieren las personas con discapacidad.

El tercero y último eje planteado “más sociedad, mejor Estado”, plantea un Estado cercano al servicio de la ciudadanía, con fomento a la vida asociativa y la construcción de una ciudadanía activa y corresponsable y se promueva la seguridad jurídica.

Ahora la importancia que deberá otorgársele a este Plan, es la adopción de un sistema de seguimiento y evaluación, que permita identificar, prevenir y eliminar todas las formas de discriminación de las personas con discapacidad y propiciar bajo parámetros, el conocimiento de los avances en las diferentes materias que muestren que se está produciendo la tan anhelada integración. No solo queden en enunciado, es importante la participación de las personas con discapacidad y su nivel asociativo exigir la atención y protección integral con apoyos e incentivos permanentes para el real ejercicio y mecanismos de exigibilidad y respeto de los derechos inherentes que les pertenecen.

Para superar estos objetivos, la Agenda Nacional de Discapacidades 2017 – 2021, plantea desafíos para lograr un desarrollo sostenible y equitativo; establece objetivos nacionales, políticas, indicadores y metas que marcan la actuación pública del país. Está alineado con el Plan Nacional de Desarrollo Toda una Vida, al cual el de discapacidades fortalece las políticas públicas implementándolas, adecuándolas y generando nuevas con el afán de garantizar una vida digna con igualdad de oportunidades para todas las personas.

De la misma forma a través de la Agenda de Desarrollo Sostenible, ésta garantiza “facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas”, en consideración de este propuesto entonces, la Agenda de Discapacidades “busca identificar, cuantificar, verificar y reducir las brechas de desigualdad que afectan la calidad de vida y el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y sus familias, orientando a las instituciones ejecutoras de políticas públicas en la consecución de la equidad e igualdad, manejándose bajo los siguientes principios:

- a. Igualdad: De todas las personas ante la ley para el ejercicio de sus derechos.
- b. No discriminación: Ninguna persona podrá ser discriminada por su etnia, edad, género, condición, situación socio-económica, ubicación geográfica, orientación política, religiosa y sexual.
- c. Respeto a la Diversidad: La discapacidad como condición del ser humano, es parte de la diversidad de la humanidad.
- d. Plena participación: Las personas con discapacidad estarán involucradas dentro de todos los ámbitos de la sociedad para el ejercicio de su ciudadanía.
- e. Accesibilidad: Ajustes razonables y diseño universal para el acceso de las personas con discapacidad en todos los entornos y ámbitos”⁵⁰⁷.

Para la ejecución de las políticas relativas al acceso a la justicia, asume estrategias importantes como impulsar la sensibilización y capacitación a los servidores judiciales y demás que conforman los diferentes órganos judiciales; impulsar la aplicación de los ajustes razonables a los procedimientos y actuaciones judiciales en todas sus etapas, además de exigir la celeridad para su total culminación respetando el debido proceso.

5.4. Legislación nacional específica.

Las renovaciones implementadas en el ámbito normativo estuvieron enfocadas al desarrollo de acciones positivas a favor de las personas con discapacidad, las cuales deberán ser fortalecidas por medio de la creación de instrumentos legales e instituciones destinadas por velar el desarrollo de un ambiente adecuado para la persona con discapacidad en el cual estos individuos puedan gozar de condiciones equitativas e inclusivas. Dicho en otras palabras, las personas con discapacidad tienen el derecho al respaldo de normas que contemplen valores y compromisos que son adoptados de manera previa por la norma constitucional y los instrumentos internacionales.

⁵⁰⁷ Agenda Nacional para la Igualdad de Discapacidades 2017-2021. Consejo Nacional de Discapacidades, CONADIS (2017: 43-44)

De igual modo podría afirmarse que algunas de estas medidas concretas incluyen los siguientes aspectos: conformación de cuerpos legales ejemplo la Ley Orgánica de Discapacidades y la reforma legal al Código Laboral, en cuya normativa, por ejemplo, existe como objeto común establecer el aseguramiento, plena vigencia, difusión y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, ello sería el derecho a un trabajo digno, la materialización de mecanismos de exigibilidad, restitución y protección que brinden la posibilidad de eliminar cualquier obstáculo en contra de las personas con discapacidad.

Se puede agregar que la aprobación de decretos ejecutivos por parte del órgano ejecutivo ha contribuido a reforzar la atención prioritaria hacia la persona con discapacidad evidenciada a la vez en una política de Estado y con ello la facilidad de ejecutar programas para considerar a este grupo social y su atención integral.

Otro ejemplo de legislación nacional específica es la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad cuyo principal objetivo es establecer las normativas o el marco normativo a regir por los Consejos Nacionales para la Igualdad, de conformidad con lo estipulado por la Constitución de la República, siendo su finalidad la de asegurar y promover la participación de todos sus ciudadanos en igualdad de condiciones sin discriminación, siendo de obligatorio cumplimiento para todas las administraciones u órganos rectores de políticas públicas la garantía de igualdad y protección de los derechos de aquellas personas que de una forma u otra se encuentran vulnerables debido a su condición.⁵⁰⁸

En tal sentido, esta norma favorece a la protección de los derechos de las personas con discapacidad ya que regula las actuaciones de las administraciones encargadas para ejercer atribuciones en la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y

⁵⁰⁸ Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad, Asamblea Nacional, Quito (2014: Art. 3).- Finalidades. Los Consejos Nacionales para la Igualdad, tendrán las siguientes finalidades: 1. Asegurar la plena vigencia y el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. 2. Promover, impulsar, proteger y garantizar el respeto al derecho de igualdad y no discriminación de las personas, comunas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, en el marco de sus atribuciones y en el ámbito de sus competencias, a fin de fortalecer la unidad nacional en la diversidad y la construcción del Estado Plurinacional e Intercultural. 3. Participar en la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas públicas a favor de personas, comunas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, dentro del ámbito de sus competencias relacionadas con las temáticas de género, étnicas, generacionales, interculturales, de discapacidad y movilidad humana, fomentando una cultura de paz que desarrolle capacidades humanas orientadas hacia la garantía del derecho de igualdad y no discriminación; medidas de acción afirmativa que favorezcan la igualdad entre las personas, comunas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos; y, la erradicación de actos, usos, prácticas, costumbres y estereotipos considerados discriminatorios.

evaluación de las políticas públicas, basado en los principios de igualdad, participación democrática e inclusión como una oportunidad a que la persona con discapacidad se sientan seguras y capaces de formar parte de la sociedad en la que viven.

Esta norma faculta participar en esos procesos de formulación y evaluación, con ello se atenderán casos de amenazas o violación de derechos y dar seguimiento a las denuncias o quejas ante autoridades competentes y se supere lo que mencionáramos anteriormente que las políticas a ejecutarse, no queden en algo difuso o genérico, sino en acciones concretas a cumplirse. Para tal efecto se desarrollarán indicadores que permitan evaluar los cumplimientos o avances obtenidos en el logro de los objetivos en el ámbito de sus competencias.

5.5. Ejecución de la política de Estado

Con el propósito de brindar una operatividad a las distintas medidas y compromisos adquiridos con las personas con discapacidad, en el país se adoptó la decisión de enfrentar el tema de la discapacidad desde el más alto nivel de la función ejecutiva, específicamente desde la Vicepresidencia de la República a través de las funciones a ejecutar por el vicepresidente, ello plasmado inicialmente en el Plan Nacional para el Buen Vivir 2007 -2010, que plantea las ciertas líneas de acción: “promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad a través de la creación de una Procuraduría que atienda a las personas con discapacidad. También proveer ayudas técnicas, insumos médicos y medicinas para compensar o neutralizar el efecto de la discapacidad. Además de un programa de mejoramiento de la accesibilidad al medio físico.

Se propone un programa de estimulación temprana dirigido a niños menores de cinco años que se encuentran en situación de riesgo”. El “Programa Empleo sin Barreras: busca garantizar el acceso a empleos adecuados de las personas con discapacidad”, a pesar que en el mismo Plan refiere que *la situación laboral de los discapacitados* es importante y que no existe una encuesta que localice a las personas con discapacidad para que entreguen información referente al tipo de discapacidad y mucho más el Plan refiere como información de esta política que “No existe una encuesta que levante información detallada sobre la situación de los discapacitados en el Ecuador (lugar de residencia, requerimientos de atención, grado de severidad, entre otros)”, por lo que plantea “exigir

que se cumplan con la ley de inserción laboral y además que se cumplan con los beneficios a personas con discapacidad.”

La decisión de dirigir desde la Vicepresidencia de la República el tema de la discapacidad pone de manifiesto una clara voluntad política en este aspecto, donde se consideró a la jerarquía existente en el funcionamiento del engranaje estatal para brindar una gestión efectiva hacia los diversos requerimientos en el tema. De esta forma con el desarrollo de las respectivas labores de coordinación con las distintas instituciones que operan en el sector público en la defensa de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad.

Se identificaron temas de salud, por ejemplo, impulsando políticas encaminadas a “fortalecer la predicción y prevención de la enfermedad, el desarrollo de las capacidades para advertir, anteponer y controlar la morbilidad, los riesgos ambientales, los accidentes, la violencia y las discapacidades”, cuya estrategia fue la implementación de campañas destinadas a prevenir la discapacidad.⁵⁰⁹

En el tema de la educación, no refiere explícitamente relacionándola con la discapacidad, lo toma desde la garantía de derechos desde la existencia de un sistema de educación pública que promueva valores como el reconocimiento de la diversidad y la diferencia, libres de cualquier discriminación, coerción o violencia.

Las otras dos Agendas, esto es 2013 - 2017 y 2017 – 2021, fue analizado en líneas anteriores, por lo que se torna innecesario revisar nuevamente para este asunto.

5.6. Programas gubernamentales

A partir del establecimiento de un marco legal pertinente y la delegación oportuna de responsabilidades, el tema de la discapacidad llegó a adquirir un funcionamiento y compromiso coherente y consolidado con aquellos instrumentos internacionales y las obligaciones adquiridas. En este ámbito es que surgió en el país, en el año 2007, el programa denominado “Ecuador sin Barreras”, mediante el cual se persiguió otorgar respuestas a las necesidades de las personas con discapacidad, especialmente a través de cumplimiento de aquellos compromisos que el país adquirió tanto a nivel nacional como

⁵⁰⁹ Plan Nacional de Desarrollo 2007 -2010, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, SENPLADES, Quito, 2007.

internacional. El principal propósito recae en la construcción de una sociedad incluyente donde tenga cabida la persona con discapacidad.

Otro ejemplo que mencionar sería la creación de la Misión Solidaria “Manuela Espejo”⁵¹⁰. Este programa se caracterizó por ejecutar un estudio sobre el universo identificativo de las personas con discapacidad, así como sus particularidades psicosociales y clínico-genéticas. Por otra parte, se desarrolló una caracterización de la población de personas con discapacidad, la exploración respecto a las posibles causas de dichas discapacidades, y la identificación de las necesidades principales de este grupo social, para así brindar una respuesta inmediata a los casos críticos.

Los resultados que fueron alcanzados con la materialización de esta misión permitieron la implementación de un tercer programa denominado Misión “Joaquín Gallegos Lara”⁵¹¹, en cuyo programa fueron tomados los estudios arrojados por la Misión Manuela Espejo y fue preparado un mecanismo de financiamiento como soporte y elemento de estímulo para la nivelación y protección de aquellos ciudadanos ecuatorianos que poseían graves discapacidades y enfermedades catastróficas.

Si se analiza con más profundidad los programas de atención a las personas con discapacidad en Ecuador en cumplimiento de las directrices de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, se destaca el programa siguiente.

5.6.1. Ecuador sin Barreras

Con la política de atención hacia la discapacidad iniciada en el año 2007, se generó el establecimiento del primer programa denominado “Ecuador sin Barreras”. Por medio de este programa el órgano ejecutivo, específicamente la Vicepresidencia de la República promulgó un conjunto de acciones que brindaron la posibilidad de visibilizar el problema de la carencia de atención hacia las discapacidades. Es a partir de esta visibilización que fueron proyectadas las respectivas políticas sociales para enfrentar tal situación negativa que tenía este grupo social.

⁵¹⁰ Este nombre fue adoptado en homenaje a la figura destacada de una importante mujer, enfermera, periodista, revolucionaria y escritora, que durante su vida emprendió una lucha por la reivindicación de los derechos humanos desde los inicios de la independencia.

⁵¹¹ Su denominación se debe a un homenaje a un gran escritor en la historia ecuatoriana, que debió enfrentar limitaciones físicas y sobresalió por su mente lúcida.

Respecto a las acciones desarrolladas se puede destacar la inclusión de guías con el objetivo de materializar las normas básicas en materia de accesibilidad, la eliminación de barreras físicas, la implementación de un registro laboral de personas con discapacidad, la entrega de ayudas técnicas y mecanismos destinados a la atención sanitaria para los individuos que padecían de un déficit en cuanto a movilidad. Esta serie de acciones o medidas, adoptadas en principio, llegaron a tener un recibimiento positivo por parte de la sociedad ecuatoriana, lo cual evidenció la existencia de una base social que esperaba cambios en este tema y que había existido una política ausente del Estado en combatir todas estas carencias.

- En todo caso, para mayor información de este programa, establezcamos los objetivos por los que se implementó para dar respuesta al abandono sufrido de los grupos más vulnerables, sensibles y desprotegidos en el país; por ello, a través de Decreto Ejecutivo Nro. 338 de 23 de mayo de 2007, éste “establece como política de Estado la prevención de discapacidades, la atención y rehabilitación integral de las personas con Discapacidad” (Acuerdo No. 0119) y, más tarde a través de Decreto Ejecutivo 1188 de 7 de julio dl 2008, se declara la emergencia a la situación de las personas con discapacidad, con este propósito entonces se prioriza: “la atención y provisión de ayudas técnicas e insumos médicos
- la prestación de servicios de salud pública a personas con discapacidad
- adaptación y readecuación de infraestructura física que permita mejor la accesibilidad a los diferentes espacios públicos
- la implementación de un sistema de información nacional, que detalle el tipo de discapacidad y porcentaje, condición socio-económica y demás necesidades encontradas”⁵¹².

Este programa está alineado a las disposiciones normativas internacionales y al Plan Nacional Para el Buen Vivir de 2009 y plantea 8 ejes que están dirigidos a equiparación de oportunidades a través de ayudas técnicas, medicinas e insumos que les servirá a las personas con discapacidad para compensar su deficiencia, al menos en un

⁵¹² Política pública en discapacidades. Del enfoque biológico al enfoque de derechos 2007 – 2015. Vicepresidencia de la República. Secretaría Técnica para la Gestión Inclusiva en Discapacidades, Quito (2007).

primer momento o primera etapa por el que se diseñó, después de haber realizado un barrido geo referencial.

Es de destacar que se otorga énfasis al ámbito del empleo por lo que se busca “desarrollar destrezas y capacidades para fomentar oportunidades de empleo”; la eliminación de barreras físicas y de transporte se plantea también como eje principal con el afán de mejorar la movilidad hacia el ejercicio de su derecho a tener independencia; se impone la creación de un sistema de defensa de derechos, conforme así lo establecía al normas de las discapacidades de ese momento, me refiero a la Ley 180 – Ley sobre Discapacidades, a través de asesoramiento y patrocinio legal, ámbito que no está ya en vigencia por obvias razones al haberse derogado dicha ley y puesta en vigor la actual Ley Orgánica de Discapacidades, aspecto que a criterio del autor de esta investigación debería retomarse debido a la insistente demanda por problemas específicos de las discapacidades, que a pesar de la capacitación a los operadores de justicia a nivel nacional, todavía persiste el desconocimiento de las acciones legales y/o jurídicas en defensa de ese importante grupo humano que constituyen las personas con discapacidad y sus familias.

La salud sin barreras, también es otro elemento importante a abordar a partir de la implementación del programa con atención sanitaria prioritaria, pública y gratuita; al igual que la educación a través de la formación y capacitación empresarial, a lograrse la ejecución de estos ejes en una sociedad inclusiva en igualdad de oportunidades y derechos; por último, el registro de las personas con discapacidad, uno de los pasos más importantes para determinar la situación de las personas con discapacidad, que no sólo se centró en el registro, sino en ser ubicados geo referencialmente para adoptar las medidas y acciones más relevantes en afán de visibilizar a las personas y sus familias y atender sus apremiantes necesidades en torno a su condición.

Cumplida esta fase, se diseñan las acciones inmediatas a seguir con la intención de viabilizar las políticas públicas y en los ámbitos descritos, se lo hace a través de la Misión Manuel Espejo y el programa Joaquín Gallegos Lara, que a continuación los describimos:

Programas Misión Solidaria Manuela Espejo y Joaquín Gallegos Lara.

La ejecución de estos dos programas fue en etapas diferentes, no obstante, se encuentran entrelazados por lo que su análisis deberá ser unificado. En primer lugar, hay

que destacar la urgencia que existía en el país de realizar una valoración profesional respecto a la real situación que tenían las personas con discapacidad, con la finalidad de emprender las respuestas necesarias tanto a corto como a largo plazo. Estos proyectos en sus inicios llegaron a manifestar un conjunto de dificultades, ejemplo de ello sería la carencia de una infraestructura e instituciones donde se haya ejecutado una investigación adecuada de cada área o territorio, la no existencia de cuadros profesionales con formación en el tema, entre otros. Todos estos factores impulsaron que se solicitara apoyo a otros países de la región latinoamericana y otras instituciones del Estado ecuatoriano para así dar cumplimiento a la meta trazada. Desde el poder ejecutivo fueron suscritos algunos convenios de cooperación con países como Cuba específicamente en cuanto al asesoramiento en materias como: investigación psicosocial, clínica y genética de la persona con discapacidad. Del mismo modo llegaron a ser firmados algunos convenios de cooperación con entidades estatales ecuatorianas como el Ministerio de Salud Pública y Defensa, para así desarrollar un diagnóstico sobre la situación de las personas con discapacidad⁵¹³.

De esta manera dio sus primeros pasos la Misión Solidaria Manuela Espejo con la ideología de crear un estudio biopsicosocial, clínico y genético para estudiar y registrar en el territorio nacional a todas las personas con discapacidad. Uno de los elementos fundamentales de este programa sería la fortaleza que se evidenció en la implementación de un sistema de atención a las discapacidades especialmente en el diagnóstico que se desarrolló, donde fue empleado un mecanismo de investigación-acción directo, aplicado en las residencias de cada persona con discapacidad, cuyo tiempo de duración estuvo comprendido entre veinte (20) días y ocho (8) meses, lo que denota una clara puntualidad en la recolección de información. Es así como, toda esta información brindó la posibilidad de aplicar acciones en las siguientes áreas: terapéutico; protección social y cuidado continuo; prevención; inclusión; ejercicio de los derechos civiles y políticos; etc.

El tema de la discapacidad fue incluido en el Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017. En este plan gubernamental se ratificó y fortaleció el elemento dirigido al desarrollo social, por lo que se auspició la igualdad, la cohesión en la inclusión y la equidad social, todo esto por medio de la concientización respecto a la necesidad de fortalecer y mantener el trabajo dirigido a la defensa de los derechos de las personas con

⁵¹³ CAMACHO, Alex; FRAGA, Galo; ALBÁN, Diana (2012: 1-33).

discapacidad, así como el cumplimiento de los instrumentos internacionales que tratan este tema. Puede agregarse que el surgimiento de la Secretaría Técnica de Discapacidades⁵¹⁴ respondió a la creciente demanda y necesidad de brindar una efectiva continuidad al proceso iniciado en materia de cooperación internacional sobre la discapacidad, bajo la concepción de dicho tema como eje prioritario dentro del ámbito de la política social y como parte de las estrategias trazadas para el desarrollo del país.

Tal como se mencionó con anterioridad, a raíz de la implementación de un esquema de cooperación Sur-Sur, en el Ecuador surgió la posibilidad de ejecutar el primer estudio biopsicosocial, clínico y genético para estudiar desde el territorio a todas las personas con discapacidad, o sea desde una escala nacional. No obstante, el tema de la discapacidad lejos de presentarse como una situación de coyuntura fue implementado desde la perspectiva de propuesta de reforma del Estado.

En lo que se refiere a las relaciones construidas por el Ecuador con la comunidad internacional, éstas llegan a basarse en perseguir un reequilibrio en cuanto a los vínculos geopolíticos a través de principios establecidos en el derecho internacional como: la independencia e igualdad jurídica de los Estados; la cooperación; la convivencia pacífica; la integración; la solidaridad; y la integración con Latinoamérica y el Caribe como parte de los objetivos estratégicos del Estado⁵¹⁵. De manera adicional, se destaca que el accionar internacional viene acompañado por el principio de perseguir un sistema de integración, especialmente latinoamericano que otorgue la posibilidad de cambiar un viejo orden dotado de carencias y exclusiones, además de institucionalizar una gestión soberana y democrática.

Por lo tanto, el ejecutivo ecuatoriano, con la finalidad de apoyar la redefinición de las relaciones internacionales del país con el resto de las naciones, han insertado y potenciado dentro de la cooperación internacional el tratamiento al tema de la

⁵¹⁴ Este organismo fue suprimido el 25 de mayo de 2016, con la finalidad de descentralizar la política pública en materia de discapacidades y ejecutarla mediante un eje de intervención transversal de todo el sector público, involucrando la participación directa de los diferentes órganos rectores desconcentrados como: Los Ministerios de Salud Pública, Inclusión Económica y Social, Ministerio de Trabajo, Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, Ministerio de Industria y Productividad y Ministerio de Telecomunicaciones, bajo la coordinación del Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades, que tiene a su cargo la ejecución de la Agenda Nacional para la Igualdad de Discapacidades.

⁵¹⁵ Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, Quito (2008: Art. 416).- Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores (...). Art. 423.- La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado. En todas las instancias y procesos de integración (...).

discapacidad a nivel regional y mundial. Todas estas medidas contribuyeron al fortalecimiento de la posición del tema de la discapacidad tanto en la agenda de desarrollo de organismos internacionales como en el propio modelo ecuatoriano. Dentro de este marco pueden señalarse los siguientes logros alcanzados por el Ecuador a partir de las acciones emprendidas en materia de discapacidad:

Tabla 5.

Acciones del Ecuador para el posicionamiento integral del tema de la discapacidad

Entidad	Acciones
Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)	Se evidencia la inclusión de la discapacidad como un eje transversal en el plan quinquenal del Consejo de Salud que integra este organismo regional. Además, fue aprobada la elaboración de una Resolución conjunta sobre el tema de la discapacidad, la cual fue presentada ante la Organización Mundial de la Salud (OMS).
Organización Mundial de la Salud (OMS)	Fue aprobada la Propuesta de Atención Integral con el objetivo de asegurar las fuentes de financiamiento para la implementación de las recomendaciones incluidas en el Informe Mundial de Discapacidad de los Estados miembros de la Organización Panamericana de la Salud (OPS).
Secretaría General Iberoamericana	Se desarrolló la Declaración de los Jefes de Estado y Gobiernos Iberoamericanos de 2013 como el año que promovió la inclusión laboral de las personas con discapacidad.
Unión Interparlamentaria	Se aprobó una Declaración de Asambleístas de la Unión Interparlamentaria, en cuyo documento se le brindó prioridad al desarrollo de normas legales en beneficio de los menores de edad con discapacidad a nivel mundial.
CEDDIS	El ex vicepresidente de la República del Ecuador fue elegido presidente del CEDDIS, a partir de dicho nombramiento fueron aprobados una serie de documentos como: la Resolución para la promoción del pago de cuotas voluntarias en aras de conseguir el financiamiento necesario para este Comité; la ratificación de la Convención e implementación de programas de prevención de discapacidades.

Fuente: Camacho Vásquez, A., Fraga, G., & Albán Morejón, D. "Programa de inclusión social de las personas con discapacidad a través de la cooperación Sur-Sur". Convención Internacional de Salud Pública.

La participación del Estado ecuatoriano en el tema de la discapacidad ha estado enfocada en las demandas específicas evidenciadas o más bien sacadas a la luz con los programas Misión Manuela Espejo y Joaquín Gallegos Lara.

Habíamos referido que estos dos programas Manuela Espejo y Joaquín Gallegos Lara, están entrelazados y, es en la finalidad lo que los destaca, se trata de “facilitar una transparencia económica condicionada a las personas con discapacidad que viven en condiciones críticas de extrema pobreza y con alto grado de discapacidad”⁵¹⁶, dotándoles de un apoyo económico a aquellas personas que cuidan a la persona con discapacidad severa en situación crítica que requieren una atención continua y permanente, que demande tiempo, calidad, especificidad y un flujo continuo de recursos económicos que permita elevar su calidad de vida, como así lo refiere el Decreto Ejecutivo No. 422 de 15 de julio de 2010; está dirigido este bono equivalente a 240 dólares mensuales a aquellos que tienen enfermedades catastróficas, raras y huérfanas y a personas menores de catorce años que padecen de VIH-SIDA, que por razones claras padecen de discapacidad.

Las políticas públicas en materia de discapacidades se relacionan también con el Plan Nacional de Desarrollo 2017 – 2021 (Toda una Vida), del que ya hemos referido anteriormente; en todo caso en cuyo Eje 1: Derechos para Todos Durante Toda la Vida, en el Panorama General “posiciona al ser humano como sujeto de derechos a lo largo de todo el ciclo de vida”⁵¹⁷, lo que significa el “reconocimiento de la condición inalterable de cada persona como titular de derechos, sin discriminación alguna” que según el diagnóstico efectuado para este plan, aún “es necesario profundizar temas como la equidad y la justicia social”, tal es el caso para las personas con discapacidad, con brechas persistentes por lo que se hace necesario trabajar con las personas con discapacidad en el ámbito de la educación inclusiva, el trabajo digno, la salud en la que se impliquen los componentes de la salud sexual y reproductiva y protección frente a todas las formas de violencia. Destaca la necesidad y cuidado de mayor énfasis a las personas con alto grado de discapacidad. Atenderlas con políticas desde “un enfoque de derechos, atado a la comprensión de componentes subjetivos asociados a la situación [...] se hace necesario

⁵¹⁶ Política Pública en Discapacidades. Del enfoque biológico al enfoque de derechos 2007 – 2015, Vicepresidencia de la república. Secretaría Técnica para la Gestión Inclusiva en Discapacidades (2007: 30).

⁵¹⁷ Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021 Toda una Vida. Consejo Nacional de Planificación del Ecuador, Quito (2017).

por tanto la socialización, desarrollo de competencias personales para la resiliencia, capacidad de decisión, autonomía, realización, oportunidades de desarrollo⁵¹⁸.

Se fortalece este Plan en el Objetivo 1, en su Fundamento que propone la garantía de “otorgar una vida digna en igualdad de oportunidades para las personas”⁵¹⁹ a fin de dejar de ser simples sujetos beneficiarios y convertirse en sujetos de derechos a través de la apropiación de los mismos, exigiendo garantías para su ejercicio. Ello precisamente es el objetivo de las políticas públicas, que actúen directamente sobre una realidad social a través de acciones directas o indirectas que conduzcan a la redistribución y a hacerle frente a situaciones que requieren de atención, por lo que su diseño, gestión y evaluación se verán en resultados de estabilización en la provisión de bienes y servicios públicos; inclusive en casos emergentes. Es de destacar por último que el principal objetivo, es mejorar el ejercicio de su accionar como Estado frente a los resultados de su aplicación que debe incluir severos controles en la rendición de cuentas y de transparencia de su aplicación.

En síntesis, una vez realizado un recorrido por las diferentes políticas públicas que el Ecuador ha construido a partir de 1992, se puede considerar que el Estado aún posee políticas públicas enunciativas, de oferta y sin disposición especial de superar un enfoque asistencialista. En líneas de este capítulo se ha comprobado que las agendas de la igualdad no cumplen las metas planteadas de construcción de política pública, ni de coordinación interinstitucional, así mismo, las políticas gubernamentales no concuerdan con la infraestructura estatal que permita el acceso a la justicia y la protección jurídica a las personas con discapacidad. Las políticas públicas son acciones de autoridades que realizan plataforma previa de aspiraciones electorales, partiendo de elementos de la equidad como la discriminación positiva y negativa.

⁵¹⁸ Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021 Toda una Vida. (2017)

⁵¹⁹ Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021 Toda una Vida. (2017)

Capítulo VI

El Derecho al Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad

El derecho al acceso a la justicia es un ejercicio contiguo del derecho al amparo judicial proclamado así por la Constitución como una acción de derechos humanos basado en el principio de que el Estado será responsable de respetar y garantizar el derecho a la defensa judicial segura, garantizando el debido proceso jurídico a sus ciudadanos⁵²⁰.

En ese sentido la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia No. 017-17-SIN-CC CASO No. 0071-15-IN como resumen de admisión refiere que:

“La asambleísta María Cristina Kronfle Gómez, en calidad de presidenta del Grupo Parlamentario por los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Asamblea Nacional, presentó demanda de inconstitucionalidad, en contra de los artículos 1, 6 y 8 del Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades, contenido en el Decreto Ejecutivo No. 171, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 145 del 17 de diciembre de 2013. Refiriendo que el Art. 6 de la Ley Orgánica de Discapacidades argumenta que los Beneficios tributarios-El régimen tributario para las personas con discapacidad y los correspondientes sustitutos, se aplicará de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Discapacidades, este Reglamento y la normativa tributaria que fuere aplicable”⁵²¹.

De esta manera la pretensión de la prevenida sentencia es la solución de la existencia de la inconstitucionalidad de los preceptos decretados en la Ley Orgánica de Discapacidades sobre el aumento del porcentaje tributario a cobrar a las personas con discapacidad siendo este muy elevado, denotándose transgresión de la norma, violando el principio de progresividad de derechos previstos en el Art. 11 numeral 8 de la Constitución, manifestando que:

“El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias

⁵²⁰ Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, Quito (2008).

⁵²¹ Resolución Sentencia No. 017-17-SIN-CC, Caso No. 0071-15-IN, Corte Constitucional del Ecuador (2017).

para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”⁵²².

Es evidente que las personas con discapacidad debido a la condición que presentan son proclives a la vulneración de sus derechos denotándose violaciones en las normas que los protegen y uno de estos derechos es el acceso a la justicia incidiendo en la aplicación de otros. Por lo que en virtud de lo antes dicho el acceso efectivo de las personas con discapacidad está determinado por la admisibilidad, igualdad y respeto de los individuos que manejan los sistemas judiciales en aras de administrar la justicia de forma correcta y en el debido respeto a los procesos judiciales.

Otro ejemplo de jurisprudencia en cuanto al acceso a la justicia de las personas con discapacidad se evidencia por la propia Corte Constitucional del Ecuador en su Resolución de Sentencia No. 0 133-16-SEP-CC, Caso No 1273-15-EP en la pretensión a impugnar expresa que:

“Se observa que el legitimado activo afirma que se vulneró su legítimo derecho a la defensa debido a que la SENA, no consideró los certificados médicos y otros documentos que fueron presentados como justificación de la no presentación de los documentos exigidos por la SENA dentro de la inspección de control y fiscalización efectuada a la oficina donde ejecuta la actividad de Agente de Aduana el ahora accionante (...). Se concluye entonces que el accionante, en el trámite administrativo ante la SENA, ejerció su legítimo derecho a la defensa, más (sic.) al no presentar la documentación requerida conforme a las disposiciones legales invocadas en dicha resolución se observa que no se trata de una cuestión de vulneración de derechos, ante lo cual, queda desvirtuada la violación al derecho de defensa alegada por el legitimado activo (...)”⁵²³.

⁵²² Constitución de la República del Ecuador (2008: Art. 11.8). - El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

⁵²³ Resolución Sentencia No. 0 133-16-SEP-CC, Caso No 1273-15-EP, Corte Constitucional del Ecuador, Quito (2016).

Al respecto, la propia Corte expresa en su deliberación que ciertamente fueron violentados los derechos de la persona discapacitada que presentó la demanda evidenciándose por parte del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE) que sus argumentos fueron resultados de un quebrantamiento de derechos laborales como garantía del ejercicio de las personas con discapacidad, así como los derechos a desarrollar actividades económicas y el debido proceso como evicción de defensa que poseen las personas con discapacidad.⁵²⁴

Concluyentemente, todas las organizaciones jurídicas encargadas de equidad jurídica deben tener como fundamento u objetivo principal el de brindar y asegurar un correcto camino a la justicia para las personas que presentan discapacidad, estipulando las medidas necesarias para permitir el acceso absoluto al régimen judicial de la ciudadanía, estableciendo programas, normas o manuales en intención de un correcto proceso, así como de una necesaria aceptación por las administraciones de justicia en el país.

Bajo esta premisa, entonces desarrollamos lo que implica el acceso a la justicia.

6.1. El acceso a la justicia como noción

En cuanto a la noción que se ha manejado sobre el acceso a la justicia cabe señalar, como una de las preocupaciones fundamentales tanto del constitucionalismo europeo como del latinoamericano, a partir de mediados del Siglo XX, consistió en la vitalización de las declaraciones sobre los derechos y las libertades públicas a través de la previsión y el funcionamiento de aquellos mecanismos procesales que contribuyeran directamente al aseguramiento de los derechos que han sido consagrados en la ley. Con la promulgación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el posterior desarrollo de la etapa donde fueron proclamados la constitucionalización de los derechos fundamentales, específicamente en el transcurso del Siglo XIX, propinó que en la segunda mitad del Siglo XX fueran implementados los cauces judiciales para el cumplimiento de este tipo de derechos, lo cual dio lugar al auge de las garantías hacia los derechos fundamentales.

⁵²⁴ Resolución Sentencia No. 0 133-16-SEP-CC, Caso No 1273-15-EP (2016).

Sobre estas garantías habría que señalar que no llegan a abarcar el simple reconocimiento constitucional del derecho, la implementación de un sistema de separación de poderes y la reserva legal, puesto que se llega a incluir un carácter procesal. Este segundo carácter conlleva a la intervención de organismos independientes, lo cuales evidencian ciertas facultades para solucionar e incluso prevenir cualquier accionar lesivo sobre los derechos fundamentales, ello incluye también aquellas actuaciones ejecutadas por el poder público.

En virtud de la ideología liberal, que existía en los estados burgueses posteriores a la Francia revolucionaria, el derecho al acceso a la justicia, específicamente a la jurisdicción era restringido, y más aún a las personas que presentaban alguna discapacidad⁵²⁵.

Es obvio que la evolución del tratamiento y reconocimiento en el ámbito constitucional de los derechos fundamentales ha tenido como uno de sus principales fines la realización plena de dichos derechos. Ante este tipo de perspectivas se han debido superar las concepciones del liberalismo burgués, donde se defendía el libre ejercicio de fuerzas y poderes dentro de la sociedad con el objetivo de que existiera un disfrute real de los derechos.⁵²⁶ La nueva visión en el tratamiento a brindar hacia los derechos fundamentales estuvo impulsada por los cambios generados en la concepción del Estado de Derecho, en la cual se planteó su carácter social, y de forma especial la ejecución en el ámbito internacional de la protección de los derechos humanos. En lo que se refiere a la garantía de los derechos que implica variados instrumentos procesales catalogados como adecuado y efectivos, este mecanismo no ha sido acogido por los diversos países en sus respectivos ordenamientos jurídicos, sino que también ha sido establecido como una obligación o deber dentro del Derecho Internacional.

De tal manera con el reconocimiento absoluto de los derechos de las personas en el sentido amplio de la palabra, específicamente de los derechos sociales, se considera que el acceso a la justicia y a la igualdad debe ser considerado como un derecho real y no teórico o subjetivo, procurando que el Estado sea el máximo responsable de velar por el adecuado acceso a la justicia y no permita brechas y/o fugas en el sistema de justicia.

En ese sentido el juez uruguayo Couture afirmó que:

⁵²⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant (1995: 1110).

⁵²⁶ GUERRA, María Del Rosario (2011: 1-23).

“Una teoría que trate de explicar la evolución o naturaleza jurídica de la acción a la justicia debe partir de la base necesaria de que cualquier ciudadano tiene derecho a que el órgano jurisdiccional competente considere su pretensión expuesta con arreglos a las formas dadas por la ley procesal. Ese derecho es la porción mínima indiscutible de todo este fenómeno”⁵²⁷.

En este ámbito no puede ser obviada la situación que ha identificado los diversos sectores sociales, donde para varios grupos sociales resultaba engorroso e incluso imposible acceder a los organismos cuya función era tutelar los derechos humanos. Ello significó que la sola existencia de estos cauces procesales, que en principio fueron considerados idóneos para la protección de los derechos fundamentales, no resultaba suficiente, ya que parte de la población no tenía las condiciones para poder acceder y servirse de este tipo de instrumentos. Este tipo de falencias contribuiría a la exteriorización de cuestionamientos respecto a la vigencia y protección de los derechos humanos, así como la legislación social que regía en los distintos ámbitos, ambos elementos en la región latinoamericana se caracterizaron por excluir a las minorías étnicas y grupos vulnerables, que representaban a la mayoría de los individuos dentro de la sociedad.⁵²⁸

Es así como, con estas deficiencias, características y motivaciones, se desarrolló en las naciones occidentales una atención especial hacia lo que se catalogaría como acceso a la justicia. Los inicios de esta estuvieron enmarcados en el establecimiento de servicios públicos destinados a la satisfacción de necesidades como son la asistencia y la representación jurídica de los grupos menos favorecidos, específicamente en el aspecto económico, además se llegó a incluir la previsión de instrumentos para la defensa de los intereses colectivos. Posteriormente se desarrolló un enfoque sobre el acceso a la justicia basado no tanto en los requerimientos de representación o asistencia judicial, o sea en la entrada al sistema judicial, sino en la propia configuración y funcionamiento del sistema. Ello implicó la revisión crítica de la organización del sistema judicial, los procedimientos, las acciones disponibles y los métodos en la resolución de los conflictos⁵²⁹.

⁵²⁷ COUTURE, Juan (1958: 71).

⁵²⁸ SAMPAY, Arturo (2010).

⁵²⁹ LÓPEZ, Andrés; TROVATO, Margarita (2011: 271-293).

Por otro lado, se logró desarrollar un marcado interés hacia los aspectos cualitativos y cuantitativos que llega a ofrecer el sistema judicial, lo cual generó todo un análisis sobre los factores que representaban una dificultad en la obtención de justicia y en la propuesta de vías de solución. Estas consideraciones sobre el sistema judicial han llegado a provocar numerosos estudios sobre una visión en torno al acceso a la justicia, entre la que se destaca el análisis de circunstancias variadas que a la vez llegan a traducirse en barreras para el acceso a la justicia de grupos sociales con recursos económicos escasos y grupos sociales vulnerables, lo cual provocó una revisión crítica de las estructuras judiciales que en principio estaban orientadas a la resolución de controversias en el marco de los estratos sociales medio y alto.

El enfoque hacia el acceso a la justicia se ha visto fortalecido a partir del desarrollo de la conceptualización sobre los derechos humanos. Ello motivado principalmente a que resultan ser varios los derechos reconocidos en los instrumentos que integran al Derecho Internacional, y donde se llega a exigir el acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Sobre este tema no llega a existir una definición única sobre el acceso a la justicia, y en cuanto a la diversidad de las acepciones surgidas, se puede afirmar que estas han contribuido a la disciplina desde la perspectiva que resulta ser examinada, sea jurídica o sociológica⁵³⁰. Es así que, la perspectiva que predominó, unida al análisis de datos ofrecidos por la regulación normativa y la jurisprudencia en una nación determinada, e incluso los que llegan a ser proporcionados por organismos internacionales sobre derechos humanos, contribuirán a medir el acceso a la justicia.

Sobre este tema ha surgido un denominador común entre las diversas acepciones respecto al acceso a la justicia, el cual reside en su tratamiento como un derecho, cuyo ejercicio brinda la posibilidad de acudir a organismos facultados para la protección de los derechos humanos e intereses y en la resolución de los conflictos, que afectan bienes jurídicos de trascendencia en la sociedad. En este ámbito existen diferencias cuyo inicio está sujeto a la consideración de varios aspectos como la naturaleza jurídica inherente al propio acceso a la justicia, que resulta ser a la vez el derecho genérico vinculado a un conjunto de derechos humanos específicos, que están adscritos a la tutela judicial efectiva o derecho a un juicio justo. Por otra parte, existe la obligación del Estado en asegurar este tipo de derecho, unido a la determinación de si solo el acceso a la justicia se refiere a los

⁵³⁰ BIRGIN, Haydee; GHERARDI, Natalia (2010: 1-14).

tribunales u órganos administrativos, o sí también abarca aquellas instancias encargadas a la resolución de los conflictos de forma alternativa.

Según las distintas aproximaciones respecto a la noción sobre el acceso a la justicia puede llegar a establecer una distinción en un sentido amplio y un sentido estricto. Primeramente, desde una perspectiva amplia el acceso a la justicia es considerado un derecho que se relaciona con la disponibilidad real de instrumentos judiciales o de otra índole fijados por la norma jurídica para otorgar la debida protección, ello representa la accesibilidad a instancias con la potestad de cumplir la función de protección y tutela, a través del debido procedimiento judicial, es decir, ejecutar una solución jurídica a la situación que ha sido planteada⁵³¹. En segundo lugar, desde una perspectiva estricta el acceso a la justicia ha sido tratado como el derecho a la tutela judicial efectiva que posee todas las personas, el cual fue establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵³² y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁵³³, aquí se contrajo la posibilidad de que los individuos puedan acudir ante los órganos jurisdiccionales en aras de defender sus derechos e intereses.

Desde un ámbito general se podría afirmar que el acceso a la justicia contempla los siguientes aspectos: las garantías que deberá ofrecer el órgano de justicia dígase independencia, imparcialidad y competencia, establecido de forma previa por la ley; el respeto al principio de contradicción y el debido proceso; la resolución del conflicto judicial en un periodo de tiempo razonable; la emisión de la respectiva resolución judicial basada en la norma legal y con una ejecución cabal. En lo que se refiere al sentido amplio respecto al acceso a la justicia este llega a contemplar su análisis desde un sentido estricto, ya que los instrumentos procesales que sostienen el acceso a la justicia deberán reunir todas las condiciones que fijen la materialización del debido proceso⁵³⁴.

De forma adicional habría que reconocer los aspectos legislativos en los que descansa los procesos de elaboración de la norma legal, por medio de la cual se regula y establece el acceso a la justicia. Otro elemento por señalar, en el amplio engranaje que abarca el acceso a la justicia, sería aquellas relaciones surgidas entre los sujetos y el sistema judicial en todas sus instancias, y la calidad de la respuesta que cada persona llega

⁵³¹ Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Organización de los Estados Americanos (1969).

⁵³² Convención Americana sobre los Derechos Humanos (1969).

⁵³³ Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos. Resolución 2200 A (XXI). Organización de las Naciones Unidas (1966: Art. 14).

⁵³⁴ REDONDO, María Belén (2015: 99-119).

a recibir. Ello implica la visión extendida hacia el sistema de justicia, este a la vez se identifica con los órganos del poder judicial, la justicia de paz, la mediación, el arbitraje, la conciliación y demás mecanismos alternativos en la resolución de los conflictos.

En relación a todo lo antes mencionado se debe argumentar que el acceso a la justicia no debe ser vista desde un punto de vista subjetivo si no, se debe entender como una acción objetiva de la cual están carentes los ciudadanos vulnerables debido a su condición, siendo estos en especial las personas con discapacidad, ya que ciertamente producto a su condición física o psicológica son tratados de forma discriminatoria, no dándoles el tratamiento judicial merecido producto al quebrantamiento de sus derechos.

6.2. El acceso a la justicia como un derecho

Con respecto a la concepción de la justicia como un derecho, esta percepción fue desarrollada a partir del impulso dado por el constitucionalismo moderno, a la vez establecido como parte integrante del amplio catálogo de los derechos fundamentales. En todo Estado de Derecho y que sea democrático se reconoce la obligación de ofrecer a las personas un sistema con la efectiva capacidad de procesar y solucionar los conflictos relevantes en el ámbito jurídico, que hayan sido suscitados entre las personas, o entre el individuo y el Estado. Así mismo, el derecho persigue asegurar a las personas de amenazas y vulneraciones de sus derechos fundamentales, esto se alcanza a través de la vía expedita que otorga la protección judicial. De esta manera se pretende garantizar el pleno ejercicio de los derechos que le asisten a cada persona.

Consecuentemente y en afirmación al párrafo anterior la carta magna de Ecuador refiere en el Art. 1 que “el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia”⁵³⁵. En este sentido se resalta la relevancia que posee la justicia para el Estado como uno de los objetivos más importantes a cumplir, asumiendo la tutela y titularidad de los ordenamientos jurídicos, encaminados a la protección de los derechos humanos de sus ciudadanos.

En continuidad al concepto de tutela judicial efectiva, el autor Reyes expresa que la misma surge como acción transformadora de la justicia, por ejemplo, en la Constitución española, expresa como propósito de que cada ciudadano tenía el derecho de dirigirse a

⁵³⁵ Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, Quito (2008).

una dirección de justicia en aras de conseguir una respuesta adecuada a su situación legal o a su vulneración de derecho⁵³⁶. En resumen, el concepto de tutela judicial efectiva es el acceso o el alcance jurídico que tiene una persona a la jurisdicción, de manera que se llegue al fondo y se solucione la Litis que presenta esa persona recurrente conforme a criterios razonables en términos jurídicos.

Es por lo que resulta de suma importancia el acceso que posee este término ya que el mismo descansa en la capacidad con la que se ha llegado a conformar, siendo la puerta de entrada hacia el sistema de tutela judicial y la resolución de los conflictos. De no existir una aplicación efectiva del acceso a la justicia como derecho, la exigibilidad del resto de derechos fundamentales reconocidos en la normativa constitucional y en el ordenamiento jurídico en general, no resultaría posible. Razón por la cual el acceso a la justicia representa un derecho fundamental que a la vez desempeña un rol protagónico en un sistema de administración de justicia democrático⁵³⁷.

La concepción restringida del derecho de acceso a la justicia de la seguridad humana consiste en la responsabilidad que posee el Estado en tutelar y proteger los derechos de sus ciudadanos en relación a las vulneraciones cometidas hacia su persona y su integridad física, , ejemplo de ello es el poder acceder a los tribunales y tener el derecho a recibir un juicio justo. Este paradigma ha imperado en el análisis doctrinario de este tema y su respectivo desarrollo⁵³⁸. No obstante, un análisis con una mayor amplitud brinda la posibilidad de integrar en este derecho otros mecanismos de resolución de los conflictos que poseen un carácter no estatal y extrajudicial, ejemplo la justicia indígena, y los mecanismos de resolución de conflictos.⁵³⁹

En el ámbito del Derecho Internacional, respecto al acceso a la justicia, se reconoce el deber de remover aquellos obstáculos en materia económica que dificultan las garantías en el acceso a este tipo de derechos, un ejemplo a mencionar de la depuración de este tipo de obstáculos, es el proveer de instancias donde exista una asistencia jurídica gratuita para aquellos individuos que poseen una situación económica desfavorable, esta posibilidad está reconocida en la Constitución ecuatoriana vigente, en cuyo Art. 191 se reconoce a la Defensoría Pública como un organismo que integra la función judicial y

⁵³⁶ HURTADO, Martín (2006).

⁵³⁷ OCHOA, Javier; MADRID, Claudia (2014: 281).

⁵³⁸ VANDERSCHUEREN, Franz; OVIEDO, Enrique (1995: 78).

⁵³⁹ GONZÁLEZ, Felipe (2008: 9).

que además tiene como objetivo principal el garantizar a las personas un acceso pleno a la justicia, que debido a la presencia de situaciones de indefensión o estado económico no tienen la posibilidad de contratar servicios legales para su defensa, por lo que este organismo deberá prestar un servicio legal, gratuito, técnico y oportuno destinado a la protección de los derechos fundamentales de cada individuo⁵⁴⁰.

En lo que respecta al acceso a la justicia en la esfera internacional, específicamente en el Derecho Internacional de los derechos humanos, este tipo de derechos llega a ser reconocido como tal en un conjunto de normas convencionales⁵⁴¹. En dichas normas se establece como una obligación de los Estados miembros el asegurar una aplicación efectiva y reconocimiento legal y constitucional del acceso a la justicia. A modo general, estas obligaciones son de carácter positivo en las cuales se llega a exigir acciones concretas para eliminar los obstáculos que imposibilitan el aseguramiento del acceso a la justicia.

En el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos se llega a consagrar el derecho que tiene toda persona a una tutela judicial efectiva, en los artículos 8 y 25 y las garantías judiciales en el Art. 8.1. Al respecto habría que agregar que en el ámbito de la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en donde se evidencia un contenido en el cual fueron delimitados los fundamentos y el alcance del derecho de acceso a la justicia. Desde una perspectiva específica las interpretaciones realizadas por este organismo internacional tienen sus inicios en la contemplación del acceso a la justicia como un pilar fundamental del Estado de Derecho, lo cual se encuentra a la vez reconocido como un recurso efectivo y un derecho vinculado al debido proceso.

La Corte IDH y su jurisprudencia sobre el acceso a la justicia, permite dilucidar diferentes visiones sobre este derecho. Respecto a este tema autores como Paola Acosta han expresado que algunos jueces pertenecientes a la Corte IDH llegan a propugnar una amplia mirada de este derecho por lo que se traduce a una interpretación exclusiva de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, y aquellos

⁵⁴⁰ Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente (2008: Art. 191).- La Defensoría Pública es un órgano autónomo de la Función Judicial cuyo fin es garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos.

⁵⁴¹ Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1953: Art. 6).

referidos a las obligaciones generales como es el caso de los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento internacional⁵⁴². Sobre el Art. 1.1 de la Convención se podría destacar la exigencia estipulada para los Estados miembros donde se deberá organizar todo el aparato estatal o gubernamental, todas aquellas estructuras por medio de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que exista un aseguramiento jurídico en el ejercicio pleno y libre de los derechos fundamentales.

A partir de este enfoque el acceso a la justicia como derecho, llega a abarcar no solo la protección de los derechos humanos sino también los recursos judiciales y mecanismos alternativos para la resolución de determinado conflicto. Acorde a esta línea la Corte IDH señaló que el Art. 25 de la Convención Americana sobre los Derechos Fundamentales está vinculado directamente con el Art. 1.1, ya que se le llegan a atribuir funciones de protección dentro del derecho interno. Por otro lado, este organismo internacional ha llegado a sostener una visión que puede ser catalogada como restringida, la cual encierra una interpretación separada de los artículos 8 y 24 de la Convención, o sea se delimita su alcance y la relación que existe entre el derecho de acceso a la justicia, que sería un derecho sustantivo y el derecho a un recurso especial de protección dentro del ámbito jurídico, o sea, un derecho de forma. Habría que agregar el desarrollo de una tercera visión en la que se llega a contemplar el acceso a la justicia, como una norma *ius cogens*, o sea, una normativa de Derecho Internacional Público que posee un carácter imperativo y que resulta ser de obligado cumplimiento, además de que no se admite un acuerdo contradictorio en los Estados⁵⁴³.

Así mismo, las interpretaciones surgidas del trabajo realizado por la Corte IDH, han arrojado que el acceso a la justicia como un derecho a un recurso efectivo, el cual se establece en el Art. 25.1 de la Convención, estableció el deber del Estado a conceder a las personas las herramientas necesarias para la protección de sus derechos fundamentales frente a posibles acciones que ocasionen un perjuicio. Al respecto cabe señalar el criterio expuesto por este organismo internacional: “No basta con la existencia formal de los

⁵⁴² ACOSTA, Paola Andrea (2007: 138).

⁵⁴³ Criterio expuesto por el juez de la Corte IDH Antonio Cancado Trindade. Este magistrado ha propugnado el criterio de ampliar el contenido material que presenta el *ius cogens*, de tal manera que este llegue a ser estipulado en un sentido amplio. Dicho criterio ha sido manifestado a través de varios votos aislados, donde se ha defendido que la no disociación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre los Derechos Fundamentales trae como resultado el dominio del carácter de *ius cogens* que tiene el acceso a la justicia, es decir, su realización plena y la intangibilidad de todas las garantías judiciales reconocidas en ambos artículos.

recursos, sino que éstos deben ser efectivos, es decir, deben ser capaces de producir resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención”⁵⁴⁴. Acorde a este criterio planteado por la Corte IDH no resulta ser efectivo aquel recurso que solo represente una ilusión y que por tanto no tenga la capacidad de generar los resultados para los que en principio fue concebido⁵⁴⁵. De igual manera la Corte IDH señaló en su jurisprudencia la necesaria adecuación de los recursos, lo cual significó que: “Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno sea idónea para proteger la situación jurídica infringida”⁵⁴⁶.

En lo que respecta al derecho del debido proceso reconocido en el Art. 8 de la Convención, la Corte IDH ha establecido en su interpretación que dicho derecho es concebido como un complemento ideal respecto al derecho que tiene la persona de contar con un recurso efectivo, puesto que el debido proceso llega a determinar cómo dicho recurso deberá ser sustanciado para que logre ser efectivo. Por lo que, en el caso del derecho que tiene la persona a ser oída, deberá concretarse en un término que sea razonable, tal elemento forma parte integral del derecho de acceso a la justicia, ya que: “...una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”⁵⁴⁷. Por medio de la jurisprudencia de la Corte IDH se puede apreciar que desarrollar o estipular una definición sobre el término o plazo razonable no resulta una tarea fácil, razón por la cual el término deberá ser apreciado en una relación directa con la duración del procedimiento judicial en general, a la vez tendrán que tomarse en cuenta los siguientes elementos⁵⁴⁸:

- La complejidad del asunto.
- La actividad procesal del interesado.
- La conducta de las actividades judiciales.

Otro de los organismos internacionales que ha tratado este tema ha sido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ejemplo de ello sería el informe realizado denominado “Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas”, en cuyo documento se llega a advertir la existencia de una brecha entre el

⁵⁴⁴ Caso Baldeón García Vs. Perú, Sentencia de 6 de abril de 2006, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁵⁴⁵ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Corte Internacional de los Derechos Humanos (1988).

⁵⁴⁶ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras (1988).

⁵⁴⁷ Caso López Álvarez Vs. Honduras, Corte Internacional de Derechos Humanos. (2006).

⁵⁴⁸ Caso Baldeón García Vs. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006).

reconocimiento formal de los derechos y la respuesta obtenida del sistema de administración de justicia. En este informe fueron contemplados los problemas estructurales que posee el sistema de justicia en algunos países de la región latinoamericana, y que específicamente afectan el procedimiento ejecutado en aquellos casos donde se suscita la violencia intrafamiliar, esto a la vez debido a la carencia de tribunales en las zonas rurales, marginadas y con altos índices de pobreza en las comunidades, además de la falta de abogados para implementar una adecuada defensa de la víctima. En la parte final de este informe se llega a instar a los Estados miembros de la OEA a transitar del simple reconocimiento formal de los derechos fundamentales hacia un disfrute real y efectivo de estos por parte de las mujeres⁵⁴⁹.

De igual forma en el año 2007, la CIDH llevó a cabo un estudio publicado bajo la denominación: “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales” (DESC). En dicho estudio fueron analizados los estándares implícitos en el efectivo acceso a la justicia, desde la perspectiva de constituir garantías de este tipo de derechos. De tal forma que se llegó a reflejar en este estudio una sistematización de la jurisprudencia de la Corte IDH y las resoluciones de la CIDH en relación con el derecho de acceso a la justicia, y con ello se arrojaron cuestiones interesantes sobre los Estados miembros de la OEA respecto a la protección de los derechos económicos y sociales. Los cuatro temas centrales en los que dicho estudio se enfocó fueron los siguientes⁵⁵⁰:

- La obligación de eliminar los obstáculos económicos para poder garantizar un acceso a la justicia.
- Establecer adecuadamente los componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos destinados a los derechos sociales.
- Establecer adecuadamente los componentes del debido proceso en los procedimientos judiciales destinados a los derechos sociales.
- Establecer adecuadamente los componentes del derecho a la tutela efectiva judicial de los derechos sociales, individuales y colectivos.

⁵⁴⁹ Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. Corte Internacional de Derechos Humanos (2007).

⁵⁵⁰ El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Corte Interamericana de los Derechos Humanos (2007).

Uno de los elementos contenidos en este estudio va dirigido al deber que tiene el Estado de erradicar los obstáculos en el acceso a la justicia desde un ámbito comprensivo, es decir que resulta aplicable a todos los derechos establecidos en la Convención Americana sobre los Derechos Fundamentales.

6.2.1. El acceso a la justicia como un medio para el restablecimiento de los derechos

Un rasgo que prevalece en la sociedad es su constante evolución y la existencia de cambios, o sea evoluciona a un ritmo que generalmente es mayor al sistema social y político que llega a regir. La adquisición de esta diversidad llega a generar conflictos cuando existe un sistema, por ejemplo, el sistema de administración de justicia y con ello el acceso a la justicia, los cuales no responden a las necesidades imperantes por lo que se hace necesario ampliar su alcance. Por otro lado, en el restablecimiento de los derechos cuando se accede a la justicia se destaca el desarrollo de la humanización del proceso, lo cual llega a constituir un imperativo del valor que tiene la justicia, a la vez esto representa el derecho que tienen todas las personas a la ejecución de un proceso justo.

Del mismo modo, la denominación de un proceso como justo recae en la exigencia de que lleguen a tener flexibilidad ciertas formalidades procesales, para lo cual deberá tomarse en cuenta los fines que persiguen dichas formalidades, o sea resulta necesario que sean eliminadas formalidades desproporcionadas e irrazonables, autores como Bustamante Alarcón emitieron este tipo de criterios⁵⁵¹. Dicho enfoque no se encuentra exento de falencias, debido a que cuando se aboga por la humanización del proceso para el adecuado acceso a la justicia y con ello flexibilizar las formalidades procesales puede generarse una disminución de la seguridad jurídica, puesto que se brinda la posibilidad de adecuar la norma jurídica a un conflicto en concreto, simplemente bajo criterios de razonabilidad. Al respecto autores como Gómez Lara han expresado lo siguiente:

“Lo de la justicia en la resolución, suena muy bello e idealista, pero la justicia es un valor subjetivo y por lo tanto a veces es muy difícil hablar de ella porque lo que es justo para mi puede no ser justo para otros; (...). Hay un valor más gris, que es más modesto y que es el valor

⁵⁵¹ BUSTAMANTE, Reynaldo (2016: 38).

de legalidad, no el de justicia; el valor de legalidad es una cosa más concreta, más asequible, porque es simplemente llevar la solución, es decir llevar la sentencia al principio de que esté apegada a derecho, nada más”⁵⁵².

El criterio de este autor resulta ser una perspectiva restringida sobre la finalidad del sistema de justicia, puesto que solo se adhiere a la legalidad, lo cual carecería de cierto sentido, ya que el desarrollo y evolución de los casos judiciales han evidenciado que la legalidad por sí sola no conlleva a la paz social. Es así que, resulta importante tomar en cuenta cual es la finalidad en la gestión del conflicto a partir del acceso a la justicia. Al respecto algunos procesalistas como Carnelutti han defendido la articulación del sistema judicial como una herramienta para contribuir al restablecimiento de la paz social. La materialización de la administración de justicia acorde al criterio de este procesalista italiano se ha caracterizado por importantes carencias, al respecto señaló que:

“Precisamente la experiencia del hombre, haciendo caer a los juristas en la cuenta de la insuficiencia de la ley, los ha inducido a descubrir, junto a la ley, la equidad, que un gran maestro italiano del derecho ha llamado la justicia del caso singular, con una fórmula que permite comprender que la justicia no se deja aprisionar en una ley; Aristóteles, parangonando la equidad a la regla lesbia, que hecha de plomo se adaptaba a las sinuosidades de la materia que tenía que reglar, había expresado ya la idea de que la rigidez de la ley no se adapta, como debiera, a las imprevisibles formas del caso concreto”⁵⁵³.

Acorde a este criterio podría agregarse que, si bien la estructura del sistema en la administración de la justicia llega a brindar seguridad, además de un enfoque determinado en la obtención de justicia, la existencia de una rigidez excesiva representa un peligro para la finalidad propia del sistema. A pesar de ello, en el largo trayecto que constituye el restablecimiento de los derechos como uno de los objetivos principales del acceso a la justicia se ha planteado como necesidad la flexibilización de la estructura procesal, especialmente en lo que se refiere a la llamada “justicia al caso singular”.

⁵⁵² GÓMEZ, Cipriano (2006: 341).

⁵⁵³ CARNELUTTI, Francesco (1994: 23).

Esto encierra el desarrollo de dicha flexibilidad sin llegar a afectar la seguridad jurídica ni propiciar tampoco situaciones de arbitrariedad, o sea la justicia deberá ajustarse a cada caso en concreto; bien se refiere entonces, cuando en el Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia, refiere que “los Estados deben adoptar medidas positivas para garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos en la práctica. La medida que se requiera dependerá de las circunstancias. Por ejemplo, puede ser necesario proporcionar representación legal gratuita a las personas con discapacidad para garantizar el derecho a un proceso equitativo si esas personas tienen dificultades para entender las complejidades de los procedimientos”.

Es el caso por ejemplo resuelto en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *AK y L c. Croacia*, Nro. 37956/11, en relación de la violación del respeto por la vida familiar; en este caso, “las autoridades no garantizaron la representación legal del solicitante con discapacidad mental en procedimientos para despojarla de los derechos de los padres e informarles sobre los procedimientos de adopción en respeto de su hijo.” La madre con una discapacidad mental leve, fue despojada del cuidado de su hijo, aduciéndose que no podía cuidar de él debidamente, el hijo había sido dado en adopción sin que ella conociera ni informada de ese proceso, del cual tampoco era parte. Para demostrar que sí podía hacerse responsable del cuidado, dentro del proceso no tuvo representación y con las dificultades de comunicación propias de su condición, supo expresar sus deseos y defender su caso, logrando que el TEDH, fallara a su favor⁵⁵⁴.

En relación con este tema algunos autores lo han relacionado con la búsqueda de la verdad en el proceso, esta se divide en formal y material.

Sobre el tema de la verdad jurídica Bustamante Alarcón se refiere específicamente a la verdad jurídica objetiva y señaló que:

“...en primer lugar, (...) el proceso, y el procedimiento, deben estar encaminados a encontrar la verdad del caso, o mejor, a dilucidar

⁵⁵⁴ Caso *A.K and L.v. Croacia*, No. 37956/11, 8 enero 2013. Corte Europea de Derechos Humanos, Estrasburgo, Solicitud de restablecimiento de derechos parentales, por lo que el tener una discapacidad breve no era justificación suficiente para negárselos. El Tribunal en su sentencia determinó que el hijo le fue arrebatado a la madre biológica, solamente por su discapacidad, mientras el gobierno indicó que la decisión obedeció a la falta de condiciones adecuadas para vivir junto, lo que el Tribunal lo considera como vulneración a la Convención Europea de los Derechos Humanos y destaca la deficiencia con la que actuaron las autoridades nacionales para separar al hijo de la madre. Además, ordena al Estado croata a pagar cantidades señaladas a la requirente, correspondientes a: daños inmateriales, costas y gastos, más los intereses simples sobre los montos.

la existencia o inexistencia de las circunstancias de hecho que resultan relevantes o decisivas para la justa solución de la causa”⁵⁵⁵.

A este planteamiento se debe agregar la necesidad de que la realidad de los hechos llegue a entenderse desde la perspectiva jurídica. Por otra parte, el autor deja abierta una reflexión en la cual se evidencia la urgencia de que se desarrolle una mayor comunicación o adecuación entre los hechos suscitados, así como su debida transformación hacia la cuestión jurídica. De tal forma, resulta un requisito fundamental comprobar la efectividad de las decisiones en el conflicto de hecho.

Llega a carecer de sentido que se considere que el objetivo o finalidad del sistema de administración de justicia recae simplemente en la obtención de una decisión judicial, ya que de una forma efectiva se puede apreciar todo el trabajo ejecutado en el proceso, pero no resulta en sí la finalidad. Al respecto se señaló que:

Así, lo que de veras desean -y exigen- los ciudadanos al Estado es que éste se comprometa a resolverles los conflictos. La corrección de su contenido -podría decirse rozando la paradoja- no es tan importante como el hecho mismo de que la decisión se produzca, que es lo que inexcusablemente necesita la sociedad para sobrevivir pacíficamente”⁵⁵⁶.

Lo dicho hasta aquí supone que no llegan a equipararse los términos de justicia y paz, además tampoco puede ser afirmado que la justicia conlleva a la paz. A pesar de ello, se erige como una necesidad que el acceso a la justicia tenga su culminación en decisiones dotadas de razonabilidad, tanto con un enfoque en valores superiores fijados por el sistema como a raíz de las consecuencias que pueden ser generadas. Todo ello alcanza a complementar el acceso a la justicia como un instrumento que contribuye directamente en el restablecimiento de los derechos. Por otra parte, en el proceso se les brinda a las partes una solución que pone fin a la controversia jurídica, lo cual llega a obtenerse a partir de una decisión racional acorde a Derecho.

⁵⁵⁵ BUSTAMANTE, Reynaldo (2016: 57).

⁵⁵⁶ NIETO, Alejandro (2000: 323).

6.2.2. El acceso a la justicia como un derecho a la tutela judicial efectiva (debido proceso)

Como bien ha quedado señalado en los anteriores acápites el acceso a la justicia además de garantizar el ejercicio de otros derechos se encuentra directamente relacionado a un conjunto de derechos humanos. Al respecto cabe mencionar, en primer lugar, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su Art. 18; la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el Art. 10, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Art. 14, y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en su Art. 8⁵⁵⁷.

En la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en su cuerpo normativo además de estipularse el alcance general de la tutela jurisdiccional efectiva, se señalan las garantías del debido proceso, específicamente en el ámbito del Derecho Penal, tal es así que el mencionado Art. 8 en el numeral 1 expresa que:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”⁵⁵⁸.

En este sentido se evidencia el respaldo normativo en las normas internacionales que poseen las personas discapacitadas en aras de salvaguardar sus derechos, con la garantía por parte del Estado del acceso a la tutela judicial para la solución jurídica de sus conflictos sobre el quebrantamiento de sus derechos como ciudadanos.

A pesar de que, el establecimiento de este derecho en cada documento internacional no resulta ser idéntico, la tutela efectiva en esencia llega a implicar la posibilidad real que posee cada persona de poder acceder en condiciones de igualdad a determinado órgano jurisdiccional, el cual deberá estar dotado de elementos en su funcionalidad como la independencia e imparcialidad⁵⁵⁹. Además de que la competencia

⁵⁵⁷ ZAMBRANO, Silvia (2016: 58).

⁵⁵⁸ Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Organización de los Estados Americanos (1978: Art. 8.1)

⁵⁵⁹ ZAMBRANO, Silvia (2016: 59).

sea establecida de forma previa por la ley, y cuyas facultades estén basadas en el Derecho y ejecutadas a través de un procedimiento que brinde seguridad a las respectivas garantías procesales, respecto a las obligaciones civiles o de otro tipo que ostenta cada individuo, e incluso sobre las acusaciones en el ámbito del Derecho Penal que pueden ser formuladas.

De esta forma el derecho a la protección judicial contempla la existencia de debidas garantías hacia el conjunto de derechos o intereses legítimos de uno o varios individuos, ello no solo incluye los denominados derechos humanos. Es necesario agregar que, los principios y las exigencias que pueden ser materializadas por las personas no llegan a circunscribirse a un instrumento judicial específico, sino que resultan ser aplicables a todos los mecanismos procesales, que demuestran una tendencia hacia la conformación por ejemplo de la responsabilidad penal, las obligaciones civiles, laborales, administrativas, fiscales o de otra índole⁵⁶⁰. En el caso de la persona titular o beneficiaria del derecho, se destaca toda persona, ya sea natural o jurídica que tenga la pretensión de interponer una acción con el objetivo de defender sus derechos o intereses legítimos, esto llega a abarcar las denuncias y acusaciones penales. En este tipo de situaciones el individuo tiene derecho a ser escuchado y deberá contar con el respaldo de las respectivas garantías procesales ante el organismo judicial que reunirá las características antes señaladas.

Tal como ha quedado reflejado, pero ahora estipulando dichas características de una forma más específica el derecho a la tutela efectiva encierra las manifestaciones siguientes:

- El acceso al órgano jurisdiccional.
- Las condiciones que el órgano jurisdiccional deberá tener en cuanto a independencia e imparcialidad.
- El desarrollo del procedimiento acorde con la esencia de principios procesales como, el principio de contradicción y demás principios asociados al debido proceso.
- La aprobación de la resolución judicial correspondiente en un tiempo razonable.

⁵⁶⁰ ZAMBRANO, Sivia (2016: 60).

- La emisión de una resolución judicial donde se evidencie un razonamiento dotado de congruencia en relación con lo solicitado y que su fundamentación sea acorde a Derecho.
- La sentencia judicial deberá ser ejecutada de forma cabal y eficaz.

Podría agregarse que el derecho a la tutela judicial efectiva ha sido sostenido en su análisis bajo tres momentos diferentes: en primer lugar se posiciona el acceso a la justicia; en segundo lugar una vez que se ha obtenido dicho acceso deberá ser posible el derecho a la defensa y la obtención de la respectiva solución en un término razonable; por último una vez que ha sido dictaminada la sentencia deberá manifestarse la plena efectividad de su contenido, o sea, acceso a la justicia, debido proceso y eficacia de la sentencia⁵⁶¹. Habría que agregar el estado de necesidad que se ha llegado a imponer en el ámbito de garantizar la igualdad en el acceso a la justicia y en el trayecto completo que implica el ejercicio de la jurisdicción, ambos elementos se establecen como una exigencia en los instrumentos internacionales mencionados con anterioridad.

El cumplimiento de las obligaciones en cuanto al respeto y las garantías de los derechos consagrados en instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, llega a ser estipulado sin mediar discriminación alguna y con el establecimiento del derecho a la igualdad. En lo que respecta al funcionamiento del órgano jurisdiccional y desde la perspectiva que ha sido manejada en el ámbito del Derecho Internacional de los derechos humanos, se ha reflejado que dicho ente deberá satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva está sujeto a parámetros generales que se evidencian en expresiones como “tribunal”⁵⁶² o, “juez o tribunal”⁵⁶³, los cuales deberán ser considerados por los Estados acorde al sistema de derecho interno que rige en cada nación.

En la jurisprudencia de la Corte IDH se pone de manifiesto de una forma consistente la no discriminación en el ejercicio de los derechos fundamentales. Un ejemplo de ello sería la complementariedad que representa el derecho del debido proceso, y su relación con la no discriminación, establecido en casos como González y otras

⁵⁶¹ GONZALES, Jesus (1987: 55-56).

⁵⁶² Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, Resolución 2200 A (XXI). Asamblea General de las Naciones Unidas (1966).

⁵⁶³ Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Organización de los Estados Unidos de América (1978: Art. 8).

(Campo Algodonero) Vs. México, donde fueron reconocidos los efectos del ejercicio del debido proceso por parte mujeres que fueron sometidas a un contexto de discriminación específicamente en la ciudad de Juárez⁵⁶⁴; casos Xákmok Kásek Vs. Paraguay⁵⁶⁵, Rosendo Cantú y otra Vs. México⁵⁶⁶; y Fernández Ortega y otros Vs. México⁵⁶⁷, estos tres últimos casos responden directamente a la adecuada protección de los derechos fundamentales y el ejercicio de la tutela judicial efectiva.

Respecto a este tema la CIDH en uno de sus informes, denominado “Acceso a la Justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”, se llega a afirmar sobre el debido proceso lo siguiente:

“Al haber una relación directa entre la idoneidad del mecanismo judicial y la integridad de los derechos económicos, sociales y culturales, la fijación de un plazo razonable de los procesos en materia social, la efectiva igualdad de armas en el proceso, y la adecuada revisión judicial de las decisiones administrativas, entre otras cuestiones, representa un camino para la exigibilidad de estos derechos” ⁵⁶⁸.

En el razonamiento antes expuesto, se evidencia la necesidad de aplicar el debido proceso como requisito indispensable para el cumplimiento de los derechos fundamentales. Unido a esto con el cumplimiento de dicho derecho contribuye a contrarrestar la situación desigual en la que pueden encontrarse los litigantes en el proceso

⁵⁶⁴ Caso González y otras (Campo Algodonero) Vs. México (2009). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Demanda presentada en contra de los Estados Unidos Mexicanos, en la que fueron acumulados tres casos por la responsabilidad internacional de la desaparición y ulterior muerte de tres jóvenes, cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodonero ubicado en la ciudad de Juarez, responsabilizando al Estado por la falta de medidas de protección a las víctimas, dos de ellas menores de edad; la falta de prevención de estos crímenes; la falta de respuesta por parte de las autoridades frente a la desaparición; y falta de debida diligencia en la investigación.

⁵⁶⁵ Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de agosto de 2010. Trata de la responsabilidad internacional del Estado paraguayo por falta de garantía al derecho de propiedad ancestral, en el que se solicita la reivindicación territorial de la comunidad, lo que ha ocasionado vulnerabilidad alimentaria, médica y sanitaria, ocasionando afectación a su supervivencia.

⁵⁶⁶ Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de agosto de 2010. Trata de la responsabilidad internacional por violación sexual y tortura en perjuicio de una ciudadana mexicana, así como también la falta de la debida diligencia en la investigación.

⁵⁶⁷ Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Corte Interamericana de Derechos Humanos 15 de mayo de 2011. El caso refiere la responsabilidad internacional por parte del Estado por violación sexual cometida a una ciudadana mexicana, propiciada por agentes militares, así como la ausencia de investigación y por ende falta de sanción del delito.

⁵⁶⁸ El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Corte Internacional de Derechos Humanos (2007).

que llegue a influir negativamente en el derecho a una efectiva defensa en el juicio. Del mismo modo la desigualdad procesal podría constituir una consecuencia del papel dominante que desempeña el Estado, como por ejemplo en los procedimientos administrativos⁵⁶⁹. Razón por la cual este organismo perteneciente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha subrayado la necesidad de que exista igualdad procesal para lo cual deberán concretarse aquellas herramientas que efectivamente la garanticen, al respecto cabe agregar lo siguiente:

“...para que exista debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal [...] Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación”⁵⁷⁰.

A partir de la jurisprudencia emanada del Sistema Interamericano y las opiniones consultivas e informes de la CIDH, se estableció como obligación de los Estados la adopción de medidas de compensación que contribuyan a disminuir y eliminar que interfieran en el desarrollo de una defensa eficaz de los derechos e intereses de las personas. La Corte IDH también ha llegado a señalar que sin las debidas garantías que implica una tutela judicial efectiva, resulta difícil o prácticamente imposible para aquellas personas que se encuentran en una posición desventajosa disfrutar u obtener un acceso a la justicia y beneficiarse así del debido proceso legal bajo parámetros de igualdad frente a terceros⁵⁷¹.

⁵⁶⁹ El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2007).

⁵⁷⁰ El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999).

⁵⁷¹ El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999).

En relación al propio tema el tratadista procesalista Carnelutti manifiesta que para que haya un proceso judicial y con él un acceso a la justicia, se necesita un precedente siendo este el litigio a solucionar, dictándose con posterioridad por parte de los órganos jurisdiccionales correspondiente un fallo firme y coherente, siendo denominada esta acción como jurisprudencia; esta concepción es entendida así por el propio procesalista italiano. Además, estos fallos son enunciados en conformidad con las normas de derecho según el país en que se dicten⁵⁷².

Es así como en base a lo expresado por el mencionado procesalista, varios organismos jurídicos como por ejemplo los tribunales o cortes jurisprudenciales a la hora de emitir un fallo y/o sentencia, tienen presente el correcto acceso a la justicia de las personas con discapacidad teniendo en cuenta el debido proceso al que fueron sometidos. Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la tutela judicial efectiva ha basado sus razonamientos en el Art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Al respecto este organismo estimó que la distinción del órgano de justicia o tribunal recae en la naturaleza jurisdiccional de la función que desempeña, a raíz de la cual se desprende la facultad para emitir las respectivas decisiones conforme a Derecho, sobre los conflictos o controversias que han sido sometidos a su competencia. Sobre este mismo tema se ha reconocido la necesidad que los órganos jurisdiccionales guarden una relación sustancial con la actividad que ejecutan⁵⁷³.

De los casos expuestos en el ámbito de la jurisprudencia internacional se infiere que el órgano jurisdiccional deberá cumplir con las disposiciones expuestas tanto en la Convención Americana, como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y la Convención Europea de Derechos Humanos (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, y donde la independencia de los tribunales llega a ser comprendida como la facultad de este tipo de organismos, que se identifica con la resolución de las controversias que sean puestas a su conocimiento; ante lo cual deberá ser aplicado de manera exclusiva la norma legal, sin el desarrollo de interferencias externas o presiones de cualquier otro ente o persona. Veamos un caso resuelto en base al Convenio Europeo

⁵⁷² CARNELUTTI, Francesco (1994: 23).

⁵⁷³ Caso Spornong y Lönnroth Vs. Suecia. Corte Internacional de Derechos Humanos, 1983. Un proyecto de reordenación urbanística en Estocolmo, origina la expropiación que nunca fue concluida, en que el Tribunal Europeo concluyó que la ausencia de la expropiación, le permitía a los demandantes para que continuarán utilizando sus propiedades.

de Derechos Humanos, donde el Tribunal en el caso *Glor c. Suiza*, en el que “una persona con discapacidad parcial es declarada exenta del servicio militar y como consecuencia de ellos se le exige una tasa que tendrá que abonar durante un año”. En este caso el Tribunal concluye que hubo violación del Art. 14 (Prohibición de la discriminación) en relación con el Art. 8 (Derecho a la vida privada) del CEDH:

“El TEDH hace notar que está en presencia de una presunta discriminación de una persona con discapacidad y que es de aplicación del artículo 8, a pesar de que sus consecuencias sean de naturaleza económica ya que se trata de una tasa percibida por el Estado que nace de la imposibilidad de servir en el ejército debido a una discapacidad y, por tanto, de una situación de hecho que escapa de la voluntad del justiciable”⁵⁷⁴.

Destaca también el Tribunal la aplicación del Art. 14, cuando al haberse obligado al demandante dicho pago tras negarle la posibilidad de realizar el servicio militar, por lo que recae en la contradicción con la necesidad de luchar contra la discriminación frente a las personas con discapacidad e integración en la sociedad, éste “...considera que la obligación de pagar dicha tasa no resulta razonable, de un lado, porque supone un gravamen para el escaso patrimonio del demandante y, de otro, por los principios que prevalecen en las sociedades democráticas, en consecuencia, llega a la conclusión que el demandante ha sido víctima de una discriminación y declara la violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio”⁵⁷⁵.

Es así que, en el cumplimiento de la tutela judicial efectiva por parte de los órganos que integran el sistema de administración de justicia, especialmente los tribunales, la independencia en las actuaciones resulta ser un elemento de vital importancia. Dicha independencia se caracteriza por poseer una manifestación institucional, ya que existe una referencia expresa a la estructura orgánica dentro de la cual dicho organismo se inserta, y además existe una manifestación personal que se identifica con la autonomía que tiene el juzgador. Esta independencia personal le otorga

⁵⁷⁴ Caso *Glor c. Suiza*. Corte Europea de los Derechos Humanos. 2013. Caso en el que una persona con discapacidad parcial fue declarada exenta del servicio militar y en consecuencia el Estado le exigió por años el pago de una tasa, acción que el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos la consideró como vulneración a la Convención Europea de los Derechos Humanos y a su Protocolo.

⁵⁷⁵ VII Informe sobre Derechos Humanos. Federación Iberoamericana de Ombudsmen (2010).

cierto amparo al juzgador, frente a las posibles intromisiones que puedan surgir, ya sean derivadas de actuaciones de otros organismos públicos o de particulares.

Al respecto el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ha concebido a la independencia judicial como un elemento imprescindible dentro del sistema de administración de justicia, en sus comentarios generales, específicamente sobre el Art. 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos señaló lo siguiente:

“Los Estados Partes deberían especificar en los textos constitucionales y legales pertinentes que disponen el establecimiento de los tribunales y garantizan su independencia, imparcialidad y competencia, sobre todo en lo que respecta a la manera en que se nombra a los jueces, las calificaciones exigidas para su nombramiento y la duración de su mandato; las condiciones que rigen su ascenso, traslado y cesación de funciones y la independencia efectiva del poder judicial con respecto al poder ejecutivo y al legislativo”⁵⁷⁶.

Como parte del ejercicio de una tutela judicial efectiva, se destaca además la imparcialidad que caracterizará al funcionamiento del órgano judicial. Dicha imparcialidad se destaca en la carencia de una conexión personal por parte del magistrado con las partes, en aras de brindar una solución al conflicto judicial, de existir una relación personal con las partes puede solicitarse la respectiva inhabilitación con el propósito de que el caso judicial sea examinado acorde al debido proceso. Esta imparcialidad ha sido dividida en la doctrina legal en dos dimensiones: subjetiva y objetiva. En el supuesto de la dimensión subjetiva el juez no deberá tener una relación de carácter psicológico o emocional con la causa en cuestión, ya que dicha situación de existir puede inclinar al magistrado a la toma de una decisión que favorezca o perjudique alguna de las partes. Este tipo de relación puede descansar en la existencia de parentesco, amistad, enemistad, prejuicio, etc.

En el caso de la dimensión objetiva de la imparcialidad traspasa tanto el ámbito psicológico como lo emocional, y se llega a enfocar en la confianza que merece el magistrado, ya que el ámbito jurídico las apariencias pueden llegar a ser tomadas en

⁵⁷⁶ Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Organización de las Naciones Unidas, Comité De Derechos Humanos, New York (2013).

cuenta. Ello significa que pueden surgir razones objetivas que impulsen a un cuestionamiento directo de la conducta exteriorizada por el juez.

Otro elemento por señalar sería la seguridad ciudadana donde tanto el acceso a la justicia como la tutela judicial han jugado un rol decisivo. En el caso ecuatoriano la seguridad ciudadana representa una garantía brindada por el Estado, y su consolidación como un derecho fundamental está sujeta al cumplimiento y no vulneración de derechos como la libertad, el respeto a los derechos fundamentales y el acceso a la justicia. La norma constitucional ecuatoriana reconoce que todas las personas tienen un acceso gratuito a la justicia y a la tutela judicial efectiva, la cual es catalogada como imparcial y expedita. Específicamente en el Art. 76 de la Constitución se llega a regular la determinación en todos los procesos judiciales de los derechos y obligaciones de cualquier tipo de orden, y el aseguramiento de estas a través del debido proceso⁵⁷⁷.

En lo que se refiere al constitucionalismo contemporáneo este no puede ser analizado sin tomar en cuenta aquellas garantías establecidas en torno a los derechos. De esta manera, se destacan los mecanismos normativos, procesales y sociales, que otorgan la seguridad necesaria para el cumplimiento de dichos derechos, lo cual representa un rasgo fundamental o más bien distintivo del funcionamiento de un Estado constitucional. Esta característica refleja una clara ventaja y avance de este modelo de Estado si se compara con el modelo de Estado legal, este último identificado con el posicionamiento exacerbado de la ley, lo cual incluso llegó a sobreponerse a la justicia; y en el caso del modelo del Estado social, que no obstante de incluir un amplio catálogo de derechos sociales, no poseía los instrumentos suficientes para su cumplimiento⁵⁷⁸.

Con relación con este tema habría que hacer énfasis en la obligación de tutelar los derechos fundamentales que se encuentran reconocidos en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en los artículos 8 numerales 1 y 2, inciso h) y 25. En estos preceptos legales se establece que el Estado tiene la obligación no sólo de garantizar el cumplimiento de todas las garantías vinculadas al debido proceso, dentro de las que se destaca recurrir determinado fallo en primera instancia, sino, además llegar a establecer los recursos adecuados para así poder cautelar la situación jurídica que ha sido vulnerada y alcanzar un adecuado resultado en la materialización de la justicia. De igual manera, en

⁵⁷⁷ Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, Quito (2008).

⁵⁷⁸ ÁVILA, Ramiro (2012: 28-29).

el caso de la ejecución de las sanciones y las medidas cautelares personales estas deberán controladas de una manera regular y constante en el ámbito judicial.

Por otra parte, los derechos de las personas que han sido privadas de la libertad deberán ser susceptibles de las respectivas garantías en la vía judicial, ello reflejado en la existencia de recursos adecuados, la defensa gratuita, que lleguen a existir una exoneración de las tasas judiciales y el resto de las medidas que contribuyan a garantizar un acceso a la justicia para este tipo de individuos. En la norma constitucional al respecto se llega a reconocer lo siguiente:

“Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”⁵⁷⁹.

Según lo establecido en este precepto constitucional no son requeridos una serie de prerequisites para ejercer los derechos fundamentales y tampoco las garantías constitucionales. Unido a esto podría agregarse que no será exigidas condiciones o requisitos que no estén reconocidos de manera previa en el propio texto constitucional o la ley. Es así que el derecho a la tutela judicial efectiva se llega a contemplar en el Art. 75 de la Constitución⁵⁸⁰. Se podría decir, que de una forma sistemática este precepto constitucional está relacionado directamente con el cuerpo normativo del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ)⁵⁸¹. El derecho a la tutela judicial efectiva llega a

⁵⁷⁹ Constitución de la República del Ecuador (2008: Art. 11.3).- El principio de los derechos se regirá por: 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento.

⁵⁸⁰ Constitución de la República del Ecuador (2008: Art. 75).- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

⁵⁸¹ Código Orgánico de la Función Judicial, Asamblea Nacional, Quito (2009: Art. 23).- Principio de Tutela Judicial Efectiva de los Derechos- La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso.

considerarse como un principio determinante en la administración de justicia, el cual deberá ser tomado en cuenta por los jueces en el momento de dictaminar sobre determinada causa y su resolución.

Este derecho y principio resulta poseer una marcada trascendencia dentro del marco de la administración de justicia y especialmente para los operadores del derecho. En el ámbito de los análisis desarrollados respecto a dicho derecho se ha discutido si puede ser identificado como un auténtico derecho subjetivo, o si por el contrario puede ser catalogado como un mecanismo a aplicar en la defensa de otros derechos fundamentales. Al respecto un sector de la doctrina legal, cuya figura a destacar sería Díez-Picazo Giménez consideran a la tutela judicial efectiva como un derecho fundamental auténtico⁵⁸², que además resulta ser uno de los más relevantes dentro de aquellos contemplados en el texto constitucional.

La tutela judicial efectiva es considerada como un derecho fundamental auténtico debido a que es un sistema judicial garante de un correcto proceso e igualdad para las partes, además dicha tutela actúa en protección a otro tipo de garantías procesales en el dado caso que no se tenga respaldo constitucional. Es así como la carta magna española en su Art. 24 señala la importancia de la tutela judicial ante los sucesos judiciales en aras de lograr la igualdad en los litigios procesales, basándose en la interpretación coherente y justa del juez, siendo un derecho consagrado de sus ciudadanos⁵⁸³.

En relación al derecho interamericano y americano, ambas convenciones establecen y rigen en sus tratados la tutela judicial efectiva como un derecho fundamental auténtico fundamentado en la teoría de que estos derechos son intrínsecos del ser humano en cuanto a la dignidad y el valor de la persona, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres sin discriminación alguna y en igualdad de condiciones y género, proclamando la libertad fundamental de todos los seres humanos como ser exclusivo⁵⁸⁴.

En Ecuador estos derechos fundamentales de carácter auténtico son considerados como características esenciales de la naturaleza humana los cuales son inviolables e irrenunciables, siendo protegidos por la Constitución de la República, además son considerados auténticos por el mero hecho de ser considerados derechos naturales

⁵⁸² DÍEZ-PICAZO, Luís María (2008: 18)

⁵⁸³ PÉREZ, Rosa (2003: 57-58)

⁵⁸⁴ NIKKEN, Pedro (2010:56-57)

dimensionados en la ética de la dignidad haciendo que el hombre no deba ser nunca instrumentalizado⁵⁸⁵.

En el supuesto de la doctrina jurídica ecuatoriana autores como Ávila Santamaría, respecto a la tutela judicial efectiva han señalado que: “Los derechos de protección son una herramienta para remover los obstáculos que se presentan cuando los demás derechos son ejercidos. Entre los derechos de protección encontramos el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la tutela efectiva”⁵⁸⁶. De esta forma se puede apreciar que para el análisis de la tutela judicial efectiva se debería partir de un criterio sencillo, seguido de un significado común, ya que el término tutela se relaciona con el alcance de una respuesta determinada, lo cual transitará por el acceso a la justicia. No obstante, el simple acceso a la jurisdicción no contribuye de forma exclusiva a la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que una vez que la persona accede al sistema de administración de justicia se deberá existir una correspondencia con la decisión adoptada respecto al fondo de determinado asunto o causa, donde predominarán los requisitos constitucionales y legales, y las respectivas garantías para las partes en el proceso, donde la pretensión o pretensiones tendrán que ser solucionadas bajo estrictos criterios jurídicos, dotados de razón y legalidad como derecho fundamental auténtico de la naturaleza humana garantizando el respeto a la dignidad del hombre, en igualdad de condiciones y trato social.

6.3. El acceso a la justicia frente a la igualdad de condiciones

El acceso a la justicia representa uno de los pilares fundamentales en el funcionamiento de un Estado de derecho democrático⁵⁸⁷. De esta forma, el derecho al acceso a la justicia llega a obligar a los Estados a establecer las condiciones que posibiliten poner a disposición de los ciudadanos aquellos mecanismos necesarios para ejecutar una tutela efectiva de sus derechos y la resolución de los conflictos que son relevantes en el ámbito jurídico, ello respaldado en recursos judiciales accesibles y adecuados.

⁵⁸⁵ DÍEZ-PICAZO, Luís María (2008: 18)

⁵⁸⁶ ÁVILA, Ramiro (2012: 28-29)

⁵⁸⁷ DE STÉFANO, Juan (2014)

En el caso de la igualdad y el acceso a la justicia se erigen como principios básicos reconocidos tanto en el Estado como en instrumentos internacionales legales. Respecto a la igualdad, esta se encuentra estrechamente relacionada con el principio de no discriminación, lo cuales a su vez se encuentran establecidos en instrumentos internacionales destinados al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de las personas, tal es el caso de la Carta de las Naciones Unidas de 1945 la cual promueve la amistad y solidaridad entre las naciones en aras de crear condiciones estables que aseguren la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos, además proclama la calidad de vida para todas las personas en igualdad de condiciones sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, en cumplimiento de todos los derechos y libertades⁵⁸⁸.

De igual manera la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su texto expresa que:

“Art.1.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros; Art. 2.- Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.⁵⁸⁹

Por esa misma línea el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos expresa que la justicia como derecho fundamental del hombre debe ser garantizada y respetada para lo cual todos los Estados partes presentes en el pacto deben comprometerse al cumplimiento cabal de ese derecho fundamental como lo es la justicia, así como también deben ser tratados en igual de condiciones y trato social sin discriminación alguna⁵⁹⁰.

De forma terminante estos instrumentos legales reconocen que la persona nace libre y en igualdad de condiciones en cuanto a dignidad y derechos. Llegándose a señalar que las personas poseen todas aquellas libertades proclamadas en estos instrumentos

⁵⁸⁸ Carta de las Naciones Unidas. Organización de las Naciones Unidas, San Francisco (1945).

⁵⁸⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas, New York (1948).

⁵⁹⁰ Resolución 2200 A (XXI). Asamblea General de las Naciones Unidas (1966).

jurídicos internacionales, sin mediar distinción alguna. En el caso específico del acceso a la justicia reconocido también por estas normativas internacionales, se llegan a incluir los siguientes aspectos:

- El derecho de los individuos al reconocimiento de su personalidad jurídica.
- El derecho de las personas a obtener una igual protección de la ley, sin mediar distinción alguna.
- El derecho a gozar de un recurso efectivo ante los órganos de administración de justicia, que lleguen a brindar un amparo ante posibles violaciones de los derechos fundamentales que son reconocidos en la norma legal.
- El derecho que tiene el individuo a ser escuchado públicamente y con las debidas garantías, en condiciones de plena igualdad, ante un tribunal que tenga la debida competencia, independiente e imparcial.

Es así como estos tratados internacionales constituyen un instrumento y guía fundamental para el cumplimiento de los derechos fundamentales del hombre y en esencia el derecho a la justicia, dictando para todos los Estados el cumplimiento cabal y la garantía para el ejercicio de una justicia digna, permitiendo el debido acceso a la misma en aras de brindar satisfacción judicial, proporcionando justicia para sus ciudadanos.

6.4. La accesibilidad: Entre las barreras, los ajustes razonables y el diseño universal.

6.4.1. La accesibilidad

La Observación General No.2 del Comité sobre los derechos de las Personas con Discapacidad expresa que: “La accesibilidad es una condición previa para que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones”⁵⁹¹. Estas condiciones se refieren al “entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones”, a esta última, se incluyen los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, que sin ellas las

⁵⁹¹ Observación general N° 2. Organización de las Naciones Unidas, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 11° período de sesiones (2014).

personas con discapacidad no tendrían o estarían limitados a participar en igualdad de oportunidades.

La accesibilidad o el derecho a la accesibilidad que no está relacionada al entorno físico solamente como en la generalidad de los casos se cree, se encuentra amparada en diferentes instrumentos internacionales, partiendo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en cuyos principios generales en el literal f) establece como principio de la Convención a “La accesibilidad” y ya en su contenido normativo en el artículo 9 indica: “A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, [...] adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, el entorno físico, el transporte, la información y la comunicación...”⁵⁹².

A esto, en la misma Observación, se hace un análisis de importancia y de alta complejidad, pues se confirma que al existir diferentes barreras que limitan o impiden la accesibilidad, las personas con discapacidad no tienen “igualdad de acceso a todos los bienes, productos y servicios abiertos al público o de uso público de una manera que garantice su acceso efectivo y en condiciones de igualdad y respete su dignidad.”⁵⁹³, por eso es que la accesibilidad debe asegurar a las personas con discapacidad su independencia, sin considerar el tipo de deficiencia, sin distinción alguna y tomando en cuenta además la perspectiva de género y la edad de las personas con discapacidad, con el objeto de asegurar su participación plena en la sociedad y disfrute de sus derechos humanos y libertades fundamentales; consecuentemente la accesibilidad debe enmarcarse en el derecho al acceso con el fin de garantizar las normas de accesibilidad y que las barreras sean eliminadas gradualmente con la visión de alcanzarla plenamente.

La accesibilidad al llegar a considerarse en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, tuvo su antecedente en otros instrumentos, tal es el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos (Art. 25.c), que establece el derecho a la igualdad de acceso al servicio público; de la misma manera en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Art. 5.f) refiere como un

⁵⁹² Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Organización de las Naciones Unidas (2006).

⁵⁹³ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 11º período de sesiones”. Observación general N° 2” Organizaciones Unidas, 2014.

“derecho al acceso a todos los lugares o servicios destinados al uso público”; por tanto constituye para los Estados un nuevo paradigma, encaminado hacia el respeto de los derechos de igualdad y no discriminación

Destacamos que la accesibilidad tiene el objeto establecer y garantizar a todas las personas la utilización no discriminada, independiente y segura de las edificaciones, “con el fin de hacer efectiva la igualdad de oportunidades y la accesibilidad universal”⁵⁹⁴, así lo establece por ejemplo el Real Decreto de España 505/2007 de 20 de abril, relativo a las “Condiciones Básicas de Accesibilidad y no Discriminación para el Acceso y Utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones” y que para hacer efectivo este derecho, los “edificio se proyectarán, construirán, reformarán, mantendrán y utilizarán de forma que se cumplan como mínimo, las condiciones básicas [...], promoviendo la aplicación avanzada de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones en los edificios, al servicio de las personas con algún tipo de discapacidad”⁵⁹⁵.

En este Real Decreto, se menciona sobre la importancia del acceso y la utilización accesible de los espacios; información y señalización; itinerarios accesibles, entendiéndose como los espacios públicos destinados principalmente al tránsito de peatones que aseguren el uso no discriminatorio; los aparcamientos; la señalización e información accesible, entre otros servicios. Ello permitirá:

*“a todas las personas un uso independiente y seguro de aquéllos, a fin de hacer efectiva la igualdad de oportunidades y la no discriminación de las personas que presentan una discapacidad. Asimismo, se da respuesta a la necesidad de armonizar y unificar términos y parámetros y de establecer medidas de acción positiva que favorezcan, para las citadas personas, el uso normalizado del entorno construido y de los espacios urbanos”*⁵⁹⁶.

Pero, no solamente se trata de relacionar a la accesibilidad con las edificaciones o con el medio físico, sino con las barreras que “impiden la autonomía personal a través de

⁵⁹⁴ Decreto 505/2007, Condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones. Boletín Oficial Español (2007).

⁵⁹⁵ Decreto 505/2007. Boletín Oficial Español (2007: Art. 1).

⁵⁹⁶ Decreto 505/2007. Boletín Oficial Español (2007: Art. 2).

políticas que pretendan mejorar la convivencia y el bienestar social y la solidaridad ciudadana”⁵⁹⁷.

En términos generales la expresión accesibilidad proviene de acceso, a su vez este significa: “acción de llegar y acercarse”⁵⁹⁸. La accesibilidad también conocida como accesibilidad universal constituye el grado a través del cual todas las personas pueden llegar a utilizar un objeto, visitar determinado lugar, acceder a un tipo de servicio, todo ello con una total independencia de las capacidades cognitivas, técnicas o físicas que cada individuo puede tener; de hecho en la misma Observación general N° 2 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, expresa que la aplicación del diseño universal debe ser “estricta” a fin de “garantizar una acceso pleno, en pie de igualdad y sin restricciones a todos los consumidores potenciales, incluidas las personas con discapacidad...” permitiendo por tanto el desplazamiento de las personas en las edificaciones, especialmente en aquellas que prestan servicios, que desde su construcción deben tener diseños que no impidan o presenten barreras para su movilidad, que en todos o casi todos, su implementación no reviste costos adicionales y de ser así, son mínimos, que al eliminar barreras estaremos contribuyendo al ejercicio de derechos que son prevenibles su violación.

Eliminar los obstáculos a la accesibilidad comprende también en el diseño universal la implementación de medios de comunicación e información, que hacerlo más tarde, su adaptación significaría mayor la inversión, por ello es necesario que esos componentes desde las primeras etapas, en el diseño y posterior construcción sean obligatorios.

De ahí con el objetivo de promover o impulsar la accesibilidad se requiere la implementación de ciertas facilidades que contribuyen a salvar aquellos obstáculos o también catalogados como barreras de accesibilidad que existen en el ambiente. Es así como se llegar a alcanzar que los individuos ejecuten la misma acción, la cual es realizable por una persona que no tiene ningún tipo de discapacidad.

En el caso de las facilidades éstas han sido consideradas como “ayudas técnicas”, y abarcan los siguientes elementos: alfabeto braille, lengua de señas, sillas de rueda, señales auditivas en los semáforos, por solo mencionar algunas. Si se toma en cuenta la

⁵⁹⁷ Guía de Accesibilidad al Medio Físico, Vicepresidencia de la República del Ecuador (2009).

⁵⁹⁸ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la accesibilidad es reconocida como un derecho⁵⁹⁹, el cual implica la posibilidad real de que la persona pueda transitar, ingresar y permanecer en un lugar, de una forma segura, autónoma y con cierto confort.

Para poder alcanzar este propósito resulta imprescindible la eliminación de las barreras del entorno físico. Otra de las definiciones dadas sobre la accesibilidad a destacar sería desde la perspectiva europea y su denominado “concepto europeo de accesibilidad”, al respecto se estableció que:

“La accesibilidad es una característica básica del entorno construido. Es la condición que posibilita el llegar, entrar, salir y utilizar las casas, las tiendas, los teatros, los parques y los lugares de trabajo. La accesibilidad permite a las personas participar en las actividades sociales y económicas para las que se ha concebido el entorno construido”.⁶⁰⁰

La falta de accesibilidad traería como resultado la marginación y una considerable disminución de la calidad de vida de cualquier individuo, pero de manera especial se afectaría a las personas que poseen algún tipo de discapacidad ante el predominio de la inaccesibilidad en el entorno donde se desenvuelven. Razón por la cual las barreras representan una clara expresión de dicha inaccesibilidad y no las limitaciones funcionales o psicológicas, la erradicación de estas barreras sería el elemento clave para actuar a favor de las personas con discapacidad. Sobre este tema en la Unión Europea se ha expresado lo siguiente: “La Unión Europea parte de la premisa de que las barreras presentes en el entorno obstaculizan la participación social en mayor medida que las limitaciones funcionales”⁶⁰¹.

Por lo que se refiere a las problemáticas en torno a la accesibilidad, éstas son un tanto dispersas, y por ello es necesario su valoración de forma coherente con el objetivo de erradicarlas y establecer una promoción sobre la accesibilidad con mejores resultados. Para ello las actuaciones a desarrollar deberán ser complementarias y a la vez

⁵⁹⁹ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas (2006: Art. 9).

⁶⁰⁰ Concepto europeo de accesibilidad, Gobierno de España, Centro de Referencia Estatal de Autonomía Personal y Ayudas Técnicas (1996).

⁶⁰¹ Libro Verde de la Accesibilidad en España. Diagnóstico de situación y bases para elaborar un plan integral de supresión de barreras. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (2002: 21).

combinadas. El tema de la accesibilidad no puede ser tratado sin antes realizar una reflexión respecto a las barreras, su definición, tipos y significados. En el supuesto de que la accesibilidad constituya un anhelo es debido a que la barrera existe, forma parte de la cotidianidad y se ha transformado es una protagonista. No constituye una utilidad o beneficio el hecho de que existan medios como autobuses o trenes que faciliten la accesibilidad, si la persona con discapacidad no tiene la posibilidad de llegar a una parada de autobús o a la propia estación de tren, incluso ni poder usar un cajero automático. Para enfrentar este tipo de deficiencias resulta necesario conformar un marco general donde sean abordados los problemas de accesibilidad, tal es el caso del sistema del transporte, urbanizaciones y demás zonas públicas. Por lo que este tipo de marcos requiere una clara colaboración entre la esfera política y los diversos niveles administrativos que integran cada gobierno.

En el supuesto específico de las personas con discapacidad, el elemento que cobra una vital importancia recae en la interacción que puede surgir entre los diversos tipos de barreras, esto quiere decir que las características internas o personales llegan a combinarse de cierta manera con las barreras ambientales o del entorno, lo que genera condiciones de accesibilidad para cada tipo de individuo. Respecto a este tema han sido estipulados cinco tipos⁶⁰² de barreras fundamentales, contempladas de la siguiente manera.

6.4.2. Barreras intrínsecas

Son aquellas relacionadas con los niveles de funcionalidad física, psicológica o cognitiva que tiene cada persona. Dichas barreras pueden estar vinculadas con discapacidades específicas, ejemplo una dependencia física, excesos de cuidados familiares, la carencia de igualdad de oportunidades en cuanto a la educación, entre otros. Algunas de estas barreras son como las expresadas en Libro Verde de la Accesibilidad en España:

- Las relacionadas al conocimiento: las personas evidencian déficits cognitivos, ejemplo la limitación de las capacidades para el aprendizaje o incluso el acceso a la información.

⁶⁰² Libro Verde de la Accesibilidad en España. Diagnóstico de situación y bases para elaborar un plan integral de supresión de barreras (2002: 27-28).

- Las relacionadas con la salud: existen determinados casos donde se perciben problemas de salud identificados con discapacidades específicas, tal es el caso de las personas que poseen artritis y presentan fuertes dolores que resultan ser crónicos y por lo tanto tienen limitaciones en su movilidad.
- Las relacionadas con la dependencia física o psicológica: resulta frecuente que la persona con discapacidad presente cierta dependencia hacia terceros en cuanto a diferentes factores dígame movilidad, o asistencia en tareas cotidianas y de movilidad⁶⁰³.

Estas barreras están relacionadas con algunas características personales y familiares que puedan dificultar la funcionalidad y que además pueden ser producto de algún tipo de enfermedad, accidente, discapacidad mental o física u otras, que desencadenan actos de sobreprotección y que llevan a la persona a situaciones de dependencia, muchas veces extremas, que impiden que la persona con discapacidad pueda desenvolverse con un mínimo de independencia; además, en ocasiones en el ámbito familiar, desencadenan otras actitudes conflictivas o también llegar hasta problemas socioeconómicos⁶⁰⁴.

En la situación específica de la dependencia psicológica, puede manifestarse limitaciones mayores en lo que respecta a las barreras, puesto que la superación de dichas barreras requiere de una iniciativa personal, una valoración del riesgo y perseverancia en la acción. Todos estos aspectos no llegan a alcanzar un desarrollo adecuado en una atmósfera donde impera una clara dependencia psicológica, la cual afecta directamente la posibilidad de accionar de las personas con discapacidad.

En todo caso las barreras intrínsecas se diferencian de otros tipos de barreras por la operatividad que poseen las personas con discapacidad ya sea de carácter físico, psicológico o intelectual “vinculadas con los niveles de funcionalidad física, psicológica o cognitiva de cada individuo. Estas barreras pueden estar directamente relacionadas con sus discapacidades específicas, tales como sus problemas de salud o su dependencia

⁶⁰³ Libro Verde de la Accesibilidad en España. Diagnóstico de situación y bases para elaborar un plan integral de supresión de barreras (2002: 22-23).

⁶⁰⁴ SÁNCHEZ CASTRO, Yessica (2014: 96)

física, pero también con otros factores que son secundarios a su diagnóstico médico, tales como sobreprotección familiar o falta de igualdad de oportunidades en la educación”⁶⁰⁵.

Así entonces, estas barreras, están vinculadas y se distinguen principalmente en relación al conocimiento, a la salud y a la dependencia física o psicológica y tiene como característica principal lo relacionado a los déficits cognitivos, me refiero a las vinculadas con el conocimiento y las limitaciones en la capacidad de aprendizaje y que generalmente requiere de otras personas para lograr niveles de superación.

Estas barreras así mismo, se encuentran en el entorno físico y de las comunicaciones, cuando no se diseñan apropiadamente para otorgar facilidades en las actividades propias de esas personas, tiene que ver en los diseños y las forma de uso, que sea inclusivo y garantice a todos el acceso, que no sólo sea hacia el acceso físico, sino también sensorial y cognitivo⁶⁰⁶; así como a factores relacionados con la falta de igualdad de oportunidades en la educación o sobreprotección familiar⁶⁰⁷, como se dejó dicho.

En todo caso, para superar estos inconvenientes y garantizar el acceso, permanencia, participación y aprendizaje, especialmente para el desarrollo de los niños en el aspecto psicológico y en conjunto a sus necesidades especiales, asociadas o no a la discapacidad, se han diseñado Unidades de Apoyo a la Inclusión (UDAI) “orientados al desarrollo de las instituciones mediante el énfasis en la disminución o eliminación de las barreras para el aprendizaje y la participación que se generan en los contextos”⁶⁰⁸, entre ellos, el desarrollo de lineamientos de orientación psicopedagógica y de sensibilización para docentes, padres de familia y estudiantes, con el objetivo de orientar en el proceso de aprendizaje a los padres y superar esa dependencia producto de sobreprotección o

⁶⁰⁵ Libro Verde de la Accesibilidad en España. Diagnóstico de situación y bases para elaborar un plan integral de supresión de barreras (2002: 22).

⁶⁰⁶ Accessibilitas - Fundación ONCE (2018): Accesibilidad cognitiva en el transporte. Barreras y facilitadores para la orientación y comprensión de los espacios del metro, desde la perspectiva de usuario. En línea: <https://accessibilitas.es/2020/04/accesibilidad-cognitiva-en-el-transporte-barreras-y-facilitadores-para-la-orientacion-y-comprension-de-los-espacios-del-metro-desde-la-perspectiva-de-usuario/> Fecha de consulta: 26 de junio de 2020

⁶⁰⁷ GUERRERO PALMA, Pamela, Diseño de un sistema de indicadores de gestión para destinos turísticos accesibles. El caso Ecuador. En Línea: https://www.academia.edu/31086969/Dise%C3%B1o_de_un_sistema_de_indicadores_de_gesti%C3%B3n_para_destinos_tur%C3%ADsticos_accesibles._Estudiante_Pamela_Guerrero_Palma_Tutor_Llu%C3%ADs_Prats_Planaguma. Fecha de Consulta: 26 de junio de 2020.

⁶⁰⁸ Ministerio de Educación, Unidad Distrital de Apoyo a la Inclusión UDAI (2020): “Educación especializada e inclusiva” En Línea: <https://educacion.gob.ec/unidad-de-apoyo-a-la-inclusion-udai/#> Fecha de consulta: 26 de junio de 2019.

déficits por la falta de apoyo para que se identifiquen las fortalezas y potencialidades que tendrían los niños y niñas.

6.4.3. Barreras ambientales

Este tipo de barreras, impide concretar el derecho a la accesibilidad al medio físico de las personas con discapacidad y, para que suceda lo contrario, debe integrarse o implementarse cuatro ámbitos necesariamente interrelacionados: lo arquitectónico, lo urbano, el transporte y la comunicación, y tiene que estar dentro de lo que se conoce o denomina como *diseño para todos*, que contempla posibilidades reales a que la persona pueda desenvolverse en cualquiera de esos ámbitos. Estos diseños deben permitir, utilizar y entender cualquier parte del entorno, con tanta independencia como sea posible.

Las barreras, como la urbanística, por ejemplo, son aquellos obstáculos o impedimentos al libre desplazamiento de las personas, en especial para aquellas que tiene dificultad en su movilidad, que se ocasiona por obstáculos, sean estos, estructuras o mobiliario dispuesto inadecuadamente en espacios públicos o privados⁶⁰⁹.

Las arquitectónicas en cambio, son aquellas construcciones o espacios que permite que todos los ciudadanos puedan moverse con total libertad, independientemente de cuál es su condición física y psíquica y, las barreras en éste ámbito son los obstáculos que impiden o dificultan la independencia de las personas para acceder, moverse o llegar a esos espacios y servicios comunitarios⁶¹⁰.

La accesibilidad en el transporte, se refiere a la dificultad que se presentan en el sistema de movilidad mecanizada; dentro de esta interrelación, las de comunicación, son las que impiden expresar o recibir mensajes a través de cualquier sistema de comunicación.

Los principales requerimientos de accesibilidad deben ser analizados en la integración de estos entornos⁶¹¹. Deben ser amigables con el medio; es decir, además de permitir el acceso con facilidad a las personas, no deben romper o distorsionar lo estético

⁶⁰⁹ Guía Técnica de Accesibilidad al Medio Físico, Vicepresidencia de la República del Ecuador Quito, Quito (2009).

⁶¹⁰ Las barreras arquitectónicas: qué son y clasificación. Ilerna.es. En línea: <https://www.ilerna.es/blog/fp-a-distancia/barreras-arquitectonicas/> Fecha de consulta: 26 de junio de 2019.

⁶¹¹ Guía Técnica de Accesibilidad al Medio Físico (2009).

y por su puesto deben ser funcionales, esperando que logren solucionar y faciliten el acceso a cualquier tipo de edificaciones.

Las barreras asociadas al medio natural, se destacan aquellos obstáculos físicos o las condiciones meteorológicas, que influyen como un impedimento o dificultan la movilidad y que no son posibles de superar por las personas con discapacidad y sin contar con la debida asistencia⁶¹².

En cuanto a la accesibilidad al medio físico habría que señalar las condiciones de accesibilidad que deben ser tomadas en cuenta en el ambiente, es decir en el entorno físico donde existen los espacios de atención al público. Respecto a ello fueron fijadas o establecidas orientaciones y prácticas generales, sobre los aspectos fundamentales que deben ser considerados para desarrollar una atención inclusiva, específicamente aquellos relacionados con la accesibilidad universal del espacio destinado a la atención de las personas; por ejemplo en el país se presentó la Guía Técnica de Accesibilidad al Medio Físico, en la intención de dar a conocer la necesidad evidente de adecuar los espacios urbanos, los servicios públicos, el transporte y los sistemas de comunicación a las condiciones de vida de las personas; esta guía, al fin pretende constituir una herramienta operativa, “para orientar la formulación e implementación de proyectos, que contempla lineamientos básicos sobre la eliminación de barreras y accesibilidad al medio físico, incluye estrategias de difusión, concienciación, socialización a la población en general,...”⁶¹³; lamentablemente, la aplicación de este instrumento técnico, ha sido mínimo, persiste la existencia de barreras a la accesibilidad al medio físico, inclusive a pesar de haberse regulado desde los gobiernos locales, es decir que a partir de esas regulaciones u ordenanzas, todas las edificaciones serán establecidas con accesibilidad; pero, no sucede así, persistiendo los obstáculos arquitectónico y urbanísticos; esta información tal lo mencionamos, la encontramos en el Informe II y II Combinado al Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad que indica que los Gobiernos Seccionales, están revisando, actualizando y promulgando de manera progresiva ordenanzas municipales para la implementación de la normativa técnica sobre accesibilidad de las personas al medio físico, en proyectos públicos y privados con acceso al público⁶¹⁴; entonces la información de cuánto ha avanzado, no se dispone consolidada,

⁶¹² GONZALES, Jesus (1987: 55-56).

⁶¹³ Guía Técnica de Accesibilidad al Medio Físico (2009).

⁶¹⁴ Lista de Cuestiones II y III Informe Nacional Combinado al Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades (2018).

sino dispersa en cada municipio. Por otro lado, respecto de las de comunicación, es igual, los logros por parte de la sociedad al otorgar medios alternativos de comunicación, no están siendo suficientes, pues sigue siendo costosa la adquisición de equipos que le permita a la persona desenvolverse con esos apoyos; por lo que es necesario que se incorporen acciones a facilitar la integración de las personas en sus diferentes espacios, sean estos laborales, educacionales o de atención en los servicios públicos.

El acceso al transporte, todavía es mucho más grave, la mayoría de los buses solo cuentan con escaleras (gradas) para su ingreso, no disponen de rampas o ascensores, no están señalizados; en las paradas de buses como en las terminales, apenas existen rampas, en fin el diseño mismo de los buses, no es apropiado para las personas con diferentes discapacidades, no cuentan con espacios apropiados, no existe mecanismos de comunicación o señalización visual, las salidas de emergencia no son aptas, en definitiva, la accesibilidad al medio físico, es absolutamente deficiente, sino revisemos nuevamente lo que refiere el II y III Informe Combinado, en relación al acceso al transporte: “A nivel urbano en las ciudades de Quito, Guayaquil y Cuenca los parámetros de accesibilidad han sido implementados en los sistemas integrados de transporte (unidades de transporte y paradas), presentando un avance significativo; sin embargo la accesibilidad al transporte público en general a nivel cantonal y parroquial todavía es débil. Para fortalecer este proceso es necesario mayor compromiso desde los Gobiernos Autónomos Descentralizados (competencia determinada en el COOTAD), y reforzar estrategias de sensibilización dirigidas al sector del transporte y a la ciudadanía en general.”

Los factores ambientales, son los que determinan en gran medida la gravedad de la discapacidad y constituyen “todos los aspectos del mundo extrínseco o externo que forma el contexto de la vida de un individuo, y como tal afecta el funcionamiento de esa persona”⁶¹⁵ y que pueden tener influencia directa o indirecta en el desempeño de la persona e inclusive afectar positiva o negativamente, que depende de cómo la persona lleva su vida cotidiana o el medio en el que desenvuelve sus actividades, entonces el impacto es considerado en diferente magnitud y, depende inclusive de su condición de salud, su dependencia o asistencia personal, la existencia o ausencia de prestación de servicios, dispositivos de ayuda, edad, condición económica, sexo, ubicación geográfica,

⁶¹⁵ Factores Ambientales y Discapacidad. Incidencia en los factores ambientales en el desempeño de las personas según su nivel de capacidad, Servicio Nacional de Discapacidades, Departamento de Estudios, Santiago de Chile (2017).

etc. de estas situaciones que tiene o no la persona con discapacidad dependerá de la magnitud de las barreras, entonces variarán los factores ambientales.

Otro de los elementos que han sido manejados sobre la accesibilidad al medio físico es la cadena de accesibilidad o “cadena irrestricta de desplazamientos”⁶¹⁶, reconocida como un conjunto secuencial y dinámico de actividades vinculadas con los quehaceres de las personas, la cuales son ejecutadas en diferentes espacios⁶¹⁷ y permite a las personas trasladarse de un espacio a otro. Dicha cadena hace una referencia expresa sobre la capacidad de acceder y egresar del entorno, así como respecto al desplazamiento y la circulación en los diferentes espacios que integran el ambiente o entorno, a la vez se puede hacer alusión a la aproximación y uso de los elementos que lleguen a estar presentes en el entorno. Unido a ello cabe destacar la recepción de la información que se deriva del ambiente, lo cual posibilita y promueve la comunicación entre las personas, de forma interactiva y no interactiva, bajo ciertas condiciones como: autonomía, seguridad y facilidad⁶¹⁸. Hay que agregar que esta cadena resulta ser aplicada en espacios destinados a la atención, por tanto, deberán ser tomadas en cuenta acciones como: acceso y egreso; desplazamiento y circulación; aproximación y utilización; y comunicación e información.

6.4.4. Barreras interactivas

Estas se relacionan con aquellos elementos relativos a la habilidad que posee cada individuo para realizar ciertas actividades, ello se manifiesta por ejemplo en el nivel de dificultad como consecuencia de la falta de accesibilidad a la información o a los recursos para materializar la interactividad.⁶¹⁹ Las tecnologías de la información y comunicación, han sido de mucha utilidad técnica, que están cada vez más presentes para ayudar a mejorar la capacidad de accesibilidad de estas personas, no solamente la tecnología está dispuesta en los medios técnicos usuales, sino están inmersos en elementos especiales que se convierten en herramientas muy eficaces para permitir mejoras en el trabajo, en la educación, en su movilidad, etc.

⁶¹⁶ Observación general N° 2. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 11° período de sesiones Organización de las Naciones Unidas (2014).

⁶¹⁷ HUERTA, Jaime (2013: 61-63).

⁶¹⁸ LÓPEZ, Pedro (2011: 102).

⁶¹⁹ RODRÍGUEZ FUENTES, Antonio; GARCÍA GUZMÁN, Antonio (2009: 304)

En la actualidad, a pesar de los avances que ha reconocido la sociedad respecto del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, de propender a mejorar su independencia a través del uso de medios accesibles, nos encontramos con la dificultad de acceder a la comunicación, traduciéndose en consecuencias que repercuten en el ejercicio de su derecho a la información, como un elemento sensible y asociado a lograr una mejor calidad de vida. Pero lamentablemente para nuestros países, por ejemplo, es inaccesible, sus costos, el mantenimiento, son muy elevados y por tanto la brecha para llegar a ellos, se torna imposible, hay por tanto una barrera más que sortear para su uso⁶²⁰.

Igualmente existen las barreras que se derivan de las limitaciones de carácter cognitivo, del habla, de la audición o de la vista. Independientemente del origen de este tipo de barreras, su surgimiento pocas veces va en un solo sentido, ya que la comunicación resulta ser un proceso recíproco en el que es necesario la participación por parte de quien emite el mensaje y del receptor. Resulta frecuente que las dificultades en cuanto a la expresión que llega a tener una persona con discapacidad están complementadas con la manifestación de ciertos bloqueos o la carencia de atención del oyente, por lo que se debe dedicar un tiempo complementario para poder desarrollar algún tipo de conversación.

De manera progresiva, especialmente en la última década, el acceso a la información ha sido implementado en mayor medida por medio de los ordenadores y de manera telemática. Ello complementado por la revolución que ha generado la web en cuanto a las formas de acceso, búsqueda y transmisión de la información a nivel global. Es así como, la accesibilidad a la información a través de las nuevas tecnologías representa en la actualidad un derecho, y por lo tanto deben ser proporcionadas todas las condiciones para que las personas puedan acceder a dicha información, independientemente de las dificultades físicas que pueda tener cada individuo. Motivo por lo cual las tecnologías de la información y las comunicaciones pueden contribuir significativamente en la accesibilidad universal, especialmente a través del computador. El acceso a la web y al uso de la tecnología en general, ha sido un limitante de las personas con discapacidad para hacer efectivo su derecho a la comunicación, estas herramientas, no están diseñadas o adaptadas o sus sistemas operativos, en su mayoría no tienen características que permitan realizar actividades que de otra forma no sería posible; por ejemplo para una persona con discapacidad visual, se requiere la utilización de lectores

⁶²⁰ RODRÍGUEZ FUENTES, Antonio; GARCÍA GUZMÁN, Antonio (2009: 307)

Jaws o NVDA, que son aplicaciones informáticas que interpreta lo que aparece en la pantalla o llega al computador a través de un sintetizador de voz; lamentablemente estas tecnologías para la mayoría de las personas, tiene altos costos y lo que la persona ha optado para lograr su uso, es el uso ilegal de programas, ante ello es que el Estado debería impulsar mecanismos para dotar de este tipo de programas como se otorga un servicio público, debido a la demanda y necesidad de las personas⁶²¹.

Respecto a este tema se destacan las ayudas técnicas que han sido desarrolladas, ejemplo el hardware y software, que otorgan facilidades en las labores de accesibilidad respecto a las distintas fuentes de información cuya accesibilidad es a través del computador. Por otra parte, se destacan espacios como las bibliotecas, por ejemplo, que contribuyen al acceso hacia la información y al conocimiento, y por su carácter público estos espacios deberán estar dotados de la mayor cantidad posible de facilidades para materializar dicho acceso.

Ahora bien, en el marco del derecho internacional la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se ha transformado en una norma de obligatorio cumplimiento, y en la que se llega a establecer para aquellos países que la han ratificado, el deber de promover o emprender la investigación y el desarrollo; la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, en lo cual se incluyen a las tecnologías de la información y las comunicaciones; la ayuda en cuanto a movilidad; dispositivos técnicos y apoyo en el ámbito tecnológico que sea adecuado para las personas con discapacidad con un precio asequible⁶²².

De forma específica se puede señalar que, con relación a los medios audiovisuales, este instrumento internacional llegó a establecer que cada país adoptará todas las medidas necesarias para que la persona con discapacidad pueda ejercer su derecho a la libertad de expresión y opinión, dicho derecho abarca también recabar, recibir y facilitar la expresión de ideas y el acceso a la información, en igualdad de condiciones que el resto de los individuos que integran la sociedad⁶²³. Es así que, la persona con discapacidad a través de cualquier forma de comunicación que elija podrá exigir sus derechos, respaldado por aquellas facilidades a ejecutar por parte del gobierno, las cuales deberá desarrollarse de

⁶²¹ Las personas con discapacidad y el acceso a la Web. En línea: <https://mpiua.invid.udl.cat/las-personas-con-discapacidad-y-el-acceso-a-la-web/>. Fecha de consulta: 28 de junio de 2020.

⁶²² Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas (2006: Art. 4).

⁶²³ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006: Art. 21).

manera oportuna y sin costos adicionales, con las tecnologías ajustadas a los diversos tipos de discapacidades que existen. La aceptación y facilitación de la lengua de señas, el Braille, los modos, los medios y los formatos alternativos de comunicación representan uno de los caminos para desarrollar dentro de la sociedad una accesibilidad universal, donde en el marco de las relaciones oficiales y desde el ámbito de las entidades privadas se lleguen a ofrecer servicios inclusivos o en formatos que sean accesibles a las personas con discapacidad.

Desde el marco normativo de algunos países se destacan leyes destinadas al tema de la accesibilidad a la información y las comunicaciones, por ejemplo, en los EE. UU. en el año 2010 se aprobó la ley de Accesibilidad en las Comunicaciones y el Video en el Siglo XXI (CVAA, por sus siglas en inglés), dicha norma representó una actualización de la Ley de Comunicaciones o *Communications Act* en la cual fueron establecidas nuevas garantías en aras de asegurar que las personas con discapacidad no estuvieran atrasadas ante los constantes cambios y avances de la tecnología. En la nueva normativa se llega a exigir respecto a los *smartphones*, programas de televisión y demás tecnologías modernas vinculadas a la comunicación, que resulten accesibles para las personas con discapacidad⁶²⁴.

Asimismo, fueron creadas salvaguardias nuevas con el propósito de asegurar que la tecnología de las comunicaciones basada en internet, dígame equipos, servicios y redes, resulten accesibles para las personas con discapacidad. Por otra parte, en los supuestos que exista una carga excesiva, los fabricantes y los proveedores deberán asegurar que cada equipo o dispositivo y servicios especializados resulten ser compatibles con aquellos equipos y servicios utilizados por las personas con discapacidad. Unido a esto se destaca el establecimiento de medidas que permiten asegurar el acceso a la emisión de información de emergencia a las personas con discapacidad, además de que se llega a declarar el derecho de estos individuos como un grupo diferenciado que requiere la percepción de un apoyo para la implementación de un servicio universal, el cual llega a ser impulsado en los EE. UU por la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC, sus siglas en inglés) órgano que llega a designar los servicios de banda ancha para las personas con discapacidad y aquellos programas dirigidos a la distribución del

⁶²⁴ Twenty-First Century Communications and Video Accessibility Act, Congress United States of America, Washington DC, United States Library of Congress (2010).

equipamiento especializado que permiten la accesibilidad a servicios como las telecomunicaciones para personas con discapacidad⁶²⁵.

Respecto a esta ley, vale acotar como elemento positivo la ampliación de los requisitos de compatibilidad, ejemplo de ello son los audífonos que en la actualidad son aplicados a los teléfonos, los equipos empleados en proporcionar servicios de voz sobre IP, con el objetivo de garantizar que las personas con discapacidad, especialmente aquellas que poseen problemas de audición tengan acceso a este tipo de dispositivos, a través de la implementación de tecnología avanzada. De igual manera en esta normativa estadounidense se estipula respecto a las compañías de telefonía móvil, que estas deberán incluir los denominados buscadores web, el servicio de mensajería de texto y el correo electrónico en todos los dispositivos smartphones⁶²⁶.

En lo que respecta a los servicios de retransmisión de telecomunicaciones o *telecommunications relay services* (TRS), se establece en la normativa que en estas deberán asegurarse de que las personas con discapacidad pueden usar dichos servicios, principalmente aquellos individuos con problemas de audición y habla, para comunicarse con todas las personas. Otro aspecto positivo incorporado por esta norma sería la ampliación de los requerimientos vinculados a la subtitulación y los programas televisivos, aspecto que en el país se cumple de alguna forma, en especial en los programas de noticias o de entretenimiento de producción nacional. También se les llega a exigir a las compañías de cable, en la normativa, una ampliación de las guías de programación y menús de selección, con el propósito de que las personas con discapacidad tengan una adecuada accesibilidad, principalmente las personas con problemas visuales.

En el ámbito de la legislación europea, el tema de la accesibilidad electrónica y de la información ha sido objeto de una marcada atención y por lo tanto en la implementación de las respectivas políticas a nivel regional, es decir en aquellos países que integran la Unión Europea (UE). Es el año 2006, donde ministros europeos llegaron a concertar un conjunto de objetivos vinculados a la disponibilidad y el uso del Internet, además temas como la alfabetización digital y la accesibilidad a las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), que fueron expuestos en la denominada

⁶²⁵ Twenty-First Century Communications and Video Accessibility Act (2010).

⁶²⁶ Twenty-First Century Communications and Video Accessibility Act, Congress United States of America, Washington DC, United States Library of Congress (2010).

Conferencia Ministerial de Riga, y plasmados en la Declaración Ministerial de Riga. El principal objetivo de esta reunión estuvo dirigido al alcance de determinados progresos en el uso del Internet, y para ello se debía reducir las diferencias que existían, es decir, lograr que las personas mayores, personas con discapacidad, las mujeres y los grupos con una menor educación, así como los territorios menos desarrollados tuvieran una mayor accesibilidad sobre las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Posteriormente se alcanzó a realizar en el año 2007 un análisis comparativo en la región europea, donde se evidenció el poco avance para alcanzar y el ritmo insuficiente para lograr los parámetros establecidos en esta conferencia.

Debido a ello, la accesibilidad en la web se ha transformado en una prioridad para la UE, ya que el Internet como medio de acceso a la información y mecanismo de comunicación, se ha convertido en un elemento clave en el desarrollo de la vida cotidiana de cada individuo. Con el propósito de contribuir con un nuevo impulso en las políticas destinadas a la accesibilidad electrónica dentro de la región europea se desarrolló una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, en cuyo documento se fijaron líneas para implementar una sociedad hacia la información accesible. Al respecto se señalaron parámetros como el sostenimiento y fortalecimiento de la coherencia y eficacia hacia el enfoque común de ciertas prioridades en el acceso a la información y la comunicación como un derecho de todas las personas, lo cual será responsabilidad directa en su implementación de un Grupo de alto nivel, el cual entre las múltiples tareas a desempeñar deberá reunir a las organizaciones de consumidores y los representantes de los usuarios con discapacidad para facilitar el acceso a las industrias de los TIC y la tecnología, además de los servicios asistenciales pertinentes⁶²⁷.

Como parte de los lineamientos en materia de accesibilidad desarrollados por la Comisión Europea en esta comunicación, se destaca la prioridad de accesibilidad a la web, la accesibilidad a las terminales de autoservicio y la banca electrónica, además del apoyo directo a las personas con discapacidad y adultos mayores en cuanto a la accesibilidad a los dispositivos electrónicos. En el tema de la comunicación y el acceso a esta, se establecen parámetros de custodia y análisis por medio de los cuales se alcanzará

⁶²⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Participar en la sociedad de la información. Unión Europea, Comisión Europea, Bruselas (2007).

a integrar a la legislación comunitaria disposiciones efectivas que contribuyan a la accesibilidad electrónica. Por otra parte, en el documento “Una Agenda Digital para Europa”, suscrito en el año 2010 se ratificaron todas estas políticas de acceso a la información y las comunicaciones, además de que se llegó a declarar la evaluación sistemática del tema sobre accesibilidad en el ámbito de las revisiones legislativas⁶²⁸, para lo cual se tomará en cuenta los derechos de las personas con discapacidad reconocidos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ahora bien, la cadena de accesibilidad llega a contemplar como elemento fundamental a la información y comunicación, y tal sentido llega a adquirir una relevancia particular el origen de la discapacidad, donde principalmente es relacionada a la discapacidad sensorial ya sea visual y auditiva. Para abordar este tema se deberán tener en cuenta dos consideraciones fundamentales, la primera responde a la generación de información vinculada al entorno, o sea, aquella que informa o describe sobre el lugar y servicio que llega a ser prestado en un determinado ambiente. Como ejemplo a mencionar para estos casos sería la presencia de paneles informativos, la existencia de información gráfica, entre otros. En segundo lugar, se destacan aquellos materiales que influyen en la elaboración de los contenidos informativos, ejemplo material de difusión, folletos, revistas, etc.

En el caso específico de la información que las personas pueden encontrar en el entorno, sobresalen aquellas señales o paneles que entregan una información diversa por ejemplo en el interior de determinado inmueble, como sucede en los edificios, a la vez dicha información se identifica con la ubicación de ciertos recintos, vías de evacuación, zonas y formas de atención, por lo destacar algunos. El principal objetivo que encierra las fuentes de información posicionadas en el entorno radica en la facilitación de la orientación, comprensión del espacio físico, sus elementos y las diversas actividades que pueden ser ejecutadas en este.

Por último, al hablar de la comunicación y el derecho a la información, podemos abordar algo específico, como es el caso de las bibliotecas, se podría agregar que estos espacios deberían constituir lugares fáciles de acceder desde el aspecto físico y además para los sistemas informáticos existentes. Respecto al funcionamiento y servicios que debe caracterizar a una biblioteca pública, en algunos instrumentos internacionales, como

⁶²⁸ Agenda Digital para Europa, Unión Europea, Bruselas (2014).

es el caso de los emitidos por la Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecarios y Bibliotecas (IFLA), se ha estipulado lo siguiente:

“...la biblioteca pública debe ofrecer servicios y materiales especiales para aquellos usuarios que por una u otra razón no pueden hacer uso de los servicios y materiales ordinarios, por ejemplo, minorías lingüísticas, personas con discapacidades o personas en hospitales o en prisión”⁶²⁹.

Habría que agregar parte del contenido contemplado en las Directrices de la IFLA/UNESCO para el desarrollo del servicio de las bibliotecas públicas, en donde se llega a especificar una serie de aspectos necesarios con el objetivo de garantizar el acceso a la información para todos los usuarios⁶³⁰. Dichos aspectos descansan en un conjunto de facilidades que deberán ser contempladas en las bibliotecas y destinadas para aquellos usuarios que presentan necesidades especiales, estas últimas se encuentran reguladas en un marco jurídico a nivel internacional, nacional y regional, lo cual contribuye a fijar una protección desde el ámbito legal hacia los derechos de las personas con discapacidad.

Del mismo modo, resulta imprescindible la implementación de ayudas enfocadas en el manejo de los ordenadores y las nuevas tecnologías que llegan a ser materializadas en las bibliotecas públicas. No obstante, la accesibilidad no constituye un problema solo para aquellas personas que presentan discapacidades, es una cuestión que compete a todas las personas, ya que existe la posibilidad que, en determinado momento de la vida, sea por la edad o por un accidente, el individuo puede enfrentarse a la pérdida de facultades físicas y cognitivas.

En fin, las barreas interactivas, conforme lo mencionamos, están relacionadas directamente con los medios o formas de comunicación y busca, dependiendo de la persona, ese intercambio de información, que no solamente se plasman en verbales, que no sólo es receptor, sino también emisor de sus deseos, necesidades, urgencias, voluntad y que sea atendida a través de la prestación de servicios, que tenga características especiales y con canales o circunstancias apropiadas a cada situación o condición de

⁶²⁹ Manifiesto de la IFLA/UNESCO Sobre la Biblioteca Pública 1994. En línea: <https://www.ifla.org/node/7271> Fecha de consulta: 25 de abril de 2018.

⁶³⁰ Directrices IFLA/UNESCO para el desarrollo del servicio de bibliotecas públicas, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, New York (2001).

discapacidad de la persona⁶³¹, más cuando posean algún tipo de discapacidad mental o sensorial.

6.4.5. Barreras actitudinales

Respecto a las barreras actitudinales se podría relacionar a un término empleado para hacer referencia a un conjunto de dificultades o desafíos que son experimentados por la persona con discapacidad en cuanto a la comprensión, confusión e ignorancia de terceros sobre lo que se considera la discapacidad⁶³². Este tipo de barreras, por ejemplo, puede llegar a manifestarse bajo la utilización de aspectos relacionados con la incapacidad como una causa para generar despidos o realizar comparaciones desproporcionadas sobre el rendimiento laboral de la persona con discapacidad.

Las barreras actitudinales pueden constituir patrones para medir las experiencias que ha tenido la persona con discapacidad en diversas esferas de su vida, dígase en lo educativo, laboral y social.

Así mismo, este tipo de barreras llegan a construir un entorno de inferioridad alrededor de la persona con discapacidad, lo cual trasladado al ámbito laboral trae como consecuencia la marginación y exclusión de dicha persona respecto al resto de trabajadores. Las constantes críticas y trabas en cuanto al desempeño de una persona con discapacidad pueden provocar el olvido respecto a que no son requeridas todas las habilidades para desempeñar determinadas funciones. El elemento negativo de la inferioridad surge directamente de los prejuicios y las acciones de discriminación que se desarrollan en la sociedad y que afectan a los grupos vulnerables como las personas con discapacidad.

Estas barreras están cercanamente relacionadas con la discriminación, por la ausencia de conocimientos mínimos de lo que constituye la discapacidad, en ciertos de los casos y sino diría en la mayoría de veces se impone esta barrera por desconocimiento, por ignorancia y por la constante práctica de estereotipos que asume que la discapacidad es enfermedad o de consecuencias desconocidas, considerándole aislada o invisibilizada.

⁶³¹ Accesibilidad Universal y Diseño para Todos. Parte 1: Criterios DALCO para facilitar la accesibilidad al entorno. Instituto Nacional de Normas Técnicas, Quito (2015).

⁶³² TAPIA, Enrique; GARCÍA, Jessica María; QUINTERO, Luis Arnulfo (2015: 242).

Otro de los rasgos identificativos de las barreras actitudinales resulta ser la piedad, la caridad y la adoración, que pueden ser proyectadas sobre la persona con discapacidad; es así que cuando hablamos de discapacidad, lo primero que se viene a la mente es problema, como dijimos enfermedad, caridad, compasión, etc., por ello tenemos que volver necesariamente a la revisión de los dos primeros enfoques sobre la atención de las personas con discapacidad; en el siglo XIX, se hablaba de caridad, de beneficencia:

“modelo de prescindencia considera que las causas que dan origen a la discapacidad son religiosas. Las personas con discapacidad son consideradas innecesarias por diferentes razones: se estima que no contribuyen a las necesidades de la comunidad, que albergan mensajes diabólicos, que son la consecuencia del enojo de los dioses, o que -por lo desgraciadas-, sus vidas no merecen la pena ser vividas. Como consecuencia de estas premisas, la sociedad decide prescindir de las personas con discapacidad, ya sea a través de la aplicación de políticas eugenésicas, ya sea marginándolas o tratándolas como objeto de caridad.”⁶³³

El otro modelo o enfoque es el médico o rehabilitador, que toma a las discapacidades como algo que debe estudiarse científicamente y que es producto de limitaciones físicas, psíquicas, mental o sensorial, deja de considerar a las personas como inútiles pero si de necesaria rehabilitación a fin de “normalizarlas” y que sean integradas a la sociedad; que el origen de la discapacidad es ocasionado por enfermedades, accidentes u otra condición que requiera de atención médica y la intervención de profesionales para su tratamiento en aras de conseguir su “cura, o una mejor adaptación de la persona, o un cambio en su conducta. De este modo, desde el punto de vista jurídico, la discapacidad es abordada exclusivamente dentro de la legislación de la asistencia y seguridad social, o como parte de ciertas cuestiones del derecho civil relacionadas con la incapacitación y la tutela”⁶³⁴.

⁶³³ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, Madrid (2008).

⁶³⁴ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, Madrid (2008).

Sentimientos como la lástima y la inclinación a la caridad en el tratamiento de la persona con discapacidad puede contribuir a que esta se sienta incómoda y privada de la oportunidad de vivir bajo principios de igualdad y respeto, además de afectar su independencia. Como otro efecto de este tipo de barreras se encuentra el culto a la personalidad donde la persona con discapacidad experimenta sentimientos de superioridad al vencer todos los obstáculos para alcanzar determinado puesto de trabajo un objetivo en concreto, donde lo correcto sería aceptar su condición y luchar por la igualdad de oportunidades respecto al resto de las personas.

Las consecuencias directas de las barreras actitudinales recaen en una actitud condescendiente hacia la persona con discapacidad de parte de quienes le rodean. En la sociedad persisten creencias donde las personas con discapacidad no tienen la capacidad de realizar las mismas tareas que los demás, por lo que cuando se logran superar los obstáculos o simplemente superan las expectativas llegan a ser tratados de forma exagerada. Estas barreras también implican mayores limitantes en cuanto a la participación de las personas con discapacidad en los distintos contextos, por lo que resulta necesario implementar trabajos en la comunidad sobre la comprensión de la diversidad humana y su rescate desde la heterogeneidad. Como medidas a adoptar para disminuir este tipo de barreras se destacan las siguientes:

- Poner en práctica flexibilizaciones en el caso específico de la asistencia a clases en entidades educativas y la permanencia de las personas con discapacidad, para aquellos casos donde existan condiciones médicas delicadas que requieran uso constante de medicamentos o asistencia de equipos médicos.
- Ejecutar un trabajo articulado con profesionales de la salud para las personas con discapacidad que posean problemas en sus emociones y que afecten su desarrollo habitual.
- Evitar acciones de sobreprotección a las personas con discapacidad que requieren de apoyo o acompañamiento y que poseen derechos y deberes como el resto de las personas.
- Resulta esencial respetar la intimidad de las personas con discapacidad, por lo que no podrán ser divulgada ninguna información sin la debida autorización.

- La persona con discapacidad no debe ser etiquetada bajo el uso de términos peyorativos que la pueden relacionar con su condición física, cognitiva y sensorial.

Lo más graves, a mi criterio, al analizar este tipo de barrera, es que la sociedad reconoce como normales ciertas actitudes, conductas, creencias, valoraciones negativas, etc. al actuar frente a la condición de discapacidad de la persona, sobresalen las cuestiones relativas a los estereotipos o a las costumbres, de considerar que la persona es inservible, un desperdicio de recursos, que es un estorbo y que por ello hay que mejor aislarle del resto de individuos de su grupo, visibilizarle; por tanto ello lleva consigo la desigualdad traducida en discriminación, que no solamente es producto de la cotidianidad, sino se encuentra en las actitudes de personas que de alguna u otra forma tiene que ver con las decisiones que deben adoptarse alrededor de las necesidades reales de las personas con discapacidad⁶³⁵.

6.4.6. Barreras en la información y la comunicación (lingüísticas)

Como bien ha quedado establecido en esta investigación la comunicación representa la base de todo tipo de interacción, y constituye un acto social de intercambio constante y reconocimiento hacia otro individuo. Habría que agregar lo estipulado en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su Art. 2 respecto a la comunicación:

“La ‘comunicación’ incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso [...]”⁶³⁶.

⁶³⁵ Barreras actitudinales en discapacidad, Universidad Central del Ecuador, Facultad de Psicología Clínica. Centro de Inclusión Comunitaria en Discapacidades. En línea: <http://familiavance.com/barrera-actitudinal-en-discapacidad/> Fecha de consulta: 31 de mayo de 2020

⁶³⁶ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas. (2006: Art. 2).

Este precepto ha impulsado que la comunicación sea tomada en cuenta desde una perspectiva inclusiva y con un marcado respeto hacia la diversidad. Desde la práctica pueden ser apreciadas una serie de reformas a nivel educativo donde se ha trabajado por un lenguaje positivo en el tema de la discapacidad. Esto llega a reflejarse en la adopción de una conducta donde exista empatía y comprensión en las partes implicadas en el canal de comunicación.

Por lo tanto, las barreras constituyen elementos propios de la persona o externos al individuo que obstaculizan la eficacia de la comunicación. Algunos de estos factores llegan a relacionarse con el ambiente, ejemplo el ruido, a consecuencia de causas verbales que responden a la forma en que las personas hablan y también pueden darse factores psicológicos que se transforman en barreras, y que responden a las características personales de cada individuo. De igual modo la barrera en la comunicación puede constituir toda circunstancia o factor con la capacidad para generar distorsiones en cualquiera de las fases del proceso de comunicación. Con la finalidad de contrarrestar este tipo de barreras podrán ser tomadas en cuenta las medidas siguientes:

- Implementar canales de comunicación adecuados para las personas que poseen discapacidad visual.
- Proporcionar descripciones de las imágenes que contenidas en determinado material.
- Utilización de textos cortos y concretos en mensajes de texto, correos electrónicos y demás mecanismos de comunicación digital.
- Promover el acompañamiento de intérpretes en lenguaje de señas y demás profesionales que sean requeridos.
- Garantizar el uso de posiciones en primera fila a la persona con discapacidad para facilitar el acceso a información visual y gestual.
- Valorar alternativas a la expresión en público como forma de comunicación para aquellos casos que resulte difícil a la persona con discapacidad desenvolverse.

6.4.7. La accesibilidad y el diseño universal

Recordemos que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, reconoce que la discapacidad “resulta de la interacción entre las personas

con deficiencias y las barreras debidas a las actitudes y al entorno”; entonces, superar las barreras se torna una necesidad y una obligación impostergable que permita garantizar la igualdad de derechos y equiparación de oportunidades; barreras o limitantes que surgen desde la misma naturaleza, hasta aquellas producidas por el mismo ser humano, que transforman el entorno y ocasionan dificultades de diferentes características, que no solamente afectan a las personas con discapacidad, sino a diferentes condiciones como son a las personas adultas mayores, personas enfermas, mujeres embarazadas, entre otras.

El objetivo por tanto es lograr que esa interacción, no sea negativa y que las barreras se presenten excepcionalmente; por ello es que se debe adoptar en la accesibilidad el diseño universal o también conocido como diseño para todos, sea aplicado e implementado con conocimiento técnicos y tecnológicos, que proponga e imponga soluciones propias de las diversas características de las personas y sus condiciones de discapacidad y que, así mismo, les permita realizar sus actividades cotidianas⁶³⁷.

Por ello, la idea de accesibilidad y la manera de materializar su promoción han tenido una profunda transformación en el transcurso de los años principalmente en la última década, lo cual ha generado novedosas concepciones y enfoques variados tal es el caso de los términos como lo dejamos dicho: diseño para todos o diseño universal y la accesibilidad integral. En el caso del concepto diseño universal o diseño para todos, algunas organizaciones internacionales, asociaciones de personas con discapacidad y gremios de profesionales iniciaron una búsqueda para variar el camino en cuanto a la implementación de políticas de acción para tomar en cuenta las necesidades de la persona con discapacidad y la sociedad en general. En el desarrollo de este tipo de acciones o políticas contribuyeron los siguientes factores⁶³⁸:

- La cantidad de personas con discapacidad presentó un incremento considerable a partir del envejecimiento demográfico y, por otro lado los avances en la medicina han posibilitado salvar una mayor cantidad de vidas, ante las enfermedades y accidentes, que en décadas pasadas eran considerados incurables.
- El movimiento de asociación entre varias organizaciones de personas con discapacidad creció y llegó a adquirir una mayor fuerza.

⁶³⁷ Accesibilidad Universal y Diseño para Todos. Parte 1: Criterios DALCO para facilitar la accesibilidad al entorno. Instituto Nacional de Normas Técnicas, Quito (2015).

⁶³⁸ GONZÁLEZ, Jesús (2010: 251).

- Las demandas de las personas con diferentes tipos de discapacidades aumentaron considerablemente, en lo que se refiere a la obtención de una mejor calidad de vida en las ciudades, especialmente en el tema de las viviendas, es por ello que la búsqueda de entornos con características más humanas y prácticas representan elementos que se relacionan con una mejora en el tema de la accesibilidad, requerimientos que le urgen a la persona con discapacidad.
- El desarrollo de tecnologías en el ámbito de la rehabilitación y la ayuda de carácter técnico.
- Los avances legislativos en diferentes países, especialmente en el caso de los EE. UU, donde a través del *Fair Housing Amendment Act* (Ley de Enmienda a la Vivienda Justa) de 1988 y *American with Disabilities Act* (Ley Estadounidense con Discapacidades) de 1990 que fueron factores determinantes en el despertar de la conciencia sobre los derechos que le deben asistir a las personas con discapacidad.
- Se llegó a asumir el poder que ostenta el mercado como parte de la cultura de cada sociedad.

Todos los elementos aquí mencionados junto con los avances del modelo de vida independiente se desarrolla la definición de *diseño universal*, al respecto este término ha sido entendido como: “...el diseño de productos y entornos aptos para el uso del mayor número de personas sin necesidad de adaptaciones ni de un diseño especializado”⁶³⁹. De otra manera, la implementación de un diseño discriminatorio contribuye a excluir del uso y disfrute a ciertos grupos sociales o colectivos, a su vez esto genera mayores costos en su posible adaptación si se compara con la percepción inicial de un concepto universal.

A esto podría agregarse principios básicos del diseño, en total serían siete: Uso universal para todos; flexibilidad de uso; uso simple e intuitivo; información perceptible; tolerancia para el error o mal uso; poco esfuerzo físico; y, tamaño y espacio para acercamiento, manipulación y uso⁶⁴⁰.

Estos principios, se empatan con los criterios DALCO, entendidos como un conjunto de elementos que, en el proceso de interacción de la persona con el entorno, le

⁶³⁹ HUERTA, Jaime (2013: 23).

⁶⁴⁰ HUERTA, Jaime (2013: 25).

permite o le facilita realizar sus actividades, sin mayores dificultades, más las que le permita su condición.

Criterios que deben aplicarse considerando los entornos y servicios, principalmente; deben cumplir condiciones de seguridad y otorgar comodidad que permita su uso en la forma más independiente y autónoma posible a las personas, por lo que deberán haber sido construidas o planificadas para implementarse, tomando en cuenta la funcionalidad de las condiciones y capacidad de los usuarios. Dependiendo de esas condiciones o capacidades, los criterios se diseñarán y aplicarán así mismo, múltiples y diversos⁶⁴¹.

En lo que se refiere a las personas que ven disminuida su funcionalidad respecto alguno o varios de sus miembros u órganos, estas pueden presentar mayores dificultades que el resto de los individuos que no se encuentran en dicha situación en relación con la movilidad o en el manejo de productos y en el acceso a los servicios básicos a los que las personas deben hacer frente en la vida diaria. Por lo tanto, la accesibilidad integral deberá ser entendida como la necesaria observación de las técnicas que brindan la posibilidad que tanto un producto como un servicio, incluso el entorno, sea utilizable y transitable para cualquier individuo o persona, independientemente del grado o la pérdida de alguna de las habilidades físicas o cognitivas que tenga cada persona.

El diseño universal, busca eliminar las barreras que impiden el libre desplazamiento, integración y acceso, en especial de las personas con discapacidad en sus diferentes actividades y que impiden además, su integración con la sociedad, la que a pesar de contar con todos los elementos para que ello suceda; es decir, existe la normativa e información técnica, científica y tecnológica suficiente para que se aplique; sino, es palpable la situación de la falta de acceso y, no solamente me refiero al físico, sino al de la comunicación y del transporte, identificables en el día a día de las personas que reclaman su inexistencia o deficiencia al servicio de todos.

Por ello es importante la implementación gradual y que sea integral, de nada serviría que se acomode ese acceso en el transporte, sin los otros elementos de responsabilidad pública o estatal, no existe o no va a la par de esos ajustes. Esa intervención integral es empatar el diseño y la implementación de las obras, que deberán estar acompañadas de información y de facilidades para la dotación de los usuarios de

⁶⁴¹ INEN (2015: 3).

ayudas técnicas también y que sea sostenible y no solamente por el paso del tiempo, sino que los resultados y logros sean visibles positivamente.

Necesariamente deben ser inclusivos, que su construcción o implementación, no solamente sea para un sector como el que constituyen las personas con discapacidad, sino con un enfoque compartido con otras personas identificadas de atención prioritaria y especializada. De la misma forma, deben ser los diseños fáciles de usar, idénticos y equivalentes como sea posible; flexibles conforme la amplia gama y variedad de capacidades individuales; de uso simple y funcional, simples de entender, eliminando complejidades innecesarias; que el diseño sea además una forma de comunicación para las personas con limitaciones sensoriales; que no impliquen riesgos frente a la posibilidad de realizar actos inconscientes; de uso cómodo que mitigue posibilidades de fatiga física; con espacios y tamaño adecuado que permita aproximación, alcance y manipulación, sin importar el tamaño, postura o movilidad de la persona⁶⁴².

Solo como un dato importante, para afirmar lo que referimos en toda esta sección, de que a pesar de que en el país existe normativa e información suficiente respecto del acceso universal y su implementación, en las Observaciones Finales sobre el informe inicial del Ecuador, revisado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), plantea como seria preocupación que en los “prototipos de vivienda social del Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda hayan sido diseñadas sin tomar en cuenta el componente de diseño universal”, haciéndose imposible su utilización para personas con discapacidad, por lo que recomienda que en su diseño se incluyan las necesidades de las personas con discapacidad; así que para el siguiente Informe Nacional Combinado que el Ecuador presentó al Comité (2018), hace notar que “todos los proyectos de vivienda de interés social *cumplirán* obligatoriamente con la normativa técnica ecuatoriana de accesibilidad y diseño universal; y se *priorizará* dentro de los beneficiarios a los grupos en situación de doble vulnerabilidad y núcleos familiares que tengan una o más personas con discapacidad, familias de mujeres cabeza de hogar, núcleos familiares en pobreza y extrema pobreza, entre otras condicionales.” Y solamente, en este mismo informe hace notar que de un levantamiento de información realizado por el CONADIS, sobre servicios de centros diurnos y de acogimiento de

⁶⁴² CORPORACIÓN CIUDAD ACCESIBLE: Qué es el diseño universal. Ciudad Accesible. En línea: <https://www.ciudadaccesible.cl/que-es-el-diseno-universal/>. 2012 Fecha de consulta: 27 de junio de 2016.

personas con discapacidad del Ministerio de Inclusión Económica y Social, el 75% de los servicios cumplen con los parámetros de diseño arquitectónico, mobiliario, y funcionalidades acordes a la Normas de accesibilidad al medio físico⁶⁴³.

En relación a las otras características o tipos de accesibilidad, lo hace en forma tangencial en este informe y no refiere dato alguno más sobre cumplimiento de acceso que esclarezca la situación de accesibilidad más que compromisos por realizar.

Ante ello, para llegar a concretar y que sea efectiva la accesibilidad universal, debe establecerse un compromiso entre la obligación del Estado de ejecutar sus políticas de Estado, presentadas en los diferentes planes o agendas nacionales, la sociedad de colaborar en su gestión y las personas de cumplir y cuidarlos.

6.5. Políticas y medidas de la Administración de Justicia para la eliminación de barreras

Cuando una persona con discapacidad está inmersa en determinado proceso judicial, previamente ha surgido un conflicto o inconformidad vinculado a un asusto o circunstancia que tiene cabida en su entorno y vida cotidiana. A partir de este conflicto se puede afectar un derecho, lo que trae como consecuencia problemas, molestias o incluso una serie de impedimentos. Ante tales circunstancias en el sistema de administración de justicia deberán ser adoptadas un conjunto de medidas que contribuyan a que la persona con discapacidad pueda ejecutar de manera efectiva sus derechos. A continuación serán analizadas posibles alternativas que contribuirán a la eliminación de barreras dentro del ámbito judicial para la persona con discapacidad.

6.5.1. Condiciones de accesibilidad y los ajustes razonables.

Ante este tipo de medidas los servidores de la función judicial tienen la obligación de garantizar a la persona con discapacidad una adecuada participación en los procesos judiciales, y con el respaldo de las condiciones necesarias para que los derechos

⁶⁴³ Lista de Cuestiones II y III Informe Nacional Combinado al Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades (2018).

fundamentales lleguen a ser ejercidos a plenitud. De esta forma se aseguraría el derecho de acceder a la justicia en igualdad de condiciones que el resto de las personas.

Este proceder implica la atención de diversos aspectos que resultan importantes para la persona con discapacidad, ejemplo de ello sería proporcionar la debida información, trabajar con las características del entorno, mecanismos adecuados para promover la comunicación y todos aquellos factores que contribuyan a identificar y eliminar barreras. Si se toman en cuenta todos estos parámetros las barreras será reducidas o incluso eliminadas, y a la vez se anularán las restricciones o impedimentos que interfieran en la participación de la persona con discapacidad dentro del acto judicial. De igual modo la persona con discapacidad contará con la movilidad, seguridad, comunicación, confianza y comodidad dentro del sistema de administración de justicia bajo parámetros más específicos dentro del funcionamiento del sistema de justicia deberán ser tomados en consideración los siguientes aspectos en la atención a brindar a la persona con discapacidad:

- Existe la opción de solicitar la colaboración de profesionales especializados en áreas como la psicología, la psiquiatría, trabajadores sociales o de cualquier otra esfera, donde el poder judicial u otras instituciones pongan a disposición de la persona con discapacidad, según las necesidades que presente y la situación en la que se encuentre inmerso.
- Dentro de las actuaciones judiciales deberán ser implementados ajustes razonables y necesario para la persona con discapacidad, con el objetivo de que pueda acceder al sistema judicial, algunas de estas medidas serían la cámara de Gesell y el acondicionamiento de las salas de audiencia donde se disminuyan los niveles de ansiedad, que existan paneles de acceso para sillas de ruedas, que el espacio evite la coincidencia entre la víctima o testigo con el procesado, entre otros.

6.5.2. Cuestiones relativas a la capacidad jurídica.

En la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se establece el reconocimiento, por parte de los Estados que han reafirmado este instrumento, respecto a la personalidad jurídica como un derecho de la persona con

discapacidad⁶⁴⁴. Esta capacidad jurídica será ejercida en igualdad de condiciones que el resto de los individuos, en lo que se refiere a todos los aspectos de la vida. La adopción de medidas por parte de los Estados permitirá el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, bajo parámetros como el respeto de los derechos fundamentales y la voluntad. El acceso a la justicia deberá ser en un ambiente donde se evidencie independencia, libre de cualquier tipo de influencia, además una justicia donde se demuestre igualdad de condiciones, en lo cual se incluirá acciones como ajustes de procedimientos acorde a la edad de las personas que intervienen, así como la admisión de participantes directos o indirectos en dichos procedimientos.

Todo esto se estipula con la finalidad de que las personas con discapacidad puedan disfrutar, vivir y participar plenamente en todas las actividades sociales, en equidad de trato con las demás sin discriminación, incluidos los sistemas jurídicos y de información y/o comunicación. Es por tanto que lo estipulado en la Convención Internacional en su artículo 12 reconoce la igualdad de capacidad jurídica de las personas con discapacidad visionando la cuestión de la capacidad jurídica con una perspectiva hacia el cumplimiento de los derechos humanos. Brindando la oportunidad de que la capacidad sea la entrada no sólo a la justicia sino también al ejercicio de la misma⁶⁴⁵.

Por otra parte, la capacidad jurídica expresada por la pre mentada Convención constituye los derechos de las personas a ser titular de sus acciones, así como brinda el derecho de actuar de estas personas conforme a la ley sin recibir cuestionamiento alguno por su capacidad jurídica poniendo como tabú su condición física o psicosocial.

En los casos concretos donde llegue a intervenir personas con discapacidad con el objetivo de ejercer a sus derechos, deberá someterse a un análisis de su capacidad jurídica, esto en el caso de la persona con discapacidad psicosocial o mental, intelectual e incluso sensorial, este último caso sería la auditiva, y en aquellas situaciones donde no se pueda dar a entender por escrito o en lenguaje de señas. En el proceso judicial es fundamental que el juez desde su posición llegue a determinar la capacidad jurídica de las personas que intervienen en el proceso.

⁶⁴⁴ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas, (2006: Arts. 12 y 13).

⁶⁴⁵ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas, (2006: Art. 12).

6.5.3. Elementos conexos a la comunicación y la información en el proceso judicial

En todas las etapas del proceso judicial la persona con discapacidad deberá recibir la información por parte de su abogado, así como de las autoridades competentes. La emisión de la información deberá adecuarse a cada caso en concreto, y respetar la diversidad. Esto se transforma en una razón, a partir de la cual el lenguaje a emplear deberá ser claro, sencillo y concreto, también se tendrá en cuenta los elementos culturales, socioeconómicos y de cualquier otra índole. Los siguientes contenidos deberán estar presentes en la información que se brinde:

- Naturaleza de la actuación judicial en la que la persona con discapacidad vaya a participar.
- El papel por desempeñar dentro de la actuación judicial, sus derechos y su posición procesal.

El profesional del derecho, junto con los operadores de justicia, además de los servidores de apoyo y administrativos del servicio judicial, desde que la persona con discapacidad llega a solicitar atención o la prestación de alguno de los servicios relacionados con la Función Judicial, estos deben dirigirse a la persona utilizando lenguaje positivo; y, para ello, el Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades, diseñó un documento instructivo, en el que da a conocer a la colectividad el cómo atender y dirigirse a las personas con discapacidad, denominado Protocolos para la Protección de Derechos de las Personas con Discapacidad⁶⁴⁶; este documento, es complemento al Manual de Atención en Derechos de las Personas con Discapacidad en la Función Judicial, juntos tiene como objetivo ilustrar cómo se atenderá a las personas dependiendo de su condición y en las diferentes áreas del derecho.

Ante ello, es importante para la atención de las personas con discapacidad en los diferentes servicios, que se conjugan expresiones, actitudes, en fin, se construya la necesidad de emplear las palabras y manifestaciones más adecuadas para intercambiar comunicación con las personas, dependiendo, como lo mencioné, del tipo de condición, referirse ante todo como persona, “en este punto es importante hacer referencia a la terminología que utilizamos. Como es sabido, se habla frecuentemente (y veremos que

⁶⁴⁶ Protocolos para la Protección de Derechos de las Personas con Discapacidad, Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades (2018: 42)

está así recogido en muchos textos internacionales) de ‘incapaces’, ‘deficientes’, ‘retrasados’, ‘impedidos’, ‘minusválidos’ o ‘discapacitados’ como si todos los términos fueran sinónimos y como si lo importante al hablar de ellos fuera esa condición: la de ser impedidos, minusválidos, incapaces, retrasados o deficientes”⁶⁴⁷. Esta comunicación deberá basarse en el respeto a la diversidad, con consideraciones éticas y correctas desde el punto de vista moral, sin victimizarlas.

No deberá enfatizarse la condición de discapacidad de la persona, haciendo contacto con la persona y no con el acompañante, de esta forma o de suceder así, precisamente es cómo se invisibiliza o quita la importancia que tiene la interesada de la atención, la persona que le acompaña es solamente eso, un acompañante que no tendrá protagonismo, sino solamente cuando la persona con discapacidad así lo necesite o lo requiera.

Otro elemento de suma importancia son los ajustes en el proceso, deberá acortarse los tiempos de atención, debe haber prioridad para que la persona intervenga, evitando ocasionar niveles de estrés, ansiedad o incomodidad. Ser precioso en las respuestas otorgadas, sin mayores elementos técnicos que tiendan a confundir, usando un lenguaje positivo fácil de entender; en todo caso, mayores detalles sobre la intervención de los profesionales del derecho y los servidores judiciales, lo revisamos en acápite siguientes.

6.5.4. El acompañamiento o personal de apoyo en el proceso judicial

En el supuesto de que la persona con discapacidad lo requiera, tiene el derecho de ser acompañada por una persona de su confianza, dígase familiar, amigo o cualquier persona con quien tenga un vínculo afectivo o que conozca de su condición, el propósito recae en que se facilite la actuación judicial a la persona con discapacidad. La funcionalidad del personal de apoyo consiste en brindar un respaldo emocional a la persona con discapacidad que sea requerido en el proceso judicial, este apoyo no podrá representar ningún tipo de intervención en las cuestiones de fondo que se ventilen en este.

Los operados o funcionarios judiciales deberán informarle a la persona con discapacidad de su derecho de recibir el apoyo necesario, esto sería desde el primer momento que se interactúe con la persona con discapacidad. En aquellos supuestos en

⁶⁴⁷ RIQUELME SALDIVIA, Kirian Sebastián (2018: 2)

que la persona con discapacidad no cuente con un personal de apoyo, le serán comunicadas sus alternativas, en donde tendrá la posibilidad de que le acompañe un profesional en psicología o trabajador social.

6.5.5. Condiciones de vulnerabilidad y atención prioritaria dentro del proceso judicial

Los funcionarios judiciales deben tener presente que la persona con discapacidad está sujeta a enfrentar obstáculos mayores para la defensa de sus derechos en el ámbito jurídico. Esto constituye un motivo para que el funcionario preste una atención especial a las situaciones en las que pueda llegar a colocarse a la persona con discapacidad en una posición vulnerable o desventaja frente a otros sujetos dentro del proceso judicial. En el supuesto que la persona con discapacidad sea víctima o testigo, serán adoptadas un conjunto de medidas a través de las cuales puedan ser garantizados sus derechos y evitar los riesgos que conduzcan a una revictimización.

Estas medidas se ven evidenciadas en el caso de Ecuador en el Reglamento del Sistema de Protección a Testigos y Víctimas, mediante el cual estas personas vulnerables son tratadas de forma diferenciada asegurando su integridad física, psíquica, moral y sexual en aras de garantizar una protección efectiva e íntegra hacia los especialmente protegidos. Este reglamento se basa en los principios iniciados por la Constitución de la República y los tratados internacionales sobre la protección y la no discriminación de las personas con discapacidad⁶⁴⁸.

Por demás el trato que deben recibir las personas con discapacidad ante la presencia de un juicio debe estar encaminado a la buena comunicación y el buen trato en aras de lograr un adecuado diálogo que facilite obtener la mayor información y pruebas para la solución del litigio, por lo que resulta necesario brindar a las personas con discapacidad un apoyo personal y psicológico en aras de que estas puedan superar el daño traumático que hayan vivido y que el paso por el proceso judicial no aumente su discapacidad en caso de que la víctima posea discapacidad intelectual.

⁶⁴⁸ Reglamento del Sistema de Protección a testigos y víctimas, Fiscalía General del Estado. Quito (2014: Art. 3).

6.5.6. Periodo de duración de las actuaciones judiciales

En los procesos judiciales donde participe una persona con discapacidad, podrán ser materializadas las medidas necesarias para que los tiempos lleguen a ser ajustados a los intereses superiores que les asisten a estos individuos, cuya finalidad consiste en evitar situaciones de alteración perjuicio a la salud o angustia. De manera específica podrá procederse de la siguiente forma:

- Procurar que la primera declaración testimonial que se reciba sea de la persona con discapacidad, para así no incrementar la tensión y el tiempo de espera.
- Evitar la revictimización por lo que no serán establecidas declaraciones simultáneas de la víctima y el procesado.
- Evitar las actuaciones judiciales innecesarias, de tal forma que la persona con discapacidad solo comparezca en el momento necesario, acorde a la ley.
- Intentar concentrar en el mismo día las prácticas de diversas actuaciones en las que la persona con discapacidad deba participar.

6.5.7. Protección a la intimidad

Se deberá implementar el debido resguardo de la privacidad de la persona con discapacidad que participe en determinado proceso judicial, y que pueda ser susceptible de padecer una afectación psicológica o grave perjuicio por la interacción con el sistema de administración de justicia. Para alcanzar dicho fin, por ejemplo será prohibida la captura y difusión de imágenes o videos que puedan afectar la dignidad de la persona con discapacidad; además, conforme directrices de la Organización de las Naciones Unidas, establecidas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ninguna persona “será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales de su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación. Las personas con discapacidad tendrán derecho a ser protegidas por la ley frente a dichas injerencias o agresiones”⁶⁴⁹. Y que tampoco serán distraídos de su privacidad por razones de salud, por lo que en los procesos judiciales, no deberán referirse a su condición innecesariamente y ser tratada la persona bajo las mismas condiciones de igualdad que las demás personas sin discapacidad en escenarios judiciales

⁶⁴⁹ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas (2006: Art. 22.1).

y procesales similares. No tampoco deberá el operador de justicia abstraerse de esa condición de discapacidad, deberá mantener el mayor de los respetos, dejando de lado aquellos estereotipos tan arraigados en la sociedad de considerar a las personas diversa por su condición de discapacidad, como que no existiera, como que su intimidad, su reputación u honor no tuviera el mismo valor que cualquiera otro.

6.5.8. Testimonio, declaración o interrogatorio hacia la persona con discapacidad

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ampara a las personas para, en el caso de intervenir en los procedimientos judiciales, su artículo 13 relativo al acceso a la justicia, asegura que se les garantice igualdad de condiciones con las demás, a fin de que al participar en forma directa o indirecta cuente con facilidades para el desempeño de sus funciones efectivas; por tanto para que ello ocurra, deberán los operadores de justicia tener la suficiente capacitación que implique el respeto a la dignidad inherente, respeto y consideración a la autonomía individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones y, lo más importante en los casos en las que las personas con discapacidad se encuentren inmersos en cualquier proceso judicial, se hagan efectivos los “ajustes razonables” cuando se consideren necesarios; pues, se tratan de:

“Modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”⁶⁵⁰.

Ello establecerá como una garantía de un debido proceso y ejercicio de los derechos, que el operador de justicia permita que una persona dentro del “proceso en el que interviene sea a través de los medios más adecuados, con el fin de evitar acciones que retardarían el proceso como la solicitud de informes previos cuando no son necesarios.”, por ejemplo.

⁶⁵⁰ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas (2006: Art. 2).

Además, en el supuesto de que se practiquen pruebas o elementos de convicción estas deberán estar sujetas a las reglas siguientes:

- El testimonio será valorado en el contexto de toda la declaración y vinculado a otras pruebas que se presenten.
- El juzgador podrá recibir bajo la modalidad de prueba anticipada los testimonios de personas con discapacidad.
- Si la persona que debe emitir una declaración presenta una discapacidad auditiva severa, el juzgador deberá recibir el testimonio por escrito o por medio de la interpretación del lenguaje de señas, bajo la asesoría de un intérprete certificado.

Es de destacar por ejemplo de las atribuciones que tiene la fiscalía en procesos judiciales penales, respecto de la participación de las personas con discapacidad, el Código Orgánico Integral Penal, en el artículo 504⁶⁵¹; de la misma forma en estos supuestos cuando las personas con discapacidad se encuentren en condición de víctimas, los operadores de justicia deberán cuidar muy especialmente la situación en la que se presenta y permitir que sea acompañada por personal capacitado, considerando la posibilidad que pueda entrar en algún tipo de crisis, estas formas de acompañamiento deberán otorgarse considerando la necesidad y la especialidad, como pudiera ser psicológico, psiquiátrico, de trabajo social, entre otras.

6.5.9. La persona con discapacidad como víctima o testigo

La persona con discapacidad tendrá derecho a que su comparecencia frente al juez o fiscal tenga una correspondencia con su situación y madurez biopsicosocial. Para su materialización de la comparecencia, habíamos dicho que se contará con profesionales especializados para asegurar su efectiva participación dentro del proceso y sin que medie condición alguna que limite o menoscabe su condición y más cuando se trata de una persona con discapacidad que está en situación de víctima o de testigo; adicional a ello se deberá contar y que de hecho en la actualidad así se asegura, se cuenta con una serie de elementos técnicos como: circuitos cerrados de televisión, videoconferencias, cámara de Gesell o testimonios anticipados cuando el caso de que el testigo o víctima, por ejemplo, demuestre la imposibilidad de comparecer en la hora y día señalado para presentarse a la

⁶⁵¹ Código Orgánico Integral Penal, Asamblea Nacional, Quito (2014: Art. 504).

diligencia convocada y se la hará bajo los principios de intermediación y contradicción. Dentro de los profesionales que acudirán a las diligencias en estos casos, además de cubrir posibles crisis, tratarán terapias individuales con el afán de preparar inclusive en fase preprocesal, es decir antes de que se produzcan esas diligencias judiciales, en la intención de que la persona con discapacidad al presentarse, lo haga bajo las mejores condiciones.

Este grupo de personas con discapacidad que están en esta situación de víctimas o testigos, además de las normas que se encuentran en la legislación nacional, tienen amparo en diferentes instrumentos internacionales, tal es la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de los Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); Guías De Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos; 100 Reglas De Brasilia; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, entre otras.

Para tener mayor noción sobre esta garantía a la tutela, revisemos lo establecido en el Pacto de San José respecto de lo que refiere a la protección judicial, todas las personas “tienen derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso afectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención...”⁶⁵², ello faculta consecuentemente a que los operadores de justicia garanticen su comparecencia bajo las mejores condiciones que precautelen sus derechos en la calidad en la que asisten a la diligencia judicial, en nuestro caso asegurar las mejores condiciones hacia las necesidades que presenten las discapacidades.

Así mismo en las 100 Reglas de Brasilia, instrumento que impulsa la protección y es garantista de los Derechos Humanos y que establece bases sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, refiere que en las “Condiciones de la comparecencia”, el entorno debe ser cómodo, accesible, seguro y tranquilo y que permita mitigar o evitar la tensión y angustia emocional y, lo que es más importante, se evite el contacto directo de la víctima con el procesado o peor, ocasionar un careo entre esas partes procesales; del mismo modo, al otorgar seguridad a las víctimas, estas Reglas recomiendan que se garantice una protección efectiva a aquellas que intervienen en

⁶⁵² Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (1969: Art. 25).

condición de víctimas o testigos y, que tampoco en los procesos la persona sea sometida a peligros de revictimización reiterada o repetida⁶⁵³.

6.5.10. La ejecución de pericias a personas con discapacidad

Cuando una persona con discapacidad se encuentra inmersa dentro de un proceso judicial, las pericias judiciales todavía se enmarcan en la mirada de la capacidad o incapacidad, es por tanto que se utilizan todavía las figuras jurídicas de tutelas o curatelas, con lo que se aparta de la concepción de lo expresado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En este supuesto, en el artículo 13 de este Instrumento Internacional, con claridad, determina el acceso a la justicia y dispone que se asegurará a las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones, e incluso faculta para que se cumpla esa garantía que se tengan que impulsar “ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos,…” Para ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al observar el caso *Nikolyan c. Armenia*, aparece que su cónyuge, junto a su hijo, solicitan que desaloje el hogar conyugal, alegando que su relación de pareja es conflictiva e insoportable la convivencia, en ese contexto se sostiene que el *Nikolyan* tenía un trastorno mental hilarante y no podía entender sus acciones ni controlarlas y que, para llegar a esta evaluación, se valen de un diagnóstico en un informe psiquiátrico ordenado judicialmente, dictamen basado inclusive en declaraciones de terceras personas, algunas de ellas, sin fundamento.

En este caso, es el hijo de *Nikolyan* que es designado como su tutor durante los procesos judiciales, bajo esta figura de supuesto responsable o representante, solicita también que se impulse y terminen los procesos de divorcio y desalojo. En tal virtud, con este argumento, la legislación nacional de Armenia autoriza al tutor a retirar las acciones de esa persona privada de su capacidad legal. Ante estas consideraciones judiciales, el peticionario requirió, sin éxito, que se tomara en cuenta su opinión, primero al nombramiento de su tutor e impugnando la sentencia que lo declaró incapaz, resolviéndose de la siguiente forma:

⁶⁵³ Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. (2008: 66).

El Tribunal “no considera necesario examinar si la interferencia persiguió un objetivo legítimo, debido a que la decisión de privar al peticionario de su capacidad jurídica fue, en todo caso, desproporcionada en relación a cualquier objetivo legítimo perseguido...”; así mismo, el Tribunal es consciente de que privar a alguien de la capacidad jurídica conlleva graves consecuencias para los diferentes ámbitos de la vida de esa persona...” y “que la existencia de un trastorno mental, incluso aquellos graves, no puede ser el único motivo para justificar la privación total de la capacidad legal. Y que respecto “a la opinión del perito psiquiátrico pertinente, la objetividad de una evaluación médica implica el requisito de que sea lo suficientemente actual o reciente; en tales circunstancias, los tribunales nacionales deberían haber buscado una nueva evaluación de la condición mental del peticionario...”⁶⁵⁴.

Ante ello necesariamente tenemos que volver a revisar el modelo médico por el cual se trataba o consideraba la condición de la discapacidad de las personas; éste, “entiende a la discapacidad a partir de los parámetros de normalidad y anormalidad y piensa a la persona que padece una discapacidad como un minusválido que necesita asistencia para recuperar las capacidades perdidas o adaptarse al déficit que la discapacidad le impone”⁶⁵⁵, resolviéndose con entrevistas efectuadas por profesionales, que no conocen más que la metodología para efectuarlas, desconociendo los pormenores del acto jurídico y a la vez judicial por el que está presente la persona con discapacidad, ocasionando inclusive cierto estado de nerviosismo, inseguridad e incomodidad, quien en cualquiera otro escenario la misma persona con discapacidad actuaría positivamente, comportándose con seguridad y demostrando que no se encuentra en condiciones de enfermedad, sino que su actuación es distinta a los demás, sin perder el objeto por el que actúa en la diligencia. En este caso la entrevista para buscar la insania, que es lo que los operadores de justicia pretenden justificar, no es objetiva, no hay previo asesoramiento de lo que va a suceder; la persona con discapacidad se convierte en un ente pasivo, no

⁶⁵⁴ Caso Nicolyan c. Armenia (2020)

⁶⁵⁵ KEHOE, Sheila, (2017: 148) En línea:

<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiz2ffpxMvqAhXtT98KHaf-As0QFjAAegQIBhAB&url=http%3A%2F%2Fredcdpd.net%2Frevista%2Findex.php%2Frevista%2Farticulo%2Fdownload%2F38%2F10&usg=AOvVaw39SkOa2dNgOnBTmwL6CDFt>. Fecha de consulta: 12 de enero de 2020.

será enterado de los resultados ni de la evaluación al procedimiento que fue sometido, ello solamente será puesto en conocimiento del interesado en que se declare la incompetencia de la persona, en ciertos casos, en la intención de “administrar” bienes, justificando de esta forma la violencia patrimonial a la que es expuesta la persona con discapacidad psicosocial o intelectual.

Debe cuidarse en el proceso de la pericia, que pueda ser en un ambiente adecuado para su materialización, donde el Estado sea el garante de los derechos en especial de las personas con discapacidad psicosocial, velando por su autodeterminación y reconociendo además por su situación diferente o diversa propia del tipo de discapacidad.

Sino veamos un caso *A.-M. V. c. Finlandia, No. 53251/13*, resuelto por el TEDH, donde se analiza si la “...validez de la decisión del tutor de vetar el deseo de un joven sujeto de tutela a trasladarse a vivir a una zona remota de Finlandia con su antigua familia acogedora, en lugar de seguir residiendo en la localidad en que trabaja en centro ocupacional y mantenía sus relaciones con el tutor y con el resto de su entorno”⁶⁵⁶, es conveniente o no, el Tribunal analiza si es que el mentor que se ocupaba de los actos financieros y personales del demandante, persona con discapacidad intelectual, este “representante” en base a un informe psicológico, rechaza la petición del demandante de trasladarse hacia el Norte de Finlandia donde residía su familia.

Sucedido esto, el demandante acude ante el TEDH aduciendo que se ha violado el Art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶⁵⁷, que analizó inicialmente si se interfería el derecho a la autodeterminación “lo cual pertenecía al ámbito de su vida privada”, ello fue determinante para el Tribunal, y remarca que “...se había producido una interferencia en el derecho del demandante a la “autodeterminación”, lo cual pertenecía al ámbito de su vida privada...”:

“El TEDH concluyo que las autoridades nacionales habían realizado un balance justo (strike a fair balance) entre el derecho del demandante a la autodeterminación y la obligación positiva del Estado de proteger su bienestar. A estos efectos también consideró relevante que en los procedimientos internos hubo garantías para evitar cualquier tipo de abusos, de conformidad con los estándares de

⁶⁵⁶ RIBOT, Jordi, (2018: 251).

⁶⁵⁷ Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Art. 8).

derecho internacional de los derechos humanos, asegurando así mismo que se tuvieran en cuenta las preferencias y deseos del demandante, quien además fue oído a lo largo de todo el procedimiento”⁶⁵⁸.

Vemos en este caso entonces que el alto Tribunal consideró violación del Art. 8 del Convenio y que sí hubo interferencia respecto de un derecho legítimo frente al deseo del demandante, que como hemos mencionado en anterior oportunidad, que por ésta pretensión del demandante, no ocurriría efecto jurídico negativo alguno, ni efecto legal en contra o perjuicio de terceros; la decisión se adopta entonces en base a un asunto concreto, revisando y participando con el demandante todos los aspectos de la situación en particular y no como generalmente sucede, se basan decisión en casos similares, en el derecho positivo, sin considerar la existencia de lo positivo que resulta aplicar el Art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en relación a “proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”, aspecto que en el sistema europeo de derechos humanos no ha sido incorporado plenamente.

Cabe mencionar que uno de los puntos centrales de la presente investigación, es incorporar los apoyos y voluntad de terceras personas para velar el derecho de las personas con discapacidad, ellos observarán en cambio el ejercicio del modelo social de la discapacidad, donde se establecerá la institución jurídica de garante que responda y potencie la autonomía respecto de la asistencia que deberá aceptarse para garantizar los derechos de esa persona con discapacidad y que se convierta en una parte importante en la ejecución de su proyecto de vida al ejecutar por un lado sus propias decisiones y por otro colabore en la toma de decisiones apropiadas en cualquier ámbito, sea éste público o privado.

6.6. El acceso a las instalaciones judiciales

Para alcanzar una adecuada vigencia de las reglas identificativas del Estado de derecho y de aquellas condiciones desarrolladas para garantizar el acceso a la justicia, resulta importante proteger tanto las instituciones democráticas que constan en la normativa constitucional, como el ejercicio democrático de los derechos fundamentales

⁶⁵⁸ CABRERA, Marta (2017: 794-795).

de las personas. De esta manera, y en coincidencia con las principales y más importantes transformaciones económicas, políticas y sociales que se han desarrollado específicamente en la región latinoamericana, también han surgido profundos cambios en los paradigmas del derecho y de la justicia, donde ha quedado eliminada la concepción de ambos como prerrogativas del Estado y se han transformado en derechos de los ciudadanos y por ende como un servicio público.

Estas transformaciones políticas, sociales y económicas llegan a fundarse en primer lugar en el alcance que posee el movimiento que ha impulsado la democracia participativa, que implica además la necesidad de instaurar una nueva arquitectura constitucional que contenga una clara definición de poderes, balances, controles, contrapesos y garantías que le llegan a ser confiadas al poder judicial, y a la vez éste se erige como un instrumento de defensa ante posibles arbitrariedades ejecutadas por la administración pública y el resto de actores sociales.

Dichos cambios se reflejaron en el avance hacia el establecimiento de condiciones para tener un mejor acceso a la justicia por parte de la ciudadanía, lo cual tomó en cuenta a los grupos más vulnerables dentro de la sociedad dentro de los que se encuentran las personas con discapacidad. Desde la entrada en vigor en el año 2008 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, esta ha sido considerada como un instrumento en la necesaria promoción de los derechos humanos y el alcance de una sociedad y modelos de desarrollos inclusivos⁶⁵⁹. Acorde a esto las personas con discapacidad no podrán ser contempladas desde la exclusión como integrantes de grupos vulnerables sino como beneficiarios.

Razón por la cual este proyecto de transformación social inclusiva que toma en cuenta la aplicación de esta Convención por parte de los Estados adscritos a la misma deberá desarrollar un entorno social y físico accesible para las personas con discapacidad, sin la presencia de barreras que obstaculicen el ejercicio de los derechos y la participación en los subsistemas sociales.

En el caso de las barreras estas fueron construidas en el marco de modelos catalogados como proteccionistas y cuyas respuestas a las personas con discapacidad fueron desde las prácticas de exclusión, la segregación o la incapacitación hasta la

⁶⁵⁹ Informe sobre la situación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. Naciones Unidas (2012).

integración forzosa. Ello complementado con la desviación de la norma fijada por los poderes hegemónicos que le han brindado a la persona con discapacidad un tratamiento destacado de la “subnormalidad”, es decir la supuesta incapacidad que tienen para disfrutar y participar de la vida normada por la ley, al respecto se ha señalado que:

“Gran parte de los problemas discriminatorios surgen de un modo de desarrollar nuestras relaciones sociales que, al imponer un solo modo de funcionamiento, excluye a todo aquel que por distintos motivos no puede aceptar o desarrollar ese modo, donde las dos diferencias que más claramente aparecen son las diferencias culturales (quienes por tradición, por historia, tienen otros modos sociales de relacionarse) o las diferencias vinculadas a la discapacidad (quienes a partir de la carencia de algún sentido tienen también otros modos de relacionarse, que tienen su propia riqueza, su propio sistema, sus propias lógicas, y cuyo único problema es que no son aceptados como un modo válido, no son aceptados como un modo viable”⁶⁶⁰.

El cumplimiento de esta Convención conlleva la transformación social especialmente enfocada en la erradicación de barreras, las cuales resultan ser invisibles en muchos casos como las actitudinales y las lingüísticas, que llegan a representar un obstáculo para la participación de las personas con discapacidad en el sistema social. La materialización de los parámetros establecidos en esta Convención no sólo incluía la identificación y eliminación de las barreras sino que además se hace alusión a la participación, la cual fue calificada como plena y efectiva⁶⁶¹. Se puede agregar la interpelación a partir de la aprobación de este instrumento de las personas con discapacidad como agentes sociales y participantes con iniciativa propia.

En lo que respecta al buen funcionamiento del Estado social de derecho este llega a demandar la definición de mecanismos eficaces de acceso a la justicia, de tal forma que cualquier persona que sienta lesionado un bien o un derecho que se encuentra jurídicamente tutelado, pueda acudir a las instituciones estatales dentro del sistema de administración de justicia, con la finalidad de evitar el daño, obtener una reparación y la respectiva sanción a los responsables. En tal sentido, se ha convertido en indispensable

⁶⁶⁰ FEIERSTEIN, Daniel (2006: 131).

⁶⁶¹ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas (2006: Arts. 1, 3).

disminuir los costos y las barreras técnicas, geográficas y culturales para acceder al servicio de justicia.

Esta adecuación e inclusión de las personas con discapacidad dentro de la sociedad y especialmente en el acceso al sistema de justicia se puede apreciar en el Ecuador desde la norma legal. Por ejemplo, en la Constitución de la República se hace especial referencia a la atención que merecen las personas que pertenecen a grupos vulnerables, dentro de las que se destaca a la persona con discapacidad⁶⁶². De manera específica se cataloga a la persona con discapacidad con una condición de doble vulnerabilidad por lo que los operadores de justicia deberán prestar una atención especial para que se garantice un acceso efectivo a la justicia y su inclusión en la sociedad.

6.6.1. Mejoramiento en la formación del personal de la Función Judicial

El 27 de junio de 2013, entre el Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades CONADIS, el Ministerio de Inclusión Económica y Social, se firma un convenio de cooperación interinstitucional, en el cual también se involucra el Consejo de la Judicatura, con el principal objeto de eliminar las brechas de acceso de las personas con discapacidad a los servicios que presta la Función Judicial; de igual manera de eliminar los obstáculos que impiden o dificultan el desenvolvimiento de las diligencias judiciales, propuesto para un plazo de dos años.

La ejecución de este convenio, se lo hace a través de la Subdirección Nacional de Derechos Humanos del Consejo de la Judicatura, la Escuela de la Función Judicial y el CONADIS.

Para este efecto, se elabora como primer insumo, una hoja de ruta y en este punto, se acuerda redactar un manual de atención en derechos de personas con discapacidad, producto que es auspiciado por el Consejo de la Judicatura, se entrega el 30 de noviembre de 2015, en cuya introducción se plasma su construcción, que se lo hizo en mesas de trabajo y entrevistas a jueces, fiscales, defensores públicos y actores especializados. “Consta de seis protocolos de atención: uno general y cinco divididos por materia (civil, garantías jurisdiccionales, familia, laboral y penal), en los cuales se evidencia las dificultades de acceso a la justicia de las personas con discapacidad a través de ejemplos

⁶⁶² Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, Quito (2008: Art. 36).

-que en su mayoría fueron recogidos de los aportes de las y los participantes en las mesas-para concretar recomendaciones prácticas de acuerdo a cada ámbito”⁶⁶³.

Su contenido se encuentra estructurado además, en capítulos: el Primero es una introducción a las discapacidades y los derechos de las personas con discapacidad; en el Segundo, está contenido el marco jurídico sobre el acceso efectivo a la justicia de personas con discapacidad; en el Tercero un análisis técnico-jurídico relacionado con la capacidad jurídica sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; en el Cuarto, el protocolo general para las y los operadores de justicia; y, los siguientes, del Sexto al Noveno, los protocolos para el tratamiento de casos en los ámbitos: civil, garantías jurisdiccionales, familia, laboral y penal⁶⁶⁴. Con la característica que cada uno de estos capítulos puede ser analizado, estudiado o considerado por separado dependiendo de la necesidad de operador y las circunstancias por las que consulta.

Se puso en este documento mucho énfasis en su redacción, que sea con lenguaje inclusivo y que su contenido perdure a pesar de las posibles reformas de las leyes generales u orgánicas, es decir, se redactó utilizando en lo mínimo con citas legales a fin de que al operador de justicia lo utilice no como normativa, sino como herramienta frente a los casos que estén como actores las personas con discapacidad.

Fue distribuido a nivel nacional a través de la Dirección Nacional de Acceso a la Justicia, organismo del Consejo de la Judicatura, que inició la capacitación a los jueces y fiscales el 11 de febrero de 2016, por medio de la Escuela de la Función Judicial, inicialmente a los ayudantes judiciales penales con un total de 377 participantes; adicionalmente se capacita a los equipos técnicos de la Función Judicial a través de aulas virtuales, lográndose un efectivo resultado, ello ocurre desde el mes de mayo a junio de 2016.

Otro grupo que es invitado para la capacitación, son aquellos profesionales que conforman la Defensoría Pública a nivel nacional e inmediatamente a los fiscales, concluyendo esta primera fase de capacitación en noviembre de 2016 con un total de 2.459 funcionarios.

⁶⁶³ Manual de Atención en derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial. Consejo de la Judicatura. Quito (2015: XV).

⁶⁶⁴ Manual de Atención en derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial. Consejo de la Judicatura. Quito (2015: XVI).

El tercer grupo, lo constituyeron los jueces, dando un total de 507 participantes aprobados.

Estas jornadas permitieron identificar los nudos críticos y direccionar acciones en pro de mejores procesos frente a los asuntos judiciales en los que se encuentran involucrados las personas con discapacidad; además, se identificaron los vacíos que sobre esta materia de discapacidades existe en la Función Judicial y su forma de abordarlas.

Es de destacar también, en este proceso de formación y capacitación a los operadores de justicia, a la “accesibilidad web”, con el objeto de brindar asesoría técnica sobre accesibilidad universal (web) y atención al usuario, ello a través de modificación del portal web del Consejo de la Judicatura para consultas de las personas con discapacidad, en especial en lo referente al aplicativo de ingreso y consulta de causas y se denominó “SATJE Evolucionado”, desarrollado y dirigido al personal de la Dirección Nacional de Tics y de la Dirección Nacional de Comunicación del Consejo de la Judicatura, con un total de 41 participantes⁶⁶⁵.

Se tiene planificado desde el Consejo de la Judicatura, continuar con este proceso de capacitación y sensibilización de la situación de las personas con discapacidad, por obvias razones, dentro del ámbito judicial, sean estos como víctimas o procesados.

6.6.2. Las normas del Servicio Ecuatoriano de Normalización INEN sobre accesibilidad al medio físico

La discapacidad “resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a las actitudes y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás”⁶⁶⁶, ello nos hace entender que existen limitaciones o impedimentos, no sólo en el entorno físico, sino lo que hemos referido, en las actitudes de las personas, que en muchos de los casos, son las que más daño hacen para que las personas con discapacidad se puedan integrar en la sociedad.

⁶⁶⁵ Informe Técnico No. SUBDDHH-2016-0023 Informe de Actividades Correspondiente a la Asesoría y Capacitación en Accesibilidad Web, Consejo de la Judicatura, Quito (2016).

⁶⁶⁶ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas (2006).

Así mismo, hemos referido que ciertas condiciones que impiden el desarrollo de las personas con discapacidad, como su condición de salud, su forma de comunicación, etc., también hay elementos físicos dispuestos en su entorno, desde su concepción como proyecto, hasta su construcción, por lo que se hace necesario que se conozca lo que constituyen los “criterios DALCO”⁶⁶⁷, así lo describe a este acrónimo la Junta de Andalucía en España: Deambulaci3n como “Acci3n de desplazarse de un sitio a otro (la deambulaci3n puede ser horizontal, es decir, la que se produce desplazándose por calles, pasillos, corredores, dependencias, etc. y vertical, como la que se produce subiendo o bajando peldaños, escaleras, rampas, etc.)”; “Aprehensi3n: Acci3n de coger o asir alguna cosa. Lleva implícita la acci3n de alcanzar lo que vaya a ser asido.”; “Localizaci3n: Acci3n de averiguar el lugar o momento preciso en el que est3 algo, alguien o puede acontecer un suceso.”; y, “Comunicaci3n: Acci3n de intercambio de la informaci3n necesaria para el desarrollo de una actividad.”, ello se ha tornado importante su aplicaci3n o implementaci3n, debido a la persistente necesidad y presi3n de la sociedad a aceptar a las personas con discapacidad como iguales, y m3s cuando se incorpora al medio laboral y a la vida social; entonces, se hace forzoso que los espacios donde se desarrollarán sus actividades, se encuentre apropiado o ajustado a sus condiciones.

Adecuar los espacios p3blicos y privados, el transporte, la comunicaci3n y sus formas tradicionales y alternativas, entre otros, ha sido uno de los objetivos que plantea el Estado ecuatoriano a trav3s de su gesti3n, cuando incorpora instrumentos normativos, amplios y necesarios que “tiendan a mejorar las condiciones de uso y acceso de los servicios necesarios para generar una adecuada convivencia social”⁶⁶⁸, entonces se implementan las Normas INEN sobre Accesibilidad al Medio Físico, cuyo objetivo es establecer “las características que deben tener las señaless a ser utilizadas en todos los espacios p3blicos y privados para indicar la condici3n de accesibilidad a todas las personas, así como también indicar aquellos lugares donde se proporciona orientaci3n, asistencia e informaci3n”⁶⁶⁹.

⁶⁶⁷ Acrónimo de: Deambulaci3n, Aprehensi3n, Localizaci3n y Comunicaci3n DALCO, Vicepresidencia de la Rep3blica del Ecuador, Quito (2015).

⁶⁶⁸ Guía Técnica de Accesibilidad al Medio Físico, Vicepresidencia de la Rep3blica del Ecuador, Quito (2009).

⁶⁶⁸ Centro Integral de Formaci3n Profesional ILERNA. Las barreras arquitect3nicas: qué son y clasificaci3n (2009). En línea: <https://www.ilerna.es/blog/fp-a-distancia/barreras-arquitectonicas/> Fecha de consulta: 26 de junio de 2019.

⁶⁶⁹ Centro Integral de Formaci3n Profesional ILERNA (2009).

El objetivo de la accesibilidad, es eliminar “las barreras que impiden la autonomía personal y la movilidad de los ciudadanos y ciudadanas, a fin de mejorar el bienestar social y la solidaridad en la comunidad”⁶⁷⁰ cuyo concepto se ajusta a la accesibilidad universal, que implica que todo el entorno, servicios, dispositivos, etc., sean factibles o asequibles para el uso de todas las personas y permitan su libre desplazamiento.

Para este efecto, el Consejo de la Judicatura, con el asesoramiento del Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades, ejecutaron la evaluación y verificación del cumplimiento de accesibilidad en las edificaciones solicitadas por la Función Judicial; esta constatación implicó la accesibilidad al medio físico, accesibilidad a la información y comunicación, así como la determinación del trato que debe cumplirse o ejecutarse a los usuarios con discapacidad y sus familias.

Se realizó esta verificación en etapas; la primera, conforme las prioridades de un listado propuesto por el Consejo de la Judicatura, en el que se detallaron sesenta y nueve edificaciones a nivel nacional que se encuentran terminadas y en proceso de construcción. Debido que el CONADIS tiene oficinas en el territorio nacional, se facilitó esa verificación, cuyos informes fueron evaluados por técnicos de las dos entidades públicas y con la contraparte constructora, obteniéndose a través de fichas técnicas debida y previamente elaboradas y aprobadas, la constatación de cumplimiento o incumplimiento real y actualizado de accesibilidad conforme las Normas INEN de dominio de los técnicos, especialmente del Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades.

Se recalcó explícitamente y al detalle cada edificación inspeccionada, encontrándose los siguientes elementos destacados a considerar:

Accesibilidad física

- Parqueaderos
- Rampas interiores y exteriores
- Pasamanos exteriores e interiores
- Espacio de acceso – puertas
- Escaleras
- Ascensores, elevadores, montacargas

⁶⁷⁰ Centro Integral de Formación Profesional ILERNA (2009).

- Señalética informativa y preventiva en Braille
- Señalética vertical y horizontal
- Baterías sanitarias accesibles en espacios y barras (Bandas de piso, apoya muletas, cerraduras de palanca, tiradera auxiliar y alarma)
- Existencia de barras táctiles y textura en pisos para recorridos exteriores e interiores
- Mobiliario apropiado (Para información adecuada y oportuna)

Accesibilidad para la comunicación e información:

- Servicio de intérprete en lengua de señas
- Página web
- Personal multidisciplinario para apoyo a las personas usuarias con discapacidad, cualquiera sea su condición dentro del proceso

Esta información obtenida a través esas fichas técnicas, ha permitido tener un diagnóstico individualizado de las edificaciones intervenidas, lo que, conforme el acuerdo entre esas dos entidades, se estima que en el plazo de 12 meses se impulsen acciones a fin de que se vuelvan esas edificaciones accesibles y amigables para todos los usuarios con discapacidad.⁶⁷¹

Concluida esta fase, así mismo dentro del proceso de colaboración interinstitucional entre el Órgano Ejecutor de la Justicia y el CONADIS, la Dirección Nacional de Acceso a los Servicios de Justicia – Subdirección Nacional de Derechos Humanos, emite su Informe Técnico No. SUBDDHH-2015-004⁶⁷², cuyos resultados producto de lo encontrado con el uso de esas fichas técnicas (638 fichas) y de la hoja de ruta planteada en el punto cuarto del Convenio: “Adecuación conforme a las normas INEN para accesibilidad al Medio Físico, la infraestructura Civil donde funciona la Administración de Justicia a nivel Nacional” de la cual nos habíamos referido, se logra identificar, lo siguiente:

⁶⁷¹ Informe sobre verificación de accesibilidad en infraestructura de las instalaciones de la Función Judicial a nivel nacional. Primera Etapa. .Consejo de la Judicatura. Quito, Ecuador (2013: 107)

⁶⁷² Informe Técnico No. SUBDDHH-2015-004. Informe final del cumplimiento de la Disposición 00324 – Accesibilidad al medio físico, a la comunicación y a la información en las instalaciones y servicios de la administración de justicia, Dirección Nacional de Acceso a los Servicios de Justicia - Subdirección Nacional de Derechos Humanos. Consejo de la Judicatura. Quito, Ecuador (2015: 1).

- 1) *“Limitada Accesibilidad de circulación en espacios interiores y pasillos de las oficinas para acceder a los servicios judiciales.*
- 2) *Restringida existencia de rampas para el acceso de usuarios en sillas de ruedas, mujeres embarazadas y otras personas que utilizan ayudas técnicas para la movilidad.*
- 3) *Con respecto a los cuartos de baño y aseo, es importante observar una seria restricción en la funcionalidad de puertas principales y accesorias, generalmente asociadas a infraestructura ya existente, con dificultades para adaptación del acceso y giro de una silla de ruedas; con piezas sanitarias y accesorios inapropiados para uso de personas con movilidad reducida y talla baja.*
- 4) *Con respecto al acceso a la información de personas con discapacidad visual se observa en insuficiente medida señalética informativa bajo el sistema braille que oriente y direcciona a las personas con discapacidad hacia los lugares que requieran acceder.*
- 5) *Accesibilidad a la información a través de Lengua de Señas, es notoriamente limitada puesto que, para esto se requiere la contratación de Intérpretes de Lengua de Señas Certificados.*
- 6) *Importante destacar la presencia de espacios de estacionamiento y accesibilidad con lugares reservados para personas con discapacidad debidamente señalizados.*
- 7) *Es destacable la preparación y sensibilización del recurso humano de la Judicatura hacia el buen trato a las personas con discapacidad; habiéndose eliminado casi en su totalidad el lenguaje peyorativo y adoptado medidas de acción preferente y atención de calidad con calidez a las personas con discapacidad y las familias que acceden a los servicios de la Judicatura, capacitación entregada mediante la Plataforma Virtual del CONADIS a todos los funcionarios del Sistema Judicial del País.*
- 8) *Esta evaluación además, de lograr sus objetivos propuestos, ha facilitado la información y el registro pormenorizado de las Judicaturas a nivel nacional, así como, el detalle minucioso de sus condiciones de infraestructuras y funcionamiento, así como,*

accesibilidad de datos dinámicos y demás información importante.”

Esto ha constituido un serio avance con el afán de lograr la accesibilidad de las personas con discapacidad y no solamente al medio físico, sino a los servicios que debe prestar la Función Judicial y sus diferentes dependencias, que es de destacar también la intención, la voluntad no sólo de sus autoridades, sino de crear o diseñar políticas permanentes con este fin, recomendándose que las acciones de adaptación se priorice hacia el personal que presta sus servicios, lo que se ha logrado a través de la emisión en el año 2015 del “Manual de Atención en Derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial”, además del acceso físico destacándose también las rampas de acceso, señalética en ascensores, adaptación de cuartos de baño, todo ello en complemento de acceso a la Información, a la comunicación y las demás normas INEN de Accesibilidad Universal.

6.7. El derecho al acceso a la justicia y la dimensión comunicativa

En los anteriores acápite se analizó el acceso a la justicia como un derecho, a lo que se debe agregar la relación que existe con la dimensión comunicacional. Como punto de partida habría que hacer referencia a lo que es entendido por participación. Si bien existen diversas maneras para su comprensión, resulta pertinente su entendimiento desde la perspectiva de cómo llega a ser concebida en el ámbito de la resolución alternativa de disputas o conflictos. Por lo que, a través de esta vía, la justicia ha implementado una apertura en cuanto a la participación en un sentido doble. Al respecto se destaca, por una parte, el establecimiento de metodologías para que las personas puedan adoptar a su cargo el tratamiento del conflicto propio en el cual se encuentran inmersos, cuestión que llega a ser favorable en su capacidad de autonomía, a su vez existe la posibilidad de elegir la normativa para la regulación de la situación o conflicto. Habría que agregar que, con la implementación de los métodos de resolución de las disputas o conflictos, dentro del sistema de administración de justicia se ha logrado ampliar la dimensión comunicacional, más allá de los parámetros tradicionales⁶⁷³.

⁶⁷³ CERRILLO, Agustí (2007: 2-3).

Es así que, la participación desde este ámbito puede ser identificada como un proceso de comunicación que logra superar el simple intercambio de mensajes o la recepción de información, ya que las partes en determinado conflicto pueden acudir al diálogo, donde podrá desarrollarse una interacción sostenida, suficiente e indispensable para que lleguen a ser desplegadas cada una de las visiones de las personas inmersas en determinada disputa. En cuanto a los sujetos estos tendrán la posibilidad de tomar decisiones en conjunto y de forma compartida, por medio de la conformación de puntos en común, y el mantenimiento y reconocimiento de las diferencias.

Otra manera de entender la dimensión comunicacional en el acceso a la justicia sería la vinculación del Internet con la propia justicia, especialmente la repercusión que ha tenido en el terreno de las políticas públicas. La calificación de estas políticas como públicas, están determinadas por la inclusión de los intereses de los afectados que constituyen a la vez los destinatarios de estas. La dimensión comunicacional en la justicia también se llega a relacionar con todas las oportunidades que propicien una participación igualitaria y sin exclusiones. Dicho esto, las políticas públicas participativas vinculadas al acceso a la justicia deberán guardar un vínculo directo con criterios como: oportunidad, calidad, calidez y transparencia. En el caso de la oportunidad, esta implica que los individuos cuando tienen acceso a determinado servicio puedan ser en el momento que ellos lo necesiten, caso contrario tendría cabida expresiones como aquella utilizada vulgarmente: “justicia tardía no es justicia”, ello lleva entonces a configurar ciertos niveles de impunidad por la tardanza en el despacho de los procesos judiciales, perjudicando severamente a las necesidades de las personas en condición de vulnerabilidad; por ejemplo en relación a las 100 Reglas de Brasilia se establece respecto de la oportunidad que “El servicio público de justicia implica, sin dudas, que la administración de justicia es una de las funciones indelegables del Estado y que implica una vertiente prestacional de servicios a la ciudadanía que debe estar orientada en su funcionamiento por los principios de universalidad, igualdad, gratuidad, celeridad, continuidad, adaptabilidad, integridad y calidad”⁶⁷⁴; por otro lado, el criterio referido a la calidad se identifica con la atención que las personas deberán obtener, deberá estar sujeta a cuestiones técnicas y humanas que lleguen a ser adecuadas. Por último, el criterio de transparencia está relacionado con la aplicación de parámetros bajo el derecho de

⁶⁷⁴ Presentación. Universidad Rey Juan Carlos. En línea: <http://www.urjc.es/ceib/> Fecha de consulta: 19 de diciembre de 2019.

igualdad, o sea que no existan preferencias ni privilegios⁶⁷⁵. Es necesario destacar que las Reglas de Brasilia, penosamente no tiene el carácter de vinculante para las instituciones, es por ello que la “Cumbre Judicial Iberoamericana pretende dar un paso más allá y en la XX Edición de su Asamblea Plenaria, celebrada el pasado 11 de diciembre (2020)...”⁶⁷⁶ busca que se impulse un Convenio Internacional sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad con base en la 100 Reglas de Brasilia, consecuentemente con ello, se convertiría en un instrumento obligatorio para los Estado que así lo suscriban, por tanto se concretaría esas “medidas concretas y recomendaciones para vencer los obstáculos para la tutela judicial originados por razón de edad, victimización, discapacidad, migración”⁶⁷⁷ etc.

La participación no sólo resulta ser aquella oportunidad que tiene la ciudadanía de poder involucrarse en las decisiones gubernativas en un sentido formal e institucionalizado, específicamente por medio de los instrumentos que permiten dar voz y les proporciona el poder de decidir de forma colectiva sin intermediarios, ejemplo las audiencias públicas, los procesos de referéndum, la revocatoria de mandatos, la iniciativa popular, el plebiscito, entre otros. Como parte de la participación también se encuentran aquellos mecanismos que le permiten a la persona expresarse y acceder a los servicios que la propia institucionalidad establece a partir del cumplimiento de los derechos fundamentales. Es por ello que, las demandas ciudadanas a modo general solicitan nuevas formas de participación y en esto llega a incorporarse las normas legales dirigidas a la protección de diversos intereses, entre los que se encuentran los derechos y garantías de las personas con discapacidad.

A modo general la participación y su concreción pueden ser entendidos como la posibilidad amplia que tienen las personas en el ejercicio de los derechos humanos, así como la capacidad de utilizar los mecanismos legales e institucionales con el propósito de intervenir en la formación y materialización del poder en aras de definir un destino en común. En el tema de la comunicación y el acceso a la justicia, la participación tiene énfasis en la capacidad real que posee cada persona de intervenir en materia de opiniones y decisiones en las diversas áreas que ofrece la vida pública, por tal motivo resulta

⁶⁷⁵ CERRILLO, Agustí (2007: 2-3).

⁶⁷⁶ CONFILEGAL (2021) [Opinión] Hay que impulsar iniciativas de mejora del acceso a la justicia de las persons vulnerables. En línea: <https://confilegal.com/20210118-opinion-hay-que-impulsar-iniciativas-de-mejora-del-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-vulnerables/> Consultado el: 18 de enero de 2021

⁶⁷⁷ CONFILEGAL (2021)

necesario desarrollar competencias o destrezas comunicativas. Para el alcance de estas resulta importante tener presentes tres derechos fundamentales estos son: la libertad de expresión; el derecho de información y el derecho de acceso a los medios y las tecnologías que permiten la comunicación.

Con el advenimiento de las nuevas tecnologías, se ha desarrollado marcadamente el derecho a comunicar, el cual está integrado por un aspecto activo que radica en la acción de informar y por el elemento pasivo que recae en ser informado. Por otro lado, la información llega a reflejarse como una parte constitutiva de la comunicación, lo cual a la vez se convierte en una acción participativa y deberá ser asegurada como un derecho y una responsabilidad de cada actor o partícipe en el proceso comunicacional, o sea los derechos de comunicación no son diferentes a los de participación.

Acorde a lo aquí expuesto resulta necesario valorar cuáles son las acciones y mecanismos que han sido impulsados por la justicia para que todas las personas puedan participar en dicho ámbito, al llegar a entenderse a la participación como un proceso de comunicación que permite expresar e intercambiar punto de vista diferentes e implementar actividades de coordinación en conjunto una vez que llega a reconocerse dichas diferencias. La participación de las personas puede ser medida acorde a los grados en los que sus acciones las involucran, ya sean acciones de información, consulta, cogestión y autogestión, y además a razón del ejercicio de sus derechos individuales básicos.

Habría que agregar el papel que en la actualidad han cobrado las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), ya que se han transformado de manera rápida en una serie de herramientas de uso indispensable para casi cualquier tipo de actividad. De tal manera y a través de las TIC se proyecta, discute, negocia, acuerda y solucionan conflictos y problemas, sin que medie la necesidad de que exista una herramienta sofisticada, ya que en la mayoría de los casos ha resultado suficiente que se intercambien simples mensajes electrónicos donde sólo constará texto. Esto se debe principalmente a que en determinadas situaciones solo se requiere que exista un acercamiento entre las personas⁶⁷⁸.

⁶⁷⁸ LONDOÑO, Néstor Raúl (2010: 123-124). En línea: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiv8_3xcvqAhWQY98KHadmA_gQFjAAegQIBRAB&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Fartic

La evolución de las TIC como un instrumento polifacético destinado a la comunicación humana con un alcance global, ha permitido el desarrollo de la comunicación rápida, directa, completa y con un bajo costo económico, entre los individuos que pueden estar en territorios distantes e incluso imposibilitados en cuanto a movilidad se refiere. Razón por la cual ello ha brindado la posibilidad el acercamiento de las personas más allá de las fronteras con una facilidad, antes impensable, y a la vez ha permitido que las instituciones gubernamentales implementen un mayor acercamiento con los ciudadanos o usuarios a quienes proporcionan determinado servicio, ya que con las TIC existe una mayor capacidad para brindar elevados niveles de participación e interacción. En otras palabras, se alcanzó una aceleración en la prestación de los servicios, lo cual ha sido denominado como *e-government*.

Como resultado de las actuales exigencias de la sociedad las TIC se han convertido en un puente para la conformación de una gran cantidad de relaciones jurídicas que eliminan barreras como la distancia y desafían los parámetros tradicionales. En este ámbito las personas con discapacidad llegan a obtener importantes beneficios en cuanto al acceso a la justicia y los servicios informatizados que pueden llegar a obtener. Anterior a las TIC los mecanismos tradicionales resultaban ineficaces ante la necesidad de ejercitar los derechos fundamentales, especialmente para la persona con discapacidad.

Es así que, las TIC emergieron como un mecanismo adecuado para abarcar nuevas soluciones ante las crecientes demandas de servicios y la respectiva respuesta. De esta forma en el marco de la justicia pueden ser planteadas las interrogantes de si una determinada relación jurídica se gestó, negoció o ejecutó por medio de las tecnologías, así como la obtención de la información y asesoramiento en torno a los conflictos que pueden derivarse de este tipo de relaciones. Asimismo, la creciente demanda de emitir las respectivas soluciones a los conflictos, encontró en las TIC un aliado crucial especialmente ante las herramientas que ofrece el Internet. Un ejemplo de su implementación sería en países como EE. UU, que resultó ser un pionero en el desarrollo dentro de la técnica jurídica de las TIC, específicamente en los sistemas privados de solución en línea de conflictos (por sus siglas en inglés ODR- *Online Dispute Resolution*)⁶⁷⁹. Para el logro de este nuevo sistema se destaca la materialización de un

[ulo%2F3420001.pdf&usg=AOvVaw0KvjOFeTH6Tc0CLLqNFCDH](#) Fecha de Consulta: 19 de diciembre de 2019.

⁶⁷⁹ KAUFMANN-KOHLER, Gabielle; SCHULTZ, Thomas (2004:34).

principio basado en los modelos clásicos ofrecidos por los mecanismos de solución de conflictos tal es el caso de la negociación, la mediación y el arbitraje, llegando a impulsar la creación de empresas dedicadas a brindar servicios de ODR⁶⁸⁰.

A pesar de las amplias posibilidades que las TIC ha ofrecido, aún existen grandes perspectivas para que continúen desarrollándose, especialmente en el ámbito de la atención a las personas con discapacidad. Desde esta perspectiva tanto las instituciones públicas como privadas que se desenvuelven en el ámbito de la justicia deberían brindar acceso a este tipo de tecnologías a partir del desarrollo de mejores programas de comprensión de audio y video que permiten la interacción en tiempo real, la creación y perfeccionamiento de programas de software sobre comunicación, desarrollar las capacidades multimedia que brindan las herramientas, perfeccionamiento de los sitios web en cuanto a sus funcionalidades, la utilización de un mayor número de unidades portátiles como smartphones, laptops y netbooks, y el incremento de las soluciones en línea, así como la ampliación de la información disponible en las diversas ramas que integran el Derecho.

En la actualidad países como EE. UU se encuentran a la vanguardia de este tipo de herramientas para la solución de conflictos *online*, seguido por algunas naciones europeas, pero en el caso de la región latinoamericana aún existe un marcado atraso en el desarrollo de las TIC, especialmente dirigidas a beneficiar a las personas con discapacidad en el ámbito del acceso a la justicia. De esta forma representa todo un desafío la implementación de la tecnología en el sistema judicial, y las ventajas que esto representaría para la persona con discapacidad, ejemplo una mayor eficiencia en el desarrollo de los trámites, que sean garantizados los derechos fundamentales a través de mecanismos de comunicación eficaces y específicos para la persona con discapacidad, en la siguiente tabla se puede apreciar una relación entre la ayuda técnica que puede propiciar la implementación de las TIC y el tipo de discapacidad que puede presentar determinada persona o grupo de personas:

⁶⁸⁰ Empresas que brindan este tipo de servicios son: Square Trade que representa un sistema para solucionar controversias en materia de subastas en línea <https://www.squaretrade.com> ; Electronic Consumer Dispute Resolution (ECODIR) destinado a la solución de conflictos para el consumidor electrónico <http://www.ecodir.org> ; Arbitraje en línea de la American Arbitration Association (AAA) <http://www.adr.org> .

Tabla 6.

Vínculo entre las ayudas técnicas promovidas por las TIC y el tipo de discapacidad

Ayuda	Sensorial		Motora	Cognitiva
	Visual	Auditiva		
Lector de pantalla	X			X
Magnificador de pantalla	X			X
Reconocedor de voz			X	X
Línea de Braille	X			
Navegador sólo texto	X			
Emulador de teclado			X	X
Pantalla táctil			X	X
Filtros de teclado			X	X
Dispositivos de entrada alternativos			X	

Fuente: Guenaga, M. L., Barbier, A., & Eguíluz, A. ⁶⁸¹

En esta tabla puede apreciarse el beneficio directo que puede existir a las personas que presentan determinado tipo de discapacidad si fueran implementadas las ayudas técnicas necesarias a partir de la ampliación de las TIC, lo cual podría tomarse en cuenta en el ámbito del acceso a la justicia, aspecto que ya quedó establecido como un derecho que le asiste a todas las personas. Este tipo de ayuda técnica ampliaría la dimensión comunicacional que existe dentro del sistema de administración de justicia, y a la vez permitiría que el acceso a la justicia fuese inclusivo.

6.7.1. La comunicación directa e indirecta o asistida

En lo que se refiere a la comunicación, ésta ha sido tratada como una función básica de los seres humanos, y que resulta ser de una gran importancia para el desarrollo de la sociedad⁶⁸². En el proceso de evolución el hombre para poder subsistir requirió crear vínculos y por lo tanto relacionarse, de esta manera se desarrollaron las señas, los gestos

⁶⁸¹ GUENAGA, María Luz; BARBIER, Ander ; EGUÍLUZ, Andoni (2012: 161).

⁶⁸² ANSÓN, Rafael (2002: 181-182).

ante situaciones de necesidad que apremiaban al individuo, ejemplo el hambre, la protección ante determinado peligro, incluso las emociones. Estos elementos representaron impulsos en el inicio y evolución de la comunicación y fueron transmitidas de unos individuos a otros. Por otro lado, se destaca la denominada capacidad simbólica y la interrelación que surgió en el hombre primitivo, ambos aspectos fueron básicos y fundamentales para la integración y conformación de la sociedad como un todo. De modo que, la comunicación puede ser considerada como un elemento imprescindible para la construcción de las relaciones sociales, cuya base son las relaciones personales.

Dentro del amplio campo que abarca la comunicación, se desprende la denominada comunicación interpersonal, la cual se identifica como "...el nivel donde se produce la relación directa humana con una mayor intensidad y efectividad en el marco de la comunicación humana"⁶⁸³. Conforme a esto, la comunicación interpersonal representa un indicador en cuanto al funcionamiento de las relaciones interpersonales y a través de esta las personas llegan a exponerse a una amplia gama de contactos directos entre los que serían los protagonistas de dicha interrelación, a la vez ello conlleva al enriquecimiento de las relaciones a través de la propia personalidad.

En el proceso de comunicación interpersonal, los individuos llegan en principio a operar de una forma activa, donde cada persona valora, reflexiona, expresa de manera verbal o extra verbalmente las ideas, estados emocionales y experiencias propias. Para la ejecución de este tipo de comunicación, a modo general, son empleados tres canales o vías estas son: verbal, vocal y visual⁶⁸⁴. Al representar la comunicación un fenómeno complejo, se puede obtener bajo criterios diversos, variadas clasificaciones de ésta. Dentro de un ámbito donde existen innumerables posibilidades, a efectos de esta investigación será tomado en cuenta aquellos que tienen trascendencia para la comunicación social o interpersonal, por lo que las formas de comunicación⁶⁸⁵ pueden ser:

- Directa e indirecta.
- Recíproca y unilateral.
- Privada y pública.

⁶⁸³ ANSÓN, Rafael (2002: 181-182).

⁶⁸⁴ MALETZKE, Gerhard (2010: 27).

⁶⁸⁵ MALETZKE, Gerhard (2010: 27).

En el caso de la primera clasificación se podría afirmar que cada comunicación se ejecuta de manera inmediata, directa, sin intermediarios, cara a cara; o indirectamente, mediata y que puede llegar a ser transmitida a través de una distancia de tiempo, espacio o de espacio-tiempo entre las partes inmersas en el proceso de comunicación. De una forma más específica la comunicación directa se identifica con los mensajes claros y obvios que pueden ser entendidos con facilidad por el receptor, y donde el emisor ostenta el control de los mensajes por medio del empleo de canales verbales y no verbales; esto le brinda la posibilidad de transmitir el mensaje, el cual será decodificado con rapidez por el receptor. En segundo lugar, la comunicación indirecta se relaciona con la forma en que los mensajes llegan a ser captados por el receptor de una forma subliminal o subconsciente, puesto que las emociones, los sentimientos, las motivaciones y los deseos son transmitidos a terceros a través del lenguaje corporal y los movimientos anatómicos, incluso las expresiones que llegan a ser casi imperceptibles por la distancia o el tiempo que transcurre.

Cuando se analizan las formas más importantes de comunicación, en el caso de la comunicación indirecta se llegan a presentar una serie de elementos como la existencia de una distancia meramente temporal en varias señales, lo cual incluye la palabra escrita o impresa; o sólo puede ser espacial ejemplo en las conversaciones telefónicas. Por lo tanto, podría afirmarse que en la época actual donde la tecnología ha adquirido un mayor terreno de acción y prácticamente predomina en cada ámbito de la vida cotidiana del individuo la comunicación indirecta prevalece.

Podemos referirnos brevemente que la comunicación indirecta es la que los operadores de justicia desconocen, se impone la directa, donde uno de los interlocutores se cierra a las palabras o frases dichas por la personas dentro de un proceso; dicho de otra forma el operador de justicia o sus peritos actúa solamente frente a lo que escucha y no observa las actitudes o los mensajes corporales que en ciertos tipos de discapacidad prevalecen, que se manifiestan a través de señales de inconformidad, desacuerdo o molestia. Ello no se toma en cuenta, cuando este tipo de comunicación indirecta debería tornarse suficiente para la toma de decisiones del operador o administrador de justicia en sus diferentes modalidades de prestación de este servicio, dígase jueces, secretarios de unidades judiciales, notarios, fiscales, etc.

Quien sabe entender o leer este tipo de mensajes o comunicación, me refiero a la indirecta, generalmente son sus familiares y al ser una parte importante en la ejecución

de los procesos judiciales, ellos, al asistir, apoyar o contribuir en las necesidades o pretensiones de la persona con discapacidad, debe ser tomado en cuenta como parte en los actos judiciales, con todas las prerrogativas como si se tratase de la persona con discapacidad porque son ellos quienes velarán o ampararán por el justo ejercicio de los derechos de quien asisten o avalan. Eso es precisamente lo que buscamos, que no sea solamente la palabra directa, sino sea por sobre todas las cosas la verdadera acción de protección de la persona con discapacidad y sus intereses positivos, sin que ello signifique que velar por esos intereses, se desprenda de sus derechos a ser independiente en la justa medida de los postulados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en especial a lo que hemos referido: "...al reconocimiento de su personalidad jurídica" y a su "...capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de su vida", lográndose con el apoyo de "... ajustes razonables en función de las necesidades individuales de la persona con discapacidad.

6.7.1.1. Los formatos comunicativos tradicionales y alternativos

La comunicación alternativa resulta ser una realidad, a pesar de que los sistemas de comunicación dominantes hayan presentado una fuerte resistencia e incluso ejecutaran acciones para su eliminación. Este tipo de medios de comunicación, aunque han cobrado auge con el desarrollo de la tecnología y particularmente el Internet, siempre han existido ya que poseen un vínculo directo y proporcional con el desarrollo de la sociedad. En la actualidad, con el auge que han cobrado las nuevas tecnologías y su acelerado desarrollo, las personas se encuentran inmersas en una nueva era en cuanto a la comunicación alternativa y los formatos que esta llega a ofrecer. Algunos de los elementos que sobresalen en este ámbito son: los sitios web, blogs, podcast, foros, chats, entre otros; lo cual ha dado una gran apertura a un mundo de posibilidades donde imperan las redes sociales y con ello la interconexión. Esto tiene como propósito alcanzar el fortalecimiento de la conciencia social que resulta ser un requisito indispensable en el mundo globalizado donde las personas se desenvuelven⁶⁸⁶.

Es así como, los medios alternativos de comunicación se han transformado en una herramienta a través de la cual las personas han trazado nuevas rutas hacia la participación social, esto a la vez representa un nuevo objetivo que descansa en la construcción de un

⁶⁸⁶LEWIS, Peter. (2010:34).

nuevo orden social inclusivo, o sea donde todas las personas tengan cabida. En cuanto al significado de este tipo de medios para las personas, representan una especie de esperanza materializada en formatos como imágenes, audios, videos, documentos, que se llegan a convertir en la palabra de determinado individuo o individuos que persiguen cierto convencimiento ideológico, o simplemente acceder de forma más rápida a las fuentes de información.

Por otra parte, en el ámbito de la comunicación humana existe un factor que ha prevalecido en su desarrollo es decir el factor económico, de lo cual los medios alternativos de comunicación no se encuentran exentos. Estas nuevas opciones que generan los medios de comunicación alternativos están dirigidas para la comunidad e incluso podría afirmarse que estos se generan en las mentes de muchas personas y cuya fuente de inspiración proviene de la realidad o del entorno.

Para las personas con discapacidad, sea a partir de una deficiencia motora, sensorial o intelectual, resulta necesario estar dotados de instrumentos para que lleguen a adaptarse al medio social en que habitan. Por lo que los medios alternativos, catalogados como sistemas alternativos o aumentativos de la comunicación, se basan en una especie de tecnología de ayuda, que a la vez representa cualquier artículo, equipo global o parcial que se emplea para aumentar o mejorar las capacidades funcionales de las personas con discapacidad, y además de que pueden ser modificadas o instauradas determinadas conductas⁶⁸⁷.

Este tipo de tecnologías destinadas a la ayuda de las personas con discapacidad en la mayoría de los casos genera un cambio positivo en cuanto a la calidad de vida de la persona con discapacidad, y en algunos casos este tipo de ayuda derivada de los sistemas alternativos y aumentativos de la comunicación, contribuyen a romper con el aislamiento en el que se han sumergido por su condición, además que beneficia directamente con la integración familiar y social, lo cual a la vez genera un mejor estado emocional y anímico. El objetivo de este tipo de medios alternativos se relaciona con la sustitución o el aumento del habla de las personas con dificultades en la comunicación verbal o auditiva.

Algunos autores han identificado a los sistemas alternativos o aumentativos de la comunicación como: “La comunicación aumentativa y alternativa es un ámbito interdisciplinar que abarca un extenso conjunto de elaboraciones teóricas, sistemas de

⁶⁸⁷ DELIYORE-VEGA, María (2017: 1-2).

signos, ayudas técnicas y estrategias de intervención que se dirigen a sustituir y/o aumentar el habla”⁶⁸⁸. En algunos casos el lenguaje se encuentra seriamente limitado, como aquellas personas que poseen autismo o deficiencia auditiva, por lo que resulta favorable la utilización de lenguajes y sistemas de comunicación no verbales, o mixtos es decir mecanismos que llega a combinar el lenguaje oral con el lenguaje alternativo. Como características identificativas de las personas que llegan a requerir este tipo de sistemas para la comunicación se destacan las siguientes:

- Las personas que necesitan de un lenguaje de apoyo, durante determinado periodo de tiempo, lo cual facilitaría el desarrollo del lenguaje oral, ejemplos individuos con disfasia en el desarrollo y deficiencia auditiva.
- Las personas con discapacidad motora y con dificultades en cuanto a la expresión oral, pero que poseen un buen nivel de comprensión verbal.
- Las personas que requieran del lenguaje alternativo, ya sea desde la perspectiva de la expresión como de la comprensión, ejemplo las personas con deficiencias mentales graves.

A continuación, serán analizados algunos de los principales formatos alternativos de comunicación destinados a las personas con discapacidad⁶⁸⁹

6.7.1.2. Sistemas de signos.

Este tipo de sistemas brinda la posibilidad de comunicación para aquellas personas que tiene problemas en la expresión oral y escrita. Razón por la cual existen los siguientes sistemas destinados al lenguaje de signos.

6.7.1.2.1 Sistemas de signos manuales

Conocido también como lenguaje de signos o lengua de señas, consiste en ejecutar ciertos signos con las manos y actitudes corporales con el objetivo de entablar una comunicación con terceros. Como uno de los aspectos negativos de este sistema es que requiere que el interlocutor lo conozca y por lo tanto los familiares y amigos deberán

⁶⁸⁸ DELIYORE-VEGA, María De Rocío (2017: 12).

⁶⁸⁹ DELIYORE-VEGA, María De Rocío (2017: 15).

aprenderlo. Este aprendizaje de ambas partes contribuirá a que el lenguaje de signos tenga la funcionalidad necesaria que la persona con discapacidad pretende.

En el Ecuador, se ha emitido un diccionario de lengua de señas, designado “Gabriel Román” en cuyo formato web cuenta con alrededor de 5.000 palabras del Diccionario Oficial de la Lengua de Señas Ecuatoriana, incluye gráficos y videos explicativos, a través de los cuales se observa la forma adecuada de articular una seña. Existen 9 grupos de configuraciones de señas con 82 variantes, cada una representa una postura de la mano, y son herramientas que apoyan la comunicación. El conocimiento de la lengua de señas promueve el acceso, comunicación e información, motivando el interés del público a nivel nacional e internacional acerca de la comunidad sorda del Ecuador”⁶⁹⁰.

6.7.1.2.2 Sistema de signos tangibles

Por medio de este sistema de comunicación llega a ser empleados distintos objetos con los que se alcanza a expresar la información vinculada a determinado tema, tal es el caso de que se puede mostrar un balón para transmitir el deseo de jugar a la pelota. Los objetos que se utilizan en este sistema suelen ser pequeños y es utilizado por aquellas personas que tienen un retraso mental grave o en el caso de las personas autistas que no pueden ser tocados.

6.7.1.2.3 Sistemas de signos gráficos

Existen dos sistemas sobre signos gráficos el primero el sistema pictográfico y el segundo el sistema logo gráfico. En cuanto al sistema pictográfico el canal de comunicación se establece a través de un conjunto de gráficos y dibujos lineales e íconos, que llegan a reflejar un lenguaje limitado, con lo cual la persona se comunica. En el caso del sistema logo gráfico resulta ser cercano a la escritura, ya que son utilizados dibujos lineales esquemáticos e ideográficos. Una de las ventajas que presenta este sistema consiste en que el vocabulario no es limitado puesto que se pueden combinar los signos a partir de lo cual surgirían palabras nuevas.

⁶⁹⁰ Diccionario de Lengua de Señas Ecuatoriano Gabriel Román. Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades Quito (2019). En línea: <https://www.consejodiscapacidades.gob.ec/diccionario-de-lengua-de-senas-ecuadoriano-gabriel-roman/>. Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2019.

6.7.1.2.4 Comunicadores.

Como otra de las técnicas que han sido utilizadas dentro de los sistemas alternativos de comunicación se destaca los denominados comunicadores, que resultan ser dispositivos electrónicos con los cuales el usuario puede con determinadas facilidades generar mensajes. A partir de su surgimiento los comunicadores eran semejantes a los tableros de comunicación, pero poseían una mayor facilidad para seleccionar determinada zona, a través de pulsadores, o por medio de la impresión, incluso al finalizar el mensaje. En la actualidad estos comunicadores poseen casillas que cuando son pulsadas emiten un sonido, este presenta características diferentes en función del tipo de archivo: voz digitalizada y voz sintetizada.

Es necesario recalcar que los formatos de comunicación alternativa y aumentativa permiten a las personas con discapacidad, que tienen dificultades para comunicarse por medio del habla, enviar y recibir mensajes de manera exitosa. Estos formatos incluyen recursos tecnológicos como computadoras, tabletas, comunicadores con salida de voz y demás dispositivos. Por otro lado, estos formatos de comunicación alternativos pueden apoyarse en cualquier recurso externo al individuo, es decir que se ha transformado en una llave de acceso para el desarrollo de la interacción en aquellas personas discapacidades que deben hacer frente a las barreras comunicacionales. En la última década se han logrado importantes avances en la implementación de estos formatos alternativos gracias al desarrollo de las tecnologías de la comunicación e información, la emisión de dispositivos electrónicos amigables y accesibles a nivel económico, los movimientos sociales en aras de que sean reconocidos los derechos fundamentales de los grupos menos favorecidos, la igualdad de oportunidades, entre otras.

6.7.1.3. Lenguaje positivo y comunicación efectiva

Respecto al lenguaje se puede decir que posee un carácter social debido a su naturaleza. La capacidad de hablar, escuchar y responder que le asiste a cada persona, en principio no necesita medios visuales o instrumentales, además de que no llega a exigir adaptación, esfuerzo o traducción, y de existir sería mínimo el esfuerzo. De igual manera, el lenguaje oral forma parte de los cimientos de la comunicación interpersonal y se erige como una de los elementos principales y más arraigados que tiene el ser humano.

Igualmente, los símbolos y el lenguaje representaron el primer medio técnico para desarrollar la comunicación.

Como bien ha quedado explicado en esta investigación la comunicación en su amplio campo de estudio llega a contemplar sistemas de signos, palabras, símbolos, expresiones, todos ellos con la finalidad de establecer vínculos con objetos y fenómenos que existen en la vida de cada persona, además de que las reglas pueden ser combinadas a través de enunciados que fomenten la comprensión. En lo que se refiere al sentido y a la palabra, estos son factores que influyen y complementan el proceso de comunicación, al respecto algunos autores consideraron sobre el proceso de comunicación lo siguiente:

“El signo es la unidad de comunicación y de la generalización. Apoyándonos en lo general que se nos da en el significado, somos capaces, mediante la combinación de palabras, en sus expresiones y utilización figurada expresar un nuevo contenido [sentido] que no coincide con el contenido fijado en signo “el sentido nunca es igual al significado directo de las palabras”⁶⁹¹.

En vista de que exista un lenguaje positivo, las palabras deberán estar respaldadas por las acciones y los respectivos comportamientos, construyendo un vínculo con los receptores dentro del canal de comunicación. Por otro lado, como parte del proceso, se destaca entre sus elementos el aspecto regulador y autorregulador que se posiciona en la esfera cognitiva de cada persona o sea la dimensión ejecutora de la personalidad donde converge el factor cognitivo y afectivo para la comunicación.

Con respecto a las funciones implícitas en el desarrollo de un lenguaje positivo, donde el hablante, según las intenciones que pueda tener, y para lograr determinado objetivo se basa en las funciones del lenguaje. Es por ello que, la funcionalidad del lenguaje ha sido clasificada desde diversos ámbitos, estos son: expresiva, apelativa o conativa, representativa o referencial, metalingüística, fática y poética. En principio dicha clasificación fue expuesta por el lingüista ruso Roman Jakobson, en su obra La Lingüística y Poética, para lo cual tomó como base a los elementos esenciales del proceso de comunicación, es decir el emisor, el receptor, el canal, el código y el contexto⁶⁹². Por

⁶⁹¹ LEWIS, Peter (2010: 17).

⁶⁹² PELAYO, Neneka; CABRERA, Adriana (2002).

otra parte, estudios actuales han arrojado otro tipo de clasificación respecto al lenguaje, entre las que se encuentran:

- La función pragmática: por medio de esta función se demuestra que el sistema lingüístico no solo incluye la expresión de un estado de cosas sino además generar un conjunto de relaciones entre los actos del habla en el proceso de interacción comunicativa.
- La función expresiva: esta resulta ser la encargada de la emisión de opiniones y vivencias, como una manifestación subjetiva de la realidad.
- La función apelativa o conativa: esta función se identifica con la intención que puede tener la persona de requerir a terceros determinado asunto, ya sea con preguntas, mandatos o exigencias; su finalidad es la exhortación.
- La función representativa o referencial: se refleja en la intención que tiene la persona de informar y dar a conocer hechos, datos de la realidad, o sea es una comunicación de carácter objetivo.
- La función metalingüística: por medio de esta función se trata de explicar y aclarar definiciones e ideas relacionadas con conocimientos lingüísticos.
- La función fática: se llega a relacionar con las acciones que son ejecutadas para iniciar, interrumpir o continuar una comunicación.

Si se asocia el lenguaje positivo con la discapacidad, se podría percibir respecto a la segunda que existen diferentes tipos, lo cual brinda la posibilidad de adoptar varias medidas que incitarían a una inclusión real, debido a que cada tipo de discapacidad requiere maneras específicas de atención. Cuando se trata de entablar una conversación con la persona con discapacidad lo primero que debe tenerse en cuenta es que el dialogo debe ser desde un punto de vista inclusivo y positivo. En la siguiente tabla se realiza una distinción entre los términos correctos e incorrectos que pueden darse en el proceso de comunicación donde interviene una persona con discapacidad:

Tabla 7.

Términos correctos e incorrectos utilizados hacia la persona con discapacidad

Términos incorrectos	Términos correctos
Personas normales y personas anormales	Personas sin discapacidad y personas con discapacidad
Discapacitados, minusválidos, capacidades especiales, inválidos, personas especiales, tullidos, rengos, sordomudos, muditos, paralíticos, lisiados, patojos, enfermitos, pobrecitos.	Personas con discapacidad
Mutilada, muda, cortadita, mocha	Persona con una amputación
Retrasados, débiles mentales, mongólicos, discapacitados mentales, inocentes, retardados, subnormales, morones, imbéciles, idiotas.	Persona con discapacidad intelectual
Defecto de nacimiento	Discapacidad congénita

Fuente: Consejo de la Judicatura.⁶⁹³

Dicho lo anterior, respecto al lenguaje, existe una estrecha relación de este con el alcance de una comunicación efectiva. Si se toman en cuenta a las personas con discapacidad en el ámbito de cómo informar o comunicarles determinado asunto, resulta importante consultarle a dicha persona sobre las características de su comunicación, en otras palabras si usa fundamentalmente lengua de señas, lectura labial, lenguaje escrito y lenguaje gestual. De esta manera, también deberán ser consideradas las condiciones en cuanto al ambiente, ya que de existir un entorno ruidos esto no favorece la escucha y la comprensión de la información.

La comunicación para que sea efectiva deberá proporcionarle a la persona con discapacidad un sistema que sea inclusivo en cuanto a las actividades fundamentales que llegan a ejecutarse en la vida cotidiana. En este caso podría citarse como un ejemplo los variados servicios que llegan a prestar las entidades públicas y privadas, las cuales

⁶⁹³ Manual de atención en derechos de personas con discapacidad en la función judicial, Consejo Nacional de la Judicatura, Consejo Nacional de Discapacidades, Quito (2015).

deberían tener por obligación un conjunto de medidas sobre las cuales la persona con discapacidad podría desenvolverse de manera adecuada, ya sea para comunicarse u obtener información. Como parte de este conjunto de medidas a adoptar por las instituciones públicas y empresas privadas se destacan las siguientes:

6.7.1.3.1 Proporcionar ayudas y servicios auxiliares

Como ejemplos comunes de ayuda y servicios auxiliares se encuentran los intérpretes calificados de lengua de señas, o los denominados servicios de interpretación por video y larga distancia; además existen los tomadores de notas, los servicios de transcripción en tiempo real con ayuda de una computador, el material escrito, el intercambio de notas escritas, los teléfonos que son compatibles con auriculares amplificados, los descodificadores de subtítulos, los sistemas de telecomunicaciones que se basan en vídeos, lectores ópticos, materiales con letras amplias, dispositivos electrónicos accesibles e información tecnológica, por solo destacar algunos.

Este tipo de ayuda, que resulta ser amplia y diversa, representa una necesidad para poder garantizar una comunicación efectiva. Esta puede variar de acuerdo con el método que llegue a ser utilizado por la persona con discapacidad, así como la naturaleza, la duración y la complejidad del proceso de comunicación en el que se participa, además del contexto donde se realiza. Motivo por lo cual, en el caso de una empresa privada esta deberá consultar a la persona con discapacidad siempre que resulte posible para así garantizar una comunicación efectiva, mientras que en el caso de las instituciones públicas tendrá que ofrecer atención prioritaria a las solicitudes realizadas por las personas con discapacidad.

6.7.1.3.2 Intérpretes de lengua de señas

En los sectores público y privado no pueden exigirle a la persona con discapacidad que tenga por acompañante a un tercero que le facilite la comunicación, sino que deberá disponer del personal especializado que brinde un servicio efectivo a las necesidades de dicha persona. Un ejemplo sería técnicos y especialistas en lengua de señas, material escrito en braille, entre otros.

6.7.1.3.3 Telecomunicaciones

Cuando las entidades públicas y privadas poseen sistemas automatizados de operadoras, lo cual incluye mensajería y correo de voz, o incluso un sistema de respuesta interactivo, deberían proporcionar una comunicación efectiva en tiempo real con las personas con discapacidad que utilizan ayudas y servicios auxiliares como teléfonos de textos y servicios de retransmisión, lo cual incluye los sistemas de retransmisión por Internet.

Hasta aquí se pueden apreciar los diferentes elementos que intervienen tanto en el lenguaje positivo como en la comunicación efectiva, relacionados directamente con las necesidades que tiene la persona con discapacidad para su adecuado desenvolvimiento.

En este acápite se identifica primero que la condición de discapacidad, no es un impedimento para el ejercicio de los derechos. Que el acceso a la justicia y la atención para las personas en los servicios judiciales, deben enfrentarse a todo tipo de barreras arriba descritas y que no han sido superadas. A pesar de los esfuerzos de eliminar las barreras físicas o ambientales, persisten las demás que igual o mayor impedimento implica el no haberlas superado. En relación a todo lo antes mencionado se debe argumentar que el acceso a la justicia no debe ser vista desde un punto de vista subjetivo sino, se debe entender como una acción objetiva de la cual están carentes los ciudadanos vulnerables debido a su condición, siendo estos en especial las personas con discapacidad, ya que ciertamente producto a su condición física o psicológica son tratados de forma discriminatoria, no dándoles el tratamiento judicial merecido producto al quebrantamiento de sus derechos.

Capítulo VII

Titularidad de Derechos y Legitimidad

Para determinar la titularidad de los derechos de las personas con discapacidad, es necesario analizar la legislación, en especial la relacionada a las disposiciones contenidas en el Código Civil y en el Código Orgánico Integral Penal.

7.1. Código Civil del 2015

Como parte de la vida jurídica existen diversos factores que marcan su dinámica, tal es el caso de la existencia de personas incapaces y personas con discapacidad; para entender ello, partamos de lo que significa la capacidad, ésta última consiste en comprender ciertas acciones o que otras vayan a ocurrir; tal es por ejemplo, llegar a cierta edad que permita a la persona comprender las consecuencias de sus actos y que puedan derivar en actos jurídicos que generen derechos u obligaciones; a la vez, al hablar de capacidad, ésta puede sufrir modificaciones que se expresan en la ley por ciertas condiciones como la interdicción, la discapacidad mental o sordomudez, lo que genera entonces la incapacidad, entendida como falta de idoneidad para ejercer un derecho, para hacer, recibir o aprender algo como la incapacidad de obrar, y que vaya a repercutir en la totalidad del ejercicio de derechos o a determinada clase de ellos.

Respecto de la segunda condición, me refiero a la discapacidad, a pesar de que hemos hablado abundantemente, es aquella que se centra en aspectos biológicos, psicológicos y asociativos para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria; es decir, no necesariamente genera incapacidad.

Ello es la cuestión relevante y de preocupación para las legislaciones y la emisión de las normativas sobre estas dos entidades jurídicas. Razón por la cual, el tratamiento del derecho de la persona con discapacidad se ha erigido como una necesidad urgente de velar por sus intereses.

La discapacidad, no se subsana solamente con el otorgamiento legal de una representación simplemente como lo refieren nuestros códigos civiles, que para entender estas instituciones, revisemos a continuación lo que se estipula para estos efectos:

En el caso del reconocimiento en el ámbito legal de la guarda, ésta resulta ser un término genérico y llega a abarcar todo lo que significan las figuras de la tutela y la curaduría. Desde el ámbito de su concepción, “guardar” significa proteger, cuidar de cualquier tipo de peligro, mantener en buen estado determinada cosa o persona, custodiar una cosa; etc.⁶⁹⁴. Dentro del Derecho la definición de guarda y cuidado se ha desarrollado con mayor amplitud, puesto que no sólo serían contemplados cosas u objetos sino también personas naturales que requieren de cierta protección, a la vez de manera secundaria dicha protección se extiende a los bienes de quedan tener dichas personas.

En este sentido, y específicamente dentro del Derecho civil, las guardas representan instituciones, aunque tienen su fundamentación en los elementos que engloba el derecho natural, dentro del cual rigen posturas como la que un padre o una madre tienen la obligación de cuidar a sus hijos menores de edad, reflejado ello en la patria potestad. Habría que agregar que existen casos donde el menor de edad no tiene padres que puedan velar por él; otro ejemplo sería la existencia de personas mayores que por determinadas circunstancias dígase enfermedad, adicción, privación de la libertad, necesitan de terceros que les brinden determinado cuidado, auxilio o protección, ante cuya situación la ley reconoce la institución civil de las guardas con el objetivo de velar por los intereses de estas personas.

Los tipos de guardias se describen a continuación.

7.1.1. Tutelas y curadurías

En el ordenamiento civil ecuatoriano llega a estipularse a la capacidad jurídica como una regla general hacia la persona y a la incapacidad como una excepción. Es así como, en el Art. 1462 del Código Civil se regula lo siguiente: “Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”⁶⁹⁵. A continuación, el Art. 1463 declara a las siguientes personas como incapaces completamente: los dementes, los

⁶⁹⁴ RAE, “Diccionario de la Lengua Española” (2017: 114-115)

⁶⁹⁵ Código Civil. Honorable Congreso Nacional, Quito (2005: Art. 1462).- Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces.

impúberes y la persona sorda que no puede comunicarse o darse a entender⁶⁹⁶. En el ámbito tradicional del Derecho se ha evidenciado una postura dominante respecto a la consideración de la discapacidad como un elemento para catalogar a la persona con discapacidad como carente de capacidad jurídica, más cuando se trata de las personas con discapacidad intelectual o mental que han sufrido de una constante afectación de sus derechos fundamentales bajo mecanismos que han impulsado la aplicación de regímenes de sustitución desproporcionados, respecto a la toma de decisiones y la negación de la capacidad jurídica. En relación a ello cabe mencionar a figuras como la tutela y la curatela. Primeramente, habría que señalar que la aplicación de ambas figuras está sujeta de manera previa a un proceso de interdicción en la vía civil. La interdicción en sí es identificada como una condición jurídica acreditada a través de un procedimiento judicial que deriva en una sentencia firme o resolución judicial. En dicha sentencia se determina que la persona no podrá ejercer su capacidad jurídica en nombre propio, esto incluye las relaciones establecidas con terceros y aquellos actos jurídicos de carácter personal o patrimonial⁶⁹⁷. En el Código Civil ecuatoriano, específicamente en el Título XXII del artículo 479 al 489 son reconocidas un conjunto de reglas especiales a partir de las cuales será ejecutada la interdicción civil para el caso de la curaduría del demente. Todo este sistema evidencia algunos elementos comunes como:

- La capacidad jurídica es retirada a la persona por medio de una declaración judicial.
- El sustituto que adoptará las futuras decisiones podrá ser designado por una persona diferente del interesado y puede ser ejecutado en contra de la voluntad de este.
- El sustituto tomará las decisiones basado en lo que cree que constituyen los mejores intereses de la persona incapacitada, ante lo cual debería prevalecer la propia voluntad y las preferencias del incapacitado.

⁶⁹⁶ Código Civil (2005: Art. 1463).- Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la (sic) persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

⁶⁹⁷ DE LORENZO, Rafael (2009: 28).

El sistema reconocido en el Código Civil ecuatoriano vigente respecto de la interdicción, a pesar de que la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y respecto a este tema el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, reconoció que la negación de la capacidad jurídica no puede estar basada en un rasgo o característica personal, como es el caso de la discapacidad⁶⁹⁸, todavía se mantiene

Como uno de los principales factores negativos que se pueden apreciar en el Código Civil ecuatoriano es que se aborda a los problemas en torno a la capacidad jurídica de aquellos individuos que tienen discapacidad intelectual y psicosocial es que son tratados bajo la denominación de dementes. Por otra parte, en la norma civil no se llega a establecer una diferenciación clara entre la discapacidad intelectual y la mental. En este sentido se puede afirmar que la utilización inexacta del término “demente” ha sido constante en el desarrollo de la actual norma y sus predecesoras, donde la demencia se identifica como una categoría que hace alusión a varias patologías.

Vale señalar en el Código Civil aquellos preceptos relacionados a la capacidad jurídica representan una violación hacia los derechos humanos, debido a que:

- Se llega a atribuir de manera directa a la discapacidad tanto intelectual como psicosocial la incapacidad jurídica, lo cual constituye el reconocimiento y materialización de un modelo de atribución por status.
- Se evidencia un otorgamiento de cierta supremacía a las pruebas médicas dentro del proceso, y por lo tanto se desecha la consideración que deberá ser realizada respecto a las barreras existentes impuestas por la propia sociedad.
- La persona con discapacidad es concebida como un objeto dentro del proceso.

Por otra parte, se puede apreciar que en la legislación de diversos países la implementación de algunos modelos por medio de los cuales se establece o atribuye la incapacidad jurídica. Dentro de los principales modelos que incluso han sido reconocidos por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se destacan los siguientes⁶⁹⁹:

⁶⁹⁸ Observación General Número 1, sobre el derecho de las personas con discapacidad a ser iguales ante la ley. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2014).

⁶⁹⁹ DE LORENZO, Rafael. (2009: 101).

Modelo funcional: este modelo tiene lugar cuando la aptitud que posee la persona es considerada deficiente, donde la persona con discapacidad sólo es catalogada como incapaz en el supuesto de que a partir de dicha discapacidad no puede ejecutar funciones específicas.

Modelo de atribución por status: la determinación de la incapacidad se llega a generar básicamente por dos motivos. El primero de ellos se relaciona con el establecimiento en el ordenamiento jurídico de que los individuos que poseen ciertas discapacidades se les puede atribuir una incapacidad absoluta, y como segundo motivo se encuentra que dentro del proceso judicial se limitan la actuación a otorgarle una validez al dictamen médico, donde una vez que al individuo le es establecida alguna discapacidad, existe la presunción de su carencia de capacidad jurídica.

Respecto a dichos modelos puede afirmarse que en la legislación civil ecuatoriana es adoptado el modelo de atribución por status, puesto que en la propia normativa civil es reconocido que las personas con discapacidad intelectual y psicosocial resultan ser incapaces. Esto se ratifica en artículos como el Art. 1463 al regular lo siguiente: “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas”⁷⁰⁰. En este precepto legal puede observarse que tanto la discapacidad intelectual como la psicosocial son equiparadas a la incapacidad jurídica, o sea discapacidad = incapacidad jurídica. Ello significa que se manifiesta una atribución directa de la incapacidad a partir de la determinación de la discapacidad que pueda tener la persona.

Habría que agregar respecto a los preceptos legales que regulan la capacidad jurídica en el Código Civil ecuatoriano que estos pueden llegar a enmarcarse en principio dentro de los parámetros comprendidos en el modelo funcional, para lo cual se tomaría como referencia lo planteado en el Art. 367:

“Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se

⁷⁰⁰ Código Civil (2005: Art. 1463).

hallan bajo potestad de padre o madre, que puedan darles la protección debida”⁷⁰¹.

Según lo establecido en este artículo podría interpretarse que cuando la discapacidad provoque algunos de los efectos reconocidos podrá atribuirse la incapacidad jurídica. No obstante, el modelo de atribución por status también tiene lugar en el supuesto que dentro del proceso judicial el magistrado limita su valoración y actuación a otorgarle validez al dictamen médico. Es por ello que, una vez que a determinada persona se le identifica la discapacidad, se llega a presumir su carencia de capacidad jurídica.

A modo general se puede afirmar que en el Código Civil ecuatoriano llega a establecer de manera directa que las personas con discapacidad intelectual y psicosocial son catalogadas como incapaces absolutos. Del mismo modo, los individuos con discapacidad pueden ser sometidos, debido a su condición, a procesos judiciales de interdicción civil y curaduría.

7.1.1.1. Conceptualización

En el caso de la tutela se podría señalar que ésta originalmente se identificó como una institución fundamentada en precautar el interés de quienes eran tutores asignados para el cuidado de los intereses de la familia, específicamente del incapacitado. La evolución de dicha institución es notoria, principalmente por la inclinación que ha adoptado en torno a la protección del sujeto, a partir de la aprobación de instrumentos internacionales en materia de discapacidad y reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad.

En este sentido la tutela ha sido definida como: “...una institución de interés público que se ha creado para la representación y protección de los individuos que no están sujetos a la patria potestad, en el orden personal y patrimonial”⁷⁰². De igual manera puede considerarse a la tutela como un simple mandato que nace de la norma legal, donde

⁷⁰¹ Código Civil (2005: Art. 367).- Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que puedan darles la protección debida. Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores, y generalmente guardadores.

⁷⁰² ÁLVAREZ, Natalia (2015: 263).

se determina una facultad o potestad jurídica sobre la persona o sus bienes, donde se presume que representa un beneficio necesario tal posición.

Cuando se analiza la tutela desde su concepción dicha institución también es concebida como un modo de protección aplicado hacia el menor de edad que no tiene una madre o un padre. En este caso la protección se caracteriza por ser más estricta que la misma patria potestad, debido a que la institución de la tutela fue constituida con un carácter especial en aras de proteger al menor de edad, además de ser regulada como un derecho establecido por la ley, para aquellos menores que han perdido a sus padres o progenitores.

Otra de las definiciones establecidas en torno a la tutela llega a considerarla como: “...un poder que se otorga a alguien para que cuide de una persona que, aun siendo libre, no puede cuidarse por sí misma, generalmente en razón de su edad”⁷⁰³. De igual manera, algunos autores han definido a la tutela como:

“... un órgano legal mediante el cual se provee a la representación, a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no son suficientes para gobernar su persona y derechos por sí mismos, para regir, en fin, su actividad jurídica, ya sea la causa la minoría de edad, ya la incapacidad física, mental o de otra clase, ya sea legal a partir de la interdicción, como accesoria a ciertas penas, la vía judicial y de la prodigalidad declarada por sentencia firme”⁷⁰⁴.

Como otro elemento a destacar sobre la concepción de la tutela es su consideración como una guarda legal, a través de la cual se llega a agregar una potestad de representación. Sin embargo, hay que tener presente que la tutela surge de una clasificación o una especie dentro del ámbito de las guardas legales, dentro de dicho ámbito la tutela es asociada a su percepción como una institución cuyo propósito recae en proteger y velar por los intereses del pupilo, a la vez se actúa en nombre del incapaz para efectuar un mejor ejercicio de sus derechos en aras de garantizarlos, puesto que la esencia de esta institución radica en obtener beneficios de quienes no pueden llegar a valerse por sí mismos. Hay que señalar, el otorgamiento a esta institución de un carácter jurídico familiar, ya que constituye un

⁷⁰³ RODRÍGUEZ-ARIAS, Lino (1991: 67-68)

⁷⁰⁴ SUÁREZ, José María (2002: 425-584).

reemplazo hacia la inexistencia de la asistencia familiar, o sea la tutela es subsidiaria de la patria potestad.

En cuanto a las curadurías, la figura del curador evidencia un tratamiento algo confuso en comparación con la figura del tutor, pero su esencia radica en la concepción del curador como el representante para los actos a ejecutar en la vida civil de aquella persona declarada incapaz judicialmente a raíz de la presencia de un déficit en cuanto a las facultades mentales. En el caso de la tutela ésta se identifica con la defensa y protección de los intereses de una persona menor de edad; mientras que el curador actúa como representante en actos que pueden ser públicos y privados, tomando en consideración un sustento legal y extrajudicial en cuanto a las potestades que ostenta la persona en su labor de representante de otra⁷⁰⁵.

Así mismo, en cuanto a la naturaleza de las guardas legales y su estructura se puede decir que manifiestan una amplia organización donde existen organismos especializados en los preceptos, reglamentos y disposiciones que llegan a regular a las personas incapaces en la esfera judicial, así como el respectivo funcionamiento de los funcionarios que laboran en estos organismos. Este último elemento mencionado no se pone en práctica en el Ecuador, sino en aquellos países donde las guardas legales están sujetas a un conjunto o consejo de las tutelas, además de que el curador puede delegar responsabilidades a otras dependencias, un ejemplo sería la educación bajo parámetros de colaboración donde los profesores desempeñan un papel fundamental unido a las relaciones construidas con amigos. Sin embargo, compartir no significa ceder, y en este sentido las guardas legales no pueden ser cedidas, además el pupilo llegará a tener a efectos legales el domicilio de su guardador, lo cual acarrea varias secuelas de orden legal.

Al mismo tiempo, las guardas legales sólo pueden ser ejercidas por personas naturales, lo que significa que esta institución no podrá ser ejercida por personas jurídicas. Al respecto el propio guardador deberá ejecutar sus funciones de forma estricta, es decir, de persona a persona, así lo establece la normativa civil nacional. Dentro de la normativa civil ecuatoriana se ha llegado a reconocer que en la materialización de la tutela o curaduría podrán colocarse bajo la misma dos o más personas, con el propósito de que exista entre ellas una indivisión de los patrimonios; una vez que el patrimonio esté

⁷⁰⁵ ORDÁS, Marta (2008).

dividido serán tomada en cuenta la existencia de tantas tutelas o curadurías como la presencia de patrimonios diferentes, aún si son ejercidas por una misma persona⁷⁰⁶.

Habría que decir también, que la norma civil ecuatoriana evidencia una flexibilidad, puesto que llega a admitir la posibilidad de que una misma guarda llegue a ser ejecutada por varios guardadores, y esto a la vez es contemplado de manera inversa, o sea que un mismo individuo desarrolle a la vez varias guardas diferentes. La permisión de este tipo de mecanismos brinda la posibilidad de guardar, acorde a las circunstancias, la cantidad de personas que podrán intervenir en la administración, y de ser el caso sólo sería necesaria la presencia de un solo guardador por ejemplo en el supuesto de que existan pocos bienes.

Esta división en la ejecución de la guarda legal no sólo llega a generarse a partir de la designación de varios curadores o tutores por medio de un testamento, sino que ello también surge a partir de una disposición judicial, a petición del propio guardador, sólo cuando sean cumplidos los respectivos requisitos según sea el caso⁷⁰⁷. En el Código Civil también se llega a recalcar que toda aquella persona que se encuentra sujeta a la patria potestad, no podrá ser objeto de adjudicación de un guardador, pero si pudiera brindarle una curaduría adjunta al hijo, en el supuesto de que tanto el padre como la madre se encuentren privados de la administración de los bienes⁷⁰⁸.

En el ámbito de las definiciones desarrolladas sobre la guarda legal se destacan características básicas como la implicación de esta hacia una potestad y un deber. En el caso de la consideración de la guarda legal como una potestad, ello tiene su fundamentación en su ejercicio personal y directo, por aquel individuo al que le

⁷⁰⁶ Código Civil (2005: Art. 376).- Podrán colocarse bajo una misma tutela o curaduría dos o más individuos, con tal que haya entre ellos indivisión de patrimonios. Divididos los patrimonios, se considerarán tantas tutelas o curadurías como patrimonios distintos, aunque las ejerza una misma persona. Una misma tutela o curaduría puede ser ejercida conjuntamente por dos o más tutores o curadores.

⁷⁰⁷ Código Civil (2005): Art. 378.- Generalmente, no se puede dar tutor ni curador al que ya lo tiene. Sólo podrá dársele curador adjunto, en los casos que la ley designa. 379.- Si el tutor o curador, alegando la excesiva complicación de los negocios del pupilo y su insuficiencia para administrarlos cumplidamente, pidiere que se le agregue un curador, podrá el juez acceder, oyendo previamente sobre ello a los parientes del pupilo. El juez dividirá entonces la administración del modo que más conveniente le parezca.

⁷⁰⁸ Código Civil (2005: Art. 380).- Si al que se halla bajo tutela o curaduría se hiciera una donación o dejare una herencia o legado, con la precisa condición de que los bienes comprendidos en la donación, herencia o legado se administren por la persona que el donante o el testador designen, se accederá a los deseos de éstos; a menos que, oídos los parientes, apareciere que conviene más al pupilo repudiar la donación, herencia o legado, que aceptarlos en estos términos. Si se acepta la donación, herencia o legado, y el donante o el testador no hubieren designado la persona, o la que ha sido designada no fuere idónea, hará el juez la designación.

corresponda y por ende rechazar cualquier tipo de intromisión destinada a desconocer dicha potestad. En cuanto a su consideración como un deber, su esencia radica en velar por aquellas personas que no pueden hacerlo por sí mismas, dígase por diversos factores como su corta edad, limitación de la capacidad mental; etc.⁷⁰⁹.

Como parte de las definiciones que pueden considerarse valiosas en relación a las tutelas y curadurías se destaca la planteada por el catedrático Somarriva Undurraga, el cual planteó lo siguiente:

“Sabemos que, dentro de la vida jurídica, existen personas incapaces, y que es preocupación constante del legislador velar por los intereses de estas personas, la manera más eficaz de esta protección es dando a cada una de ellas un representante legal a fin de subsanar la incapacidad. Así tenemos que el marido es representante de la mujer, el padre o la madre del hijo de familia, el adoptante del adoptado menor. Existen otros incapaces que carecen de representación legal emanada de la patria potestad o de la potestad marital”⁷¹⁰.

A partir de las definiciones aquí expuestas se puede afirmar que las tutelas y las curadurías tienen como finalidad proteger los intereses de los incapaces que no llegan a estar bajo la protección de la patria potestad. Por lo tanto, toda persona considerada incapaz y determinado así por medio de un proceso judicial, requerirá de una debida representación ante todo tipo de actos. En este grupo declarados incapaces se encuentran: los menores de edad que no gozan de la protección de sus padres; los dementes o interdictos, y todo aquel individuo que necesite de una representación durante determinado proceso porque no puede valerse por sí mismo. Como parte del amplio campo que contemplan las tutelas y curadurías se destacan algunas características identificativas de estas instituciones tal es el caso de: poseen un carácter social puesto que su interés va dirigido a todo un conglomerado social, donde dicho interés prevalecerá sobre el propio guardador para que este no ejecute actos abusivos sobre su pupilo; deberá existir una correcta aplicación de resguardar los intereses superiores del pupilo que impulsen su bienestar en general; y por último, se deberá promover la inserción de la persona incapacitada en aras de que se desenvuelva como un ente útil dentro de la

⁷⁰⁹ CABANELLAS, Guillermo (2016).

⁷¹⁰ SOMARRIVA, Manuel; ALESSANDRI, Arturo; VODANIVIC, Antonio (1998: 56).

sociedad, en esta cuestión tanto el Estado como las autoridades pertinentes deberá desarrollar todo un mecanismo de vigilancia y protección efectivos.

Como vemos, en estas dos figuras, las tutelas y curatelas, deben ser concebidas para la generalidad de las personas con discapacidad; no negamos su necesidad de aplicación, pero solamente deberán utilizarse en casos que así se requiera como lo hemos visto, excepcionalmente. Deberá entenderse que las personas con discapacidad y su condición no es única, por lo que no se tomará como regla para todos entre ese universo de personas, así como lo afirma la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la discapacidad es un concepto que evoluciona, significa que cambia dependiendo de la apreciación y de la interacción que su entorno le provee, sin que se caiga en apreciación médica, sino social y de oportunidad relativo a su condición propia y de necesidad para su esa evolución siempre en términos positivos y no de actitudes negativas interesadas.

Es necesario insistir que el derecho en la actualidad impone que su aplicación sea amplia, flexible en tanto en cuanto lo impone las nuevas concepciones de derecho de familia, tal como lo explicáramos al analizar la Ley de Protección y Apoyo Garantizado para Personas con Discapacidad en Castilla-La Mancha, texto que lo recogemos como parte de nuestra investigación, en cuyo Art. 1.a), indica que se deberá “articular un sistema de planificación de apoyos destinados a aquellas personas con discapacidad que tengan limitada su autonomía personal para la toma de decisiones y para que, con el apoyo de su familia o representante legal, puedan manifestar sus preferencias sobre la atención integral, igualdad de oportunidades y la participación activa...”.

Se respetará por tanto su voluntad y preferencia de la persona con discapacidad y que su familia sea parte activa en la toma de las mejores decisiones en beneficio de esas necesidades, sin recurrir a estas guardas en términos cerrados e inamovibles.

Para mayor ilustración de este tema, veamos algunas de las tutelas y curatelas, que están definidas en la ley civil y que mantienen la figura de incapacitación.

7.1.1.2. Tipos de tutelas o curadurías

En el Código Civil ecuatoriano se establece que las tutelas o curadurías podrán ser testamentarias, legítimas o dativas. A continuación, se analizan cada una de ellas.

7.1.1.2.1 Testamentarias

La tutela testamentaria tiene su determinación a través del testamento. Este tipo de tutela tiene su esencia en la traducción de la voluntad de las personas, o sea en el cumplimiento de sus deseos, bajo aquellos parámetros que han sido estipulados. En este caso se pone de manifiesto, el desarrollo de la tutela a partir del cumplimiento de las disposiciones realizadas por los padres, puede ser el padre o la madre, hacia sus descendientes de manera especial⁷¹¹. De manera concreta la tutela testamentaria procede en los casos siguientes:

- En aquel supuesto donde uno de los progenitores está vivo y con el objetivo de prever posibles medidas proteccionistas hacia su hijo o hijos, por medio del testamento designa un respectivo tutor. Dicho nombramiento no incluye el ejercicio de la patria potestad en aquellos supuestos que deberán ser solucionados acorde a otros parámetros establecidos por la ley.
- En aquellos casos donde exista el nombramiento de varios tutores, la tutela será ejercida por aquel que ha sido nombrado en primer lugar, y de presentarse alguna contingencia o problema dicho tutor será sustituido a partir del orden establecido en el nombramiento, es decir que la voluntad del testador deberá prevalecer en el orden dado por este a los tutores.
- En el caso que el testador deje bienes, ya sea por medio de legados o por la propia herencia, a una persona incapaz y dicho incapacitado no se encuentre bajo su patria potestad.
- Pueden darse circunstancias donde el ascendiente ejerce una tutela sobre una persona incapaz mayor de edad, donde este incapacitado padezca de una enfermedad reversible o irreversible, a partir de la cual no pueda valerse por sí mismo; se podrá nombrar tutor por parte de este ascendiente cuando resulte ser el único sobreviviente de los progenitores y por lo tanto el único que ejerce la tutela de forma legítima.

Otra cuestión a señalar sería el ámbito de funciones que posee el tutor para desempeñar dichas facultades a partir de la designación de la tutela por la vía testamentaria, las cuales son:

⁷¹¹ Código Civil (2005): Arts. 382 al 391

- El fallecimiento del ascendiente.
- Que exista una discapacidad mental.
- Que exista una minoría de edad del tutelado.
- El testador siendo padre adoptivo puede establecer como tutor al hijo adoptivo.

Por otra parte, deberán considerarse algunas reglas, previo a la materialización de la tutela, como por ejemplo la observación de las limitaciones y condiciones que son establecidas por el testador para la respectiva administración de la tutela, la cuales no podrán ser contrarias a la ley. No obstante, se llega a erigir como una excepción a esta regla en el supuesto de que tanto el tutor como el curador lleguen a exponer frente a un juez que dichas reglas resultan ser dañinas, ante lo cual el magistrado deberá tomar una decisión. La tutela testamentaria ha llegado a ser considerada como una tutela por excelencia, utilizada principalmente por los padres para brindarle protección y guarda a sus hijos menores de edad a través de instrumentos jurídicos como el testamento.

7.1.1.2.2 Legítimas

La tutela legítima es aquella que llega a ser conferida por la ley a determinados parientes del menor de edad, cuando no existe nombramiento testamentario y por lo tanto la tutela es designada por la autoridad judicial, en el orden que la norma legal establezca⁷¹².

En el ejercicio de la tutela legítima se destaca la siguiente división:

- La de los hijos menores de edad.
- La de los hijos mayores de edad incapacitados.
- La de los menores de edad que han sido abandonados y recogidos por un organismo de asistencia.

En el supuesto de los hijos menores de edad la tutela legítima procede cuando no existe quien ejerza la patria potestad y tampoco se haya designado un tutor testamentario, además del supuesto donde deba ser nombrado un tutor a causa del desarrollo de un divorcio. El ejercicio de la tutela legítima tiene una correspondencia directa con los

⁷¹² Código Civil, Quito (2005: Art. 392).- Tiene lugar la guarda legítima cuando falta o expira la testamentaria. Tiene lugar especialmente cuando, viviendo los padres, es emancipado el menor, y cuando se suspende la patria potestad por sentencia de juez.

parientes del menor de edad, en el supuesto de no estar sus progenitores, el magistrado elegiría entre los parientes colaterales. Dígase, los hermanos, y demás colaterales atendiendo al cuarto grado de consanguinidad.

Para los mayores de edad con discapacidad, a estos también se les puede aplicar la tutela legítima, en el supuesto de que existan familiares que pueden llegar a darle cumplimiento. Al respecto algunos de estos familiares pueden ser el cónyuge, si la persona incapacitada está casada; si el incapacitado es soltero, sin hijos, y los progenitores no están vivos, serán llamados a ejecutar la tutela los abuelos, hermanos y demás parientes colaterales.

La tutela de aquellos menores de edad abandonados, en el caso de que hayan sido acogidos por determinada persona, está será reconocida como tutora legítima a partir del cumplimiento de los requisitos establecidos por el juez. En aquel caso de que el lugar de acogida haya sido una institución o establecimiento benéfico, en director de esta entidad desempeñará el papel de tutor acorde a las leyes.

7.1.1.2.3 Dativas

La tutela dativa llega a surgir a partir de la falta de la tutela testamentaria y de la tutela legítima, unido aquella que corresponde a los menores emancipados para casos judiciales⁷¹³. En otras palabras, este tipo de tutela puede ser identificada como aquella que existe cuando no existe un tutor testamentario, ni persona que conforme a la ley le corresponda la tutela legítima, o incluso exista un impedimento temporal del tutor designado por testamento para desempeñar sus funciones y no existen hermanos o parientes colaterales.

⁷¹³ Código Civil, Quito (2005) Art. 395.- A falta de otra tutela o curaduría, tiene lugar la dativa. Art. 396.- Cuando se retarda por cualquiera causa el discernimiento de una tutela o curaduría, o durante ella sobreviene un embarazo que por algún tiempo impida al tutor o curador seguir ejerciéndola, se dará por el juez, tutor o curador interino, por el tiempo que dure el retardo o el impedimento. Pero si hubiere otro tutor o curador que pueda suplir la falta, o si se tratare de nombrar un tutor o curador que suceda al que actualmente desempeña la tutela o curaduría, y puede éste continuar en ella algún tiempo, no tendrá lugar el nombramiento del interino. Art.-397. - El juez, para la elección del tutor o curador dativo, deberá oír a los parientes del pupilo, y podrá, en caso necesario, nombrar dos o más, y dividir entre ellos las funciones, como en el caso del Art. 389. Si hubiere curador adjunto, podrá el juez preferirle para la tutela o curaduría dativa.

7.1.1.3. Reglas especiales relativas a la curaduría de la persona con discapacidad mental (Psicosocial)

Respecto a estas reglas especiales establecidas en el Código Civil de manera específica para la persona que tenga una discapacidad mental o psicosocial habría que decir que la persona adulta que se encuentre en un estado habitual de demencia tendrá que ser privada de la administración de sus bienes, a pesar de que se evidencien ciertos intervalos de lucidez. Estas reglas especiales que rigen la curaduría de una persona demente pueden ser clasificadas en: testamentaria, legítima y dativa⁷¹⁴.

En el ejercicio de la curaduría a una persona con discapacidad psicosocial puede darse el caso de que un menor de edad al alcanzar la pubertad y que posea este tipo de discapacidad, sus padres o uno de los progenitores, ya sea el padre o la madre, podrá continuar con los cuidados de su hijo y de los bienes. Una vez que el hijo llega a la mayoría de edad se dará inicio por la vía judicial del proceso de interdicción a partir del cual se declarará judicialmente dicha incapacidad y el ejercicio de la curaduría o tutela⁷¹⁵.

Como parte de sus facultades y limitaciones el tutor de determinada persona incapaz o pupilo no tendrá la posibilidad de ejercer la curaduría sin que previamente se haya desarrollado el respectivo proceso de interdicción judicial, con la excepción de aquel periodo de tiempo que resulta necesario que transcurra para poder desarrollar este juicio⁷¹⁶. La solicitud de la interdicción hacia la persona con discapacidad psicosocial, acorde con lo establecido en la ley, es potestad de las siguientes personas: el cónyuge de la persona con discapacidad; cualquiera de los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, dígame los padres, hijos, hermanos; y por último el Ministerio Público⁷¹⁷.

⁷¹⁴ Código Civil (2005: Art. 478).- El adulto que se halla en estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos. La curaduría del demente puede ser testamentaria, legítima o dativa.

⁷¹⁵ Código Civil (2005: Art. 479).- Cuando el niño demente haya llegado a la pubertad, podrá el padre o la madre seguir cuidando de su persona y bienes hasta la mayor edad; llegada la cual deberá precisamente provocar el juicio de interdicción.

⁷¹⁶ Código Civil (2005: Art. 480).- El tutor del pupilo demente no podrá después ejercer la curaduría sin que preceda interdicción judicial, excepto por el tiempo que fuere necesario para provocar la interdicción.

⁷¹⁷ Código Civil (2005: Art. 481).- Podrán provocar la interdicción del demente las mismas personas que pueden provocar la del disipador. Deberá provocarla el tutor del menor a quien sobreviene la demencia durante la guarda. Pero si la locura fuere furiosa, o si el loco causare notable incomodidad a los habitantes, podrá también provocar tal interdicción cualquier autoridad o persona del cantón.

En el proceso de establecimiento de la curaduría hacia una persona con discapacidad psicosocial el juez tiene la obligación de informar sobre la vida anterior y la conducta habitual desempeñada por la persona con discapacidad, además deberá tomarse en cuenta aquel dictamen realizado que determina la existencia de la demencia y su naturaleza⁷¹⁸. Sin embargo, la interdicción no podrá ser aprobada por el magistrado, sin haber desarrollado antes un examen personal al demandado, para lo cual deberán ser aplicados los respectivos interrogatorios y pruebas para corroborar la existencia de la discapacidad mental. En este sentido, otro aspecto a señalar sería la potestad que tiene el juez de decretar una interdicción provisional, tomando como base informes verbales emitidos por los parientes e incluso explicaciones dadas por el individuo con discapacidad psicosocial⁷¹⁹.

Estas resoluciones judiciales donde se decreta la interdicción provisional y definitiva tienen como requisito su inscripción en los libros del Registro de la Propiedad correspondiente y la necesaria notificación a la comunidad por medio del periódico de la localidad, en el caso de existir uno. De igual manera se regula aquellas personas aptas para desempeñar las funciones de curador⁷²⁰, al respecto la ley estipula lo siguiente:

- El cónyuge en el supuesto de no existir divorcio o separación conyugal, donde esta persona tendrá el derecho de aceptar o rechazar la guarda y de llegar a existir un rechazo el cónyuge podrá solicitar la liquidación de la sociedad matrimonial
- Los descendientes.
- Los ascendientes.
- Los parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad, o los hermanos.

⁷¹⁸ Código Civil (2005: Art. 482).- El juez se informará de la vida anterior y conducta habitual del supuesto demente, y oír el dictamen de facultativos de su confianza, sobre la existencia y naturaleza de la demencia. Pero no podrá decretar la interdicción sin examinar personalmente al demandado, por medio de interrogatorios conducentes al objeto de descubrir el estado de su razón.

⁷¹⁹ Código Civil (2005: Art. 483).- Las disposiciones de los artículos 467 y 468 se extienden al caso de demencia.

⁷²⁰ Código Civil (2005: Art. 484).- Se conferirá la curaduría del demente: 1. Al cónyuge si no hubiere separación conyugal. Pero el cónyuge tendrá derecho de aceptar o repudiar esta guarda, y en caso de no aceptarla, podrá pedir la liquidación de la sociedad conyugal; 2. A sus descendientes; 3. A sus ascendientes; y, 4. A sus colaterales, hasta el cuarto grado, o a sus hermanos. Los padres no podrán ejercer este cargo, sin el consentimiento del otro cónyuge. El juez elegirá, en cada clase de las designadas en los numerales 2., 3. y 4., la persona o personas que más idóneas le parecieren. A falta de las personas antedichas, tendrá lugar la curaduría dativa.

- En el caso de los padres estos no podrán ejercer las funciones de curador, sin mediar el consentimiento previo del otro cónyuge.

En la norma civil se reconoce que el juez tiene la última palabra en cuanto a la elección de la persona que considera con mayor idoneidad para ejercer esta guarda legal⁷²¹. Por otra parte, de no existir las personas enumeradas en la ley para desempeñar las funciones de guardador, se dará paso a la curaduría dativa. En el supuesto de que sean nombrados dos o más curadores a la persona con discapacidad psicosocial, existirá la posibilidad de confiarle a uno de ellos el cuidado inmediato de la persona con discapacidad, y el resto puede dedicarse a la administración de los bienes de dicho incapaz⁷²². Una vez que la interdicción ha sido aprobada por medio de la respectiva resolución judicial, cualquier tipo de acto o contrato realizado por la persona con discapacidad llegará a ser decretado como nulo, aún si se demuestra que la realización del acto fue en el periodo donde existía cierta lucidez por parte de la persona con discapacidad.⁷²³

En el caso contrario aquellos actos que han sido ejecutados por parte de la persona con discapacidad antes del desarrollo del proceso de interdicción serán considerados válidos, sino se comprueba su realización bajo esa condición de demente⁷²⁴. Como parte de los beneficios que obtendrá la persona con discapacidad bajo los parámetros de protección establecidos en la curaduría se destaca que los frutos obtenidos de los bienes del incapaz serán utilizados para aliviar su condición y así contribuir directamente con su restablecimiento de ser posible. Otras de las posibilidades que pueden darse a partir de la implementación de estas reglas especiales es que la persona con discapacidad psicosocial puede llegar a ser rehabilitado en el supuesto de haber recobrado de manera permanente

⁷²¹ Código Civil (2005: Art. 484).

⁷²² Código Civil (2005: Art. 485).- Si se nombraren dos o más curadores al demente, podrá confiarse el cuidado inmediato de la persona a uno de ellos, dejando a los otros la administración de los bienes. El cuidado inmediato de la persona del demente no se encomendará a persona alguna que sea llamada a heredarle, a no ser su padre o madre, o su cónyuge.

⁷²³ Código Civil (2005: Art. 486).- Los actos y contratos del demente, posteriores a la sentencia de interdicción, serán nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido. Y, por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción serán válidos, a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente.

⁷²⁴ Código Civil (2005: Art. 486).

la razón, y en este mismo sentido también podrá ser inhabilitado nuevamente a partir de que se pruebe la incapacidad por justa causa⁷²⁵.

Hemos hecho mención de estas reglas especiales respecto de la curaduría a aplicarse en las personas con discapacidad psicosocial, para referirnos a la interdicción, de la que hemos hablado que se trataría de una de las formas de representación más perversas de nuestras legislaciones, al punto que la misma Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la analiza y reafirma el compromiso para garantizar los derechos, a través del establecimiento del reconocimiento como persona ante la ley y de la capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida y a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.

7.1.1.4. Reglas relativas a la curaduría de personas sordas

En la legislación civil ecuatoriana se llega a señalar curadurías especiales para las personas que tienen una discapacidad auditiva o del habla, reconocida como curaduría del ‘sordomudo’.

En lo que se refiere al ejercicio de esta curaduría, cesa cuando la persona con una discapacidad auditiva o del habla haya sido capaz de darse a entender y a la vez ser entendida por medio de la escritura, incluso si el propio con discapacidad llegara a solicitar y demostrara una inteligencia suficiente en la administración de sus bienes. El juez podrá desarrollar los informes correspondientes⁷²⁶.

Específicamente la ley civil establece “la curaduría de la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas (...)”⁷²⁷, sin considerar que esta condición de discapacidad, en la actualidad no constituye un limitante, pues, para superar esta discapacidad existe una infinidad de mecanismo que apoyan o suplen la comunicación verbal tradicional.

⁷²⁵ Código Civil (2005: Art. 489).- El demente podrá ser rehabilitado para la administración de sus bienes si apareciere que ha recobrado permanentemente la razón; y podrá también ser inhabilitado de nuevo con justa causa.

⁷²⁶ Código Civil (2005: Art. 493).- Cesará la curaduría cuando la (sic) persona sorda se haya hecho capaz de entender y de darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas, si él mismo lo solicitare y tuviere suficiente inteligencia para la administración de sus bienes; sobre lo cual tomará el juez los informes competentes.

⁷²⁷ Código Civil (2005: Art. 490).- La curaduría de la (sic) persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas, que ha llegado a la pubertad, puede ser testamentaria, legítima o dativa.

No considera la ley civil, respecto de este asunto relativo al ejercicio pleno del derecho de las personas con este tipo de discapacidad, que para que estas personas puedan interactuar, no necesariamente se hace ese intercambio a través de la verbalización, sino existen mecanismos alternativos y aumentativos como el sistema de signos, ayudas técnicas y estrategias de intervención que se dirigen a sustituirla como lo refiriéramos en el Capítulo VI de esta investigación.

A pesar de que hemos comentado estos tipos de formas de comunicación, refiramos algo más relacionado a ello para determinar que la comunicación de las personas con discapacidad auditiva, no justifica para que por esa causa sea sujeto de interdicción.

De importante característica es aquella forma de uso de indicadores visuales, como es la lectura de labios o la observación del rostro o cuerpo de su interlocutor, que les facilita la comprensión cuando la señal auditiva o expresiva no es clara. Otra forma es la utilización de apoyos de personas de confianza, que a través de medios propios de comunicación como la mímica, imágenes, deletreo con los dedos, gestos corporales y actitudinales, puede lograrse comprender la voluntad de la persona, por tanto no es justo que quede una persona interdicta solo por el hecho de no escuchar, si puede hacerse entender a través de otras y alternativas formas de comunicación y que no se constriña únicamente a formas tradicionales como la verbal, la escritura o lengua de señas. Lamentablemente los administradores de justicia para estos casos, se basan en estos postulados legales únicos de ley sin que se amplíe el espectro bajo su potestad hacia nuevas formas de ver el derecho, logrando que la comunicación evidencie las necesidades de la persona y no aferrarse a métodos de comunicación convencionales.

7.1.2. La presunción legal de capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad

En el desarrollo de esta investigación se ha evidenciado que la capacidad jurídica representa una de las cualidades o manifestaciones de la personalidad, o se constituye como la aptitud que posee la persona para ser titular de derechos y obligaciones, y la misma llega a adquirirse por el simple hecho de nacer. De igual manera, además de constituir una cualidad personal, la capacidad jurídica desempeña una función unificadora

de todos los efectos desprendidos de las relaciones jurídicas que posee la persona, ejemplo, derechos, obligaciones, potestades, etc.

Otra característica a mencionar en torno a la capacidad jurídica sería su identificación como una cualidad pasiva, puesto que su reconocimiento está estrechamente vinculado a la dignidad de la persona, y por lo tanto la capacidad nace y muere con esta, a la vez la acompaña durante el transcurso de los años, no obstante, a los cambios que el individuo pueda llegar a experimentar ésta se mantendrá constante⁷²⁸. En este sentido la capacidad puede indicar una situación potencial, o sea, toda persona natural por el simple hecho de serlo puede ostentar la titularidad de derechos y obligaciones, a la vez podrá ingresar en relaciones jurídicas, sin que medien diferenciaciones entre los seres humanos, a razón de su sexo, raza, religión condición social, etc. Aunque resulta un hecho, que con el paso del tiempo algunas personas llegan a adquirir más derechos y/u obligaciones que otras, a partir de la tenencia de más bienes, por ejemplo, esto no representa una alteración al principio de la igualdad que se le reconoce a todo ser humano.

Por otra parte, la capacidad de obrar conlleva a una actuación, y si se parte del libre desarrollo de la personalidad, no resulta peculiar que a diferencia de la capacidad jurídica, posee como elementos identificativos la variabilidad y la contingencia. En este sentido la capacidad de obrar puede ser catalogada como la aptitud necesaria para poder materializar el contenido implícito en los derechos y las obligaciones de las que la persona es titular. La capacidad de obrar llega a representar el elemento dinámico de la personalidad y por ende está asociada a la aptitud para la ejecución de actos jurídicos válidos y eficaces⁷²⁹.

Hay que agregar que la capacidad de obrar representa la aptitud que posee cada persona en concreto para ejercitar su autonomía a partir de la propia voluntad, e incluso puede llegar a atribuirse en dependencia de la trascendencia jurídica del acto que se vaya a realizar. Por lo tanto, dicha capacidad puede ser modificada también en el transcurso de la vida de cada persona. Estas modificaciones tienen su fundamentación en las posibles alteraciones que pueden darse respecto a la capacidad de entender y querer, a la vez motivado por causas psíquicas o físicas que pueda llegar a tener la persona, lo cual genera las denominadas limitaciones a la capacidad de obrar.

⁷²⁸ FERNÁNDEZ, Antonio (2011: 21).

⁷²⁹ DE SALAS, Sofía (2008:11).

Estas limitaciones sólo podrán ser efectuadas a partir de la promulgación de la respectiva resolución judicial. Igualmente, el desconocimiento de la capacidad jurídica que posee una persona o grupo de personas llega a significar la negación tanto del derecho a la personalidad jurídica como de la capacidad de obrar. En varios ordenamientos jurídicos y el correspondiente ejercicio de la jurisdicción, se ha evidenciado el intento de criticar y por ende atacar los preceptos legales destinados a la regulación de la capacidad jurídica por ser considerados como discriminatorios, y el resultado ha evidenciado un reemplazo por normas legales que puedan impulsar una adecuada legislación donde se realice un reconocimiento simbólico de los derechos que le asisten a los grupos vulnerables que a la vez han sido excluidos, donde la práctica ha demostrado que si bien se reconoce la capacidad de ser titulares de derechos, se continúa bajo la negación de su ejercicio.

Razón por la cual, en el Derecho internacional específicamente en materia de derechos humanos, se ha cuestionado de manera constante la legislación nacional donde se registran normas discriminatorias, dentro de las cuales se incluyen aquellos preceptos que tratan la noción sobre la capacidad, para lo cual la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad estipula artículos específicos que regulan de forma efectiva los derechos y su ejercicio por parte de las personas con discapacidad⁷³⁰, como así lo revisáramos en acápite anterior en lo que respecta a la capacidad y personalidad jurídica.

En tal situación, analizado este aspecto del otorgamiento legal de una representación simple que constituyen aquellas descritas en el Código Civil, la propuesta es que sea ajustada la norma conforme los estipulados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; ante ello, es necesario referirnos a normas de dos países que describen con absoluta claridad y sentido de lo que esta investigación al fin propone.

En la República de Costa Rica, por ejemplo, se encuentra a la vanguardia en este tema, al expulsar de su normativa las figuras de interdicción y curatela, que afectan a las personas con discapacidad, se produce a través de la vigencia de la Ley número 9379 de “Promoción de la Autonomía de las Personas con Discapacidad”, norma que regula la

⁷³⁰ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas (2006: Art. 12).

aplicación de los artículos 12 y 19 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Su fundamento se centra en otorgarle a la persona con discapacidad, el derecho a decidir, el derecho a contar con un garante que vele por el cumplimiento de sus derechos humanos y les asista en el ejercicio de sus capacidades jurídicas. De la misma forma, proveerles apoyo personal de manera parcial o total a las personas con discapacidad y asistencia en el ejercicio de las actividades básicas que requieran.

Esta ley refiere ese reconocimiento de la siguiente forma, plasmado en su Art. 1.- Objetivo:

“El objetivo de la presente ley es promover y asegurar, a las personas con discapacidad, el ejercicio pleno y en igualdad de condiciones con los demás del derecho a su autonomía personal. Para lograr este objetivo se establece la figura del garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad y, para potenciar esa autonomía, se establece la figura de la asistencia personal humana.”

Bien recoge además, no el concepto clásico de la discapacidad plasmado desde la fórmula médica, sino ya aquel que hemos referido en líneas anteriores, descrito en la Convención, esto es que evoluciona y es producto de la interacción entre las personas con discapacidad y las barreras debido a la actitud, respecto de esto último, también hemos referido nuestro análisis que las actitudes y formas de discriminación actitudinales, son de las más complejas de superar y las que más daño ocasionan a la persona al evitar su participación plena y efectiva en la sociedad.

Le faculta al garante que procure la igualdad jurídica para el ejercicio pleno del derecho a la autonomía personal; adopte medidas efectivas para la participación en los procesos de toma de decisiones y aseguren el ejercicio del derecho a la autonomía personal de las personas con discapacidad⁷³¹.

Adicionalmente, establece que, para garantizar el ejercicio seguro y efectivo de los derechos y las obligaciones de las personas con discapacidad intelectual, mental y psicológica, para evitar el conflicto de intereses ni influencia indebida, establece

⁷³¹ Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las personas con discapacidad. Costa Rica (2016: Art. 14).

salvaguardias para la igualdad jurídica y que será proporcionada y adaptada a las circunstancias de la persona.

Así mismo los apoyos son determinados bajo la necesidad y tipo de soporte que la persona necesita para la realización de sus actividades diarias, dependiendo de la intensidad debidamente especificada.

Vemos entonces que, sí es posible expulsar de nuestras legislaciones estas formas persistentes de representación anacrónicas, a ello propende la discapacidad, a su autonomía y ejercicio pleno de derechos con apoyos de voluntad y confianza, con la necesaria adopción de salvaguardias.

Similar aporte al orden internacional, al acoger los contenidos del artículo 12 de la Convención, lo hace, como ya lo habíamos referido en España, en el gobierno autonómico de Castilla-La Mancha; por ejemplo, adoptó un sistema de toma de decisiones, de apoyo familiar o representación legal que les permita manifestarse a la persona con discapacidad, respetando su voluntad y preferencia.

Y ello es precisamente lo que buscamos sea impulsado en el Ecuador, se deje de lado las instituciones jurídicas de representación obsoletas, que lo único que logran, es mantener un estatus que marca una legislación positivista, facilista e históricamente discriminatoria impulsada por normativa estancada en el modelo médico rehabilitador, al que tanto hemos criticado y que lamentablemente sigue siendo el referente previo a las decisiones de derecho de parte de los administradores de justicia.

Esta figura que se propone, supliría aquellos inconvenientes y actos discriminatorios que se producen al aplicar las figuras civiles de representación descritas en la norma, que persiste en la intervención de terceras personas que resuelven por ella y, en contrario a ello, el objeto es promover y asegurar su “ejercicio pleno y en igualdad de condiciones” y con “autonomía personal” de las personas con discapacidad; primeramente, reconociendo la importancia de la intervención de la familia encargada de gestionar y prestar los apoyos en el caso de que la personas con discapacidad no lo pueda hacer; pues, son los miembros de la familia quienes apoyarán para la toma de decisiones que son los que están al tanto de las “preferencias e interés de las personas con discapacidad”. De no ocurrir el apoyo de la familia, intervendrá el Estado a través de sus instituciones nacionales de servicios sociales, las que velarán porque la persona no quede en desamparo, que será este nivel de apoyo, observado a través de la apertura de un

expediente que marque ese respeto a la voluntad y preferencias, sin que haya conflicto de intereses ni influencia indebida.

Intervendrán en este tipo de casos, los Jueces de Familia y ellos serán los que conozcan y tramiten las salvaguardias, valorando las peticiones y garantizando que las personas que ejerzan esas salvaguardias, sean las más idóneas, para garantizar el ejercicio efectivo del derecho.

Esas personas “*garantes*” asistirán a las personas con discapacidad, en que sus intereses sean los más acertados y apegados a la situación financiera, patrimonial, legal; en fin, de interés y en defensa de los derechos que le corresponden; por obvias razones velarán de la intervención de terceros interesados que pretendan impedir, por un lado, la voluntad y preferencia de las personas y, por otro, que se impida el abuso, influencia, presión, coerción frente a la toma de decisiones apropiadas.

Este apoyo, no solamente será en situaciones de orden económico, financiero o patrimonial, sino de otro tipo como sucedería en situaciones o ejercicio de la maternidad, paternidad, matrimonio, derechos sexuales y reproductivos, que también son espacios en los que terceras personas intervienen con influencia indebida.

Los apoyos que serán descritos en las salvaguardias podrán determinarse a través de planes, donde se impliquen temas relacionados a las actividades cotidianas de las personas, residencia, el cuidado personal dependiendo de la intensidad y tipo de discapacidad, la forma de administrar los bienes de así suceder, el nivel de participación o intervención de las personas de apoyo, considerando el tema por el que participa, la forma de colaboración, etc. acciones que serán revisadas previamente por personal especializado de las instituciones de servicio social asignadas para ese efecto, en lo que competa.

Se trata entonces de un proceso, sin que sea complejo, reviste una significativa importancia a fin de evitar que la persona sea declarada interdicto y sus derechos administrados por terceros sin control. Las figuras de curatela o tenencia que al fin recaen en interdicción, al ser reemplazadas por esta nueva propuesta enmarcada en el derecho internacional y con perfecto respaldo social, impediría que se anule a las personas con discapacidad innecesariamente; tal es que, cuando se produce el proceso judicial para lograr la interdicción, es previo a un informe técnico médico, que se supone revertirlo es imposible, debido a que, como principio, la condición de discapacidad es permanente.

Al emitir en sentencia la “incapacidad” por una discapacidad, atenta contra el derecho a la autonomía de la persona para la toma de decisiones, permanentemente; lo que varios autores y que hemos referido, le denominan como la “muerte civil” que le impediría realizar otras actividades al margen por la que fue sometido a interdicción. Me explico: por ejemplo, en el caso de una importación de un bien que es de uso exclusivo de la persona con discapacidad intelectual o psicosocial leve, inclusive, para ese efecto la autoridad aduanera y la de rentas internas, le exige a los representantes, presente la sentencia declarándole a la persona interdicto; declaratoria que es innecesaria, pues fácilmente la persona que le representa puede actuar como garante de ese acto de importación y que ocurrido ello, responderá solamente por su buen uso, por tanto no hubo necesidad de semejante acto jurídico. Muchos estarán en desacuerdo, pero es necesario que se comprenda que un acto como este es discriminatorio y atentatorio, permitiendo restricciones de la capacidad jurídica; en este ejemplo, como vemos, no habría persona o entidad que se perjudique o pueda oponerse a esa importación, que es un acto administrativo simple, sin consecuencias, sin un legítimo contradictor, entonces la pregunta es ¿Fue necesario la interdicción?

Es de referirnos también que, en el mes de julio de 2020, en España se publica en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, el Proyecto de Ley 121/000027 *Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. Como fundamento central, establece el apoyo a las personas que, de alguna forma puedan tener dificultad o la presencia de barreras para el ejercicio de su capacidad jurídica, dicho en otras palabras y como lo hemos referido en algunas ocasiones, la dificultad para su capacidad de obrar.

El proyecto, en la argumentación de su exposición de motivos, expresa que a través de la “reforma de la legislación civil y procesal pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad [...] que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con la demás en todos los aspectos de la vida...”⁷³²; refiere también la importancia de que los Estados Partes que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se

⁷³² Boletín Oficial de las Cortes Generales. Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Proyecto de Ley 121/000027. España (2020: 2)

proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos y que esas salvaguardias, aseguren el respeto de sus derechos, la voluntad y la preferencia 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. Busca entonces la sustitución en la toma de decisiones basados, eso sí, en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona.

En sí la propuesta es atender la exigencia de la Convención, de adaptar la normativa con los preceptos del instrumento internacional, de respeto al derecho de igualdad de todas las personas, en el ejercicio de su capacidad jurídica. Refiere que esta propuesta de reformas, no solamente se trata de un cambio semántico o de terminología “que relegue los términos tradicionales de ‘incapacidad’ e ‘incapacitación’ por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado;”⁷³³ como lo habíamos mencionado anteriormente, este cambio de sustitución, no solamente debe hacerse en la norma, sino que deberá estar acompañado de otras acciones no solamente jurídicas, sino administrativas y de oportunidad, tales como afectar positivamente el entorno, como aquellas barreras físicas, comunicacionales, actitudinales que han limitado el ejercicio del derecho.

Dispone también el proyecto, que además del cambio del entorno, se impulse el cambio en la mentalidad social y en especial aquellos que se encuentran al servicio de la administración de justicia, que son ellos los que atenderán las diferentes demandas de cumplimiento de sus derechos, como un nuevo principio, y no de continuidad de la visión paternalista, sino adecuadamente asistida y apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un “guardador de hecho”, generalmente un familiar que será acreditado o autorizado para su actuar previo un examen de las circunstancias y solamente será para ese efecto que sea requerido.

Es necesario indicar también que dentro de las reformas que se propone al Código Civil español, instaura un nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las

⁷³³ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (2020: 4):

preferencias de la persona con discapacidad. Se trata de una reforma íntegra, titulada esta nueva sección como: “*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*” en cuyo contenido principal, no es la “incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse.”⁷³⁴, sino instaura un nuevo sistema de apoyo a la persona que lo precise, desde el acompañamiento, la comunicación, la eliminación de barreras arquitectónicas, la toma de decisiones delegada; propone la atención de los casos no solamente relacionados con el patrimonio o los intereses patrimoniales, sino con la persona y lo relativo a las decisiones que se adopten en su favor y de su interés.

Deja muy claro el proyecto que el sistema de apoyos que puede recibir la persona con discapacidad, es a través de la asistencia o apoyo en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho, que no precisa de ninguna investidura judicial, por el contrario sería designado como ad hoc, que se asumirá tras el análisis de las circunstancias de la persona en su entorno.

Va dirigida la propuesta a superar la curatela que de hecho es de naturaleza asistencial y ello, es en parte lo que en este trabajo de investigación se busca identificar como atentatorio a los derechos de las personas con discapacidad y más cuando el mismo Presidente del Comité Español de Representante de Personas con Discapacidad, CERMI expone: “Se trata, en suma, de la mayor reforma del derecho civil de la democracia. Esta magna reforma se produce por causa o motivo de las personas con discapacidad, de las persons con discapacidad y sus familias, por lo cual, para nosotros, permítannos, es un motivo de legítimo orgullo. (...) La discapacidad no define ni agota a la persona. No puede, por tanto, ser un estado civil restrictivo, una ciudadanía jurídica de segunda, como ocurre ahora en nuestro derecho civil.”⁷³⁵

Hace énfasis también que el sistema de sustitución vigente, incapacita a la persona, le restringe y limita, dejándola a que otras decidan y que, migrar de esas cuestiones jurídicas caducas a la provisión de apoyos efectivos y eficaces y consecuente toma de

⁷³⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales (2020: 3)

⁷³⁵ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Núm. 185. Comisiones: Comparecencia del señor presidente del Comité Español de Representante de Personas con Discapacidad, CERMI, Luis Cayo Pérez Bueno, España (2020: 2)

decisiones, cuando así sea necesario, en fin, es cumplir a cabalidad los postulados de derechos humanos de las personas con discapacidad.

Destaca también esta propuesta de reforma a la ley civil español, las consideraciones de la patria potestad y su contenido clásico y, lo encamina a entender que esta institución jurídica, ha sido demasiado rígida y no muy acorde al sistema de promoción de la autonomía de las personas y pone en duda que todos los progenitores sean siempre las personas más propicias para velar por los intereses de sus hijos con discapacidad y asegurar que la vida de ellos sea en lo más posible independiente. Entonces lo que busca es reformular la denominada patria potestad prorrogada que permite que los hijos con discapacidad al alcanzar la mayoría de edad, los padres sigan al frente de los intereses de aquellos. Igual sucede en la consideración de la patria potestad subsistente de cuyos hijos solteros mayores de edad, que viviendo con sus padres, adquieran algún tipo de discapacidad que les incapacite.

Recoge adicionalmente y como elemento que asegura el derecho de la persona con discapacidad a ejercer su derecho, la presencia de la figura del defensor judicial, cuyo concurso se exigirá cuando haya conflicto de intereses “entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad”, o cuando la figura de apoyo, no pueda cumplirse coyunturalmente, como habitualmente se está haciendo.

7.2. Código Orgánico Integral Penal (2014)

En este contexto que implica todo lo referente al Derecho penal, se ha presentado como uno de los principales retos, garantizar el acceso a la justicia penal a las personas con discapacidad especialmente aquellas que tienen una discapacidad mental. En este sentido pueden ser identificadas diversas violaciones a los derechos fundamentales, que llegan a surgir principalmente en el desarrollo de las etapas del proceso penal, dígase en la investigación o incluso en la ejecución de la sanción penal. Al ejecutarse dichas violaciones o vulneraciones no se llega a cumplir con lo establecido en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, específicamente en los preceptos que establecen el acceso a la justicia en igualdad de condiciones, unido al pleno reconocimiento de la capacidad jurídica respecto a aquellas personas que tienen discapacidad mental o denominada también psicosocial. En este instrumento internacional se estipulan algunos parámetros a tomar en cuenta por los Estados que han

suscrito la Convención, en cuanto al acceso a la justicia de la persona con discapacidad, al respecto se señala lo siguiente:

“Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares”⁷³⁶.

No obstante, a lo contemplado en la Convención, la realidad ecuatoriana pone en evidencia lo mucho que falta por avanzar para garantizar un adecuado acceso a la justicia de la persona con discapacidad. En el supuesto del Código Orgánico Integral Penal la discapacidad llega a establecerse en dicho cuerpo normativo desde dos posiciones, la primera es la utilización de la discapacidad como causa agravante del delito cometido e incremento de la sanción penal⁷³⁷, y en segundo lugar se estipula a la discapacidad mental como una causa de inculpabilidad⁷³⁸, hay que agregar que en la norma penal se reconoce el tratamiento especial que deberá ser brindado a aquella con discapacidad en su posición de víctima⁷³⁹. Esto se encuentra en concordancia con lo establecido en la Constitución

⁷³⁶ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas (2006: Art: 13.1).

⁷³⁷ Código Orgánico Integral Penal, Asamblea Nacional, Quito (2014: Arts. 47, 98, 100, 103, 151, 153, 162, 166, 170, 171, 172, 173, 176, 177, 185, 391, 392, 443, 504, 537, 544, 558 y 710)

⁷³⁸ Código Orgánico Integral Penal, Asamblea Nacional, Quito (2014: Art. 35).- Causa de inculpabilidad. - No existe responsabilidad penal en el caso de trastorno mental debidamente comprobado. Art. 36.- Trastorno mental. - La persona que al momento de cometer la infracción no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión, en razón del padecimiento de un trastorno mental, no será penalmente responsable. En estos casos la o el juzgador dictará una medida de seguridad. La persona que, al momento de cometer la infracción, se encuentra disminuida en su capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión, tendrá responsabilidad penal atenuada en un tercio de la pena mínima prevista para el tipo penal.

⁷³⁹ Código Orgánico Integral Penal (2014: Art. 510.5).- Reglas para el testimonio de la víctima. - La recepción del testimonio de la víctima deberá seguir las siguientes reglas: Siempre que la víctima lo solicite o cuando la o el juzgador lo estime conveniente y la víctima lo acepte, el testimonio será receptado con el acompañamiento de personal capacitado en atención a víctimas en crisis, tales como psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras o terapeutas, entre otros. Esta norma se aplicará especialmente en los casos en que la víctima sea niña, niño, adolescente, adulto mayor o persona con discapacidad.

donde se prohíbe cualquier tipo de discriminación contra la persona con discapacidad⁷⁴⁰ y además es catalogado como un grupo humano de atención prioritaria⁷⁴¹.

7.2.1. Principios en materia penal que se aplican a las personas de atención prioritaria

Los principales parámetros que rigen el funcionamiento del Código Orgánico Integral Penal se encuentran establecidos en la norma constitucional. Por otro lado, se destaca la parte dogmática donde son incorporados los derechos públicos de carácter subjetivo y por ende se impulsa toda la regulación referente a los órganos que funcionan en el ámbito de la justicia penal, tal es el caso de la Fiscalía General del Estado, la Policía y los tribunales. De igual manera, en el sistema penal se llegan a recoger aquellos postulados referentes al individualismo jurídico, la persona física como eje central y razón del orden normativo y del Estado.

En este sentido, se llegan a contemplar aquellos preceptos legales destinados a la readaptación social y a los adolescentes infractores. Todos estos elementos reflejados en el Código Orgánico Integral Penal llegan a respaldarse en una nueva concepción sobre los derechos humanos, o sea, los derechos humanos interpuestos ante el Estado nacional, los otros individuos, los organismos de poder informal y la comunidad internacional. El conjunto de los derechos humanos y fundamentales que le asisten a cada persona tiene como finalidad el desarrollo de las potencialidades del individuo, lo cual a la vez trae aparejados elementos como la justicia, la libertad, la seguridad y el bienestar, por lo que si alguno llegara a faltar ello mermaría una vigencia real de estos derechos fundamentales.

En la norma suprema, los principios básicos del Derecho penal van dirigidos principalmente en el alcance de la seguridad jurídica. A esto puede agregarse que se persigue impulsar una efectiva orientación jurídico-social y el derecho a la readaptación social de la persona infractora.

⁷⁴⁰ Código Orgánico Integral Penal (2014: Art. 11).- Derechos.- En todo proceso penal, la víctima de las infracciones gozará de los siguientes derechos: 2. A la adopción de mecanismos para la reparación integral de los daños sufridos que incluye, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos, el restablecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción, la satisfacción del derecho violado y cualquier otra forma de reparación adicional que se justifique en cada caso.

⁷⁴¹ Código Orgánico Integral Penal (2014: Art. 35).- Causa de inculpabilidad.- No existe responsabilidad penal en el caso de trastorno mental debidamente comprobado.

7.2.1.1. Principios generales

Algunos de los principios generales que deben regir en los grupos de atención prioritaria, en los que citamos a las personas con discapacidad, son los siguientes.

7.2.1.1.1 Carácter estatal del orden penal.

A partir de la evolución de las relaciones sociales, junto con el sistema de los delitos y las penas, han impulsado un régimen privado, que en principio se concentró en prácticas vengativas, individuales o colectivas, y que han evolucionado hasta la materialización del *ius puniendi*. En la actualidad representa un asunto e interés del Estado, por una parte, la facultad genérica o abstracta de incriminar y sancionar, y por el otro lado se destaca la titularidad en ostentar la pretensión punitiva. Es así que, la relación penal material llega a ser planteada entre el Estado, que es el representante de la sociedad, y el autor o presunto participante en el hecho delictivo.⁷⁴²

En cuanto al poder abstracto que posee el Estado, representa una atribución de carácter público, destinada a incriminar a determinado individuo o grupo de personas por la conducta desarrollada, esto significa tipificarla con fines punitivos, labor que es encomendada al poder legislativo. Por otra parte, la potestad sancionadora recae en el poder judicial y por último la pretensión punitiva es desplegada a través del derecho procesal de acción, el cual recae de manera exclusiva en la Fiscalía.

En este sentido, hay que agregar la presencia de un monopolio en cuanto al ejercicio de la acción penal. Dicho monopolio se pone de manifiesto en la solución impulsada por el Ministerio público o en el caso de Ecuador la Fiscalía, sobre cuyo ejercicio una vez agotada la etapa donde se ejecutan las averiguaciones previas, que a la vez constituye la primera fase del procedimiento penal, se le brinda la respectiva solución al caso judicial en concreto. Como parte del proceso legal, también existe las acciones de impugnación hacia la resolución o sentencia, cuyo accionar se apoya en el principio de legalidad y no en el de discrecionalidad.

La consignación de la acción que será ejercitada por parte de la Fiscalía una vez que hayan sido acreditadas cuestiones fundamentales como el cuerpo del delito y la probable responsabilidad. En el ámbito internacional se ha evidenciado una marcada

⁷⁴² SÁNCHEZ, María Olga (2008).

tendencia de condicionar o reducir la actividad penal del Estado. Razón por la cual se ha llegado a aconsejar la desjudicialización de aquellas decisiones que concluyen en controversia. Esta tendencia llega a ponerse de manifiesto también en los denominados procesos de destipificación y el incremento de la hipótesis de persecución a partir de determinada querrela o los requisitos de procedibilidad que resulten equivalentes.

Desde el ámbito adjetivo, el papel estatal en el orden penal se llega a proyectar como una necesidad del propio proceso penal, para lo cual habría que tomar en cuenta la autocomposición implícita en el poder de querrela y la potestad de materializar el perdón, además de la titularía de la acción que descansa en la Fiscalía. A manera general habría que decir que el Derecho penal está destinado a la protección de los bienes que resultan ser trascendentales dentro de la sociedad, e implica todos los derechos de todos los individuos incluso aquellos que le asisten a los grupos vulnerables como es el caso de la persona con discapacidad.

7.2.1.1.2 Principio de mínima intervención.

La justicia representa un ideal supremo dentro de la vida en sociedad, y está sujeta a derechos como la igualdad y la libertad. En este sentido, el Derecho penal tiene como base un presupuesto de naturaleza ético-filosófica y con una marcada trascendencia en el ámbito político-criminal. Es así que dentro de dicha concepción el principio de intervención mínima se erige como un mecanismo de actuación al cual se supedita el Derecho penal, puesto que este no deberá ser empleado en la defensa de intereses menores y que no son relevantes para el funcionamiento del Estado de Derecho. Es por ello que no resulta adecuado recurrir a las herramientas brindadas por esta rama si existe una posibilidad real de desarrollar una tutela efectiva con otros instrumentos jurídicos no penales⁷⁴³.

No obstante, la esencia del principio de intervención mínima radica en el respeto que debe implementarse hacia la capacidad de la persona para adquirir tanto derechos como obligaciones que no generen daños a terceros. Esto representa un motivo a tener en cuenta por el Derecho penal, para de esta forma desarrollar una intervención mínima en los conflictos generados dentro de la sociedad, donde constituye no sólo un límite al

⁷⁴³ MARTOS, Juan Antonio (1988: 927).

ejercicio del *ius puniendi*, sino que además llega a posicionar al Derecho penal en determinado lugar dentro del ordenamiento jurídico, y este es la última instancia, a la cual pueden acceder los ciudadanos para dirimir sus conflictos, en el supuesto que se tratara de delitos que puedan ser perseguidos a instancia de parte, o bien como último recurso legal del cual dispone el Estado para que se pueda alcanzar una sociedad avanzada y democrática, donde se hace énfasis en el desarrollo de valores fundamentales.

Respecto a este principio hay que destacar que se encuentra integrado por tres postulados fundamentales. Por una parte, se encuentra el carácter fragmentado del Derecho penal; en segundo lugar, su consideración como mecanismo de *última ratio*; y por último su naturaleza accesoria. De igual manera, la intervención penal resultará urgente y máxima, en el caso de que la gravedad de los hechos que afecten bienes jurídicos tutelados se de tal manera, que signifique un peligro para los cimientos de la paz social y el equilibrio que deberá existir en la conformación de las relaciones sociales y el ejercicio de los derechos.

7.2.1.2. Principios procesales

Algunos de los principios procesales que se ponen de manifiesto en el tratamiento de la persona con discapacidad dentro del Derecho penal son los siguientes.

7.2.1.2.1 Principio de dignidad humana y titularidad de derechos.

En el Art. 4 del Código Orgánico Integral Penal se reconoce como uno de los principios que deberá regir dentro del proceso penal a la dignidad humana y por ende la titularidad de derechos. Esto significa un claro reconocimiento de los derechos humanos que le asisten a las personas intervinientes en el proceso penal. Dicho reconocimiento puede incluso ser considerado como una declaración que se supone o que está sobreentendida dentro de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, como ha sido reconocido al Ecuador en la norma constitucional.

No obstante, contemplar explícitamente estos derechos como principios dentro del proceso penal, genera todo un engranaje de garantías, así como principios rectores que establecen una cierta jerarquía dentro de la propuesta ambiciosa planteada en la ley penal. Hay que señalar además que este principio conferido a todos los intervinientes dentro del

proceso penal deberá ser entendido de manera básica como relacionado a las dos figuras claves del conflicto, la víctima y el victimario. En el caso de la víctima esta resulta ser el contrapeso natural en la *litis* y por ende una de las protagonistas en cuanto al restablecimiento de los derechos vulnerados.

Por otra parte, hay que agregar que dentro del contexto penal ecuatoriano, específicamente en el proceso penal el Estado puede ejercer la acción penal unido a la intervención de la víctima, sin la presencia de esta e incluso en contra de la propia voluntad de la víctima. Esto se puede traducir en la existencia de un controlado monopolio de la acción penal por parte del Estado, con aquellas excepciones que implica el ejercicio privado de la acción. Así mismo, los derechos humanos en el proceso penal son reconocidos, y por lo tanto no deben ser declarados, y ello se debe a que son derechos positivos innatos dados por el simple hecho de la existencia del individuo como ser humano. Es así que, el Estado no puede otorgar algo que ya le pertenece al individuo, por lo que sólo se establece su reconocimiento y garantía, tal como se evidencia en el Art. 66 de la norma constitucional.

En el marco de la doctrina legal se coincide en considerar a los derechos humanos como aquellas facultades y prerrogativas fundamentales que tiene toda persona natural y sin las cuales no puede desarrollar una vida adecuada⁷⁴⁴. En cuanto a los derechos reconocidos en el Código Orgánico Integral Penal, van dirigidos a la protección del ser humano de manera individual contra cualquier tipo de agresión ya sea de un organismo público o persona natural. Por último, en el propio Art. 4 del Código Orgánico Integral Penal⁷⁴⁵ hay que acotar la situación donde la persona se encuentra privada de la libertad, donde no sólo se pierde el derecho a la libertad, sino un conjunto de derecho colaterales que forman parte de la vida cotidiana, y a la vez ello no significa que la persona no será tratada con dignidad, al contrario deberán recibir un trato prioritario y especializado para su posterior rehabilitación en la sociedad.

7.2.1.2.2 Principio de legalidad.

Como uno de los principios que más sobresalen dentro del Derecho penal se encuentra el principio de legalidad. Sus orígenes datan del Siglo XVII, en cuya etapa se

⁷⁴⁴ MOLERO, Paz (2008: 35).

⁷⁴⁵ Código Orgánico Integral Penal, Quito (2014: Art. 4)

emprendió una fuerte lucha contra las prácticas y regímenes arbitrarios dentro del ámbito judicial. Cuando se analiza la función punitiva dentro del sistema penal, se ha manifestado una tendencia a identificarla en la actualidad desde una óptica sociológica de la pena, a la vez representa un mecanismo de represión de aquellas necesidades fundamentales que son reconocidas como derechos dentro de la sociedad.

De igual manera, una parte importante de la función punitiva es ejecutada, aún en la actualidad, fuera de los parámetros establecidos acorde a derecho, a pesar de los resultados obtenidos en el ámbito constitucional. Un ejemplo de ello sería la gravedad del fenómeno de la pena de muerte de forma extrajudicial, las torturas, las desapariciones, las acciones ilegales de la policía, los militares e incluso paramilitares, todo esto constituye prácticas violatorias al principio de la legalidad.

Como parte de las posibles limitaciones formales ante la violencia punitiva, se ha reubicado la acción penal bajo parámetros estrictos y en el exclusivo ámbito de control que ejerce la ley. De igual modo, todo aquel movimiento respecto a la defensa de los derechos fundamentales en el área penal deberá estar orientado hacia una colocación efectiva de las violaciones en la materialización de la sanción penal como comportamientos delictivos o cualquier otro tipo de definición entorno al ilícito ejecutado, todo ello sometido al derecho vigente, y por ende su sujeción a las sanciones estipuladas para cada caso, ya sea en materia penal, administrativa, civil o disciplinaria.

Vale agregar, que el principio de reserva de ley llega a imponer limitaciones en el ejercicio de la función punitiva, por lo que sólo se conciben las acciones previstas en la ley como figuras delictivas, o sea, *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. Este principio excluye, de manera específica, toda posibilidad de incluir sanciones penales en el ámbito de cualquier poder del Estado que no sea el legislativo. En este sentido el resto de los principios que le asisten al Derecho penal pueden llegar a ser considerados como un conjunto de especificaciones del principio de legalidad, a la vez comprendido desde un sentido amplio. En el Código Orgánico Integral Penal el principio de legalidad establece la no existencia de la infracción penal, sin el adecuado establecimiento de la ley anterior al hecho delictivo, de igual manera sucede con la sanción penal y el proceso penal⁷⁴⁶.

⁷⁴⁶ Código Orgánico Integral Penal, Quito (2014: Art. 5)

7.2.1.2.3 Principio de igualdad.

Este principio llega a reconocerse tanto en la norma constitucional como en el Código Orgánico Integral Penal, y está destinado específicamente a que en el ejercicio de los derechos deberá regir igualdad y por lo tanto la no discriminación, dígase por sexo, discapacidad o condición física, por sólo citar algunos ejemplos⁷⁴⁷. En la esfera donde se desarrolla la contienda penal ambas partes en el proceso deberán tener acceso a las mismas posibilidades para así garantizar el debido proceso en el desarrollo de este.

Del mismo modo, en el periodo que dure la litigación penal, en principio ambas partes tienen el derecho a disfrutar de las mismas garantías implícitas en la posición en la que se encuentran, además de los correspondientes recursos para impulsar las respectivas actividades como parte de la causa judicial. Para ello no deberán existir preferencias hacia determinada parte, ni brindarle ventajas que fomenten un proceso desigual. Según lo aquí expuesto la igualdad también supone que elementos dentro del proceso penal como el juez, el secretario, el asistente judicial y demás funcionarios, tienen la obligación por ley de establecer niveles semejantes y facilidades para las personas inmersas en el proceso, ya sea la víctima o el victimario.

En el ámbito penal este principio deberá ser acatado en el transcurso de todas las actuaciones realizadas dentro del proceso. Esto llega a significar el cumplimiento de un conjunto de garantías, especialmente el derecho a la defensa que le asiste a la parte acusada, y la ejecución de todas las actividades pre-procesales y de investigación previa, y demás etapas del proceso como: instrucción, evaluación y preparatoria del juicio, y el juicio como tal; además este principio deberá regir en el proceso de impugnación y a modo general en la tramitación de todas aquellas actuaciones implícitas en el procedimiento ordinario y todos los procedimientos especiales.

Hay que aclarar que en la norma constitucional se llega a reconocer tanto la igualdad formal como la igualdad material. En el caso de la igualdad formal, llega a declarar que todos los ciudadanos se encuentran sometidos a la ley, y por lo tanto nadie está por encima de esta; mientras que la igualdad material o también denominada igualdad estructural es identificada con la modificación de las circunstancias que representan un impedimento para el ejercicio pleno de los derechos por parte de las personas y el acceso a las oportunidades a través de las respectivas medidas de carácter estructural, políticas

⁷⁴⁷ Constitución de la República del Ecuador, Quito (2008: Art. 11)

públicas y normas legales. En este sentido, el principio de igualdad también conlleva a que las personas reciban un trato justo y equitativo.

7.2.1.2.4 Principio de imparcialidad.

Respecto al principio de imparcialidad, este contribuye a determinar garantías necesarias en el ejercicio de la tutela efectiva, principalmente por parte del magistrado a través de las funciones específicas que desempeña en el desarrollo del proceso. Al respecto hay que destacar que el juez no podrá contaminar sus actuaciones, a partir de la ejecución de una conducta invasiva hacia el papel que le corresponde desempeñar a las partes procesales, lo cual a la vez se relaciona con el principio dispositivo.

La fundamentación del principio de imparcialidad radica en el reconocimiento de la igualdad entre las partes procesales, lo cual implica en principio que el juez llegue a resolver bajo los parámetros establecidos en la ley como única limitante, unida a la respectiva convicción que pueda existir, sin mediar parámetros externos o internos que lleguen a ejercer determinada presión. En este sentido, cabe destacar que no resulta posible que una misma persona sea juez y parte dentro del proceso, lo cual es totalmente incompatible con el sistema oral que rige en el procedimiento penal, ya que contraviene la esencia del principio de imparcialidad. Por tal razón, en el supuesto de que algunas de las partes duden de las actuaciones del magistrado y por ende considere que no existe imparcialidad, tiene el derecho de impugnar la competencia del juez en cualquier momento procesal en el que se encuentre la causa⁷⁴⁸.

Con el objetivo de mejorar el desarrollo del principio de imparcialidad dentro del proceso penal debería regir la siguiente fórmula: acusación parcial + juez imparcial + defensa parcial. Es así que, se puede resaltar que las instituciones jurídicas deben empoderarse bajo parámetros que contribuyan al cumplimiento del debido proceso. De esta manera, en el marco de la doctrina legal deberá prevalecer un cuestionamiento crítico sobre la realidad jurídica en aras de cumplir con los derechos fundamentales que le asisten a cada persona⁷⁴⁹. A su vez, el principio de imparcialidad sería obsoleto, si en la práctica

⁷⁴⁸ Código Orgánico Integral Penal, Quito (2014: Art. 571)

⁷⁴⁹ Código Orgánico de la Función Judicial, Quito (2009: Art. 138)

judicial se aprecia que el magistrado no posee una capacidad de autonomía para llegar a solucionar, sin temor o presiones, determinado conflicto judicial.

7.2.1.2.5 Principio de objetividad

El principio de objetividad se erige como la orientación ética que deberá prevalecer en las actuaciones ejecutadas por el fiscal durante el proceso. La Corte Interamericana se ha pronunciado respecto de las actuaciones de los operadores de justicia, tal es en el caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*⁷⁵⁰, que indica “además, que de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o la situación específica en que se encuentre”, es decir que determinarán con anticipación las necesidades de las personas con discapacidad, de acuerdo al tipo o condición y debidamente informada desde el inicio, en cualquier proceso.

Dicho accionar deberá estar sujeto a la ley y al lado humano, para la cual deberá operar bajo parámetros como la lógica procesal, donde deberá ser tomado en cuenta los planteamientos realizados tanto por la víctima como por el victimario, que en el caso del segundo rige el principio de inocencia hasta que no sea probada su culpabilidad en el procedimiento judicial penal. Este principio de objetividad desempeña un rol principal en las actuaciones desempeñadas por el fiscal dígase principalmente durante la investigación y la acusación.

En el supuesto de la función de investigación ejecutada por el fiscal, esta se relacionada directamente con la fase preprocesal de investigación previa o en la etapa preprocesal de investigación. En dicha etapa el fiscal realiza un control y conforma el expediente judicial donde serán contempladas las respectivas pruebas que le brinden un sustento a la acusación formulada. En este orden, en el fiscal recae realizar un control respecto a la balanza de la administración de justicia, ante lo cual son dispuestas aquellas diligencias de oficio, y a la vez son aceptadas o negadas las peticiones de los sujetos procesales, ya sea la víctima o el acusado. Así mismo, el fiscal deberá garantizar una

⁷⁵⁰ Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. (2006). Caso de la CIDH que trata acerca de la responsabilidad internacional por parte del Estado relacionada con muerte y maltrato a los que fue sometida una persona en una institución mental, así como la falta de investigación y sanción a los responsables del crimen.

investigación donde no existe una intervención directa del acusado o la persona que es procesada.⁷⁵¹

Habría que agregar que todas las actuaciones realizadas por el fiscal llegan a conducir a una construcción de la causa judicial y por lo tanto deberán estar enmarcadas en las garantías que rigen en el debido proceso, donde el juez de garantías penales ejercerá un control sobre el cumplimiento de las normas constitucionales y sustantivas⁷⁵². Por un lado se puede llegar a comprender que el principio de objetividad exige que el fiscal llegue a investigar las circunstancias de descargo que puedan eximir, atenuar o extinguir de responsabilidad a la persona procesada o al acusado. Otro rasgo a destacar en las funciones del fiscal es que a este se le exige, a partir del cumplimiento de la jerarquía constitucional, desarrollar un especial interés público hacia los derechos de las víctimas, acorde a lo establecido en la norma constitucional.⁷⁵³

En cuanto a la acusación fiscal, se deberá emitir el respectivo dictamen acusatorio, por medio del cual se le solicita al juez de garantías penales que convoque a la audiencia de evaluación y la preparatoria del juicio. En el marco de las exigencias aquí establecidas se destaca que el fiscal en el desempeño de su papel en el establecimiento de la acusación llegue a fijar los elementos suficientes respecto a la comisión del hecho delictivo y que por lo tanto la persona acusada resulta ser el autor o el cómplice de dicho delito.

Por último, en el ejercicio del principio de objetividad existen circunstancias que rodean al hecho delictivo, donde la persona acusada puede ser eximida, la pena puede ser atenuada e incluso extinguida. Al respecto de la extinción de la acusación se regulan diversas causas, entre ellas las causas de inculpabilidad, las cuales se condicionan a la presencia de un trastorno mental o discapacidad psicosocial en el individuo que comete el hecho tipificado como delito.

7.2.1.2.6 Principio de garantías en caso de privación de libertad.

Con el objetivo de que la persona que ha sido privada de la libertad posea todo un sistema de derechos que contribuyan a su rehabilitación y a un tratamiento adecuado

⁷⁵¹ Código Orgánico de la Función Judicial, Quito (2009: Art. 282)

⁷⁵² Código Orgánico Integral Penal, Quito (2014: Art. 5)

⁷⁵³ Constitución de la República del Ecuador, Quito (2008: Art. 195)

acorde al principio de dignidad son reconocidos tanto en la norma constitucional como en la ley penal un conjunto de garantías y derechos a cumplir por parte del sistema penitenciario. De igual manera en el Código Orgánico Integral Penal⁷⁵⁴, en la Constitución⁷⁵⁵ y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos que el Ecuador ha suscrito, son establecidos un conjunto de derechos y garantías dirigidos a las personas privadas de la libertad, ejemplo de ello: los derechos de integridad; libertad de expresión; libertad de conciencia y religión; educación, trabajo y cultura; privacidad personal y familiar; quejas y peticiones; salud, alimentación; por sólo mencionar algunos. No obstante, como el individuo se encuentra privado de la libertad el ejercicio de los derechos antes mencionados será limitado.

Por otra parte, el reconocimiento en el país de un sistema de rehabilitación social contribuye a garantizar y fortalecer todos aquellos derechos que se le reconocen al privado de la libertad. Como organismo de carácter técnico llegará a ejercer un control y evaluación en los centros penitenciarios, para que estos cumplan con el funcionamiento del sistema de rehabilitación, y por ende con las garantías y derechos establecidos.

7.2.2. Del tratamiento en la legislación penal de las personas con discapacidad

En la norma penal ecuatoriana el tema de la discapacidad o más bien la persona con discapacidad es contemplada en cuestiones muy puntuales y específicas. La discapacidad en los preceptos legales que integran el Código Orgánico Integral Penal es regulada desde la perspectiva de constituir una agravante del delito para el acusado, cuando la víctima resulta ser una persona con discapacidad.

Otro enfoque que el Código Orgánico Integral Penal le brinda a la persona con discapacidad específicamente mental o psicosocial, recae en la inculpabilidad cuando ha cometido el delito y a la vez posee un ‘trastorno mental’. Esta referencia expresa a la no culpabilidad de la persona sólo es regulada en dos artículos el 35 y 36, más no se establece un procedimiento de inimputabilidad como es el caso de otras legislaciones penales, ejemplo la mexicana. De igual manera, a la persona que posee un trastorno mental y ha

⁷⁵⁴ Código Orgánico Integral Penal, Quito (2014: Art. 12)

⁷⁵⁵ Constitución de la República del Ecuador, Quito (2008: Art. 51)

cometido un hecho delictivo el Código Orgánico Integral Penal establece para estos casos la aplicación de medidas de seguridad y no penas o sanciones.

Es muy frecuente que personas con discapacidad mental o psicosocial, al cometer algún tipo de delito, sea internado en centros de rehabilitación social, en general con la misma población, sin que sea considerada su condición; sino revisemos el caso *Doolan c. Australia*, cuya persona con discapacidad intelectual y psicosocial, fue reducido a prisión preventiva por amenazar a otra con un fragmento de vidrio; tras esa detención, fue recluido en un módulo de máxima seguridad y que tras ser evaluado, se determinó que no era apto para comparecer a juicio “y que no había perspectivas razonables de que estuviera en condiciones de ser juzgado, al menos en un año”, resolviéndose mantener la privación de libertad bajo el régimen de máxima seguridad, inclusive con aislamientos por largos períodos de tiempo, sin que tuviera acceso a habilitación y rehabilitación o atención de salud, que le permitieran de alguna forma estabilizar su trastorno y posibilitar su recuperación y adquiriera aptitudes o conductas para la comunicación, por tanto su salud se deteriora considerablemente; el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, consideró en su resolución que Australia como Estado Parte de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, deberá “velar por que todas las personas sean iguales ante la ley y tengan derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna, y que los Estados partes deben adoptar todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación.

El Comité recuerda también que la discriminación puede ser consecuencia del efecto discriminatorio de una norma o medida carente de la intención de discriminar, pero que afecte desproporcionadamente a las personas con discapacidad.”; por tanto de este caso, la persona privada de libertad, con ese tipo de condición de discapacidad, no deberá permanecer en centros de privación de libertad comunes, sino especializados y bajo medidas de seguridad y ser apoyados para su recuperación; para este efecto la Comisión también recomienda al Estado Parte “ii) Asegure sin dilación que se ofrezcan a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial medidas de apoyo y ajuste adecuadas para que puedan ejercer su capacidad jurídica ante los tribunales siempre que sea necesario;” y “iv) Vele por que se imparta al personal que trabaja con personas con discapacidad intelectual y psicosocial, los miembros de la Comisión de Reforma

Legislativa y el Parlamento, los oficiales de justicia y demás personal judicial que interviene en la facilitación de la labor de la judicatura formación adecuada y continua sobre el alcance de la Convención y su Protocolo Facultativo, en particular sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y mental; y evite utilizar instituciones de máxima seguridad para el internamiento de personas con discapacidad intelectual y psicosocial⁷⁵⁶.

En el caso específico de la aplicación de estas medidas de seguridad el Código Orgánico Integral Penal las establece para las personas en situación de discapacidad psicosocial, a través de la cual se determina la privación de la libertad y el tratamiento forzado o sin mediar consentimiento, en entidades psiquiátricas⁷⁵⁷. Respecto a este tipo de preceptos legales se puede decir que representan una vulneración a los estándares establecidos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Dichos parámetros se evidencian en el Art. 14 de este instrumento internacional suscrito por el Estado ecuatoriano, unido a las observaciones emitidas por el Comité sobre los Derechos de las Personas, donde ha llegado a recomendar e instar a los Estados la revisión y armonización de su legislación interna en aras de eliminar aquellas leyes que representan una clara restricción total o parcial al ejercicio de la capacidad jurídica respecto a las personas que poseen una situación de discapacidad mental. En este sentido otra recomendación se enfoca en desarrollar toda una revisión y análisis del criterio sobre la peligrosidad que establece el internamiento involuntario. Todos estos señalamientos significan conformar un sistema legal donde impere un acceso a la justicia en igualdad de condiciones, a la vez que regirá un cumplimiento de todas las garantías inmersas en el debido proceso, en el cual son resguardados derechos como la libertad y la seguridad, transformados en principios dentro del marco del sistema penal.

Lo expuesto hasta aquí implica la imperante necesidad de conformar un sistema de justicia penal que sea inclusivo y que contemple con ajustes en cuanto a la accesibilidad en los procesos penales, de ciertos mecanismos de apoyo para el efectivo ejercicio de la capacidad jurídica⁷⁵⁸ hacia la persona que se encuentre en dicho contexto.

⁷⁵⁶ Caso Manuway (Kerry) Doolan c. Australia. Dictamen aprobado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación Nro. 18/2013. Resuelto el 30 de agosto de 2019

⁷⁵⁷ Código Orgánico Integral Penal, Quito (2014: Art. 76)

⁷⁵⁸ Código Orgánico Integral Penal (2014: Art. 510)

Habría que implementar además salvaguardas que contribuyan a resguardar los derechos fundamentales, la voluntad e incluso las preferencias que poseen las personas.

Por lo tanto, si existiera la imposición de una sentencia judicial y condenatoria en determinado proceso penal que esté dotado de una debida articulación y con las condiciones pertinentes para que las personas con discapacidad cuenten con una habilitación del Estado para que este intervenga coactivamente en el ámbito de su libertad, donde la restricción a dicha libertad deberá ser aplicada como última opción. Esto significa que deberá ser prioridad el ejercicio de una justicia restaurativa, así como la materialización de figuras sobre la remisión de la pena.

Con respecto a la aplicación de una postura donde represente una problemática la inimputabilidad, el sistema de medidas de seguridad y la implementación de un régimen de responsabilidad penal que contemple los estándares reconocidos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, representa aún en la actualidad un tema que está pendiente dentro de la dogmática penal. Es por ello que deberá desarrollarse todo un proceso de diálogo con los parámetros establecidos en el ámbito internacional en materia de derechos humanos, donde este último aspecto contribuirá a adoptar una posición crítica ante posibles situaciones de violencia estructural e incluso invisible hacia aquellas personas que poseen una discapacidad psicosocial, lo cual representa una vulneración de la dignidad bajo el propio amparo que brinda el sistema penal.

Considerando esto, es una necesidad impulsar una investigación hacia aquellos elementos de fondo que fijan un cierto reproche en el ámbito penal a las personas con discapacidad psicosocial, que llegan a ejecutar hechos delictivos, así como determinadas alternativas neutrales de exclusión de la misma y su materialización sin discriminación por razones de discapacidad. Al mismo tiempo deberán desarrollarse propuestas que representen una actividad de colaboración con aquellas personas que tienen una discapacidad mental, además de la conformación de modelos de accesibilidad concretos y los respectivos ajustes razonables dentro de los procedimientos penales. Se debe agregar que, existe un camino interesante a recorrer en materia penal respecto a la discapacidad y el establecimiento de una justicia penal inclusiva.

7.2.3. La responsabilidad penal de las personas con discapacidad

En el campo jurídico-penal, la responsabilidad llega a ser impuesta bajo determinados parámetros, tal es el caso de tomar en cuenta la capacidad de la persona imputada o acusada, unido a la comprobación de su salud mental. Esto significa que la persona deberá tener conciencia sobre el mundo exterior, evidenciando así un claro razonamiento normal, a través del cual el individuo puede discernir entre un accionar correcto y otro que es incorrecto, además de que la persona puede adaptar su conducta al medio⁷⁵⁹.

Sobre la discapacidad y la determinación de la responsabilidad penal en el supuesto de que exista una discapacidad psicosocial no resulta posible de establecer dicha responsabilidad, y con ello la respectiva sanción penal. Ante la imposibilidad de una determinación de la responsabilidad penal, la ley penal llega a adoptar el régimen de medidas de seguridad cuyo sistema se encuentra anclado en las definiciones de demencia, locura y enajenación mental, tres causales que sustentan la incapacidad para que una persona pueda responder en el ámbito de la responsabilidad penal. Esto representa una clara vulneración de principios como la dignidad, autonomía individual y la libertad que le asiste a cada persona para tomar decisiones propias, además de que se ven afectados principios como el respeto y la aceptación de las diferencias basado en el principio de no discriminación, todos ellos reconocidos en el Art. 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El no establecimiento de la responsabilidad penal a una persona con discapacidad psicosocial debido a la existencia de dicha discapacidad, puede traducirse en una violación al Art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad respecto al derecho a la igualdad de reconocimiento que tienen las personas ante la ley. Debido a esto, las declaraciones de inimputabilidad conllevan en sí mismas una negación de la capacidad jurídica de la persona que se encuentra en una situación de discapacidad psicosocial, ello representa una discriminación basada en una condición, lo cual constituye un impedimento para ejercitar los derechos en igualdad de condiciones.

En este sentido también sufre una afectación el acceso a la justicia, ya que se le aplica a la persona en situación de discapacidad psicosocial o mental un régimen paralelo

⁷⁵⁹ GAVIRIA, Vicente Emilio (2005: 25).

y distinto al que se le aplica al resto de personas en casos similares. Esto significa, que la persona con discapacidad mental está sujeta a una disposición judicial donde un tercero denominado curador ejerce sus derechos, e incluso que los procedimientos puedan ser desarrollados con la persona con discapacidad ausente; esto significa un tratamiento diferenciado y a la vez discriminatorio que está amparado en la situación de discapacidad, y esto representa una clara violación al derecho de defensa material y el principio de publicidad.

Otro de los elementos que se llegan a vulnerar son los derechos de libertad y seguridad que le asiste a cada persona, por cuanto la propia ley dispone un conjunto de restricciones hacia tales derechos. No obstante, el engranaje de medidas de seguridad contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, hacia la persona con discapacidad mental que ha cometido un hecho delictivo, resulta contrario a lo regulado en el Art. 12 de la Convención, cuyo instrumento es dotado con rango similar al de la norma constitucional en el ordenamiento jurídico nacional.

Como parte de los elementos que integran la responsabilidad, se destaca la culpabilidad, la cual constituye un presupuesto subjetivo, que a la vez contribuye a iniciar la relación de contraposición entre la voluntad del autor y lo establecido en la ley. A partir de dicha relación llega a establecerse un juicio de desaprobación posterior a la conducta del autor, ello fundamentado en la materialización de un accionar típico y antijurídico⁷⁶⁰. Todos los elementos aquí señalados no son aplicables a las personas en situación de discapacidad psicosocial donde el obrar culpablemente no llega a ser determinado por la carencia de capacidad jurídica.

Habría que destacar aquellas medidas dirigidas a la custodia y el tratamiento desde la óptica asistencialista aplicado a la persona con discapacidad psicosocial, donde existe una vulneración específica hacia los pilares fijados por el modelo social en materia de discapacidad, donde le ha sido reconocido a la persona con discapacidad derechos tales como la dignidad y la autonomía. Por lo tanto, este tipo de medidas afectan el piso ético y normativo sobre el que se han edificado los estándares actuales de los derechos de la persona con discapacidad, a la vez como un retroceso el sujeto es posicionado como un individuo que requiere socorro, caridad o beneficencia, condicionando a la persona con discapacidad a un sistema paternalista y vertical donde es ejercida la tutela, en vez de

⁷⁶⁰ DEMETRIO, Eduardo (2013: 237).

existir un reconocimiento de la persona con discapacidad mental como un sujeto de derechos humanos.

Si se realiza un contraste general de la norma penal nacional en el ámbito de las medidas de seguridad aplicadas a la persona con discapacidad psicosocial ante la comisión de un hecho delictivo bajo los estándares actuales en materia de derechos humanos, representa una discriminación hacia este grupo vulnerable. Por lo tanto, existe la necesidad de repensar la inimputabilidad de la persona con discapacidad psicosocial y así llegar a eliminar las medidas de seguridad, para así construir una posibilidad real de que este individuo participe en un juicio sin restricciones o limitaciones vinculadas a su discapacidad.

7.2.4. La inimputabilidad o inculpabilidad

Desde el ámbito jurídico la inimputabilidad representa una de las causas de exclusión del delito. En la ley penal vigente, este tipo de causas llegan a suponer la ausencia del hecho delictivo, ya que no existe la posibilidad de demostrar todos los elementos que son necesarios, dígame conducta típica, culpables, antijurídica y punible, para que determinado delito sea imputado al individuo.

Por otra parte, las diversas formas que son aplicadas hacia la exclusión respecto al hecho delictivo son desarrolladas de manera desigual. En este sentido habría que destacar algunos ejemplos, en primer lugar si existe una ausencia de conducta o se llega a ejecutar un accionar que es identificado como una legítima defensa, el autor no llega a recibir una sentencia judicial condenatoria; y en segundo lugar en el supuesto que sea declarada la inimputabilidad existe una ausencia de capacidad y de voluntad para llegar a comprender el hecho ilícito cometido, la persona acusada se le aplica una medida de seguridad sujeta a su condición.

La inimputabilidad o inculpabilidad, este segundo término establecido en el Código Orgánico Integral Penal, y su respectiva ejecución implica que las personas con discapacidad mental, se requerirá la comprobación de dicha discapacidad de manera previa por dictámenes médicos, no sean tomadas en cuenta para declarar, o demostrar si tienen la capacidad de comunicarse y explicar la situación que ha acontecido, a la vez también llegar a comprobar si existe alguna comprensión sobre el acto ilícito cometido.

Por lo que simplemente no son tomados en cuenta como sujetos sólo por su condición de discapacidad.

Se debe agregar también que la persona con discapacidad mental llega a transformarse en un objeto y no es tratado como sujeto de derecho. Una vez que se inician las averiguaciones previas, la Fiscalía tiene la potestad de solicitar el internamiento en un centro psiquiátrico de la persona con discapacidad psicosocial o trastorno mental y su imposición o aprobación corre a cargo del juzgador o juez⁷⁶¹. Ante este tipo de medidas se evidencia una grave violación a los derechos humanos, que consiste en el internamiento forzoso al que es sometida la persona en situación de discapacidad psicosocial en un centro psiquiátrico. Esto evidencia un tratamiento desde la perspectiva de representar un objeto la persona con discapacidad.

En el supuesto de existir un conflicto entre la legislación local, donde se prevén un conjunto de medidas destinadas a la reclusión de la persona con discapacidad psicosocial declaradas inimputables, y los preceptos contemplados en la Convención donde se estipula que la presencia de una discapacidad no puede ser motivo para fijar una medida de privación de la libertad⁷⁶² se han emitido determinadas consideraciones. Por ejemplo, organismos como el Consejo de Derechos Humanos ha llegado a manifestar que de aceptarse la aplicabilidad de un encierro involuntario hacia la persona con discapacidad, tal como se reguló en los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental⁷⁶³, cuyos principios fueron adoptados en el año 1991 por la Asamblea General, y dicho reconocimiento contraviene directamente con el contenido dispuesto en la Convención sobre el tema.⁷⁶⁴

Ahora bien, en cuanto a la fundamentación de la aplicación de una medida de seguridad ante la existencia de la inimputabilidad se puede afirmar que ello tiene implícito cierta subjetividad. Esto se debe a que se pone de manifiesto como uno de los principales cuestionamientos en torno a la aplicación de medidas de seguridad en los casos aquí expuestos, es que su fundamentación reside en la peligrosidad del autor, para lo cual es tomado en cuenta su condición de discapacidad psicosocial. En este sentido, se llega a

⁷⁶¹ Código Orgánico Integral Penal, Quito (2014: Art. 76)

⁷⁶² Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006: Art. 14.1.c.)

⁷⁶³ Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental. Resolución 46/119 de 17 de diciembre. Asamblea General de las Naciones Unidas (1991).

⁷⁶⁴ Informe provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Asamblea General de las Naciones Unidas (2008).

percibir en la doctrina un sector que aboga por la eliminación de una reacción de índole penal hacia la persona que ha sido declarada inimputable en determinado proceso penal, y por lo tanto se le deberá brindar un tratamiento normativo sólo en el ámbito civil, y con ello no se validaría acciones como el aislamiento social impuesto por medio de la respectiva medida de seguridad en aras de proteger a la propia comunidad, bajo el criterio de existir una peligrosidad criminal. Razón por la cual, se ha planteado como propuesta que ante la ejecución de un ilícito penal por parte de una persona inimputable por discapacidad psicosocial, el magistrado en el ámbito penal deberá agotar su competencia, y así se da paso a la intervención de un juez civil⁷⁶⁵.

Según la posición planteada, un juicio de probabilidad ante la comisión de hechos delictivos futuros considera relevante la definición sobre peligrosidad post delictual, ya que resultaría contrario al principio de legalidad y por ende existirían vestigios sobre un derecho penal de autor. A pesar, de los problemas antes señalados sobre el establecimiento de la peligrosidad para la materialización de la medida de seguridad a una persona que ha cometido un delito y que es a la vez considerada inimputable por tener una discapacidad psicosocial, resulta que existen muchos ordenamientos jurídicos que han optado por la opción de su aplicación y por lo tanto su reconocimiento, ante la comisión de un delito por un individuo no imputable, donde se dictamina la reclusión de dicha persona hasta que ‘cese su estado de peligrosidad’.

Conviene subrayar que en la aplicación del Art. 14, numeral 2 de la Convención, los Estados partes deberán asegurar un tratamiento hacia la persona con discapacidad privada de la libertad en igualdad de condiciones en comparación con el resto de los individuos, ello incluye la materialización de los ajustes razonables. De igual manera, el alcance de la prohibición sobre prácticas discriminatorias estipulado en el Art. 5 de la Convención ha sido identificado como cualquier tipo de distinción, restricción o exclusión debido a la discapacidad, cuyo propósito será la obstaculización o dejar sin efecto el disfrute y ejercicio de los derechos de la persona con discapacidad psicosocial, en condiciones de igualdad.

Con el objetivo de que sea adoptada una postura legislativa acorde a los parámetros establecidos en la Convención sobre la persona con discapacidad, al cometer un hecho delictivo, la situación de esta persona declarada inimputable no podrá ser más

⁷⁶⁵ IRIGOYEN, Luciana (2005: 1)

gravosa en comparación con otro individuo que no tiene discapacidad psicosocial y que ha sido penalmente condenado por la comisión del mismo delito. Es por ello que, las medidas de seguridad no podrán tener una duración mayor que la pena estrictamente aplicable al hecho cometido. En este sentido, el Código Orgánico Integral Penal no prevé un tiempo de duración en cuanto a la estadía de la persona con discapacidad mental en un centro psiquiátrico, sólo se estipula que los juzgadores deberán prever su tiempo de duración y la necesidad de esta. Por otro lado, se puede derivar de la inimputabilidad que la fundamentación de las medidas de seguridad recaiga en la peligrosidad del sujeto, pero si solamente se toma en cuenta esto y el juez omite la verificación del ilícito penal, en el marco del proceso, se impondría una medida de seguridad contrario a lo establecido en la Convención, pues la presencia de una simple discapacidad no puede ser causa de justificación para ejecutar una privación de la libertad.

7.3. Análisis de la administración de justicia en jueces ordinarios y de la Corte Nacional de Justicia respecto con personas con discapacidad.

Una vez detalladas, analizadas y revisadas las barreras para el acceso a la justicia *-tanto barreras ambientales como actitudinales especialmente-*, la operatividad de la administración de la justicia en el Ecuador posee elementos muy interesantes que esta investigación considera oportunos analizarlos antes de llegar a las conclusiones finales de este trabajo. Me refiero a la forma de evaluación de los operadores de justicia, la formación y capacitación en sus funciones, los tiempos de vigencia de las normas relacionadas con personas con discapacidad, la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal COIP y el Código Orgánico General de Procesos COGEP, específicamente.

7.3.1. Evaluación de los jueces y la motivación en el acceso a la justicia

Los jueces a nivel nacional han sido evaluados por dos ocasiones durante la vigencia de la Constitución aprobada en 2008. La primera evaluación realizada en el 2014-2015, usando el Reglamento de Evaluación de Rendimiento para las juezas y jueces

a nivel Nacional⁷⁶⁶, incluyendo los jueces de la Corte Nacional de Justicia⁷⁶⁷ y la segunda evaluación realizada en el 2017 bajo lo dispuesto en el Reglamento de Evaluación de Desempeño para los Jueces de la Carrera Jurisdiccional⁷⁶⁸, además de otro reglamento a jueces de la Corte Nacional de Justicia.

La metodología de la evaluación en 2014 usada para los jueces a nivel nacional únicamente toma en consideración la tasa de resolución o productividad judicial de cada jueza o juez evaluado. Aclarando que “...la tasa de resolución es la relación entre las causas o acciones de la carga activa resueltas por el jueza o juez, respecto del número de las causas ingresadas dentro del periodo de evaluación”⁷⁶⁹. La metodología para calificar a los jueces de la corte nacional en 2014 consideraba tres criterios: la evaluación misional, la evaluación administrativa; y la evaluación disciplinaria. La misma Resolución N° 268-2014 del Consejo de la Judicatura explica en el Art. 11 que: “...la evaluación misional se refiere a la gestión individual de cada jueza o juez de la Corte Nacional de Justicia, respecto del despacho y de otros procesos que por mandato legal sean de su competencia. La evaluación misional se fundamentará en criterios cuantitativos y cualitativos, previstos en este reglamento...”.

La evaluación administrativa permite medir la presencia y actuación de juezas y jueces en el marco administrativo. Mientras que la evaluación disciplinaria es la variable de valoración de sanciones disciplinarias en contra de los jueces durante el periodo de evaluación. Los parámetros de calificación de esta evaluación fueron las siguientes: el 75% para la evaluación misional (divididos entre el 40% al componente cuantitativo -*carga procesal o productividad judicial*-; el 35% al componente cualitativo -*calidad de la actuación judicial*-). El 20% al componente al cumplimiento administrativo de asistencia al juzgado y audiencias señaladas-concurridas; y, el 5% al componente disciplinario o de denuncias hacia ellos.⁷⁷⁰ Lo que llama la atención en esta metodología, es que las evaluaciones poseen fórmulas matemáticas, además que no explica la metodología cualitativa de dicha evaluación misional, únicamente la enuncia mas no la

⁷⁶⁶ Resolución Nro. 089-2014 Reglamento de Evaluación de Rendimiento para las Juezas y Jueces a nivel nacional. Consejo de la Judicatura, Quito (2014)

⁷⁶⁷ Resolución Nro. 268-2014, Reglamento de Evaluación de Juezas y Jueces de la Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador. Consejo de la Judicatura, Quito (2014).

⁷⁶⁸ Resolución Nro. 185-2016, Anexo de Metodología, Criterios, Ponderación, Variables y Factores de evaluación. Consejo de la Judicatura, Quito (2016).

⁷⁶⁹ Resolución Nro. 089-2014 (2014)

⁷⁷⁰ Resolución Nro. 185-2016 (2016).

explica en su proceso. Parece ser que los porcentajes de evaluación en los puntos cualitativos y cuantitativos son equilibrados; sin embargo, dicho 35% podría ser perjudicial, algo que consecuentemente produjo inconformidad con los evaluados y hasta denuncias internacionales hacia el Estado ecuatoriano, que luego vino en reincorporaciones de funcionarios y operarios de justicia⁷⁷¹.

La Metodología de la evaluación a jueces a nivel nacional en 2017 ya incluye las disposiciones del Código Orgánico de la Función Judicial, promulgado el 2015 y presenta mayor claridad en el procedimiento de evaluación que donde los parámetros de evaluación son responsabilidad del Consejo de la Judicatura⁷⁷². Se usan tres componentes: El componente cuantitativo *-carga procesal o productividad judicial-* que representa el 60% de la calificación del juez; El componente cualitativo *- calidad de la actuación judicial-* que representa el 30% de la calificación, donde se eligen dos sentencias, una elegida por el Consejo de la Judicatura y otra por el mismo juez evaluado. El componente del manejo del Sistema SATJE, que equivale el 10% de la evaluación al juez, donde la escuela de la Función judicial evaluaría con un máximo de 10 puntos el correcto uso del sistema informático de Trámite Judicial del Ecuador a través de una evaluación de un módulo⁷⁷³.

En síntesis, la primera y segunda evaluación a jueces a nivel nacional y de jueces de la Corte Nacional se enfoca en componentes cuantitativos sin profundizar de forma clara y concisa en las evaluaciones cualitativas. La primera evaluación a jueces a nivel nacional se basa meramente en métodos cuantitativos de acuerdo a la carga procesal para jueces a nivel nacional, mientras que los jueces de la Corte Nacional tenían componentes cuantitativos y cualitativos usando métodos matemáticos sin la claridad del proceso plasmado en la resolución. En la segunda evaluación a jueces a nivel nacional y jueces de la Corte Nacional tuvieron mayor claridad en componentes y sus procesos de evaluación los cuales fueron: el de productividad de sentencias con áreas cuantitativas, referente a la carga procesal o número de juicios despachados y número de causas tramitadas. Las áreas cualitativas, mediante el sorteo de dos causas ya resueltas, la una elegida por el

⁷⁷¹ Resolución Nro. 1012-2016, Juicio Contencioso Administrativo seguido por César Morocho en contra del Consejo de la Judicatura, Nro. 733-2014. Quito (2016) En línea: https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/contencioso_administrativo/2016_PDF/Resolucion%20No.%201012-2016.pdf Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2017

⁷⁷² Código Orgánico de la Función Judicial, Quito (2009: Arts. 87)

⁷⁷³ Resolución Nro. 185-2016, Quito (2016).

departamento de talento humano del Consejo de la Judicatura, y la otra por el mismo juez evaluado. En ambas evaluaciones, el componente de cumplimiento administrativo compuesto por el número de audiencias que señalaron y concurrieron, así como acciones disciplinarias de los evaluados⁷⁷⁴. Lo que nos da la referencia que Ecuador aun no posee un parámetro claro de observación si los jueces incluyen o no las disposiciones constitucionales y legales respecto a la igualdad formal y material de las personas con discapacidad.

Después de las elecciones presidenciales, el nuevo gobierno, propone una consulta popular que recibe aprobación del pueblo ecuatoriano. Se eligen nuevas autoridades de la función de Transparencia y Control Social, poder del Estado encargado de designar, controlar y evaluar al Consejo de la Judicatura, las cuales deciden cesar en sus funciones a los vocales del Consejo de la Judicatura. En 2019 el nuevo pleno del Consejo de la Judicatura designado evalúa a los jueces de la Corte Nacional del Justicia⁷⁷⁵. En el Reglamento disponen como responsables del proceso de evaluación a un comité de expertos⁷⁷⁶ y un comité evaluador⁷⁷⁷ los cuales poseen una Metodología de Evaluación Integral para las y los Jueces y Conjueces de la Corte Nacional de Justicia⁷⁷⁸. Dentro de dicha metodología, se evalúa de forma cualitativa por 80 puntos, donde 15 puntos corresponden a la “evaluación de competencias en el ejercicio de su cargo” y 65 puntos, al “análisis de la calidad de las sentencias”⁷⁷⁹. Se toman en consideración puntos de evaluación de estándares internacionales como: fallos contradictorios del mismo juzgador sobre la misma materia, o fallo de supervisión que permitió la existencia de fallos contradictorios; fallos que declaran vulneración de derechos en acciones extraordinarias de protección; retardo injustificado en sustanciar o resolver; declaratoria de abandono no

⁷⁷⁴ Resolución Nro. 089-2014, Quito (2014).

⁷⁷⁵ Resolución Nro. 010-2019, Reglamento para Evaluación Integral de las y los Jueces y Conjueces de la Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador. Consejo de la Judicatura, Quito (2019)

⁷⁷⁶ Resolución Nro. 035-2019, Instructivo para la conformación y funcionamiento del Comité de Expertos y del Comité Evaluador del proceso de evaluación integral de las y los jueces y conjueces de la Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador. Consejo de la Judicatura. Quito (2019: Art. 4).

⁷⁷⁷ Resolución Nro. 010-2019, (2019)

⁷⁷⁸ Metodología de Evaluación Integral para las y los Jueces y Conjueces de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Consejo de la Judicatura (2018). En línea: https://drive.google.com/file/d/1hr1_MgWCzfxWwCUiAxl_c_019K3Ui3Ge/view Fecha de consulta: 28 de octubre de 2019

⁷⁷⁹ Metodología de Evaluación Integral para las y los Jueces y Conjueces de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador (2019: 12).

atribuible a las partes⁷⁸⁰. Al final se destituyeron a catorce jueces y siete conjuces por no haber cumplido con el puntaje mínimo de los 80/100 puntos que exige la ley⁷⁸¹, específicamente por incumplimiento en los 80 puntos de evaluación cualitativa.

Una denuncia del comité de expertos y del comité de evaluadores fue que de las 51 sentencias revisadas, se encontró que las sentencias tenían en su contenido un componente de 80-90% de generalidades y 10% aportaba con el análisis de cada caso.

A criterio de Juan Carlos Mejía, miembro del Comité Evaluador de Jueces de Corte Nacional expone que:

“Una de las cosas que más llamó la atención de los evaluadores, quienes usaron varias sentencias para conocer el trabajo de los jueces, tiene que ver con el uso de una suerte de "formatos" con los que se trabajaba en la Corte Nacional. Mejía explica que, por ejemplo, si una sentencia tenía 20 páginas, el 90% de ella se refería a generalidades, y apenas un 10% aportaba con el análisis de cada caso”⁷⁸².

La información para esta investigación es importante, ya que es un elemento que permite verificar la no materialización del acceso a la justicia tanto para las personas con discapacidad como para el resto de la población, al saber que las causas de corte nacional carecen de parámetros de argumentación jurídica como de motivaciones que contienen barreras actitudinales comprobadas al observar la falta de interpretación y análisis en los elementos de cada caso. Esta investigación no encontró causas de esta Corte Nacional que haya tenido casos de personas con discapacidad, ni en las salas de lo penal ni en salas de lo civil.

7.3.2. La formación y capacitación en sus funciones de operarios y administradores de justicia

Otro de los elementos sobre la administración de justicia que considero importante para aclarar la falta de materialización del derecho a la protección jurídica es la formación

⁷⁸⁰ Metodología de Evaluación Integral para las y los Jueces y Conjuces de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador (2019: 19).

⁷⁸¹ Código Orgánico de la Función Judicial, Quito (2009: Art. 87)

⁷⁸² MEJÍA, Juan (2019: 1).

y capacitación en sus funciones de operarios y administradores de justicia. Es responsabilidad del Consejo de la Judicatura “Definir y ejecutar los procedimientos para el mejoramiento y modernización de la Función Judicial, para la selección, concursos de oposición y méritos, permanencia, disciplina, evaluación y formación”⁷⁸³.

Una vez revisados los contenidos correspondientes del curso “*El acceso a la justicia a personas con discapacidad*”⁷⁸⁴ se encuentran varios documentos que corroboran que únicamente exponen información netamente enunciativa, que si bien es una síntesis de las normas constitucionales, orgánicas y ordinarias respecto a las personas con discapacidad, que permiten la sensibilización sobre la *diversidad*⁷⁸⁵ de las personas con discapacidad sin embargo el contenido del mismo curso, que posee 9 unidades, incluye la definición de una persona con discapacidad⁷⁸⁶, así mismo como el resaltar que la calificación mediante el porcentaje le debe dar un trato prioritario, incluyendo una visión del modelo médico, asistencialista, a pesar que la Constitución y la Ley Orgánica de Discapacidades hablan de un modelo social, de inclusión o de derechos humanos.

Otro texto que se encuentra dentro de la bibliografía y acceso a los operadores de justicia que contiene el curso para jueces y notarios es el *Manual de Atención en Derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial* documento amplio que expone los modelos y enfoques de discapacidades, la identificación y niveles de discapacidad, y enuncia un protocolo general para los operadores de justicia, -*jueces, notarios y otros*- donde se toman en consideración los ajustes razonables contemplados en los artículos 12 y 13 de la Convención de los Derechos Humanos de Personas con Discapacidad, según los tipos de discapacidad. Sin embargo, esta información como tal no es suficiente si no posee una evaluación de interiorización de actividades cotidianas.

Otro texto promocionado en el aula virtual de la Función judicial, disponible para abogados, jueces y funcionarios de justicia, es “Normas Jurídicas en Discapacidad Ecuador”⁷⁸⁷, el mismo que en su contenido detalla la Agenda Nacional para la Igualdad en Discapacidades 2013-2017, en la que se incluyen artículos que guardan relación con la discapacidad establecidos en la Constitución de la República del Ecuador; la Ley

⁷⁸³ Código Orgánico de la Función Judicial, Quito (2009: Art. 280)

⁷⁸⁴ Atención en Derechos de Personas con Discapacidad, Consejo de la Judicatura, Video Aula Virtual. En línea: <https://aulavirtual.funcionjudicial.gob.ec/course/index.php?categoryid=34>. Fecha de consulta: 28 de mayo de 2017

⁷⁸⁵ SÁNCHEZ MONTENEGRO, Elkin (2017: 9-10).

⁷⁸⁶ Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades, Quito (2017: Art. 1).

⁷⁸⁷ Normas Jurídicas en Discapacidad Ecuador, Consejo Nacional de Discapacidades (2014).

Orgánica de Discapacidades; el Reglamento de la Ley Orgánica de Discapacidades , la Convención sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad y las Comisiones provinciales de CONADIS. Esta información es tan general que muchos operarios no saben por dónde empezar para comprender dicha compilación de textos. Reconocen la importancia de esta recopilación pero que no ven utilidad funcional, en virtud de la carga laboral que un juez posee; además, dicha información dificulta despachar causas y sentencias con la agilidad que el mismo Consejo de la Judicatura exige, dejando claro que la materialización del acceso a la justicia se ve truncado por acciones administrativas ya que no es una prioridad para el sistema judicial la producción de sentencias debidamente motivadas, sino las estadísticas basadas en el principio de celeridad de la justicia.

Finalmente, se identifican diferentes estándares de acceso a la justicia para personas con discapacidad, como en la Agenda Nacional para la Igualdad en Discapacidades 2013-2017⁷⁸⁸, o en la información de las observaciones N°1 y N°2 de los Informes de la Convención para los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, donde se explica el estándar internacional, y el nivel de obligación, en las cuales todas son “*garantía*” sin embargo estas no son citadas por los jueces, debido a la carga procesal y la exigencia del principio de celeridad en el despacho de causas. Respecto a la Agenda Nacional para la Igualdad 2017-2021 es un documento que traza las políticas públicas a cumplirse en cuatro años. Han pasado tres agendas, 2013-2017⁷⁸⁹, 2017⁷⁹⁰ y ninguna se ha cumplido, tanto en el trabajo inter-institucional, ni en la implementación integral del acceso a la justicia de las personas con discapacidad, donde el texto es más un informe de promoción de los servicios que las personas con discapacidad pueden acceder, así como un informe de labores de las autoridades de turno, que en nada apoyan a operadores ni a funcionarios de justicia a garantizar el acceso a la justicia, así como tampoco la materialización de la protección jurídica y el goce de los derechos de las personas con discapacidad.

⁷⁸⁸ Agenda Nacional para la Igualdad en Discapacidades 2013-2017, Consejo Nacional de Discapacidad (2013).

⁷⁸⁹ Agenda Nacional para la Igualdad en Discapacidades 2013-2017, Consejo Nacional de Discapacidad (2013).

⁷⁹⁰ Agenda Nacional para la Igualdad en Discapacidades 2017-2021, Consejo Nacional de Discapacidad (2017).

En materia Civil, el texto para operarios de justicia en esta área, propone reconocer al modelo de interpretación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. El Manual de atención en derechos de la personas con discapacidad en la Función Judicial y sus Protocolos señala que el Código Civil reconoce la incapacidad relativa, en ciertas características como la edad, mas no en la discapacidad intelectual, haciendo referencia a esta discapacidad como “*dementes*”⁷⁹¹ que a pesar de haber sido reformado el código, únicamente en el artículo 126, la estructura mental de los jueces aun los consideran como tales y por ende incapacitados permanentes, porque así lo establece el mismo código, evadiendo la necesidad de evaluar cada situación con individualidad y las distintas formas de comunicación de las personas con este tipo de discapacidad. Con ello se comprueba que no se puede materializar el derecho al acceso a la justicia para personas con discapacidad intelectual o psicosocial, debido a la dificultad de superar ciertas barreras, como lo refiere por ejemplo el Libro Verde de la Accesibilidad en España⁷⁹², evidenciándose falta de herramientas procesales, o porque no es necesario valorar la integralidad del entorno por falta de elementos, además de la presión estadística de resolución de causas.

7.3.3. Manual de Atención de Derechos de Personas con Discapacidad en Fiscalía, peritos y oficinas técnicas

El Manual de Atención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Función Judicial explica, de forma general los puntos a consideración de los funcionarios de Fiscalía incluyendo fiscales y equipos de apoyo, así como los departamentos periciales y las distintas oficinas técnicas del Consejo de la Judicatura⁷⁹³.

De acuerdo a la Resolución 168-2013 del Consejo de la Judicatura, se reforma la estructura del Consejo de la Judicatura, creando procesos sustantivos y adjetivos que permiten aplicar las acciones procesales constitucionales dispuestas en la Constitución de la República del Ecuador de 2008 que incluye unidades de género y Derechos

⁷⁹¹ Consejo de la Judicatura, Manual de Atención en derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial, Quito (2015: 71-72).

⁷⁹² Libro Verde de la Accesibilidad en España. Diagnóstico de situación y bases para elaborar un plan integral de supresión de barreras. Madrid: Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales. (2002: 12).

⁷⁹³ Consejo de la Judicatura, Manual de Atención en derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial, Quito (2015: 72).

Humanos,⁷⁹⁴ en los cuales, se debe incorporar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Hasta la finalización de esta investigación, las unidades a cargo no desarrollaban tales manuales, así como tampoco los procedimientos de aplicación de las garantías establecidas en los mismos documentos de control de convencionalidad del CIDH respecto al acceso a la justicia a personas con discapacidad.

A falta de protocolos específicos, se revisaron los contenidos de los cursos de formación respecto a personas con discapacidad para funcionarios de Fiscalía General del Estado, departamentos periciales y oficinas Técnicas del Consejo de la Judicatura en los cuales, se encontraron varias tópicos. Partiendo que las funciones de la fiscalía son: “[...] Garantizar la intervención de la defensa de los imputados o procesados [...]”⁷⁹⁵ y “[...] organizar y dirigir el sistema de protección de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal [...]”⁷⁹⁶. Se observa que los contenidos son prácticamente los mismos que los de operarios de justicia, y la dificultad que poseen los fiscales al tener información muy básica en el Manual de Atención en Derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial⁷⁹⁷ donde quince folios dan sugerencias puntuales de comportamiento o de cómo abordar situaciones en las que participe una persona con discapacidad. La dificultad de traer a la práctica, tan interesantes sugerencias, se da específicamente al momento que los funcionarios de Fiscalía, aparte de estar sometidos a la presión estadística de mostrar la mayor cantidad de causas y acusaciones despachadas, son las condiciones de la realidad que no siempre concuerdan con la teoría del Manual. Me refiero específicamente al principio de no re-victimización⁷⁹⁸ y del acceso a mecanismos, medios o formas alternativas de comunicación visual, auditiva, sensorial u otras que permitan su inclusión en el proceso penal, con la posibilidad del acompañamiento de un intérprete de confianza⁷⁹⁹ es decir asegurándose que se le eliminan las barreras actitudinales, ambientales y se reconoce a la discapacidad con el modelo social de inclusión o de Derechos Humanos. Fiscalía cuenta con el sistema nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes en el proceso⁸⁰⁰. Sin embargo, el

⁷⁹⁴ Consejo de la Judicatura, Estatuto de gestión organizacional por procesos que incluye la cadena de valor, el mapa de procesos, la estructura orgánica y la estructura descriptiva. Anexo 2. Estructura Orgánica, Quito (2013: 3).

⁷⁹⁵ Código Orgánico de la Función Judicial (2009: Art. 282)

⁷⁹⁶ Código Orgánico de la Función Judicial (2009: Art. 282.9)

⁷⁹⁷ Consejo de la Judicatura, Manual de Atención en derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial, Quito (2015: 175-189)

⁷⁹⁸ Código Orgánico Integral Penal (2014: Art. 445)

⁷⁹⁹ Código Orgánico Integral Penal (2014: Art. 563).

⁸⁰⁰ Código Orgánico Integral Penal (2014: Art. 445)

mismo hecho de reconocer que las personas deben ser calificadas como personas con discapacidad, la fiscalía incurre en el proceso de re-victimización al momento de informar al resto de funcionarios y operarios de justicia sobre la condición de estos individuos, por el simple hecho de haber sido formados, desde los hogares y en instituciones de educación superior con el modelo asistencialista, inclusive, por optimización de economía procesal es más fácil llegar a un acuerdo con la familia para aplicar la interdicción y llegar a una conciliación entre las partes, de ser posible.

En tal virtud, las sugerencias de comportamiento o abordaje a situaciones que impliquen a personas con discapacidad, los funcionarios judiciales, de Fiscalía, departamentos periciales y oficinas técnicas poseen la información del enfoque social y el dominio actitudinal del enfoque asistencialista, donde se requiere no una evaluación sino un programa de formación y construcción de habilidades para la aplicación de los elementos del enfoque social de las discapacidades, sin tener la más mínima idea de cómo aplicar el modelo de apoyo de la capacidad jurídica.

7.3.4. Protocolos de acceso a la justicia para abogados: El acceso a la justicia de personas con discapacidad

El deber de un abogado es mantenerse actualizado respecto a la vigencia de normas, doctrinas y sentencias. Por esta manera, la academia tiene un rol fundamental, aparte del formar futuras generaciones de profesionales. Las prácticas profesionales de futuros abogados se realizan únicamente en dependencias autorizadas por el Consejo de la Judicatura⁸⁰¹. De igual manera, los protocolos son puestos a consideración de los abogados gracias al colegio nacional de abogados y colegios provinciales⁸⁰²; lamentablemente no se encontró protocolos de acceso a la justicia ni atención a personas con discapacidad, únicamente la literatura que el Consejo de la Judicatura posee en su aula virtual.

⁸⁰¹ Código Orgánico de la Función Judicial. Asamblea Nacional, Quito (2009: Art. 89).- Finalidades, Normas y Metodología Aplicable a las Evaluaciones.- El Consejo de la Judicatura determinará los objetivos, normas técnicas, métodos y procedimientos de las evaluaciones, de acuerdo a criterios cualitativos y cuantitativos que, sobre la base de parámetros técnicos, elaborará la Unidad de Recursos Humanos del Consejo de la Judicatura.

⁸⁰² Los colegios de abogados tienen dentro de sus estatutos la disposición de cursos de formación continua para profesionales del Derecho, cosa que aún no es articulada entre el Consejo de la Judicatura y estas dependencias.

Luego de observar los contenidos de los cursos sobre personas con discapacidades que la Escuela de la Función Judicial ofrece, se observa que existen textos sugeribles como Rutas para la Protección de Derechos de las Personas con Discapacidad⁸⁰³ que son propuestas concretas de aplicación, que buscan que se respeten las diversidades de las personas con discapacidad, se implemente la interpretación de la norma en la motivación de causas siempre y cuando exista una unidad de fiscalía o del propio Consejo de la Judicatura que así lo dispongan, caso contrario, sin coacción no será posible la interiorización de la implementación del acceso a la justicia y la protección jurídica de las personas con discapacidad.

De igual manera, esta investigación propone la elaboración de gacetas judiciales en esta materia, ya que ayudaría, en parte a la aplicación del acceso a la justicia para evitar caer en incumplimientos de disposiciones vinculantes de la corte constitucional. Por ejemplo, la Sentencia No. 0 133-16-SEP-CC de 2016⁸⁰⁴ en el cual por desconocimiento de la Ley Orgánica de Discapacidades el juez exige interdicción de una persona con discapacidad para que los familiares continúen con el trámite. El resultado como medida de reparación inmaterial de la Corte Constitucional fue disponer la sensibilización y capacitación de los jueces para conocer los protocolos para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Otro caso parecido, la sentencia 172-18-SEP-CC⁸⁰⁵, donde la madre de una persona con discapacidad del 84% es despedida bajo la disposición de compra de renuncia con indemnización, vulnerando el derecho al trabajo y el derecho de atención prioritaria. Como medidas de reparación se exigieron disculpas públicas, sanción para los operadores de justicia, y sensibilización de toda la institución pública donde trabajaba la madre de familia⁸⁰⁶. Así muchos casos más que ayudarían a

⁸⁰³ RIVADENEIRA GUJARRO, Giovanni (2018): Rutas para la Protección de Derechos de las Personas con Discapacidad. Quito

⁸⁰⁴ Sentencia Nro. 133-16-SEP-CC. Caso Nro. 1273-15-EP, Corte Constitucional del Ecuador, Guayas (2016). El señor José Luis Anchundia Sotomayor presentó Acción Extraordinaria de Protección en contra de la sentencia de mayoría, dictada el 14 de julio de 2015, por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro de la Acción de Protección Nro. 2015-00033, planteada por el accionante en contra del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, debido a que no le permiten importar un vehículo libre de impuestos, derecho de su hijo, donde el Juez exige credenciales de interdicción para poder realizar el trámite.

⁸⁰⁵ Sentencia 172-18-SEP-CC. Corte Constitucional del Ecuador, Santa Elena (2018). La señora Mónica Maritza Estrella Páez, por sus propios y personales derechos y los que representa de su hijo quien es una persona con discapacidad intelectual del 84%, presentó una Acción Extraordinaria de Protección en contra de la sentencia de 24 de octubre de 2013, dictada por los jueces integrantes de la Sala Única de la Corte Superior de Justicia de Santa Elena, en el recurso de apelación resolvieron denegar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia dictada por el juez de primera instancia, dentro de la Acción de Protección No. 277-2012 en primera instancia y No. 253-2012 en segunda instancia.

⁸⁰⁶ Sentencia 172-18-SEP-CC. (2018).

que los jueces y operarios interioricen la importancia del derecho constitucional del derecho a la igualdad. Incluirse por ejemplo, en esta misma línea del derecho al trabajo, lo resuelto en el caso VFC Vs. España por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, que determinó que España era responsable de haber infringido los derechos del peticionario, en virtud del derecho a la no discriminación en el mantenimiento o continuidad en el empleo. El hecho sucede cuando el peticionario, un guardia urbano de Barcelona, sufre un accidente de tránsito que le provoca una discapacidad motora permanente y que, un año más tarde de ese acontecimiento, es jubilado forzosamente y se le expulsa del cuerpo de policía local, lo que provoca se presente una solicitud al Ayuntamiento de Barcelona para que se le mantenga en actividad adaptada a su discapacidad, y que también se le retribuyera sus derechos a la seguridad social, que dejó de percibir durante el tiempo de su expulsión de la policía local.

Dentro de su reclamo VFC plantea la nulidad de un artículo del Reglamento de Segunda Actividad de la Guardia Urbana, que violaba sus derechos en favor de su retorno a la actividad laboral; en esa instancia del Juzgado Contencioso-Administrativo, logra se anule la resolución del Ayuntamiento; pero, éste a su vez apela ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y se revoca la sentencia; por tanto, se impide el pase a la segunda actividad laboral solicitada. El peticionario en uso de su derecho interpone recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, quien inadmite ese recurso; entonces, acude ante la Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, que considera que España es responsable por haber infringido los derechos del peticionario respecto de la no discriminación en el mantenimiento o continuidad del empleo; a la igualdad, a la no discriminación y a los ajustes razonables; pues, la Convención impone a los Estados partes la obligación general de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, incluyendo aquellos relacionados con el trabajo y el empleo, que tiene concordancia con el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a trabajar en igualdad de condiciones con las demás; salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que

adquieran una discapacidad durante el empleo, adaptando medidas pertinentes, a la continuidad y mantenimiento del empleo y retorno al mismo⁸⁰⁷.

En síntesis, el modelo de formación continua de la Escuela de Formación de la Función Judicial debe modificarse a cursos de profesionalización, reemplazando los cursos de sensibilización, además gestionar que dichos cursos posean la fuerza coercitiva para su cumplimiento. La norma está, las herramientas están, pero no existe aún materialización del acceso a la justicia en las áreas de esta investigación doctoral. Cabe indicar que han existido iniciativas que se podrían aplicar, tal es el caso del Protocolo para la Actuación con Personas con Discapacidad Intelectual en el Turno de Oficio elaborado en 2016 por el ICAM⁸⁰⁸. En el Ecuador los colegios de abogados aun no pueden articular iniciativas como esta debido al fraccionamiento de estas instituciones, además de la falta de vinculación directa con otras instituciones de la sociedad civil como ONG que atienden a personas con discapacidad.

7.3.5. Protocolo de uso de la fuerza pública de la Policía Nacional

La Policía Nacional, como institución regulada por el Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, como institución, aplica el Reglamento de Uso Legal, Adecuado y Proporcional de la Fuerza para la Policial Nacional del Ecuador; en él se incluye el criterio de *uso racional de la fuerza*⁸⁰⁹, en el cual únicamente hacen referencia a esa facultad del uso de la fuerza, con el fin de precautelar y mantener el orden público. Este reglamento no hace distinción de grupos prioritarios, sino únicamente de la aplicación y uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional en momentos de detención, convulsión social, desastres naturales u otros, excluyendo cómo actuar en casos en los que estén inmersas personas con movilidad reducida, discapacidad mental u otros tipos de discapacidad.

⁸⁰⁷ Caso VFC Vs. España. Dictamen aprobado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en virtud del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación (CRPD/C/20/D/34/2015) 21er. Período de sesiones (11 de marzo a 5 de abril de 2019)

⁸⁰⁸ Protocolo para la Actuación con Personas con Discapacidad Intelectual en el Turno de Oficio. Elaborado por los coordinadores del Área de Discapacidad y Dependencia de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (2016).

⁸⁰⁹ Reglamento de Uso Legal, Adecuado y Proporcional de la Fuerza para la Policial Nacional del Ecuador, Quito (2014: Arts. 1 - 2)

Según el Manual de Derechos Humanos para Servidoras y Servidores Públicos del Ministerio del Interior, publicado en 2012, expresa que las personas con discapacidad son un grupo prioritario que ha sufrido doble marginación; en lo institucional, debido a las limitaciones para integrarse por su discapacidad y, en lo social por la segregación y rechazo negándosele sus derechos⁸¹⁰. Es importante referir que este documento reconoce las diferencias en los conceptos de *deficiencia, discapacidad y minusvalía*⁸¹¹ es un texto informativo, más no aclara ni especifica el actuar de la Policía Nacional ni de las oficinas auxiliares de Ministerio del Interior.

Ya en 2018 la Policía Nacional y el Ministerio del Interior, publican la primera edición del Protocolo Policial para Detención o Aprehesión de Personas de Grupos de Atención Prioritaria y GLBTI. En él se plantean reglas claras y procedimientos debidamente establecidos para los procesos de detención de las personas con discapacidad, aplicando el derecho de igualdad como un parámetro de justicia, al dejar en claro que ser parte de un grupo de atención prioritaria no exime el respeto a la ley y el debido proceso.

Son dieciséis lineamientos de actuación en el protocolo de detención o aprehensión que se han establecido. Según el Director Provincial de Derechos Humanos de la Policía Nacional - Pichincha, entrevistado para esta investigación, explica que, de los puntos establecidos, únicamente dos de los dieciséis no se aplican en su totalidad en las ciudades grandes de país, debido a que después de la vigencia del protocolo, el país ha sufrido una profunda crisis económica, y luego las convulsiones de manifestaciones del mes de octubre de 2019, así como la crisis del COVID 2020, han obligado a replantear los programas de capacitación para todos los miembros de la Policía Nacional; sin embargo, cada unidad difunde, en la medida de sus posibilidades, la aplicación de los lineamientos⁸¹². Se puede observar en el análisis de la entrevista que la formación del cuerpo policial ha podido sensibilizar a la mayoría de sus miembros, teniendo como prueba, la realización de los partes policiales, permitiendo así el respeto a las personas de grupos de atención prioritaria, la cual se detalla en el siguiente cuadro. Veamos el siguiente cuadro en el que se explica cómo se actúa conforme ese protocolo:

⁸¹⁰ TRUJILLO, Omar; POVEDA, Jorge (2012: 81)

⁸¹¹ TRUJILLO, Omar; POVEDA, Jorge (2012: 82-83)

⁸¹² Dirección Provincial de Derechos Humanos de la Policía Nacional del Ecuador. (2020). Entrevista al Director Provincial de Derechos Humanos de la Policía Nacional, Quito. Entrevista desarrollada el 29 de junio de 2020.

LINEAMIENTOS DE ACTUACIÓN DEL PROTOCOLO PARA DETENCIÓN O APREHENSIÓN DE PERSONAS DE GRUPOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA Y GLBTI.	Se aplica	Observaciones
1. El presente protocolo es de USO OBLIGATORIO para todos los y las servidores/as policiales que intervengan en los procedimientos de detención o aprehensión de personas de Grupos de Atención Prioritaria y GLBTI.	SI	Se cumple por solidaridad y aplicación de cada Comandante de Unidad. Aún no existe una campaña de difusión hacia la comunidad, así mismo se ha replanteado el programa de capacitación a la Policía Nacional por falta de presupuesto y convulsión nacional
2. Todos los y las servidores/as policiales deberán coordinar con los operadores de la administración de justicia las acciones ejecutadas o a ejecutarse durante una detención o aprehensión, especialmente de personas pertenecientes a Grupos de Atención Prioritaria y GLBTI.	SI	Se informa qué detenido posee discapacidad y se solicitan las medidas necesarias, protocolos aun inexistentes
3. Todos los y las servidores/as policiales deberán precautelar la integridad física, psicológica, identidad de género y diversidad sexual, de las partes involucradas en procedimientos de detención o aprehensión.	SI	El término “ <i>deberán</i> ”, aun es condicional y no existe formación para identificación de los tipos y niveles de discapacidad
4. Todos los y los servidores/as policiales deberán hacer uso adecuado, progresivo y diferenciado de la fuerza considerando el nivel de resistencia que tenga la/el infractor/a o posible infractor/a conforme el “Reglamento de uso legal, adecuado y proporcional de la fuerza para la Policía Nacional del Ecuador”, en el cumplimiento de	SI	Se aplica el Reglamento de Uso Progresivo de la Fuerza a todo momento

sus funciones específicas y/o disposiciones legales de autoridad competente.		
5. Todos los y las servidores/as policiales, para registrar a una persona detenida o aprehendida, podrán de acuerdo a la circunstancia o nivel de riesgo, aplicar las diferentes técnicas conocidas de registro a personas.	SI	No se conocen aun las técnicas por parte de personal policial en su totalidad. Se aplica manual progresivo de fuerza, y se consulta su pertenencia a grupos de atención prioritaria, dejándose en constancia lo confirmado en el Parte Policial.
6. Todos los y las servidores/as policiales en cada uno de los procedimientos no deberán revictimizar a la víctima.	SI	Los procedimientos son claros y se aplican desde el 2012.
7. Todos los y las servidores/as policiales, en todos los procedimientos deberán adoptar las medidas de seguridad necesarias para precautelar la integridad de la víctima, victimario, de terceros y la suya propia.	SI	Se aplica y están sensibilizados. Se aplica el manual sobre el Reglamento de Uso Racional de la Fuerza
8. Todos los y las servidores/as policiales NO podrán mediar o conciliar conflictos de violencia entre la víctima y el presunto agresor/a ante el cometimiento de un delito.	SI	La Policía deja en firme lo sucedido en el parte policial. Posteriormente se lleva a los detenidos a la Unidad de Flagrancia y se pone a disposición de la autoridad competente
9. Todos los y las servidores/as policiales que tomen procedimiento con adolescentes, deberán tomar en cuenta el principio de supletoriedad y el interés superior del niño; y aplicar los procedimientos establecidos en el “Protocolo de actuación policial en casos relacionados a vulneración de derechos a Niños, Niñas y Adolescentes y Adolescentes infractores”.	SI	Se cumple parcialmente, aun el personal de la Policía se encuentra en etapa de sensibilización

<p>10. Todos los y las servidores/as policiales, de ser necesario solicitarán el asesoramiento o guía del personal del Departamento de Violencia Intrafamiliar de la Policía Nacional, en los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.</p>	<p>SI</p>	<p>Porque hay unidades especializadas de la Policía Nacional que se les localiza mediante sistema ECU911</p>
<p>11. Todos los y las servidores/as policiales deberán tomar en cuenta que, en casos flagrantes de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cuando deban aprehender al agresor/a o recuperar a la víctima/as, no se requerirá de orden de autoridad competente para el allanamiento.</p>	<p>SI</p>	<p>Se procede en cumplimiento de las diferentes normativas vigentes</p>
<p>12. Todos los y las servidores/as policiales, deberán dar cumplimiento a las decisiones legítimas de autoridad competente, incluyendo las disposiciones emitidas con firmas electrónicas previamente verificadas.</p>	<p>SI</p>	<p>Se cumple al 100%</p>
<p>13. Todos los y las servidores/as policiales deberán ejecutar boletas u órdenes judiciales emitidas por la autoridad competente.</p>	<p>SI</p>	<p>Se cumple al 100%</p>
<p>14. Todos los y las servidores/as policiales, en caso de encontrar indicios en el lugar de los hechos deberán realizar la fijación, embalaje, etiquetado, levantamiento y traslado de los indicios a los Centros de Acopio, con la respectiva documentación de inicio de cadena de custodia, adjuntando la misma al parte policial respectivo; (siempre y cuando no se disponga del servicio de Inspección Ocular Técnica).</p>	<p>SI</p>	<p>Los policías que se encuentran en un lugar con indicios o escena, llama a la unidad especializada o criminalística</p>

15. Todos los y las servidores/as policiales, registrarán en el parte policial la discapacidad de la persona aprehendida o detenida de la siguiente manera: a) cuando la persona con discapacidad presente el carnet, se registrará el tipo y porcentaje de discapacidad; b) cuando la persona refiera tener alguna discapacidad sin documento que lo respalde; y c) cuando la discapacidad sea evidente.	SI	Uno de los parámetros para la evaluación policial es el Registro de Novedades en los Partes.
16. Los responsables de la aplicación e implementación de este Protocolo están obligados a difundirlo, socializarlo e implementarlo, a fin de que se aplique los procedimientos policiales detallados a nivel nacional.	SI	Aún se encuentra en proceso de sensibilización y capacitación a personal de la Policía Nacional

Fuente: *Protocolo Policial para Detención a Personas de Grupos de Atención Prioritaria y GLBTI*

Elaborado por: El autor

En el mismo protocolo muestra la descripción según el desarrollo de casos, diferenciando los procedimientos según el grupo de atención prioritaria.⁸¹³ Para procedimientos para detención y aprehensión de personas con discapacidad, el protocolo posee elementos específicos como se muestra en el siguiente cuadro:

Procedimientos para detención y aprehensión de personas con discapacidad
1. Adoptará las medidas de seguridad previa a la intervención policial, valorando el nivel de riesgo del suceso, del entorno donde se llevará a efecto el procedimiento policial y del infractor/a o posible infractor/a con discapacidad identificando si usa algún tipo de ayuda técnica, de ser necesario se solicitará refuerzos. Se deberá advertir al infractor/a o posible infractor/a de no utilizar su dispositivo de apoyo como arma.
2. Ubicará e identificará a él o la infractor/a o posible infractor/a con discapacidad.
3. Reportará al SIS ECU 911 o a la Central de Gestión Operativa Policial CEGOP sobre la ejecución de la boleta de detención o la actuación de la infracción en flagrancia.

⁸¹³ Ministerio del Interior del Ecuador. Protocolo Policial para Detención o Aprehensión de Personas de Grupos de Atención Prioritaria y GLBTI. (2018: 30-58)

4. Dar a conocer con él o la infractor/a o presunto/a infractor/a para evitar resistencia en su detención o aprehensión, en caso de haber resistencia se hará uso progresivo o diferenciado de la fuerza, en proporción al nivel de resistencia y previniendo la posible discapacidad.
5. Solicitará y verificará los documentos de identificación de la persona infractora o presunta infractora con discapacidad, solicitando además el carnet de Personas con Discapacidad.
6. Dará a conocer a él o la infractor/a o posible infractor/a sobre los motivos de su detención o aprehensión.
7. Informará sobre los derechos constitucionales que le asisten al infractor/a o posible infractor/a.
8. Procederá al registro minucioso de la persona detenida o aprehendida que presente una discapacidad, de las ayudas técnicas, objetos y de las prendas que ésta lleva, antes de hacer uso de las esposas o candados de manos; si él o la infractor/a o presunta infractor/a opone resistencia, primero se colocará las esposas o candados de mano para luego proceder con el registro, en ambos casos el registro lo realizará una persona del mismo sexo del/a detenido/a o aprehendido/a, respetando su integridad física y psicológica; en caso de discapacidad visual se le informará verbalmente del registro a realizarse.
9. Protegerá el lugar de los hechos, acordonando el mismo y evitando que personas ajenas al procedimiento ingresen a la escena.
10. Manejará adecuadamente los indicios o evidencias de existir, respetando las debidas cadenas de custodia temporales o permanentes.
11. Trasladará al infractor/a o presunto/a infractor/a en automotores policiales que presten las condiciones adecuadas adoptando las respectivas medidas de seguridad; hasta la Unidad de Flagrancia o ante la autoridad competente respectiva. En caso de que exista un evento que amanece la integridad física de los y las servidores/as policiales o infractores/as o presuntos infractores/as, se la trasladará de manera inmediata con los medios disponibles.
12. Obtendrá el certificado médico de la condición de salud de él o la infractor/a o presunto infractor/a extendido por un profesional de la salud perteneciente a una casa de salud pública y en casos de no existir de un profesional de la salud privado. En el caso de que el infractor/a o presunto/a infractor/a requiera asistencia médica urgente, se lo trasladará a un centro de salud más cercano con la debida custodia policial.
13. Pondrá en conocimiento de la autoridad competente a través del Parte Policial de todo lo actuado durante la detención o aprehensión, incluyendo la descripción del estado de salud, tipo de discapacidad y género que posee la persona detenida o aprehendida.
14. Trasladará al infractor/a o presunto/a infractora al lugar que disponga la autoridad judicial competente, reportando al SIS ECU 911 o a la Central de Gestión Operativa Policial CEGOP. De existir problemas para cumplir con esta directriz deberá ser solucionado en coordinación con el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

Fuente: Protocolo policial para Detención de Personas de Grupos de Atención Prioritaria y GLBTI

Elaborado por: El autor

El protocolo policial de detención toma en consideración los ajustes razonables y el principio del apoyo de la persona de confianza establecido en el Art. 12 de la Convención: El punto Nro. 8 del procedimiento de detención, deja expresamente dispuesto la actuación, tomando en cuenta los tipos y niveles de discapacidad, aclarando los mecanismos que se realizan en el caso de que el detenido posea algún tipo de amputación de: *miembro superior que no posee prótesis; miembros superiores sin prótesis; amputación total de miembros inferiores sin prótesis; amputación de un solo miembro inferior sin prótesis; persona que usa muletas, bastón, andador o silla de ruedas*⁸¹⁴. Establece los pasos correspondientes a la Policía Nacional para trabajar coordinadamente con otras instancias del Ministerio del Interior, el Consejo de la Judicatura y la Fiscalía, dejando constancia los roles de la Policía. El punto Nro. 12 deja en constancia que la Policía verifica la condición del detenido respecto al tipo y nivel de discapacidad, mediante una revisión y posterior emisión de un certificado médico de la condición de salud. Finalmente, el punto Nro. 13 dispone informar a la autoridad competente, mediante el parte policial, todo lo actuado durante la detención, incluyendo el estado de salud, tipo de discapacidad y género de la persona detenida. Además de ello, a modo de nota, se expone la notificación de la detención a un familiar de la persona con discapacidad, los tipos de apoyo como el de intérpretes, o bajo colaboración del acompañamiento o la persona de confianza, aplicando los ajustes razonables⁸¹⁵. Para el cumplimiento de este protocolo, también se han determinado ciertas pautas, como ajustes razonables, en la intención de cumplir los derechos y a la vez ser garantistas de ellos:

⁸¹⁴ Ministerio del Interior del Ecuador. Protocolo Policial para Detención o Aprehesión de Personas de Grupos de Atención Prioritaria y GLBTI. Descripción del Protocolo (2018: Párr. 6.3)

⁸¹⁵ Ministerio del Interior del Ecuador (2018: Párr. 6.3)

Información del respeto a los ajustes razonables
<ul style="list-style-type: none"> • Se deberá poner en conocimiento de un familiar de la persona con discapacidad detenida o aprehendida los motivos de su detención o aprehensión.
<ul style="list-style-type: none"> • Todos los servidores policiales que realicen la detención o aprehensión de una persona cuyo idioma oficial no sea el español, serán responsables de comunicar sus derechos en un idioma que comprenda, por cualquier medio disponible y las razones de su detención o aprehensión; así también, en el caso de ser una persona extranjera se hará conocer al Consulado o Embajada correspondiente dentro del territorio nacional, en caso de no existir, a la más cercana dentro de la región dando a conocer lo actuado para su detención o aprehensión.
<ul style="list-style-type: none"> • Se deberá solicitar al SIS ECU 911 el tipo de refuerzo necesario para el caso de una persona infractora o presunta infractora que necesite de personal especializado en interpretación de lenguaje de señas, así como una fácil lectura y lenguaje sencillo acorde al tipo de discapacidad que se presente, o actuar bajo la colaboración de familiares cercanos.
<ul style="list-style-type: none"> • En el momento de la detención o aprehensión, si la persona infractora o presunta infractora manifestare ser menor de edad, se presumirá como verdadero hasta que se confirme la edad de la misma.
<ul style="list-style-type: none"> • En caso de que la persona infractora o presunta infractora con discapacidad sea adolescente, para legalizar la lectura de derechos se deberá contar con la presencia de un familiar o representante legal, en caso de no contar con alguno de éstos, se solicitará la presencia de un/a Defensor/a Público.
<ul style="list-style-type: none"> • En caso de que la persona infractora o presunta infractora con discapacidad sea adolescente será puesta a órdenes de la Fiscalía de Adolescentes Infractores, quién emitirá la orden para que sea evaluada por un médico, a fin de obtener el examen médico legal pertinente, para lo cual deberá estar presente un familiar, en caso de no contar con este, se solicitará la presencia del Defensor Público como veedor del proceso. De ser considerado como contravención su infracción será puesta a órdenes de la autoridad judicial competente.
<ul style="list-style-type: none"> • Cuando la persona con discapacidad detenida o aprehendida mientras permanezca bajo la custodia de los servidores policiales y requiera de atención médica urgente o de alguna medicina específica; informará y coordinará con el SIS ECU 911 la presencia de una ambulancia y de no existir lo trasladará a una casa de salud cercana, informando de lo actuado a la autoridad competente.
<ul style="list-style-type: none"> • Si el infractor/a o posible infractor/a se encuentra en estado de agresividad se deberán emplear tácticas y técnicas (que podrían ser ejecutadas por familiares o personas cercanas a la persona detenida o aprehendida) apropiadas de neutralización acorde a la discapacidad que se presente.

Fuente: Nota del Protocolo Policial de Detención a Personas con Discapacidad

Elaborado por: El autor

Se ha mostrado que existen grandes esfuerzos de la Policía Nacional para el acceso a la justicia y la seguridad jurídica de las personas con discapacidad. Según el entrevistado, en los años 2019 y 2020 se han realizado únicamente tres detenciones a personas con discapacidad a nivel nacional, y en las cuales, se cumplieron todos los parámetros establecidos de parte de la policía nacional; sin embargo, ni el entrevistado ni esta investigación encontró pruebas de protocolos en la Función Judicial, tanto por operarios de justicia como por funcionarios que existan protocolos que continúen el trabajo de la Policía Nacional, respecto a personas con discapacidad⁸¹⁶.

Se observa también, que el protocolo no hace mención a los procedimientos de detención de personas con algún tipo de discapacidad mental.

Por otra parte, llama la atención que el Consejo de la Judicatura, tampoco ha realizado un manual o directrices sobre el trato a las personas detenidas que posean algún tipo y nivel de discapacidad y, ni en el mismo protocolo no consta en los programas de formación 2020 de la Escuela Judicial del Consejo de la Judicatura⁸¹⁷, que se detalle a profundidad los procedimientos que la Función Judicial debería garantizar. La Escuela Superior de Policía, ESPOL, ha presentado la propuesta del Instructivo para el Uso de la Fuerza por la Policía de Ecuador en el marco de los Derechos Humanos⁸¹⁸, el mismo que ha sido publicado en febrero de 2020; sin embargo, a criterio de la Dirección Nacional de Derechos Humanos de la Policía Nacional, la institución no cuenta con presupuesto para la formación y difusión de esta necesaria herramienta, y hace una referencia inicial que permite seguir avanzando en la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

⁸¹⁶ Entrevista a Director Provincial de DDHH de la Policía Nacional del Ecuador-Pichincha (2020)

⁸¹⁷ Dicha página no consta ningún curso referente al acceso a la justicia ni procedimientos policiales o de uso progresivo de la fuerza a personas con Discapacidad (2020). En línea: <https://aulavirtual.funcionjudicial.gob.ec/course/index.php?categoryid=41> Fecha de consulta: 3 de marzo de 2020

⁸¹⁸ ARMAS, Gabriel (2020) En línea: <https://www.derechoecuador.com/uso-de-la-fuerza-por-la-policia-en-el-marco-de-los-derechos-humanos>. Fecha de consulta: 03 marzo 2020.

7.3.6. El tiempo de vigencia de las normas relacionadas al acceso de justicia de las personas con discapacidad

Otro aspecto que se ha observado respecto a la no materialización de los derechos de acceso a la justicia de las personas con discapacidad, tienen que ver con las barreras de interacción⁸¹⁹ entre cuerpos jurídicos debido a la vigencia de las normas relacionadas con personas con discapacidad.

Desde la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador, en 2008 todas las leyes orgánicas han debido modificarse. El cambio estructural de la Constitución de 2008 en referencia al cuerpo constitucional de la Constitución Política del Ecuador de 1998 tiene profundos cambios estructurales que serán analizados en una futura investigación.

Entre los cambios están la Ley Orgánica de Discapacidades de 2006, el Código Orgánico Integral Penal en 2014, el Código Orgánico de la Función Judicial en 2015, el Código Orgánico de General del Procesos 2015, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2009. Todos estos cuerpos jurídicos han tenido que aprobar sus respectivos reglamentos, donde muchos de los cuales, aún se encuentran en construcción y no han sido resueltos.

Por otra parte, desde el punto de vista de Tratado Internacionales, la creación de la Convención Internacional de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad en 2006 y sentencias vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hacen que las discapacidades generen normas enunciativas y que su aplicación se encuentre aún en construcción.

En tal virtud, la vigencia de las normas y su corto recorrido durante aproximadamente ocho años han rendido frutos para llevar a la realidad la igualdad material y formal de las persona con discapacidad. Sin embargo, las normas enunciativas son un paso al camino de la materialización de los derechos, siempre y cuando se mantenga la voluntad política y el respectivo goce de los derechos exigiendo que el Estado y su estructura así lo cumplan, en concordancia con las normas ya establecidas.

En resumen, este capítulo ha buscado explicar el acceso a la justicia tanto en materia civil como en materia penal para las personas con discapacidad mental o

⁸¹⁹ ARJONA, Gonzalo (2015: 88-89)

psicosocial. El concepto de tutela judicial efectiva es el acceso o el alcance jurídico que tiene una persona a la jurisdicción, de manera que se llegue al fondo y se solucione la Litis que presenta esa persona recurrente conforme a criterios razonables en términos jurídicos.

Es por lo que resulta de suma importancia el acceso que posee este término ya que el mismo descansa en la capacidad con la que se ha llegado a conformar, siendo la puerta de entrada hacia el sistema de tutela judicial y la resolución de los conflictos. De no existir una aplicación efectiva del acceso a la justicia como derecho, la exigibilidad del resto de derechos fundamentales reconocidos en la normativa constitucional y en el ordenamiento jurídico en general, no resultaría posible. Razón por la cual el acceso a la justicia representa un derecho fundamental que a la vez desempeña un rol protagónico en un sistema de administración de justicia democrático

La eliminación de barreras que impiden el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad dentro de los procesos judiciales, se adopten las salvaguardias necesarias, no solamente desde la legalidad de los actos, sino de las acciones de los operadores de justicia.

CONCLUSIONES

PRIMERA.-Esta investigación ha presentado información doctrinaria que demuestra que el Estado Ecuatoriano es signatario de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sin embargo, gran parte de las decisiones de las autoridades judiciales se fundamentan, ante todo, en la corriente positivista del Derecho, obviando las características ius-positivistas y post-positivistas establecidas en la Constitución, donde se priorizan los derechos fundamentales de los individuos tal como lo establecen los artículos 1 y 426 de la Constitución de la República del Ecuador, incumpléndose las disposiciones de la Convención y el Comité sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, vulnerando el derecho a la igualdad, el derecho fundamental a la legítima defensa, el principio de jerarquía de las normas en su marco legal nacional, con lo cual no se materializa el acceso a la justicia ni la protección jurídica a las personas con discapacidad.

SEGUNDA.- La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad expresa que la discapacidad es un concepto que evoluciona; sin embargo, la legislación ecuatoriana aún considera a la discapacidad como una condición médica, asistencialista y rehabilitadora; mas no es considerada como el resultado de la interacción entre actitudes de un entorno que no le favorece. Es por ello que las personas con discapacidad no son reconocidas como sujetos integrales de derechos. El Ecuador, a pesar de señalar y mediatizar la protección jurídica a las personas con discapacidad, visibiliza conflicto entre la Ley Orgánica de Discapacidades, las normas infra-constitucionales y hasta con la misma Constitución, por lo que la protección jurídica y el acceso a la justicia para personas con discapacidad es muy limitado y se realiza de forma asistencialista según la valoración médica o psicológica.

TERCERA.- Una vez revisada la evolución histórica de la protección jurídica a las personas con discapacidad, se observa discriminación, sea positiva o negativa, al no identificar de forma específica la aplicación del principio de igualdad material tal como explican normas como la Ley Orgánica de la Niñez y Adolescencia, ni formal como establece el COGEP. Se muestra que en el Ecuador aún persisten criterios aplicados en el Estado social de derechos, anterior a la vigente Constitución, en vez de aplicar los criterios del actual Estado constitucional de derechos y justicia. Es por ello que, a pesar

de los avances y evoluciones en materia de discapacidades, se evidencia el problema estructural que impide se garantice la igualdad entre todos los ciudadanos.

CUARTA.- A pesar que existen varios análisis y directrices del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, respecto del I Informe Nacional y, de los Informes Combinados II y III ante el Comité, que disponen la inmediata aplicación de los artículos 12 y 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que sugiere la adopción de todas las medidas para asegurar la realización de ajustes razonables. El Ecuador argumenta que se encuentra en procesos de reforma legal y construcción de políticas públicas en beneficio de las personas con discapacidad. Es decir, no cumple con lo establecido en la Convención ni aplica las directrices vinculantes que se producen por el control de convencionalidad, generando inseguridad jurídica por incumplimiento.

QUINTA.- La estructura de la Ley Orgánica de Discapacidades es enunciativa y asistencialista, su Reglamento está construido alrededor de aplicar acciones afirmativas y discriminaciones positivas. Así mismo se incluyen beneficios materiales por ley como: descuentos, reducción y exoneración en pago de servicios, etc. No obstante, la misma norma no presenta en su estructura contenido que aclare cómo aplicar el derecho al acceso a la justicia, ni los mecanismos procesales para el goce y ejercicio de los derechos, tales como los elementos de identificación e interpretación intersectorial entre las entidades públicas, para atender a las personas con discapacidad, impidiendo la materialización de los derechos establecidos en la Constitución del Ecuador y la Convención Internacional.

SEXTA.- La Convención y la Ley Orgánica de Discapacidades reconocen hasta cinco tipos de discapacidades. Sin embargo, la discapacidad mental o psicosocial es la que menor atención ha tenido en la construcción de políticas públicas, tanto en las áreas: social, económica, tributaria, etc. y, ante todo, en acceso a la justicia. Los servicios y el acceso a la justicia de personas con discapacidad mental o psicosocial exige ser representadas por terceros, mediante interdicciones y procuraciones, sin considerar el derecho de la persona con discapacidad como tal, sino la legalidad y validez del acto del peticionario, comprobando que la interdicción es una representación que no demuestra el interés real, incumpliendo el derecho a la igualdad material al confundir discapacidad con incapacidad. Cuando lo sugerido por la Convención es la disposición relativa a la implementación y aplicación de salvaguardias que aseguren 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 y que las salvaguardias sean adecuadas al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

SÉPTIMA.- Las personas con discapacidad psicosocial en el Ecuador son expuestas permanentemente a la indefensión, dificultando su acceso a la justicia, debido a la visión médico asistencialista que permite a los apoderados actuar bajo su propio interés, ya que los jueces o autoridades judiciales determinan interdicción, sustentando su decisión únicamente en un informe médico sin un previo análisis integral del entorno de las personas con esa discapacidad. La interdicción no implica la cesión de los derechos fundamentales, sino sólo la administración de bienes o acciones del interdicto y eso, lamentablemente, me refiero a la declaratoria de interdicción, es lo que prima como una regla, y no como la excepción de la norma. Ecuador no posee una unidad judicial o gubernamental que realice seguimiento a víctimas, o cumplimiento del goce y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, ni tampoco estadísticas oficiales del número de interdicciones asignadas.

OCTAVA.- Una vez revisada la doctrina de los tipos de discapacidad, entre ellas, la psicosocial, se explica que la protección jurídica a las personas con discapacidad, prioriza a los objetos del derecho y no a los sujetos portadores de los derechos. Considerando que la discapacidad no es una enfermedad sino una condición, puede constituirse en un limitante de incapacidad; debe persistir el principio de igualdad formal y material que todo ser humano debe tener dentro y ante el marco legal. La estructura jurídica ecuatoriana, a pesar de ser en teoría neo-constitucionalista, en la práctica aún posee un alto componente positivista que considera las normas por encima de los derechos humanos y el bloque constitucional, que no accede a la interpretación de los jueces por el simple hecho de la composición de la sociedad, lo cual fue visibilizado en la información recopilada en este trabajo.

NOVENA.- El desconocimiento de los tipos de discapacidad por parte de jueces y operarios de justicia, es un problema estructural. Las capacitaciones del Consejo de la Judicatura no son siquiera meritocráticas, porque considera que la aprobación de un curso válido por cierto número de horas académicas, no sirve como requisito para evaluación

de gestión de resultados. Al revisar el contenido de los cursos de sensibilización sobre los derechos de las personas con discapacidad, se observa que tiene información descriptiva y basada en el modelo médico. Se constata también que no posee contenido con directrices, parámetros y procedimientos específicos para el acceso a la justicia. De igual manera no se incluyen las medidas de acceso a intérpretes especializados en lenguaje de señas, por ejemplo, u otros mecanismos alternativos y aumentativos de comunicación, evitando los ajustes razonables, -entendiendo éstos como aquellas modificaciones, adaptaciones que deban hacer los Estados a fin de generar medidas y oportunidades que garanticen a las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos- en igualdad de condiciones debido a limitaciones presupuestarias que posee la función judicial. Asimismo, la formación no erradica el criterio subjetivo por presunciones o etiquetamientos sociales para analizar con objetividad los hechos fácticos.

DÉCIMA.- Esta investigación comprobó que para determinar interdicción se desconocen las manifestaciones que posee cada tipo de discapacidad. Tampoco se toman en consideración los ajustes razonables establecidos en la Convención y en el Manual de Atención en Derechos de Personas con Discapacidad de la Función Judicial del Ecuador, debido a que el juez aprueba la totalidad de la petición de tutela en interdicción del peticionario, sin realizar previamente un análisis integral o una evaluación de cuestiones básicas para comprobar si el pedido busca proteger la integridad de la persona con discapacidad antes de ordenar las medidas de interdicción, lo cual atenta contra el debido proceso y la defensa de las personas interdictadas. De las medidas de interdicción revisadas no se encontró que existan ajustes razonables a las peticiones de interdicción, todas fueron aprobadas en la totalidad de lo solicitado.

DECIMOPRIMERA.- Ecuador posee políticas públicas para personas con discapacidad a partir de 1992, éstas poseen características propias del modelo o enfoque médico, sustentado en el criterio asistencialista de discriminación positiva, acciones afirmativas y discriminación negativa que únicamente se acceden previa valoración y basado en versiones de pericias médicas. Al analizar la estructura del Estado ecuatoriano, no se encuentra una institución creada o asignada que realice estadísticas oficiales de seguimiento y cumpla disposiciones de acompañamiento a los sujetos de derecho que conozcan de características específicas de discapacidades, como se sugiere inclusive que la familia desempeñe un papel primordial en la medida en que en el seno de ésta se desarrollan los apoyos naturales que contribuyen a facilitar las herramientas e

instrumentos que sirven de apoyo para mejorar su calidad de vida y autodeterminación. Se necesita, pues, que se articule un sistema nacional de apoyos destinados a aquellas personas que tengan limitada esa autonomía que le impida tomar decisiones y pueda manifestar sus preferencias sobre la atención integral, igualdad de oportunidades y participación activa. Ante ello, se reafirma que las políticas públicas nacionales son enunciativas y no materializan los derechos de inclusión de las personas con Discapacidad.

DECIMOSEGUNDA.- En los Informes Nacionales de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ecuador reconoce que ha asumido compromisos internacionales sobre políticas públicas para las personas con Discapacidad, y ha sido felicitado por las muy buenas iniciativas presentadas. Sin embargo, para la ejecución de las políticas públicas, se ha corroborado, mediante el análisis de los programas de asistencia que tiene el Estado y los programas de capacitación del Consejo de la Judicatura, que no garantiza el acceso a la justicia. Inclusive, el servicio de atención en derecho que estaba establecido en el Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades fue suprimido a propósito de que la Ley de Discapacidades ya contempla a la Defensoría del Pueblo para su defensa, organismo que no es de patrocinio general ni sancionatorio, conforme su normativa.

DECIMOTERCERA.- Mediante el análisis de la encuesta de interiorización de condiciones de Discapacidad, realizado por la UC-2019, se comprobó que autoridades y en especial funcionarios u operadoras de justicia, no conciben que las personas con discapacidad participen como testigos o partes procesales en acciones penales, civiles o administrativas, apoyados con medios tradicionales y alternativos de comunicación y/o a través de la aplicación de ajustes razonables, que sean apropiados y necesarios, y justifique actuar para la defensa de los derechos y otros actos judiciales de las personas con discapacidad, a pesar de ser una obligación fundada en el debido proceso y el derecho a la defensa y que no puede ser justificada por falta de recursos humanos, económicos, técnicos o administrativos.

DECIMOCUARTA.- En la norma civil ecuatoriana, a la capacidad jurídica y a la capacidad de obrar, no se describen conforme lo realiza la Convención; sino que lo hace en el sentido de que todas las personas son capaces, con la excepción del que es incapaz cuando así sea declarada. Esta declaratoria consiste en comprender o no ciertas acciones, o que no le permitan a las personas percibir las consecuencias de sus actos y que pueden

derivar en actos jurídicos que generen derechos u obligaciones. Es así como considerada la capacidad jurídica, ésta puede sufrir modificaciones como sucede con la práctica de la interdicción, lo que genera entonces la incapacidad y, conforme la ley civil, no permite otra forma de representación en favor de las personas con discapacidad psicosocial y, ello es lo que propone esta investigación, expulsar del ordenamiento jurídico esta institución anacrónica, en contraposición de implementar el respeto a las preferencias y voluntad de la persona con discapacidad; a su autodeterminación; que ejerza el poder de decisión sobre su propia existencia, a través de la implementación de un sistema de respeto a las preferencias y voluntad, libres de influencias externas o interferencias hacia el ejercicio de sus derechos. Se impone por tanto, la adopción e implementación de salvaguardias adecuadas y efectivas, con las que se asegurará que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica y consecuentemente la capacidad de obrar, se cumplan y se respeten los derechos

DECIMOQUINTA.- Al analizar los cuatro protocolos de atención a personas con discapacidad para acceso a la justicia, éstos proponen aplicar la axiología de la Constitución del Ecuador, Ley Orgánica de Discapacidades, sus reglamentos y demás normativa relacionada para la implementación de políticas públicas de igualdad material y protección jurídica de las personas con discapacidad. Se observa que Ecuador ha optado por la aplicación del modelo de derechos humanos, para sustituir el discontinuado modelo asistencialista. Estos textos de apoyo, han sido publicados hasta antes del 2018 y a partir de ese año no ha habido siquiera en el Ecuador campaña alguna, de difusión de los instrumentos de sensibilización y aplicación de procedimientos publicados, dejando constancia que el acceso a la justicia no posee elementos que cumplan con la igualdad material exigida en la Constitución, empezando por el desconocimiento de su existencia.

DECIMOSEXTA.- La Policía Nacional es la única institución en el Ecuador que posee protocolos aprobados por la autoridad rectora para acceso a la justicia de las personas con discapacidad, uno de ellos, por ejemplo, es el Protocolo Policial para Detención o Aprehensión de Personas de Grupos de Atención Prioritaria y GLBTI en vigencia desde 2018, año desde el cual apenas se han aplicado en tres procedimientos policiales, debido a que éste y los demás protocolos no son conocidos en su totalidad por la gran mayoría de miembros de la Policía Nacional, ni tampoco son socializados por el Consejo de la Judicatura, ni otros entes de la sociedad civil ecuatoriana. Todo ello pone de manifiesto que las normas aun no poseen procedimientos establecidos y claros que se puedan

coordinar entre las distintas instituciones públicas que poseen en sus competencias el acceso a la justicia o la protección jurídica de las personas con discapacidad en el Ecuador.

DECIMOSÉPTIMA.- El Estado Ecuatoriano aún carece de un procedimiento integral que tome en cuenta las acciones inter-institucionales, así como mecanismos de verificación y evaluación del mismo, que pueda evaluar y presentar resultados medibles sobre el acceso a la justicia y la protección jurídica de las personas con discapacidad, aplicando en su totalidad lo que la Constitución considera igualdad material y formal entre todos en el territorio ecuatoriano. Esta investigación ha planteado la transición del Modelo Médico-asistencialista al Modelo de Derechos Humanos y de Diversidad Funcional. Se proponen directrices para la creación del resto de procedimientos institucionales que sean los elementos de un plan integral. Dentro de las directrices se toman en cuenta la capacidad jurídica como lo establece la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, las barreras, los ajustes razonables, el acompañamiento de la persona de confianza y la construcción del sistema de apoyos y salvaguardias.

DECIMOCTAVA.- Esta investigación expone las formas de aplicar acciones adjetivas para profundizar la implementación del modelo de Derechos Humanos. Mediante el protocolo para abogados para la protección jurídica y acceso a la justicia de personas con discapacidad; y, el protocolo para abogados en atención a personas con discapacidad intelectual o psicosocial en el Derecho Penal y Derecho Civil. Este estudio considera oportuno que el sistema de apoyos y salvaguardas busca que se apliquen como procedimiento el respeto a las preferencias y voluntad de las personas con discapacidad, materializarían los mecanismos o garantías adecuadas y efectivas para el reconocimiento pleno de la igualdad jurídica y del derecho, a fin de evitar que las personas con discapacidad continúen sufriendo de influencias indebidas, en perjuicio de sus intereses de vida. La implementación de estos mecanismos estarán sustentados en el respeto a los derechos, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, planteadas de conformidad a las circunstancias de cada persona, adaptadas en plazos lo más cortos posibles y examinados por autoridades competentes, independientes, objetivas e imparciales.

DECIMONOVENA.- La población ecuatoriana reconoce, de forma parcial, los derechos de las personas con discapacidad y su finalidad de igualdad material; sin embargo, las

instituciones públicas aun no ajustan sus procedimientos para que se cumpla lo establecido en la Constitución o la Ley Orgánica de Discapacidades. Esta investigación considera que la igualdad material y la protección jurídica no es únicamente responsabilidad del Estado, sino de las exigencias y acciones coordinadas de los peticionarios y la misma sociedad civil. La acción colectiva de la protección jurídica de las personas con discapacidad en el Ecuador, posee todos los elementos para la supervisión y control civil de las políticas públicas. Ahora depende de las coordinaciones entre instituciones de la sociedad civil, sus peticiones y las disposiciones legales que emanen de dichos pedidos.

ANEXO 1

PROTOCOLO PARA ABOGADOS EN ATENCIÓN A PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL O MENTAL (PSICOSOCIAL) EN EL DERECHO CIVIL Y DERECHO PENAL.

Objeto:

Partiendo del Protocolo para la Actuación con Personas con Discapacidad Intelectual en el Turno de Oficio, elaborado por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid – ICAM, se ha planteado una propuesta adecuada de Protocolo para abogados en atención a personas con discapacidad intelectual o psicosocial en materia de derecho civil y derecho penal en el Ecuador. Dicha propuesta busca seguir el ejemplo de inclusión y acceso a la justicia para las personas con discapacidad. El protocolo respeta la autoría del ICAM y aplaude el trabajo realizado por esta institución.

A través de este documento, se pretende dotar de herramientas a los profesionales del derecho y a la población en general, para que pueda identificar los distintos tipos de discapacidades y, la forma cómo deben de actuar frente a la condición de esa persona con discapacidad y la situación o necesidades que se presentan en los diferentes actos judiciales.

Qué entendemos por discapacidad:

La discapacidad, conforme lo establece la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se entiende como *“(...) un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*

De la misma forma la Ley Orgánica de Discapacidades, establece que persona con discapacidad es toda aquella que, *“(...) como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que la hubiera originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, ...”*

A. DISCAPACIDAD INTELECTUAL O PSICOSOCIAL

Discapacidad Intelectual:

Se caracteriza por limitaciones moderadas o graves tanto en funcionamiento intelectual (razonamiento, planificación, solución de problemas, pensamiento abstracto, comprensión de ideas complejas, aprender con rapidez y de la experiencia), como en conducta adaptativa (conceptuales, sociales y prácticas), que se han aprendido y se practican por las personas en su vida cotidiana. Esta discapacidad aparece antes de los 18 años.

Discapacidad Mental (Psicosocial):

Deterioro de la funcionalidad y el comportamiento de una persona que es portadora de una disfunción mental y que es directamente proporcional a la severidad y cronicidad de dicha disfunción.

Derivado del enfoque de derechos humanos, recientemente ha surgido el término discapacidad psicosocial, que se define como restricción causada por el entorno social y centrada en una deficiencia temporal o permanente de la psique debida a la falta de diagnóstico oportuno y tratamiento adecuado de las siguientes disfunciones mentales: depresión mayor, trastorno bipolar, trastorno límite de la personalidad, trastorno obsesivo compulsivo, trastorno de ansiedad, trastornos generalizados del desarrollo (autismo y Asperger), trastorno por déficit de atención con hiperactividad, trastorno de pánico con estrés post-traumático, trastorno fronterizo, esquizofrenia, trastorno esquizoafectivo, trastornos alimentarios (anorexia y bulimia) y trastorno dual (que es una de estas disfunciones pero con una o más adicciones).⁸²⁰

Tipos de discapacidad

En el Ecuador, conforme el Manual de Calificación de la Discapacidad 2018, se define a la discapacidad, conforme los siguientes tipos:

⁸²⁰ *Manual de atención en Derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial*. Consejo de la Judicatura, Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades, Quito (2015: 211)

Discapacidad auditiva	Son las deficiencias, limitaciones y restricciones funcionales y/o estructurales, irreversibles e irrecuperables de la percepción de los sonidos externos, debido a la pérdida de la capacidad auditiva parcial (hipoacusia) o total (cofosis), de uno o ambos oídos.
Discapacidad de lenguaje	Son las deficiencias, limitaciones y restricciones funcionales y/o estructurales, irreversibles e irrecuperables del lenguaje, expresión verbal, causada por alteraciones, anomalías, perturbaciones o trastornos que dificultan de manera persistente permanente e irreversible la comunicación y la interrelación; afectando no solo a aspectos lingüísticos (fonológicos, sintácticos, pragmáticos o semánticos), tanto en el nivel de comprensión/decodificación como de expresión/codificación, interfiriendo en las relaciones y rendimiento escolar, social y familiar de los individuos afectados. La cual no está asociada a discapacidad intelectual moderada, grave o profunda.
Discapacidad física	Son las deficiencias, limitaciones y restricciones funcionales y/o estructurales, irreversibles e irrecuperables de las alteraciones neuromusculoesquelética o de órganos internos, que se traducen en limitaciones posturales, de desplazamiento o de coordinación del movimiento, fuerza reducida, dificultad con la motricidad fina o gruesa. Implica movilidad reducida y complejidad para la realización de ciertas actividades de la vida diaria y/o autocuidado.
Discapacidad intelectual	Se caracteriza por limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual y en la conducta adaptativa, expresada en las habilidades adaptativas, conceptuales, sociales y prácticas. La discapacidad se origina y manifiesta antes de los 18 años.
Discapacidad múltiple	Es la presencia de dos o más discapacidades: auditiva, visual, física, lenguaje, intelectual y/o psicosocial que generan deficiencias, limitaciones y restricciones funcionales y/o estructurales, irreversibles e irrecuperables en varios sistemas del organismo humano.
Discapacidad psicosocial	Un trastorno mental es un síndrome caracterizado por una alteración clínicamente significativa del estado cognitivo, la regulación emocional o el comportamiento de un individuo, que refleja una disfunción de los procesos psicológicos, biológicos o del desarrollo que subyacen en su función mental.

	<p>Habitualmente los trastornos mentales van asociados a un estrés significativo o una discapacidad, ya sea social, laboral o de otras actividades importantes.</p> <p>Una respuesta predecible o culturalmente aceptable ante un estrés usual o una pérdida, tal como la muerte de un ser querido, no constituye un trastorno mental. Un comportamiento socialmente anómalo (ya sea político, religioso o sexual) y los conflictos existentes principalmente entre el individuo y la sociedad, no son trastornos mentales salvo que la anomalía o el conflicto sean el resultado de una disfunción del individuo, como las descritas anteriormente.</p>
Discapacidad visual	<p>Engloba las deficiencias, limitaciones y restricciones funcionales y/o estructurales, irreversibles e irrecuperables en el sistema de la visión, las estructuras y funciones asociadas con el sentido visual. Es una alteración de la agudeza visual, campo visual, motilidad ocular, visión de los colores y profundidad.</p>

Fuente: *Calificación de la Discapacidad. Manual 2018*, Ministerio de Salud Pública, Quito (2018)

Para la calificación de la discapacidad se ha adoptado un clasificador de discapacidad según su gravedad. Ha tomado en cuenta la escala genérica de la CIF, las clases de discapacidad establecidas en el instrumento Valoración de las Situaciones de Minusvalía (VM) y los grados de discapacidad descritos en el Reglamento para la calificación, recalificación y acreditación de personas con discapacidad o con deficiencia o condición discapacitante.

Escala genérica de gravedad de discapacidad de la OMS

Para entender mejor los diferentes tipos de discapacidad, observemos la siguiente tabla, que nos permitirá tener una mejor comprensión de este tema, donde se describen:

Discapacidad	Definición
Ninguna discapacidad	Persona con deficiencia permanente que ha sido diagnosticada y tratada adecuadamente, que no presenta dificultad en la capacidad para realizar las actividades de la vida diaria y supera sin dificultad las barreras del entorno.
Discapacidad leve	Síntomas, signos o secuelas de deficiencias permanentes y que tiene alguna dificultad para llevar a cabo actividades de la vida diaria, sin embargo, la persona es muy independiente, no requiere apoyo de terceros y puede superar barreras del entorno.
Discapacidad moderada	Síntomas, signos o secuelas de deficiencias permanentes y que presenta disminución importante de la capacidad de la persona para realizar algunas de las actividades de la vida diaria, siendo independiente en las actividades de autocuidado y supera con dificultad algunas barreras del entorno.
Discapacidad grave	Síntomas, signos o secuelas de deficiencias permanentes causan una disminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar la mayoría de las actividades de la vida diaria, llegando incluso a requerir apoyo para algunas labores básicas de autocuidado y supera con dificultad solo algunas barreras del entorno.
Discapacidad muy grave	Síntomas, signos o secuelas de deficiencias permanentes que afectan gravemente e imposibilitan la realización de las actividades cotidianas, requerimiento del apoyo o cuidados de una tercera persona y no logra superar las barreras del entorno.
Discapacidad completa	Síntomas, signos o secuelas de deficiencias permanentes que afectan a la persona en su totalidad e imposibilitan la realización de las actividades cotidianas, requerimiento del apoyo o cuidados de una tercera persona y no logra superar las barreras del entorno.

Fuente: *Calificación de la Discapacidad. Manual 2018*, Ministerio de Salud Pública, Quito (2018)

B. CÓMO SABER SI UNA PERSONA TIENE DISCAPACIDAD INTELECTUAL

B.1. Reconocimiento Oficial de discapacidad mediante Carné de Discapacidad.-

Este documento es entregado por el Ministerio de Salud Pública, en él se certifica que la persona ha sido examinada y evaluada por un médico de la red de salud pública y ha cumplido con todos los parámetros para su calificación. El carné es un documento habilitante que incluye nombre y apellidos, número de cédula de identidad, tipo, grado y nivel de discapacidad. Sirve para acceder a beneficios de ley, entre ellos la exoneración de impuestos, salvaguardias, acceso a instrumentos de apoyo; prioridad en trámites y servicios.

B.2. Reconocimiento de Discapacidad NO OFICIAL o por motivación.-

No todas las personas con discapacidad intelectual han sido calificadas y registradas como tales en el sistema nacional de discapacidades, a pesar de no ser excluidas de los derechos que amparan a las personas con discapacidad, es mucho más difícil comprobar y exigir sus derechos como parte de personas del grupo de atención prioritaria en el acceso a la justicia.

La Discapacidad intelectual no siempre puede ser reconocida únicamente fijándose en el aspecto físico. No todas las discapacidades intelectuales muestran características físicas visibles.

Se puede reconocer no oficialmente la discapacidad intelectual de las siguientes formas:

- **La conducta de la observación sin discriminación.** Es la más importante en el protocolo, pues el abogado debe siempre presentar la POSTURA DE PRUDENCIA Y OBSERVACIÓN DEL LENGUAJE CORPORAL, LENGUAJE VERBAL, EVITANDO LAS CATEGORIZACIÓN O ANTICIPARSE SIN PREVIA COMPROBACIÓN.

- **Certificados médicos derivados de centros de salud o públicos o privados.**
- **Historias clínicas de diagnósticos de entidades psiquiátricas.**
- **Otros informes especiales.** Hay que consultar a la persona si posee algún parte policial, informe o disposición judicial anterior. Dentro de otros informes podrían servir recibos y asignaciones preferenciales que consten que la persona posee discapacidad.

- **Preguntando a la persona si posee algún tipo de discapacidad.**

Preguntar sobre temas cotidianos y básicos de su vida nos dará información relevante, preguntas sencillas y neutras como: *su edad, dónde vive, dónde trabaja, cuánto tarda en llegar a su lugar de trabajo o con quién vive*, son el punto inicial para identificar si existe discapacidad intelectual.

Según el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, ICAM, se debe tomar en cuenta que, gran parte de la población con discapacidad intelectual posee el coeficiente intelectual entre 60% - 70% cuando el individuo promedio es de 100%. Eso quiere decir que el 85% de las personas con discapacidad, o mejor dicho, 9 de cada 10, presentan limitaciones muy ligeras que no permiten la detección de la discapacidad.

En las preguntas básicas se debe tomar en consideración:

- *Pensamiento enlentecido.* O demora en procesar, entender y responder lo que se le pregunta.
- *Limitaciones en la expresión y comprensión del lenguaje.* Las dificultades que posee para coordinar las palabras, poder hablar y su esfuerzo para expresarse
- *Habilidad reducida para entender información nueva y compleja.* Se observa la destreza para comprender sobre temas nuevos fuera del entorno regular, por ejemplo la situación del país o el nombre de una autoridad.
- *Elevada deseabilidad social.* Gran parte de las personas con discapacidad intelectual poseen la necesidad o voluntad de agradar con quien están hablando o gente de su entorno, en especial a las personas que no tienen esta discapacidad.
- *Tendencia a responder de manera en la misma dirección en la que estaba formulada la pregunta,* simplemente confirmando o rechazando lo que en ella se sugiere.
- *Carencia de pensamiento abstracto.* La estructura de pensar de las personas con discapacidad intelectual se forma por pensamientos muy concretos; es decir, presentan dificultades para pensar sobre elementos ajenos a su experiencia. Expresan sólo lo que han experimentado y no existen supuestos o escenarios ficticios.
- *Proporcionan menos detalles cuando se les pide un relato libre.* Sus respuestas son concretas.

- *Mayor dificultad para describir un hecho en un tiempo y un espacio determinado*, sus respuestas son concretas, se remiten a contar el hecho y no los detalles.
- *Dificultad para manejarse de forma independiente*. Buscan a una persona de confianza con quienes se sienten seguros. A pesar de ser mayoritariamente sociables, requieren de alguien conocido para estar tranquilos.

HAY QUE TOMAR EN CONSIDERACIÓN, QUE LOS COMPORTAMIENTOS ARRIBA MENCIONADOS NO SON ÚNICOS Y ESPECÍFICOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. LAS MISMAS MANIFESTACIONES POR EJEMPLO, PODRÍA PRESENTAR UNA PERSONAS CON DEMENCIA O BAJO EFECTOS DE SUSTANCIAS TÓXICAS O PSICOTROPICAS.

D) PARTICULARIDADES DE LA ENTREVISTA RESERVADA

Para precautelar el principio de no re-victimización, por la integridad de las personas con discapacidad, se sugiere que exista una entrevista reservada que permita a los abogados comprender de primera mano la situación que se encuentra la persona con discapacidad intelectual.

En España, Australia, Estados Unidos y Estonia, se comprueba mediante sus protocolos que, las particularidades más frecuentes, las narraciones de una persona con discapacidad, contienen:

- **Las contradicciones.** Es común encontrar alguna o algunas formas de contradicción en los testimonios o narrativas de las personas con discapacidad intelectual. Ante este antecedente, el abogado debe evitar la premisa que la persona está mintiendo o que su testimonio es inválido.

- **Los silencios.** La narración de las personas con discapacidad posee estructura propia donde se usa habitualmente silencios o amplias pausas entre idea e idea y sus exposiciones son más lentas, donde el silencio es un elemento conector entre las ideas. El abogado debe estar al tanto de dichos silencios y prestar el espacio adecuado para que no se pierda información importante que podría ser relevante. El abogado debe evitar corregir o completar las frases de la persona. Por ello, si no se respetan los tiempos y silencios, se perdería en gran parte de la información que conoce la persona y se afectaría en su susceptibilidad.

• **El ritmo.** Como ya se ha dicho, los tiempos en una conversación con una persona con discapacidad intelectual son diferentes. El abogado debe considerar que después de cada pregunta formulada, es muy normal que la persona tarde más de lo acostumbrado en personas que no poseen discapacidad intelectual, es necesario tener paciencia porque la elaboración de la respuesta de la persona lleva más tiempo de lo regular y se debe evitar la interrupción. El tiempo entre pregunta y pregunta debe ser más extenso porque dentro de las pausas de respuesta, puede que la persona desee incluir más elementos o información de lo esperado.

• **La confusión.** En la mayoría de veces la forma de comunicarse de una persona con discapacidad es confusa, hay que entender que es otra estructura de pensamiento a la habitual, es la misma sensación que hablar otro idioma al materno. Es deber del abogado consultar a sus clientes en forma sencilla si todo está claro y si las preguntas se han entendido. En el caso de las personas con discapacidad intelectual se debe seguir el mismo procedimiento, es necesario realizar las mismas preguntas si no ha entendido algo, sin tener temor de preguntar las veces necesarias hasta que la persona entienda con claridad el mensaje que el abogado busca, eso sí, sin hacer responsable a la persona de forma directa o indirecta sobre la posible incomprensión. Por el contrario, en el caso que no se entienda una pregunta, el abogado debe hacerse responsable de esa falta de entendimiento: “perdón no entendí bien”, ¿podría repetir lo que ha dicho?”, “ya me confundí”

• **La inseguridad.** Puede llevarles, ante una inadecuada actitud por parte del Letrado o por una mala formulación de las preguntas, a contestar bajo la influencia de la deseabilidad social y la aquiescencia.

• **La deseabilidad social.** Presente en casi todas las personas con DI, se refiere a la tendencia a responder exclusivamente para contentar al entrevistador, independientemente de si la respuesta es veraz o falsa.

• **El consentimiento.** Es la tendencia a responder que “sí”, en la misma línea que esté formulada la pregunta; tomando el primer elemento de la información de la pregunta o la última opción respectivamente. Para entender mejor, el abogado debe entender que debido a la susceptibilidad de las personas a responder de manera voluntariosa o de consentimiento, es muy necesario ser muy cautelosos al momento de formular las preguntas y ver cómo reacciona en sus respuestas.

E) ADAPTACION EN LA ENTREVISTA RESERVADA

Cada entrevista es distinta, tanto por su fondo y su forma. El abogado debe tomar en consideración los elementos arriba mencionados, que en definitiva son métodos actitudinales. Ahora se requieren elementos adicionales para garantizar el acceso a la justicia, obteniendo elementos adecuados para la defensa o la demanda.

Existen modificaciones en el tema comunicacional:

- **La conducta de la observación sin discriminación.** Es la más importante en el protocolo, pues el abogado debe siempre presentar la POSTURA DE PRUDENCIA Y OBSERVACIÓN DEL LENGUAJE CORPORAL, LENGUAJE VERBAL, EVITANDO LAS CATEGORIZACIÓN O ANTICIPARSE SIN PREVIA COMPROBACIÓN. Tiene que hacer notar siempre el abogado, actitudes relajadas, que demuestre que es confiable; pues, lo contrario puede causar miedo, susto, recelo o rechazo de la persona al profesional y, por consecuencia el fracaso de su presencia.

- **Actitud de escuchar de forma permanente.** La actitud de escuchar atentamente ofrece seguridad a la persona con discapacidad y a toda persona en general. Se puede mostrar al entrevistado que uno prefiere escucharle únicamente usando en la conversación intervenciones cortas, y usando lenguaje no verbal como por ejemplo: moviendo la cabeza *-como gesto de aprobación o sorpresa o negación-*, tener una posición del cuerpo siempre relajada con manos abiertas, o escuchar sin cruzar los brazos. Se puede tener la actitud de escuchar al mostrarse ligeramente empático, con un trato humano y de respeto, evitando mostrar gestos de preocupación, sorpresa, o lástima, sin incomodar con otras emociones al entrevistado. Se puede parafrasear algunas respuestas, generando a modo de síntesis, lo relatado, sin cortar ni condicionar la narración, solo con el fin de crear un propio hilo conductor, sin calificarlo, ni corregirlo cuando use términos incomprensibles inicialmente para el abogado. Un ejemplo *el entrevistado explica que estuvo en la cocina y se encontró un felo, el abogado anota la palabra, repite, ahh el felo, y que hiciste con el felo?. Sale de la entrevista y consulta con la persona de apoyo qué es el felo, en este caso felo quiere decir esferográfico o pluma de escribir.* Es decir no perder la confianza en la persona, ni hacer notar que no entiende y asumir, peor, aspectos que no son los que transmite o comunica la persona con discapacidad.

- **Realizar preguntas simples.** Al igual que al entrevistar, hacerlo con preguntas que no infieran confusión; ni tampoco la exponer argumentos frente a la persona con discapacidad, éstas no sean acompañadas de gestos corporales que intimiden a la persona

F) ACTUACIONES DEL ABOGADO EN MATERIAS PENALES

1. La persona con discapacidad en los procesos penales, puede encontrarse en calidad de víctima, presunta víctima o de investigado como actor o presunto actor o, como testigo.

En cualquiera de estas circunstancias en la que se encuentra la persona con discapacidad, deberá respetar y reconocerse la igualdad ante la ley, su voluntad y opinión. Permitir además que actúe con independencia y autonomía, garantizando también la no revictimización, principalmente en la obtención y valoración de las pruebas. Significa que el abogado velará porque se emitan y adopten las medidas adecuadas en las que se garantice el acceso a las instalaciones; los espacios se encuentren adecuados para evitar encuentros no deseados con la contraparte (agresor) que ocasione malestar o su presencia directa intimide a la persona con discapacidad. Observará y hará respetar la condición.

2. El abogado deberá procurar se produzca una única entrevista o recepción de testimonio y, que este acto sea suficiente dentro del proceso, a menos que hayan circunstancias que requieran nuevas intervenciones de la persona; en ese caso se velará que se ejecuten con las garantías que exigen los derechos humanos.
3. Al tratarse de casos en los que la persona tiene una condición de discapacidad intelectual o psicosocial, es un error que el abogado patrocinador, pretenda como opción que sea calificado como inimputable de inicio; pues, puede tratarse que la persona haya actuado con conciencia y voluntad, alegando que no comprende el significado del hecho.
4. El abogado patrocinador, deberá en todo momento velar por el derecho de la persona con discapacidad a mantener su integridad, cuanto física como emocional, durante todas las etapas del proceso; en el caso para evitar que se encuentre o cruce con la otra parte, se exigirá el uso de la Cámara de Gesell.
5. Durante las intervenciones de la persona con discapacidad intelectual o psicosocial, en los diferentes actos, el abogado que les patrocina, se cerciorará que

los operadores de justicia se dirijan a la persona en lenguaje sencillo y se asegure que comprendió la naturaleza de dichas actuaciones.

6. Para los casos de flagrancia, es importante que al momento de la detención, el agente sepa también identificar el tipo de discapacidad que tiene la persona, a la vez respete y haga conocer los derechos que le ampara y lo más importante asegurarse que la persona con discapacidad entendió los motivos de la detención.
7. En todos estos casos, se deberá asegurar que la persona con discapacidad se encuentre acompañada por parte de alguna persona de confianza, conforme lo establece la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:

Art. 12.- 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 financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

8. En casos de que la persona con discapacidad intelectual o psicosocial, sea condenada a privación de libertad, el abogado de la defensa, requerirá e insistirá que se produzca a través de una medida alterna a la prisión o reclusión; ello precisamente es un ajuste razonable, conforme lo estipula el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad (Art. 2):

“Por "ajustes razonables" se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.”

9. Así mismo, en este Instrumento Internacional, se establece (Art. 14):

“Art. 14.- Libertad y seguridad de la persona

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás:

a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona; y,
b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.

2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y

a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables.”

10. Deberá evitarse a como dé lugar la privación de libertad en centros comunes de rehabilitación social o de acogida psiquiátrica (Clínicas); por el contrario deberá propenderse a la domiciliar y con que se adopten también medidas de seguimiento y control periódicos a determinar su estado permanentemente.

G) ACTUACIONES DEL ABOGADO EN MATERIAS CIVILES

1. En materia civil, en la actualidad el profesional del derecho, necesariamente, deberá remitirse al análisis de la capacidad jurídica dispuesta en el Código Civil; esto es, cuando se presente un caso en el que es parte una persona con discapacidad psicosocial o intelectual y, no necesariamente para acogerse a esos postulados, sino para preparar los argumentos, de que esa persona con discapacidad tiene diversas formas de comunicación y de expresar sus ideas, con independencia de sus opiniones y valorarlas según el tipo de actuaciones de orden civil, que se demanda o se pretende.
2. Conforme el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, en el 11º Período de Sesiones, que emite la *Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley*, indica que “a las personas con discapacidad se les ha negado en muchas esferas de una manera discriminatoria su derecho a la capacidad jurídica, en virtud de regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones como la legislación sobre la salud mental, la tutela y la custodia que permiten el tratamiento obligatorio. Esas prácticas deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás.” Y que para ello, el artículo 12 de la Convención afirma que todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica.

Así mismo, nos indica el Comité que:

“El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe defenderse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. La capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de los

derechos económicos, sociales y culturales. Adquiere una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones fundamentales en lo que respecta a la salud, la educación y el trabajo. (En muchos casos, la negación de capacidad jurídica a las personas con discapacidad ha conducido a privarlas de muchos derechos fundamentales, como el derecho de voto, el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos de reproducción, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad.)”⁸²¹

3. En la generalidad de los casos, la persona con discapacidad intelectual o psicosocial, se ven afectadas por la negación de la capacidad jurídica y la sustitución en la adopción de decisiones; y, que esas condiciones de discapacidad, “*no deben ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12*” y que, así mismo lo afirma el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, párrafo 9, que “*Todas las prácticas cuyo propósito o efecto sea violar el artículo 12 deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás*”

4. Necesariamente el abogado para su actuación en derecho, en caso en que sean parte personas con discapacidad intelectual o psicosocial, acuden al derecho civil, norma que da por hecho que no poseen capacidad jurídica basado en algunos criterios:
 - La condición, define a la capacidad jurídica solo con base al diagnóstico médico biológico de la discapacidad.
 - El resultado, es decir que cuando la persona adopta cierta decisión, ésta tendrá resultados negativos o consecuencias perjudiciales.
 - Lo funcional, se cuestiona la aptitud de la persona para adoptar decisiones.

5. Ante estos criterios, los abogados, deberán impulsar los procesos en favor de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial, haciendo conocer y que se respeten sus derechos, en base a que la persona con discapacidad tiene diversas formas

⁸²¹ Observación General sobre el artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. Comité sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, 11º período de sesiones, Ginebra, Suiza (2014: Párr. 7-8)

de comunicación y expresión; es decir, no deberá permitirse que los operadores de justicia o demás funcionarios del sistema judicial, se guíen por el simple hecho de que una persona tenga rasgos físicos que evidencian una discapacidad intelectual o en base solamente a un diagnóstico médico. Ello no significa que la persona es incapaz y que por lo tanto no puede actuar en hechos que demande aspectos del derecho civil.

6. Por otro lado, en los casos en los que las personas con este tipo de discapacidad, conforme el Código Civil, esta norma los califica como *incapaces absolutos*; es decir como sujetos propensos a ser declarados personas incapaces, sin considerar que la capacidad mental de las personas, se traduce en la adopción de decisiones y varían según la persona y los diferentes factores sociales y ambientales que le condicionan o le imponen barreras innecesarias para esa toma de decisiones. Así lo confirma el Comité en el párrafo 12 de la Observación General sobre el artículo 12 de la Convención, que la “capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar).”
7. Entonces, bajo ningún concepto deberá acogerse la declaratoria de interdicción, sin analizar los sistemas de apoyo como una alternativa a las figuras del modelo de sustitución; estos sistemas de apoyo, se sostienen en las relaciones de confianza, donde las personas con discapacidad puedan expresar su voluntad y deseos, a través de las diferentes formas de comunicación y con lenguajes alternativos o aumentativos.
8. Adicional a ello, los abogados patrocinadores y defensores de los intereses de las personas con discapacidad, deberán exigir a los operadores o administradores de justicia, la implementación de salvaguardias, como medidas “*adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos*”⁸²² lo que implica garantizar el respeto de sus derechos, su voluntad y preferencias.

⁸²² Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006: Art. 12.4)

9. Para que se ejerza ese respeto a la voluntad y preferencias, la Convención reconoce a las personas con discapacidad a recibir y proporcionar acceso al apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, a fin de que puedan tomar decisiones que tengan efectos jurídicos, sin que consista que alguien más, tome decisiones por ella y que ese apoyo pueda consistir o desenvolverse de diferentes formas como aquellas relacionados con la comunicación distinta o no convencional, o que sean relativas a recibir información comprensible, claro está que estos apoyos variarán de una persona a otra o de una condición a otra, no se considerarán los tipos de discapacidad como generales, se trata de personas únicas, con sus únicas necesidades y preferencias.
10. Para evitar que a la persona se limite o impida su derecho a la expresión de su voluntad y concluya el análisis en una definición de incapaz y consecuente la declaratoria de interdicción, que en muchos casos es innecesaria; pues, no existe legítimo contradictor, es decir no cabría oposición del acto a realizarse. Para estos casos, en los procesos de peritaje además de los médicos, deberán incluirse otras evaluaciones periciales, que podrían ser psiquiatras, psicólogos, sociólogos, terapeutas de lenguaje además del intérprete de lengua de señas, ellos obviamente acompañados de su círculo de confianza. Determinará entonces que la interdicción o algún tipo de tutelas o curatelas, se torna inútil ejecutarse.

- **Lineamientos para la aplicación de los sistemas de apoyos.**

Se deberá impulsar a que el Pleno del Consejo de la Judicatura, se comprometa a realizar un reglamento que establezca los parámetros iniciales sobre la atención del acceso a la justicia de las personas con discapacidad y diferenciar, además de conceptualizar, a la medida de nuestra legislación y procesos, lo que implica: Medidas de apoyo; ajustes razonables; y, personas de confianza y voluntad. Sin ello seguirán siendo los operadores de justicia, meros ejecutores de la norma caduca e injusta frente al modelo social o de derechos humanos y de diversidad funcional, que considera a las personas con discapacidad “como personas que funcionan de una manera no habitual, en vez de aquella aceptación según la cual carecen de capacidades”⁸²³.

⁸²³ SÁNCHEZ MONTENEGRO, Elkin (2017: 9-10).

ANEXO 2

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA, Paola Andrea (2007): *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

ALBA RAMÍREZ, Alfonso (2010): *La incapacidad temporal para el trabajo: análisis económico de su incidencia y duración*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y CONSEJO DE EUROPA (2016): *Manual sobre el Derecho Europeo relativo al Acceso a la Justicia*. Corte Europea de Derechos Humanos.

ÁLVAREZ, Natalia (2015): "Tutela y curatela". En RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Aut.), *Manual de Derecho Civil- Derecho de Familia*. Madrid: Bercal [263-278].

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (2014): *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM-5*. Virginia: American Psychiatric Association

AMOR PAN, José Ramón (2010): *Afectividad y sexualidad en la persona con deficiencia mental*. Madrid: Universidad Pontificia de Madrid.

ANSÓN, Rafael (2002): "La comunicación". En *Revista Cuenta y Razón*, núm. 126 [181-196].

ARJONA JIMENEZ, Gonzalo (2015): *La accesibilidad y el diseño universal entendido por todos. De cómo Stephen Hawking viajó por el espacio*. Granada: La Ciudad Accesible Accesibilidad Universal, Usabilidad y Diseño para Todos.

ASAMBLEA GENERAL DE LA ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL (1949): *Código Internacional de Ética Médica*. Londres: Asociación Médica Mundial.

ASTORGA, Luis (2007): *Por un mundo accesible e inclusivo. Guía básica para comprender y utilizar la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Managua: Instituto Interamericano sobre Discapacidad.

AVARIA, Andrea (2001): "Discapacidad: Exclusión/Inclusión". En *MAD*, núm 5 [1-9].

ÁVILA RENDÓN, Carmen Liliana; GIL OBANDO, Lida Maritza; LÓPEZ LÓPEZ, Alexandra; VÉLEZ ÁLVAREZ, Consuelo (2013): “Políticas Públicas y Discapacidad: Participación y Ejercicio de Derechos (2013-2022)”. En *Investigaciones Andina*, núm. 24 [460-467].

ÁVILA, Ramiro (2008): *Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador período de transición.

ÁVILA, Ramiro.(2011): “El constitucionalismo Ecuatoriano. Breve caracterización de la Constitución de 2008”. Ciudad de México: UNAM. En *Los derechos y sus garantías*. Quito: V&M Gráficas [961-966].

BAQUERO DE LA CALLE RIVADENEIRA, Jaime; GIL BLANCO, EMILIANO (2018): *Metodología de la Investigación Jurídica*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

BARNES, Colin; GEOFF, Mercer (2010): *Exploring Disability*. Cambridge: Polity Press, Second Edition [3-61].

BARNETT, William Steven (1986): “Definition and classification of mental retardation: A reply to Zigler, Balla, and Hodapp”. En *American Journal of Mental Deficiency* [111-126].

BIRGIN, Haydée; GHERARDI, Natalia (2010): "El acceso a la justicia como un derecho humano fundamental". En *Acceso a la Justicia y Género*, núm. 11 [1-14].

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Boletín Oficial de las Cortes Generales. (2020): *Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. Proyecto de Ley 121/000027. España [2]

BUSTAMANTE, Reinaldo (2016): *El Derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Santiago de Chile: Ara Editores.

CABANELLAS, Guillermo (2016): *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.

CABRERA, Marta (2017): “Crónicas de Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En *Derecho Comunitario Europeo* [794-795].

CALHOUN, Craig; LIGHT, Donald; KELLER, Suzzane (2000) *Socialización e identidad a lo largo de la vida*. Madrid: McGrawHill

CAMACHO VÁSCONEZ, Alex; FRAGA Galo; ALBÁN MOREJÓN Diana (2012): *Programa de inclusión social de las personas con discapacidad a través de la cooperación Sur-Sur*. La Habana: Convención Internacional de Salud Pública. Ministerio de Salud Pública. [1-33].

CAMPOY, Ignacio (2005): "Una aproximación a las nuevas líneas de fundamentación de los derechos de las personas con discapacidad". En *Telemática de la filosofía del Derecho* [134].

CANIMAS BRUGUÉ, Joan (2014): *¿Discapacidad o Diversidad Funcional?*. Observatorio de Ética Aplicada a la Acción Social, Psicoeducativa y Sociosanitaria. Fundación Campus Arnau d'Escala - Universidad de Girona. [81]

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant (2000): *El acceso a la justicia*. Buenos Aires: EUDEM.

CARNELUTTI, Francesco (1994): *Cómo nace el derecho*. Bogotá: Temis.

CARRASQUERO CEPEDA, Maoly (2018): "Los ajustes razonables para personas con discapacidad en la Unión Europea". En *Estudios Europeos*, núm. 71 [38-47].

CASADO PÉREZ, Demetrio; EGEA GARCÍA, Carlos (2012): *Las estrategias para el cambio pro inclusión de las personas con discapacidad*. Instituto Interamericano del Niño [1-7].

CEAPAT (1996): *Concepto europeo de accesibilidad*. Madrid: IMSERSO.

CERRILLO, Agustí (2007): "E-justicia: las tecnologías de la información y el conocimiento al servicio de la justicia iberoamericana en el Siglo XXI". En *Derecho y Política*, núm. 4 [2-12].

COMISION EUROPEA (2014): *Comprender las políticas de la Unión Europea: Agenda Digital para Europa*. Luxemburgo

CHATTON, Gregor (2008): *La armonización de las prácticas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales: Una evolución discreta*. Éd. Schulthess, Genève [305].

CNREE (2014): *Cooperación Internacional para el cumplimiento de los derechos de las personas con discapacidad*. San José de Costa Rica: Consejo de Rehabilitación y Educación Integral.

COBAS, Marcia; ZACCA, Eduardo; ARACELIS, Paulina; PORTUONDO, Miriam; MORALES, Francisco; ICART, Emelia (2011): "Caracterización epidemiológica y social de las personas con discapacidad intelectual en Cuba". En *Cubana Salud Pública*, núm. 37 [34-43].

COMISIÓN ANDINA (2012): *Plan de Acción de la Política Andina de Discapacidad*. Organismo Andino de Salud. Bogotá

CONADIS (2013): *Agenda Nacional para la Igualdad en Discapacidades 2013-2017*. Quito: Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades.

CONADIS (2016): *Guía para Atención de Personas con Discapacidad en la Salud Rural*. Quito: Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades [18-34].

CONADIS (2017a): *La Década de las Discapacidades 2007-2017*. Quito [23]

CONADIS (2017b): *Agenda Nacional para la Igualdad de Discapacidades 2017-2021*. Quito

CONGRESS UNITED STATES OF AMERICA (2010): *Twenty-First Century Communications and Video Accessibility Act*. Washington DC: United States Library of Congress.

CONSEJO DE LA JUDICATURA (2013): *Informe sobre verificación de accesibilidad en infraestructura de las instalaciones de la Función Judicial a nivel nacional. Primera Etapa*. Quito

CONSEJO DE LA JUDICATURA (2015): *Informe Técnico No. SUBDDHH-2015-004. Informe final del cumplimiento de la Disposición 00324 – Accesibilidad al medio físico, a la comunicación y a la información en las instalaciones y servicios de la administración de justicia*. Quito: Dirección Nacional de Acceso a los Servicios de Justicia - Subdirección Nacional de Derechos Humanos. Consejo de la Judicatura.

CONSEJO DE LA JUDICATURA (2015): *Manual de atención en derechos de personas con discapacidad en la función judicial*. Quito

CONSEJO DE LA JUDICATURA (2016a): *Informe Técnico Nro. SUBDDHH-2016-0020*. Quito: Dirección Nacional de Acceso a los Servicios de Justicia - Subdirección Nacional de Derechos Humanos.

CONSEJO DE LA JUDICATURA (2016b): *Informe Técnico Nro. SUBDDHH-2016-0023 relativo a la asesoría y capacitación en Accesibilidad Web*. Quito: Dirección Nacional de Acceso a los Servicios de Justicia [4].

CONSEJO DE LA JUDICATURA (2016): *Resolución Nro. 185-2016, Anexo de Metodología, Criterios, Ponderación, Variables y Factores de evaluación*, Quito

CONSEJO NACIONAL PARA EL DESARROLLO Y LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2018): *Incorporación de la Perspectiva de la discapacidad en el programa de desarrollo*. México.

CORREA SUTIL, Jorge (1995): "Acceso a la justicia y reformas judiciales en América Latina ¿Alguna esperanza de mayor igualdad?". En *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, núm. 1 [293-308].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007): *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. San Jose de Costa Rica

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007): *El acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. San José de Costa Rica

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentína; MORENO CATENA, Víctor (2010): *Derecho Procesal Civil: Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch [18-25].

COUTURE, Juan (1990): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Montevideo: Editorial Planeta [71].

CRUZ VELANDIA, Israel; DUARTE CUERVO, Clara; FERNÁNDEZ MORENO Aleida; GARCÍA RUIZ Solange (2016): *Rehabilitación basada en la Comunidad*. Bogotá: Universidad del Rosario.

DE MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael (2009): "La imparcialidad del juzgador, una lección sin aprender". En *Diario La Ley*, núm.11 [21-27].

DE SALAS, Sofía (2008): "Capacidad, discapacidad, incapacidad e incapacitación: funciones y disfunciones". En *El Tratamiento Jurídico Civil de la Dependencia: Actas del Congreso celebrado en La Coruña*. La Coruña: Universidad da Coruña, Servizo de Publicacións [11-28]

DE SOUSA SANTOS, Boaventura (2010): *Igualdad y no Discriminación. El reto de la diversidad*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos [4].

DE STÉFANO, Juan Sebastián (2014): *El acceso a la justicia*. Buenos Aires: Centro de Investigaciones en Políticas Públicas.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2017): "Boletín Derechos Ahora Nro. 044". Quito: Defensoría del Pueblo.

DEL VECCHIO, Giorgio (2004): *Justicia divina y justicia humana*. México D.F: UNAM [10-18].

DELEGACIÓN DEL CERMI PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CONVENCIÓN DE LA ONU (2019): *Guía de fácil uso de la Convención Internacional sobre del Derechos de las Personas con Discapacidad para Operadores Jurídicos*. Madrid: Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad.

DELGADO, Ricardo (2007): "Los marcos de acción colectiva y sus implicaciones culturales en la construcción de la ciudadanía", *Revista Universitas Humanística*, núm. 64 [41-66]

DELIYORE-VEGA, María del Rocío (2017): "Comunicación alternativa, herramienta para la inclusión social de las personas en condición de discapacidad". En *Electrónica Educare*, núm. 18 [1-16].

DEMETRIO, Eduardo (2013): "Identidad y responsabilidad penal". En *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17 [237-282].

DÍEZ-PICAZO, Luis María (2008): *Sistema de derechos fundamentales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

EUROSOCIAL, (2013): *Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad. Propuestas para un trato adecuado*, Buenos Aires: Programa para la Cohesión Social en América Latina. [17].

FEIERSTEIN, Daniel (2006): "La igualdad y la desigualdad ante el concepto de discapacidad". En *Discapacidad visual. Aporte interdisciplinario para el trabajo con la ceguera y la baja visión*. Buenos Aires: Novedades Educativas [131-157].

FERNÁNDEZ, Antonio (2011): "Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación". En *General de Derecho Romano*, núm. 17 [21-42].

FÉRNANDEZ, Gema (2016): "Desarrollo de la bipedestación y la marcha en parálisis cerebral". En *Reduca (Enfermería, Fisioterapia y Podología)*, Nro 1 [564-638]

FERNÁNDEZ, Jesús de Benito; GARCÍA MILÁ, Javier; JUNCÀ UBIERNA José Antonio; DE ROJAS TORRALBA Carlos; SANTOS GUERRAS Juan José (2010): *Manual para un entorno accesible*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

FIGUEROA, Edwin (2014): "Discapacidad, derechos humanos y jurisprudencia: construyendo una tesis de indisolubilidad". En *Jurídica*, núm. 82 [165-176]

FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE OMBUDSMAN (2010): *VII Informe sobre Derechos Humanos. Personas con Discapacidad*. Madrid: Trama editorial.

FORNER CORDERON Ángeles (2011): *Tetraplejia traumática tras fractura vertebral cervical: estudio comparativo de tratamiento conservador y quirúrgico*. Madrid: Universidad Complutense.

GARCÍA GUTIÉRREZ, Juan Carlos; RUIZ GUTIERREZ-COLOSÍA, Mencía; SALVADOR CARULLA, Luis (2010): *Directrices y principios para la práctica: evaluación, diagnóstico, tratamiento y servicios de apoyo para personas con discapacidad intelectual y problemas de conducta*. Madrid: Federación Española de Síndrome Down.

GARCÍA NUÑEZ, Carmen (2006): "Conciencia Política y Liderazgo". En *Revista LIBERABIT*, núm. 12. Lima [33-40]

GARZÓN DÍAZ, Karin; GARCÍA RUIZ, Alix Solangel; CARRILLO ARAÚJO, María Victoria (2015): *Inclusión social: Caracterización de competencias intersectoriales en discapacidad*. Bogotá: Universidad del Rosario.

GAVIRIA, Vicente Emilio (2005): "Responsabilidad civil y responsabilidad penal". En *Derecho Penal y Criminología* Nro. 78 [25-52].

GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR (2018): *Lista de Cuestiones II y III Informe Nacional Combinado al Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad* Quito: Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades.

GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR (2014): *Acuerdo Nro. 138, Política Nacional de Atención Integral a las Personas con Discapacidad*. San Salvador

GÓMEZ, Cipriano (2006): "El debido proceso como derecho humano". En *Estudios Jurídicos en homenaje a Marta Morineau, T. II: Sistemas Jurídicos Constemporáneos. Derecho Comparado. Temas Diversos*. México, D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM [341-357].

GÓMEZ, Laura (2007): "El nuevo concepto de retraso mental: comprendiendo el cambio al término discapacidad intelectual". En *Revista Española sobre discapacidad intelectual*, Vol. 38

GONZÁLEZ FONTAO, María del Pilar (2011): "Luchando contra la exclusión: buenas prácticas y éxito escolar". En *Innovación Educativa*, núm. 21 [13-19].

GONZÁLEZ FONTAO, María del Pilar (2000): "Hacia una educación eficaz para todos: La educación inclusiva". En *Educación en el 2000: revista de formación de profesorado Murcia 2002*, núm.5 [15-19]

GONZÁLEZ, Felipe (2008): "El acceso a la justicia como un derecho fundamental: sus perspectivas en Iberoamérica". En *Acceso a la Justicia en Iberoamérica: lineamientos para una guía de buenas prácticas*. Santiago de Chile: Ministerio de Justicia [9-14].

GONZÁLEZ, Jesús (1987): "Justicia y política". En *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 64 [55-67].

GORDILLO CAÑAS, Antonio (1986): *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*. Madrid: Tecnos.

GOSNELL, H (1951): *Measurement and Prediction; Studies in Social Psychology in World War II, Volume IV*. By Samuel A. Stouffer, Louis Guttman, Edward A. Suchman,

Paul F. Lazarsfeld, Shirley A. Star and John A. Clausen. Princeton: Princeton University Press.

GROS, Héctor (2012): *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

GUASTINI, Ricardo (1996): *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

GUENAGA, María Luz; BARBIER Ander; EGUÍLUZ Andoni (2012): "La accesibilidad y las tecnologías en la información y la comunicación". En *Traductología Trans*, núm. 11 [155-169].

GUERRA GONZÁLEZ, María del Rosario (2011): "Evolución de las teorías de la justicia con respecto a los derechos humanos ya formulados y a los futuros derechos". En *Tópicos*, núm. 21 [1-23]

GUTIÉRREZ COLOMINAS, David (2015): "La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a personas con discapacidad en EE.UU. y España: una visión comparada". En *Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 3 [32-63].

GREGORY, James (2005): *The Southern Diaspora. How the Great Migrations of Black and White southerners Transformed America*. University of North Carolina Press.

HAURIOU, Maurice (2013): *Principios de derecho público y constitucional*. Granada: Comares.

HERNÁNDEZ, Mónica Isabel (2015): "El Concepto de Discapacidad: De la Enfermedad al Enfoque de Derechos". En *CES Derecho*. Nro 2 [49-59]

HUERTA, Jaime (2013): *Discapacidad y Accesibilidad*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.

HURTADO, Martín (2006): *Tutela jurisdiccional diferenciada*. Lima: Palestra.

IFLA/UNESCO (2001): *Directrices IFLA/UNESCO para el desarrollo del servicio de bibliotecas públicas*. New York: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID (2016) *Protocolo para la Actuación con Personas con Discapacidad Intelectual en el Turno de Oficio*.

IMSERO (2000): *Valoración de las Situaciones de Minusvalía*. Madrid: Instituto de Migraciones y Servicios Sociales.

IMSERO (2002) : *Libro verde: La accesibilidad en España: diagnóstico y bases para un plan integral de supresión de barreras*. Madrid: Instituto de Migraciones y Servicios Sociales.

INEC (2011): *Resultados del Censo de Población y Vivienda 2010*. Quito: Instituto Nacional de Estadística y Censos.

INEN (2009): *Accesibilidad de las personas con discapacidad y movilidad reducida al medio físico*. Quito: Instituto Nacional de Estadística y Censos.

INEN (2015): *Accesibilidad Universal y Diseño para Todos. Parte 1: Criterios DALCO para facilitar la accesibilidad al entorno*. Quito: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS DE LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID (2008): *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad.

IRIGOYEN, Luciana (2005): "Problemas constitucionales a partir de la indeterminación temporal en la medida de seguridad de reclusión manicomial prevista en el Art. 34 inc. 1º del Código Penal Argentino". En *Pensamiento Penal*, núm. 4 [1-76].

JIMENA QUEZADA, Luis (2016): "Las grandes líneas jurisprudenciales del Comité Europeo de Derechos Sociales: Tributo a Jean-Michel Belorgey". En *Jurídica de los Derechos Sociales Lex Social*, núm. 8 [11-12].

JIMÉNEZ, Juan (2013): *Procesos de exclusión social: redes de participación en personas con discapacidad*. Sevilla: Universidad de Sevilla.

KAUFMANN-KOHLER, Gabielle; THOMAS SCHULTZ (2004): *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*. United Kingdom: Kluwer Law International.

KE, Xiaoyan; LIU, Jing (2017): "Discapacidad Intelectual" En *IRARRÁZAVAL, Matías; MARTIN, Andrés, Manual de Salud Mental Infantil y Adolescente de la IACAPAP*. Ginebra (Suiza): Asociación Internacional de Psiquiatría del Niño y el Adolescente y Profesiones Afines [1-28].

KELSEN, Hans (1995): *Teoría General del Estado y del Derecho*. México D.F: UNAM.

LACHWITZ, Klaus; BREITENBACH, Nancy (2002): *Derechos humanos y discapacidad intelectual*. Ferney-Voltaire (Francia): Inclusión Internacional.

LAUZURIKA, Asier; DÁVILA Paulí; NAYA, Luis (2009): *El derecho a la educación de las personas con discapacidad. Una aproximación desde América Latina, en los últimos quince años*. Madrid: Dialnet.

LEONARDI, Matilde; BICKENBACH, Jerome; BEDIRHAN USTUN, Tevfik; KOSTANJSEK, Nenad; CHATTERJI, Somnath (2006): "The definition of disability: what is in a name?". En *The Lancet*. Vol 368 [1219-1221].

LEWIS, Peter (2010): *Medios de comunicación alternativos: la conexión de lo mundial con lo local*. París: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

LÓPEZ, Andrés; TROVATO Margarita (2011): "El acceso a la justicia como una cuestión de derechos humanos". En *Legal*, núm. 13 [271-293].

LÓPEZ, Pedro (2011): "Diseño urbanístico para todas las personas". En *Accesibilidad universal y diseño para todos*. Palermo: Fundación Organización Nacional de Ciegos Españoles, Fundación Cultural COAM-EA [58-81].

LORENZO, Rafael; ENTRENA, Blanca; CASTRO-GIRONA, Almudena; CABRA Miguel Ángel; SOTO, José Javier (2009): *Capacidad jurídica y Discapacidad, un estudio de Derecho Privado Comparado a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid: Fundación para la Promoción y Apoyo a las Personas con Discapacidad.

LUQUE PARRA, Diego Jesús; LUQUE-ROJAS María Jesús (2016): *Discapacidad Intelectual: consideraciones para su intervención psicoeducativa*. Madrid: Wanceulen Editorial Deportiva S.L.

MADRID MARTÍNEZ, Claudia; OCHOA MUÑOZ, Javier; (2018): "Problemas de acceso transnacional a la justicia en el Derecho Internacional Privado. Perspectiva latinoamericana". En *Direito Brasileira*, núm. 8 [336-363].

MAIS (2012) *Manual del Modelo de Atención Integral de Salud*. Quito: Ministerio de Salud Pública.

MALETZKE, Gerhard (2010): *Psicología de la Comunicación Social*. Quito: Ediciones Ciespal

MANSBRIDGE, Jane y MORRIS, Aldon (2001): *Opositional consciousness*. Chicago Press. Chicago

MARTOS, Juan Antonio (1988): *El principio de intervención penal mínima*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MAYOR DEL HOYO, María Victoria (2014): "La interrelación de los aspectos jurídico-civiles de la discapacidad y la minoridad clave en la reforma de la discapacidad". En *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2173 [1-26].

MEDINA QUIROGA, Cecilia (2013): *La Convención Americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.

MELUCCI, Alberto (1989): *Nomands of the present*. Editorial: Temple University Press. Philadelphia

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (2016): *Incapacidad permanente: prestaciones*. Madrid: Instituto Nacional de la Seguridad Social.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (2012): *Discapacidad, Justicia y Estado. Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad*. Buenos Aires.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (2014): *Discapacidad, Justicia y Estado: Barreras y propuestas*. Buenos Aires.

MINISTERIO DE SALUD (2011): "Manual de Habilitación de Establecimientos Proveedores del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad". En *Estrategia en*

Salud Mental del Sistema Nacional de Salud 2009-2013. Madrid: Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad [26-28].

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES (2000): *Valoración de las situaciones de minusvalía*. Madrid: Secretaría General de Asuntos Sociales.

MINISTERIO DEL INTERIOR DEL ECUADOR (2018): *Protocolo Policial para Detención o Aprehensión de Personas de Grupos de Atención Prioritaria y GLBTI*. Descripción del Protocolo [Párr. 6.3]

MOLERO ALONSO, Fernando; SILVÁN FERRERO, María del Prado; GARCÍA AEL Cristina; FERNÁNDEZ SEDANO, Itziar; TECGLEN GARCÍA, Claudia (2013): "La relación entre la discriminación percibida y el balance afectivo en personas con discapacidad física: El papel mediador del dominio del entorno". En *Acta Colombiana de Psicología*, núm. 1 [35-42].

MOLERO, Paz (2008): "Derechos Fundamentales y Dignidad Humana". En *Cuenta y Razón*, núm. 4. [35-56].

MONTAÑA, Juan; PAZMIÑO, Patricio (2013): *Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano. Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: Corte Constitucional, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

MORALES AGUILERA, Paulina; VALLÉS GONZÁLEZ, Beatriz (2013): "Discapacidad y reconocimiento: reflexiones desde prisma de Axel Honneth ". En *Dilemata*, núm. 13 [189-208].

MORALES, Juan Pablo (2008): *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

MORRIS, Aldon (2015): *Entrevista sobre los motivos de estudio de la Acción Colectiva*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid

MORRIS, Aldon; McClurg, Carol (1992): *Frontiers in Social Movement Theory*. Yale University Press.

MUJICA Javier; CALLE, Luz Elena (2006): *Los derechos de las personas con discapacidad en la legislación comparada*. Lima: Comisión Especial de Estudios sobre Discapacidades del Congreso del Perú.

MURRAY, Bárbara; HERON, Robert (2003): *La vinculación laboral de las personas discapacitadas que buscan empleo. Elementos para un servicio efectivo*. Uruguay: Organización Internacional del Trabajo.

NACIONES UNIDAS (1995): *Informe sobre Desarrollo Humano y Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social*. New York: Organización de Naciones Unidas.

NACIONES UNIDAS (2008): *Informe provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Asamblea General de las Naciones Unidas

NACIONES UNIDAS (2009): *Informe de la Relatora Especial de la Comisión de Desarrollo Social sobre discapacidad, relativo a la vigilancia de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad*. New York: Organización de Naciones Unidas.

NACIONES UNIDAS (2011): *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*. New York: Organización de Naciones Unidas.

NACIONES UNIDAS (2014): *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Guía de formación*. Serie de Capacitación Profesional No. 19. Ginebra: Organización de Naciones Unidas.

NACIONES UNIDAS (2018): *Fichas técnicas sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y la protección de las personas del interés del ACNUR*. Ginebra: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

NASH ROJAS, Claudio (2013): *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y desafíos*. Ciudad de México: Porrúa.

NIETO, Alejandro (2000): *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel.

NIKKEN, Pedro (2010): "La protección de los derechos humanos haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales". En *Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 1 [56-142].

ORDÁS ALONSO, Marta (2008): *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (1999): *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM)*. Ginebra: Naciones Unidas

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2011): *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud: versión para la infancia y adolescencia*. Ginebra: Naciones Unidas

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2011): *Resumen Informe Mundial sobre la Discapacidad*. Ginebra: Naciones Unidas

PADILLA MUÑOZ, Andrea (2010): "Discapacidad: Contexto, Concepto y Modelos". En *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 16 [381-414].

PALACIOS RIZZO, Agustina (2012): *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Grupo editorial CINCA.

PALACIOS RIZZO, Agustina (2014): "El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables". En CAMPOY CERVERA, Ignacio (Coord), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*. Madrid: Dykinson [187-204].

PALACIOS RIZZO, Agustina; BARIFFI, Francisco (2007): *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Grupo editorial CINCA.

PALACIOS, Agustina; ROMANACH, Javier (2006): *El modelo de la diversidad: La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*. Madrid: Ediciones Divesitas. [191]

PAPALIA, Diane E; WENDKOS OLDS, Sally; DUSTIN FELDMAN, Ruth (2009): *Psicología del Desarrollo*. New York: MCGraw-Hill.

PAZO PINEDA, Oscar Andrés (2016): "Una aproximación al concepto de ajustes razonables en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas". En LEÓN BASTOS, Carolina; WONG MERAZ (Coord), Víctor Alejandro; CORZO SOSA, Edgar (Pr), *Derechos Humanos: Realidades y Desafíos*. Ciudad de México: VLex [113-134].

PELAYO, Neneka ; CABRERA, Adriana (2002): *Lenguaje y comunicación. Conceptos básicos, aspectos teóricos generales, estructura, naturaleza, funciones del lenguaje y la comunicación*. Caracas: CEC S.A.

PEREDO VIDEA, Rocío de los Ángeles (2016): "Comprendiendo la discapacidad intelectual: datos, criterios y reflexiones". En *RIP: Reflexiones en psicología* , núm 15 [101-122].

PÉREZ BUENO, Luis Cayo (2012): "La configuración jurídica de los ajustes razonables". En ALVAREZ RAMÍREZ, Gloria Esperanza, PÉREZ BUENO, Luís Cayo (Dir.), *2003-2012: 10 Años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*. Madrid: Grupo editorial CINCA. [159-183].

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2018): *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos.

PÉREZ YÁÑEZ, Rosa (2003): "La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva y por el resultado derivado de resoluciones razonada y congruentes". En *Revista andaluza de trabajo y bienestar social temas laborales*, núm. 69 [57-67].

PÉREZ, Ricardo (2018): *Hacia una agenda regional de Desarrollo Social Inclusivo: Bases y propuesta inicial*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

PILLALAZA, Denise (2019): *Acciones afirmativas para el ejercicio pleno del derecho de participación de personas con discapacidad en organizaciones políticas*. Repositorio UCE. Quito.

PLATAS PACHECO, María del Carmen (2008): "La persona, sujeto ético-jurídico". En *Revista de Faculdade de Direito de la Universidade Federal do Paraná*, núm. 47 [155-171]

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO
(1995): *Informe Sobre Desarrollo Humano*. Nueva York: Naciones Unidas

QUEREJETA GONZÁLEZ, Miguel (2004): *Discapacidad y Dependencia. Unificación de criterios de valoración y clasificación*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad.

QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia; BRUCE, Anna; BURKE, Christine; CASTELLINO, Joshua; KENNA, Padraic; LILKELLY, Ursula; QUINLIVAN; Shivun (2002): *Derechos humanos y discapacidad: uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*. New York y Ginebra: Naciones Unidas.

RAE (2017): *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Real Academia Española.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2017): "La capacidad de obrar de la persona menor de edad no emancipada a la luz del Libro II del Código Civil de Cataluña (artículos 211-3 y 211-5)". En *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3 [1-28].

REDONDO, María Belén (2015): "Derechos humanos y acceso a la justicia una mirada neoconstitucional". En *Electrónica Iberoamericana*. Num. 2 [9-99-].

RIBOT IGUALADA, Jordi (2019): "La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectiva de funcionamiento". En DE SALAS MURILLO, Sofía (Dir.), MAYOR DEL HOYO, María Victoria (Dir.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*. Madrid (España): Red de Bibliotecas Universitarias [215-252].

RIQUELME SALDIVIA, Kirian Sebastián (2018): "Igualdad y Personas con Discapacidad: Retos para la protección efectiva a nivel internacional". En *Cuestiones de Interés Jurídico*, núm. 1 [1-70].

RIVADENEIRA GUIJARRO, Giovanni (2018): En *Rutas para la Protección de Derechos de las Personas con Discapacidad*. CONADIS, Quito

RODRÍGUEZ HOLGADO, Alberto (1998): "Accesibilidad y discapacidad". En *Integración: Revista sobre ceguera y deficiencia visual*, núm. 27 [55-57].

RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel Jesús (1999): "Ronald Dworkin y la creación judicial del Derecho: una reflexión breve". En *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 16 [120-140].

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino (1954): *La tutela*. Barcelona: Bosch.

ROSALES, Pablo Oscar (2013): "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Una introducción al marco teórico y jurídico de la discapacidad y los Derechos Humanos". En *Discapacidad, Justicia y Estado. Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad*. Buenos Aires (Argentina): Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación [1-24].

SABA, Roberto (2012): *Pobreza, derechos y desigualdad estructural*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Electoral del Distrito Federal.

SAMPAY, Arturo Enrique (1942): *La crisis del Estado de Derecho Liberal - Burgués*. Buenos Aires: Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, María Olga (2004): *Los principios en el derecho y la dogmática penal*. Madrid: Dykinson S.L.

SÁNCHEZ MONTENEGRO, Elkin A (2017): "¿Diversidad funcional o discapacidad?: reflexiones para el debate" En *Ciencia y Tecnología para la Salud Visual y Ocular*, núm. 2 [7-11].

SANTOS PITA, Manuela del Pilar; MILLÁN VÁZQUEZ DE LA TORRE, María Genoveva (2008): "Discapacidad y accesibilidad: la lucha por la plena integración". En *Revista de fomento social*, núm. 250 [275-288].

SCHORN, Marta Elisa (2003): *La capacidad en la discapacidad: sordera, discapacidad intelectual, sexualidad y autismo: concepciones psicológicas*. Buenos Aires: Lugar Editorial.

SENADIS (2013): *Política Nacional para la Inclusión Social de las Personas con Discapacidad 2013-2020*. Lima: Ministerio de Desarrollo Social, Servicio Nacional de la Discapacidad.

SENPLADES (2013): *Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017*. Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo [14-124-475].

SENPLADES (2017): *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021-Toda una Vida*. Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.

SEPÚLVEDA, Andrea (2011): *Espectativas de inclusión laboral y discapacidad intelectual: Un estudio de caso de estudiantes del diploma de habilidades laborales de la Universidad Andrés Bello*. Santiago de Chile: Univesidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales.

SIMON, Farith (2009): *Derechos de la niñez y adolescencia; de la convención sobre los derechos del niño a las legislaciones integrales*. Quito: Jurídica Cevallos.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; VODANOVIC, Antonio (1998): *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

TAPIA PÉREZ, Enrique Jesús; GARCÍA MEZA, Jessica María; QUINTERO BOTELLO, Luis Arnulfo (2015): "Educación superior accesible para todos con un enfoque diferencial frente a la diversidad". En *Revista de Educación Inclusiva*, núm. 3 [242-253].

TARUFFO, Michelle (2010): *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons.

TRUJILLO, Omar; POVEDA, Jorge (2012): *Manual de Derechos Humanos para servidoras y servidores del Ministerio del Interior*. Quito: Ministerio del Interior.

VARGAS, José (2003): "Teoría de la Acción Colectiva, Sociedad Civil y los Nuevos Movimientos Sociales en las Nuevas Formas de Gobernabilidad en Latinoamérica". En *Revista Espacio Abierto*. Vol. 12, núm. 4 / ISSN 1315-0006 [527]

VELARDE-LIZAMA, Valentina (2012): "Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico". En *Revista Empresa y Humanismo*, núm. 1 [115-136].

VICEPRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR (2009): *Guía Técnica de Accesibilidad al Medio Físico*. Quito

VON IHERING, Rudolph (2015): *Jurisprudencia en broma y en serio*. Madrid: Reus, S.A.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (2008): *Commission on Social Determinants of Health Final Report: Closing the gap in a generation*. New York: Commission on Social Determinants of Health.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1986): *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Informe final: documento final del programa de investigación*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

ZAMBRANO NOLES, Silvia (2016): "El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva en relación con la seguridad ciudadana en Ecuador". En *Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, núm. 19 [65-87].

ZIGLER, E.D; BALLA, D ; RODAPP, R. (1984): *On the definition and classification of mental retardation*. *American Journal of Mental Deficiency*, núm. 89 [215-230].

ANEXO 3

PÁGINAS Y SITIOS WEB

ACCESSIBILITAS - Fundación ONCE (2018): “*Accesibilidad cognitiva en el transporte. Barreras y facilitadores para la orientación y comprensión de los espacios del metro, desde la perspectiva de usuario*”. En línea: <https://accessibilitas.es/2020/04/accesibilidad-cognitiva-en-el-transporte-barreras-y-facilitadores-para-la-orientacion-y-compresion-de-los-espacios-del-metro-desde-la-perspectiva-de-usuario/> Fecha de consulta: 26 de junio de 2020

ARMAS, Gabriel (2020): “*Uso de la Fuerza por la Policía en el Marco de los Derechos Humanos*”. En: Sección Derechos Humanos. Revista Derecho Ecuador, (publicada el 15 de febrero de 2020). Quito. En línea: <https://www.derechoecuador.com/uso-de-la-fuerza-por-la-policia-en-el-marco-de-los-derechos-humanos>. Fecha de consulta: 03 marzo 2020.

CASTILLERO, Oscar (2018): “*Tipos de discapacidad intelectual*”. En línea: <https://psicologiaymente.com/clinica/tipos-discapacidad-intelectual>. Fecha de consulta: 5 de mayo de 2019.

CASTRO ECHEVERRU, Daniela (2018): “*Paraplejia: todo lo que debes saber*”. En línea: <https://mejorconsalud.com/paraplejia-todo-lo-que-debes-saber/>. Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2018.

CENTRO INTEGRAL DE FORMACIÓN PROFESIONAL ILERNA. “*Las barreras arquitectónicas: qué son y clasificación*”. En línea: <https://www.ilerna.es/blog/fp-a-distancia/barreras-arquitectonicas/> Fecha de consulta: 26 de junio de 2019.

CORPORACIÓN CIUDAD ACCESIBLE. Camino hacia la autonomía (2012): “*Qué es el diseño universal. Ciudad Accesible*”. En línea: <https://www.ciudadaccesible.cl/que-es-el-diseno-universal/>. 2012. Fecha de consulta: 27 de junio de 2016.

CHRISTOPHER & DANA REEVE FOUNDATION (2018): “*¿Pueden ayudarme a comprender qué significa mi lesión?*”. En línea: <https://www.christopherreeve.org/es/international/top-paralysis-topics-in-spanish/spinal-cord-injury-types>. Fecha de consulta: 6 de octubre de 2018

CLÍNICA UNIVERSIDAD DE NAVARRA (2018): "*Diccionario Médico, Dipejía*". En línea: <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/diplejia>. Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2018.

CONFLEGAL (2021): [Opinión] "*Hay que impulsar iniciativas de mejora del acceso a la justicia de las persons vulnerables*". En línea: <https://conflegal.com/20210118-opinion-hay-que-impulsar-iniciativas-de-mejora-del-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-vulnerables/> Consultado el: 18 de enero de 2021

CONSEJO DE LA JUDICATURA (2016) "*Atención en Derechos de personas con Discapacidad, Video Aula Virtual*". En línea: <https://aulavirtual.funcionjudicial.gob.ec/course/index.php?categoryid=34>. Fecha de consulta: 28 de mayo de 2017

CONSEJO DE LA JUDICATURA (2016): *Resolución Nro. 1012-2016 Juicio Nro. 733-2014, Quito* En línea: https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/contencioso_administrativo/2016_PDF/Resolucion%20No.%201012-2016.pdf Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2017

CONSEJO DE LA JUDICATURA (2019) "*Metodología de Evaluación Integral para las y los Jueces y Conjueces de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador*", Consejo de la Judicatura (2019). En línea: https://drive.google.com/file/d/1hr1_MgWCzfxWwCUiAxl_c_019K3Ui3Ge/view Fecha de consulta: 28 de octubre de 2019

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL (2013): "*Estadísticas del Registro Electoral 2013*". En línea: http://cne.gob.ec/documents/publicaciones/2014/libro_estadistica_del_registro_electoral-r.pdf Fecha de consulta: 2 de febrero de 2020.

CONSEJO NACIONAL PARA LA IGUALDAD DE DISCAPACIDADES (2014): "*Diccionario de Lengua de Señas Ecuatoriano Gabriel Román*". En línea: <https://www.consejodiscapacidades.gob.ec/diccionario-de-lengua-de-senas-ecuatoriano-gabriel-roman/>. Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2019.

CONSEJO NACIONAL PARA LA IGUALDAD DE DISCAPACIDADES (2020): "*Estadísticas de discapacidades*". En línea:

<https://www.consejodiscapacidades.gob.ec/estadisticas-de-discapacidad/> Fecha de consulta: 12 de julio de 2018

DISISWORK, (2017): "*Tipos de Discapacidad que Existen y Clasificación*". En línea: <https://disiswork.com/blog/tipos-de-discapacidad> Fecha de consulta: 6 de enero de 2018

Ecuador en Cifras. "*Registro de Estadísticas Religiosas 2012-2019*". En línea: <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/inec-presenta-por-primera-vez-estadisticas-sobre-religion/> Fecha de consulta: 12 de julio de 2017

FERRAJOLI, Luigi (2005): *Igualdad y diferencia*. En línea: <http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/M0002-01.pdf> Fecha de consulta: 6 de mayo de 2015.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio: *La legislación de "menores" en América Latina: Una doctrina en Situación Irregular. En Derecho de la Infancia/Adolescencia en América Latina: De la situación Irregular a la Protección Integral*. En línea: http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/la_legislacion_de_menores.pdf. Fecha de consulta: 14 de marzo de 2015.

GUERRERO PALMA, Pamela (2020): "*Diseño de un sistema de indicadores de gestión para destinos turísticos accesibles. El caso Ecuador*". En Línea: https://www.academia.edu/31086969/Dise%C3%B1o_de_un_sistema_de_indicadores_de_gesti%C3%B3n_para_destinos_tur%C3%ADsticos_accesibles. Estudiante Pamela Guerrero Palma Tutor Llu%C3%ADs Prats Planaguma Fecha de Consulta: 26 de junio de 2020.

GUZMÁN CASTILLO, Francisco; TOBOSO MARTIN, Mario; ROMAÑACH CABRERO, Javier (2009): "*Fundamentos éticos para la promoción de la autonomía y la interdependencia: la erradicación de la dependencia*". En línea: http://www.diversocracia.org/docs/Fundamentos%20eticos%20interdependencia_oviedo.doc. Fecha de consulta: 15 de marzo de 2018.

IFLA/UNESCO (1994): "*Manifiesto de la IFLA/UNESCO Sobre la Biblioteca Pública 1994*". En línea: <https://www.ifla.org/node/7271>. Fecha de consulta: 25 de abril de 2018.

KEHOE, Sheila (2017): "*Las pericias en la construcción de sistemas de apoyos. Necesidad de un cambio radical en la metodología de abordaje*". En línea: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUK Ewiz2ffpxMvqAhXtT98KHaF-As0QFjAAegQIBhAB&url=http%3A%2F%2Fredcdpd.net%2Frevista%2Findex.php%2Frevista%2Farticle%2Fdownload%2F38%2F10&usg=AOvVaw39SkOa2dNgOnBTmwL6CDFt>. Fecha de consulta: 12 de enero de 2020.

LONDOÑO SEPULVEDA, Néstor Raúl (2010): "*El uso de las TIC en el proceso judicial: una propuesta de justicia en línea*". En línea: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUK Ewijv8 3xcvqAhWQY98KHadmA_gQFjAAegQIBRAB&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F3420001.pdf&usg=AOvVaw0KvjOFeTH6Tc0CLLqNFCDH Fecha de Consulta: 19 de diciembre de 2019.

MAS, María José (2014): "*Diplejia en la parálisis cerebral infantil*". En línea: <https://neuropediatra.org/2014/11/12/diplejia-en-la-paralisis-cerebral-infantil/>. Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2018.

MEDLINEPLUS INFORMACIÓN DE SALUD PARA USTED: (2018): "*Esclerosis múltiple*". En línea: <https://medlineplus.gov/spanish/multiplesclerosis.html>. Fecha de consulta: 9 de octubre de 2018.

MEDLINEPLUS.INFORMACIÓN DE SALUD PARA USTED:: (2018): "*Polineuropatía sensitivomotora*". En línea: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/000750.htm>. Fecha de consulta: 1 de octubre de 2018.

MEZA ESPÍN, Jorge (2006): "*Evolución histórica de Pactos y tratados de Derechos Humanos*". En línea: https://www.academia.edu/4722049/EVOLUCION_HISTORICA_DE_PACTOS_Y_TRATADOS_DE_DERECHOS_HUMANOS. Fecha de consulta: 5 de mayo de 2018.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, Unidad Distrital de Apoyo a la Inclusión UDAI (2020): "*Educación especializada e inclusiva*". En Línea: <https://educacion.gob.ec/unidad-de-apoyo-a-la-inclusion-udai/#> Fecha de consulta: 26 de junio de 2020.

MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA DEL ECUADOR (2018): "*Calificación o recalificación de personas con discapacidad*". En línea: <https://www.salud.gob.ec/direccion-nacional-de-discapacidades/>. Fecha de consulta: 6 de noviembre de 2019.

MINISTERIO DEL TRABAJO (2020): "Registro de directivas para organizaciones sociales, fundaciones y microempresas asociativas" En línea: <https://www.gob.ec/mt/tramites/registro-directivas-organizaciones-sociales-fundaciones-microempresas-asociativas#> Fecha de consulta: 15 de julio de 2020

MUNDIDEPORTE (2016): "*Conceptualización de Deficiencia, Discapacidad y Minusvalía*". En línea: http://www.munideporte.com/imagenes/documentacion/ficheros/20090402135124bloque_comun.pdf. Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2016

NACIONES UNIDAS (2015): "*Personas con Discapacidad*". Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. En línea: <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/convencion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-2.html>. Fecha de consulta: 1 de octubre de 2015.

OBSERVATORIO DISCAPACIDAD FÍSICA (2016): "*La discapacidad física: ¿qué es y qué tipos hay?*". En línea: <http://www.observatoridiscapacitat.org/es/la-discapacidad-fisica-que-es-y-que-tipos-hay>. Fecha de consulta: 17 de septiembre de 2018

PARRA DUSSAN, Carlos (2019): "*La discapacidad en el Plan de Desarrollo*" En línea: <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/carlos-parra-dussan-533041/la-discapacidad-en-el-plan-de-desarrollo-2893954>. Fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019.

RAMOS ROJAS, Nelton Abdon (2018): "*¿Qué es la espina bifida?*". En línea: <https://mejorconsalud.com/espina-bifida-que-es/>. Fecha de consulta: 1 de octubre de 2018.

RED POR LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD - REDI (2014): "*No a la muerte civil de nadie: Observaciones a las reformas del Código Civil Argentino*". Buenos Aires En línea: <http://www.redi.org.ar/Prensa/Comunicados/Seguimos-reclamando-NO-a-la-muerte-civil-de-NADIE.pdf> Fecha de consulta: 16 de mayo de 2015

RED-DESC (2018): "*Una introducción a los derechos económicos, sociales y culturales.*" En línea: <https://www.escri-net.org/es/derechos>. Fecha de consulta: 14 de agosto de 2016.

REINO DE MARRUECOS CNDH (2011): "*Presentación del Consejo Nacional de Derechos Humanos.*" En línea: <https://www.cndh.ma/es/presentacion/presentacion-del-consejo-nacional-de-derechos-humanos-cndh>. Fecha de consulta: 5 de mayo de 2018

SEGREDO PÉREZ, Alina (2007): "*Los Grupos sociales y los colectivos en la comunidad.*" En línea: https://www.researchgate.net/publication/302930003_Los_Grupos_sociales_y_los_colectivos_en_la_comunidad Fecha de consulta: 16 de julio de 2017

SIPI; SITEAL (2014) "*Información por país, El Salvador. Convención sobre los Derechos del Niño*" En línea: <http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/pais/438/el-salvador>. Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2019.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (2017): "Sentencia 31/2017". En línea: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25275>. Fecha de consulta: 14 de junio de 2019.

DI NASSO, Patricia (2018): UNIVERSITAT DE LES ILLES BALEARS "*Mirada Histórica de la Discapacidad.*" En línea: http://fci.uib.es/Servicios/libros/articulos/di_nasso/Historia.cid220290. Fecha de consulta: 9 de marzo de 2018.

VICEPRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR (2009): "*Inicio del Proyecto Misión Solidaria 'Manuela Espejo'*". En línea: <https://www.vicepresidencia.gob.ec/inicio-del-proyecto-mision-solidaria-manuela-espejo/>. Fecha de consulta: 6 de noviembre de 2019.

VICEPRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR (2013): "*Módulo I: Educación Inclusiva y Especial.*" En línea: https://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/07/Modulo_Trabajo_EI.pdf. Fecha de consulta: 21 de mayo de 2020.

ANEXO 4

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y LEGISLACIÓN

COMPARADA POR ORDEN CRONOLÓGICO

Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945.

Código de Nüremberg, de 20 de agosto de 1947.

Carta de la Organización de Estados Americanos o Carta de la OEA, de 30 de abril de 1948.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.

Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950.

Recomendación No. 99, sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, Organización Internacional del Trabajo, de 1955.

Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional sobre los Derechos los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969.

Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José), de 22 de noviembre de 1969.

Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), de 27 de julio de 1981.

Opinión Consultiva OC-6/86. La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 9 de mayo de 1986.

Ley 23.592, Actos Discriminatorios, de 23 de agosto de 1988. Buenos Aires: Boletín Oficial.

Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989.

Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, (Resolución 46/119), de 17 de diciembre de 1991.

Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Resolución 48/96, de 20 de diciembre de 1993.

Observación general No. 5. Organización Mundial de la Salud, de 1994.

Observación general Nro. 5. 11º Período de Sesiones. E/1995/22”, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1994.

Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 22 enero de 1997.

Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, de 6 de julio de 1999.

Opinión Consultiva OC-16/99: El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, de 01 de octubre de 1999.

Declaración de la III Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, de 7 de septiembre de 2001.

Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Aprobada por la Asamblea General de la ONU el 19 de diciembre de 2001.

Observación General Nro. 31, del Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, relativo a la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, de 26 de mayo de 2004.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.

Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad – 100 Reglas de Brasilia, de 6 de marzo de 2008.

Directiva 2012/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al derecho a la información en los procesos penales, de 22 de mayo de 2012.

Observación General No. 1, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, relativo a igual reconocimiento como persona ante la ley, de 19 de mayo de 2014

Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, de 30 de agosto de 2016. Costa Rica.

Observación General No. 5, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, relativo al derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, de 27 de octubre de 2017.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre un marco de seguimiento para la economía circular, de 16 de enero de 2018.

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Código Civil, de 24 de julio de 1889. Boletín Oficial del Estado

Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones. Madrid: Boletín Oficial del Estado.

Orden VIV/561/2010, de 1 de febrero, por la que se desarrolla el documento técnico de condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados. Madrid: Boletín Oficial del Estado

Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la Persona y la Familia. Boletín Oficial del Estado.

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Boletín Oficial del Estado.

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Madrid: Boletín Oficial del Estado.

Ley 3/2018, de 24 de mayo, de Protección y Apoyo Garantizado para Personas con Discapacidad en Castilla-La Mancha. Madrid: Boletín Oficial del Estado.

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Madrid: Boletín Oficial del Estado.

ANEXO 5

LEGISLACIÓN ECUATORIANA POR ORDEN CRONOLÓGICO

Ley de Protección a Ciegos de 31 de octubre de 1966.

Ley de Seguridad Social, de 30 de noviembre de 2001.

Código de la Niñez y Adolescencia, de 3 de enero de 2003.

Código Civil, de 24 de junio de 2005.

Código de Trabajo, de 16 de diciembre de 2005.

Constitución de la República del Ecuador, de 20 de octubre de 2008

Código Orgánico de la Función Judicial, de 09 de marzo de 2009.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de 22 de octubre de 2009.

Ley Orgánica de Educación Intercultural, de 31 de marzo de 2011.

Reglamento Técnico Ecuatoriano RTE INEN 042: 2009. Accesibilidad a las personas con discapacidad y movilidad reducida al medio físico, de 02 de agosto de 2012.

Ley Orgánica de Discapacidades, de 25 de septiembre de 2012.

Ley Orgánica de Comunicación, de 25 de junio de 2013.

Estatuto de gestión organizacional por procesos que incluye la cadena de valor, el mapa de procesos, la estructura orgánica y la estructura descriptiva del Consejo de la Judicatura, de 30 de octubre de 2013.

Código Orgánico Integral Penal, de 10 de febrero de 2014.

Reglamento de Evaluación de Rendimiento para las juezas y jueces a nivel nacional, de 22 de mayo de 2014.

Ley Organica de los Consejos Nacionales para la Igualdad, 07 de julio de 2014.

Reglamento de Uso Legal, Adecuado y Proporcional de la Fuerza para la Policial Nacional del Ecuador, de 10 de julio de 2014

Reglamento del Sistema de Protección a testigos y víctimas, de 12 de Octubre de 2014.

Reglamento de Evaluación de Juezas y Jueces de la Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador, de 22 de octubre de 2014.

Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, de 21 de junio de 2017

Reglamento a la Ley Organica de Discapacidades, 27 de octubre de 2017.

Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, de 6 de mayo de 2019

ANEXO 6

JURISPRUDENCIA

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

CRPD, Marie-Louise Jungelin (Representada por la Asociación Sueca de Jóvenes con Deficiencia Visual (US) y la Asociación Sueca de Personas con Deficiencia Visual – SRF) Vs. Suecia, Dictamen aprobado por el Comité en su 12º período de sesiones, de 15 de septiembre a 3 de octubre de 2014.

CRPD, Sr. X. Vs. República Unida de Tanzania, Dictamen aprobado por el Comité en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo, 18 de agosto de 2017.

CRPD, Simon Bacger Vs. Austria, Dictamen aprobado por el Comité en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo, 16 de febrero de 2018.

CRPD, VFC Vs. España, Dictamen aprobado por el Comité respecto de la comunicación (CRPD/C/20/D/34/2015) 21er. Período de sesiones, de 2 de abril de 2019.

CRPD, Manuway (Kerry) Doolan Vs. Australia, Dictamen aprobado por el Comité en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación Nro. 18/2013, de 30 de agosto de 2019

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

García Vs. Ecuador, Dictamen emitido al tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su 59 período de sesiones: Comunicación Nro. 481/1991. CCPR/C/59/D/481/1991, de 24 de abril de 1997

CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS

CIDH, Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 29 de julio de 1988.

CIDH, Godínez Cruz Vs. Honduras, 20 de enero de 1989.

CIDH, Paniagua Morales y otros Vs. Guatemala, 8 de marzo de 1998.

CIDH, Tribunal Constitucional Vs. Perú, 31 de enero de 2001.

CIDH, Comunidad Yake Axe vs. Paraguay, 17 de junio de 2005.

CIDH, Baldeón García Vs. Perú, San José de Costa Rica, 6 de abril de 2006.

CIDH, Ximenes Lopes Vs. Brasil, 4 de julio de 2006.

CIDH, González y otras (Campo Algodonero) Vs. México, de 16 de noviembre de 2009.

CIDH, Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, 24 de agosto de 2010.

CIDH, Rosendo Cantú y otra Vs. México, 31 de agosto de 2010.

CIDH, Fernández Ortega y otros Vs. México, 15 de mayo de 2011.

CIDH, Furlan y Familiares Vs. Argentina, 31 de agosto de 2012.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

TJUE, Coleman v. Attridge Law and Steve Law, Sentencia en el asunto C-303/06, 17 de julio de 2008.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

TEDH, Molka c. Polonia, Nro. 56550/00, 11 de abril de 2006.

TEDH, Shtukaturov c. Rusia, Nro. 44009/05, 27 de marzo de 2008.

TEDH, Glor c. Suiza, Nro.13444/04, 30 de abril de 2009.

TEDH, Stanev c. Bulgaria, Nro. 36760/06, 17 de enero de 2012.

TEDH, Caso AK y L c. Croacia, Nro. 37956/11 8 de enero de 2013.

TEDH, Caso A.- M. V. c. Finlandia, Nro. 53251/13, 30 de julio de 2013.

TEDH, Caso Asunto Centro de Recursos Legales a nombre de Valentin Campeanu c. Rumania, Nro. 47848/08, 17 de julio de 2014.

TEDH, Caso Enver Şahin c. Turquía, Nro. 23065/12, 30 de enero de 2018.

TEDH, Caso Nicolyan c. Armenia, Nro. 74438/14, de 3 de enero de 2020.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

Tribunal Supremo - Sala Primera de lo Civil, María y Carmela. Incapacitación contra Da Victoria: Sentencia Nro. 282/2009, 29 de abril de 2009.

Tribunal Supremo - Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, Padres del menor Florian c. la Resolución de fecha 17 de junio de 2015: Sentencia Nro. 1976/2017, 14 de diciembre de 2017.

CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA

Corte Constitucional del Ecuador (2016): Caso Nro. 1273-15-EP, Sentencia Nro. 133-16-SEP-CC.

Corte Constitucional del Ecuador (2017): Caso Nro. 0071-15-IN, Sentencia Nro. 017-17-SIN-CC.

Corte Constitucional del Ecuador (2018): Caso Nro. 2149-13-EP, Sentencia Nro. 172-18-SEP-CC.