

RECOMENDACIONES REALIZADAS EN CASOS PATROCINADOS POR EL CUERPO DE ABOGADAS/OS, SUGERENCIAS Y RECOMENDACIONES

Consultoras: Sofía Minieri y Mariela Galeazzi

RECOMENDACIONES PRÁCTICAS PARA EL PATROCINIO DE CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO QUE INVOLUCRAN A PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Presentación y contenido: el presente documento contiene recomendaciones prácticas dirigidas a las abogadas del Cuerpo de Abogadas/as de Víctimas de Violencia de Género del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para su labor en casos que involucran a personas con discapacidad. Busca dar respuesta a las dudas e inquietudes que surgieron tanto en los espacios de puesta en común en los encuentros de capacitación, de las reuniones celebradas, y del análisis del caso sobre el cual se nos solicitó asesoramiento. Contiene recomendaciones específicas vinculadas a la primera entrevista, el correcto uso del lenguaje y la precaución respecto a los propios prejuicios y estereotipos, la defensa del derecho a la capacidad jurídica, la deficiente utilización de las pericias, y los obstáculos de acceso a la justicia con causa en la declaración de inimputabilidad del agresor.

I. **Recomendaciones prácticas vinculadas a la primera entrevista con una consultante con discapacidad**

La primera entrevista marca el inicio de la relación entre la víctima y la/el abogada/o y representa una oportunidad única para comenzar a desarrollar la confianza necesaria para sostener la decisión de la denuncia realizada, así como el inicio de una actuación judicial. Por eso, es indispensable:

- que la entrevista se desarrolle en condiciones de plena **accesibilidad** física¹ y comunicacional²;
- **consultar** a la persona **si desea estar acompañada** por alguien de su confianza, teniendo en cuenta que la entrevista se debe sostener con ella, no con su acompañante³;
- **informar** sobre violencia basada en género en general, y sobre el modo en que esa violencia afecta particularmente a las mujeres con discapacidad, para disminuir su sentimiento de soledad y aislamiento;

¹ Por ejemplo, el espacio debe tener rampa de acceso y ascensor al que pueda ingresar una persona que se desplace en silla de ruedas y que la oficina o espacio en el que conversemos con la persona sea lo suficientemente amplio para que una persona se desplace en forma cómoda con su silla de ruedas.

² Por ejemplo, si se trata de una persona con discapacidad auditiva que se comunique a través de LSA, debemos garantizar la presencia de una persona intérprete de LSA no vinculada a la persona consultante y, en la medida de lo posible, que esté capacitada en materia de género y derechos de las personas con discapacidad. Si se trata de una persona con discapacidad intelectual, se debe procurar preparar materiales en lenguaje sencillo, infografías, ayudas visuales y otros materiales que faciliten el intercambio de información en condiciones de plena accesibilidad.

³ Dada la influencia indebida que pueden ejercer sobre las personas con discapacidad las personas de su familia o entorno, es particularmente importante que se le pregunte expresamente si desea estar acompañada, y al valorar su respuesta se debe tener en cuenta lo que dice la propia persona y no los argumentos que pueda alegar la persona acompañante para no retirarse.

- **brindar información** que permita a la persona **reconocerse como sujeta de derechos** y empoderarse para ejercerlos;
- **comentar** que hay ayuda disponible en la sociedad, pero que no se intervendrá si ella no lo desea;
- **brindar información sobre el funcionamiento del sistema de administración de justicia** y neutralizar o reducir los temores que la mujer pueda tener en relación con su inaccesibilidad;
- resguardar su **privacidad**, como se haría con cualquier persona sin discapacidad;⁴
- esforzarse proactivamente por mantener **contacto habitual** con la persona para consultarle cómo se encuentra, incluso si ella no lo/a contacta, dado que las personas con discapacidad suelen vivir en entornos o condiciones en las que todo se decide por ellas y que, en consecuencia, pueden favorecer la internalización de conductas de pasividad,
- tejer redes: **identificar instituciones y organizaciones locales que trabajen en la promoción de los derechos de las personas con discapacidad** en toda su diversidad y que pueden asistir a la persona y fortalecer sus redes de apoyo y contención.

Para más detalle sobre estas recomendaciones, se sugiere consultar el documento de *Reglas de Actuación para el patrocinio jurídico para víctimas de violencia de género con discapacidad*.

Recomendaciones prácticas vinculadas al uso del lenguaje y la reproducción de estereotipos nocivos sobre las personas con discapacidad en la labor del Cuerpo

En la práctica del derecho, el lenguaje es muy relevante y, muchas veces, determinante. La defensa de los derechos de las personas con discapacidad no es la excepción. Por eso, se debe utilizar un lenguaje adecuado al “modelo social” de la discapacidad, receptado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD). Esto implica:

- ante todo, dirigirse a la persona y nombrarla por su nombre, como se haría respecto de cualquier persona;
- utilizar el lenguaje que ponga énfasis en la persona y luego se refiera a sus características personales vinculadas a la discapacidad. Decimos persona con discapacidad y no discapacitado/a; persona ciega, y no “el ciego” o “la ciega”, etc.⁵ Si identificamos lenguaje discriminatorio u ofensivo en escritos de la otra parte, debemos solicitar que se teste, del mismo modo en que solicitaríamos se testen expresiones misóginas.

⁴ La familia de la persona con discapacidad, las personas de su entorno y/o los sistemas de apoyo y/o representantes legales no están legitimados para solicitar acceder a la información que la persona pueda haber compartido durante la entrevista y, en general, sobre cualquier información personal de la que el/la abogado/a disponga, a menos que la persona con discapacidad lo autorice expresamente, libre de toda presión o influencia indebida.

⁵ Por ejemplo, “soy la abogada patrocinante de Agustina. Ella es una mujer con autismo.”

- evitar la infantilización de las personas con discapacidad⁶;
- consultar a la persona si ella se identifica como una persona con discapacidad, y preguntarse en qué medida esa información, en su caso concreto, es relevante para su defensa y en qué medida, y explicárselo;
- al igual que en cualquier caso de violencia basada en género, no culpabilizar a la persona por lo que le pasa ni justificar la situación que atraviesa por el hecho de que ella sea una persona con discapacidad. Esto implica entender que los problemas de violencia de género que enfrentan las personas suelen ser manifestaciones de un contexto o patrón de violencia, en donde las características personales de la víctima, como puede ser el ser una persona con discapacidad, es un dato más que puede ser relevante o no para abordar el problema de violencia;
- adoptar una perspectiva de discapacidad y derechos humanos, esto implica identificar, poner en evidencia y rechazar expresamente los argumentos que consideren que dicha diversidad es una justificación válida para sostener desigualdades jurídicas y materiales que derivan en la denegación o restricción de derechos a las personas con discapacidad, incluso en pos de su alegada “protección”;
- ser exigentes con nuestra visión del caso y sus proyecciones, y cuestionarnos si nuestra defensa de este caso es en algún punto distinta, para mal (vemos vehemente, menos proactiva, más deferente respecto de las posiciones otra parte), de nuestra defensa en otros casos de violencia; para ello debemos trabajar en nuestra propia deconstrucción, detectando nuestros propios prejuicios y preconceptos sobre las personas con discapacidad, sus capacidades y posibilidades de desarrollar una vida digna y plena, y el lugar que pueden y deben ocupar en el mundo.

II. Recomendaciones prácticas vinculadas a la defensa del derecho y ejercicio de la capacidad jurídica

Si bien cada caso amerita el desarrollo de una estrategia distinta y adecuada a sus particularidades, el pleno respeto del derecho de la persona que se representa al reconocimiento de su capacidad jurídica debe ser siempre uno de ejes centrales de todo abordaje de casos de violencia basada en género contra mujeres con discapacidad. La protección o defensa legal de una persona con discapacidad no puede ni debe hacerse consintiendo la violación o el desconocimiento de sus derechos fundamentales, como es el derecho a ser reconocida como persona ante la ley. En este sentido, cabe destacar algunas pautas:

- cuando se representa o patrocina a una persona con discapacidad, **no es necesario iniciar procesos determinativos de la capacidad jurídica, ni tampoco es necesario oponerse automáticamente a todo inicio o**

⁶ Por ejemplo, no referirse a una persona con Síndrome de Down de 30 años como “la chica” o “la chiquita” cuando no lo haríamos o no lo consideraríamos adecuado respecto a una persona sin discapacidad.

consecución de un proceso de ese tipo, si éste es o ha sido llevado en línea con la CDPD;

- si la persona ya atravesó un proceso de determinación de la capacidad jurídica y fue declarada incapaz, **no debemos aceptar que la persona designada como representante legal o curadora nos indique la estrategia legal que debemos adoptar**;
- si la persona desea contar con un sistema de apoyos para la toma de decisiones, deben agotarse las posibilidades de **encontrar alguien dentro de su entorno en quien la persona con discapacidad confíe para que la apoye en la toma de decisiones**, solicitando su designación judicial como apoyo y estableciendo las salvaguardias que correspondan;
- **eventualmente**, si no hay personas de su confianza en su entorno, entonces se puede **solicitar judicialmente la designación de apoyos** (ver a continuación punto a))
- **los sistemas de apoyo nunca pueden imponerse contra la voluntad de la persona** o sin su consentimiento expreso.

a) Solicitud de apoyos con sustento en el Código Civil y a la luz de la CDPD

El Código Civil (CCyC) permite realizar esta solicitud con fundamento en el artículo 43. Sin embargo, los ordenamientos procesales no han receptado esta figura y regulado un proceso específico para ello, por lo que puede ocurrir que el juez o la jueza dispongan canalizar la solicitud mediante el proceso del artículo 32 del CCyC, que refiere a los procesos judiciales de determinación de la capacidad jurídica. Dicho artículo resulta inconstitucional a la luz de la CDPD.

Por eso, **se debe solicitar que la decisión judicial que se dicte se limite a designar los apoyos que la persona solicitó con fundamento en el artículo 43, y que no constituya una sentencia de restricción al pleno ejercicio de su capacidad jurídica**. Se propone plantear una lectura armónica del texto del CCyC con la CDPD, y plantear a modo eventual la inconstitucionalidad del artículo 32.

Para más detalle e insumos sobre esto, se sugiere ver el escrito modelo “SOLICITA DESIGNACIÓN DE SISTEMAS DE APOYO. PLANTEA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 32 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, disponible como Anexo I de las *Reglas de Actuación para el patrocinio jurídico para víctimas de violencia de género con discapacidad*.

Para referencias jurisprudenciales y normativas, se sugiere tener siempre a mano la Observación General No. 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre el Art. 12 de la CDPD, aplicable en nuestro ordenamiento en virtud del artículo 75, inciso 22 de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) sobre el tema. Además, se sugiere consultar las decisiones

de la CSJN en el caso “F., H. O”⁷, el correspondiente dictamen de la Procuración ante la Corte⁸, y la sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en el caso “C., A.R”⁹, todo disponible en la Biblioteca del Cuerpo.

Finalmente, para referencias de doctrina sobre la necesidad de modificar la normativa procesal -lo que puede servir de sustento para la realización de planteos al respecto- se sugiere ver el artículo titulado “Determinación de la capacidad de las personas en el Código Civil y Comercial: ajustes necesarios a los procesos de declaración de incapacidad”, de autoría de Ornela Piccinelli y Francisco Verbic.

b) Cuestionamiento de la denuncia penal hecha por representante legal

El Código Penal (CP) regula las acciones dependientes de instancia privada y establece que se procederá de oficio en los casos de delitos contra la integridad sexual “cuando la víctima haya sido declarada incapaz” (Art. 72, inc. 2).

En similar sentido, la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Ley de Protección Integral) establece que las denuncias de violencia -sin distinguir por el tipo de violencia- pueden ser realizadas “por cualquier persona cuando la afectada tenga discapacidad, o que por su condición física o psíquica no pudiese formularla” (Art. 24, inc. c). También indica que, en los casos de violencia sexual, la mujer es la “única legitimada” para hacer la denuncia (*Ídem*).

El respeto al pleno ejercicio de la capacidad jurídica implica garantizar el derecho de la mujer con discapacidad a decidir si se desea instar una acción penal dependiente de instancia privada o no hacerlo. Por eso, estos artículos se encuentran en tensión con la CDPD (Art. 12).

En estos casos, se recomienda estar siempre a la voluntad de la persona. Si se ha realizado una denuncia “en su favor” pero sustituyendo su voluntad de un modo que no podría realizarse respecto de una mujer sin discapacidad, y la voluntad de la persona es contraria al inicio de la investigación y aun no está preparada para denunciar, se debe impugnar el inicio de las actuaciones, por haber sido iniciado en violación a la CDPD. Todos los recursos jurisprudenciales y referencias que cuestionen este tipo de práctica del poder judicial que, en casos de delitos de instancia privada, avasalla la voluntad de la víctima, es igualmente aplicable a mujeres con discapacidad y no debe dudarse en reforzar esos argumentos con la CDPD.

⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *F.,H.O. s/ artículo 152 ter Código Civil*, sentencia de 10 de julio de 2018, disponible en <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires--articulo-152-ter-codigo-civil-fa18000057-2018-07-10/123456789-750-0008-1ots-eupmocsollaf?>

⁸ Procuración General de la Nación, Dictámen CIV 83563/1997/CS1 “F , H. O. si artículo 152 ter. Código Civil”, disponible en https://www.fiscales.gob.ar/procuracion-general/wp-content/uploads/sites/9/2016/04/CIV_83563_1997_F.pdf

⁹ Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, causa C. 121.160, “C., A. R.. Insania-curatela” (ver, en particular, el voto del Dr. De Lázari) disponible en <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=163113>

c) Cuestionamiento de la denegatoria de acceso a IVE por requerir consentimiento del representante legal

La Ley 27.610 de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo admite la posibilidad de que una sentencia de “restricción a la capacidad” impida prestar el consentimiento para el ejercicio de derechos previstos en dicha ley, o que la persona haya sido declarada incapaz judicialmente (Art. 9). Para estos casos, establece que el consentimiento de la persona debe ser prestado con la asistencia de su representante legal, o a falta de este o esta, la de una persona allegada, en los términos del artículo 59 del CCyC.

La redacción puede resultar problemática en la medida en que el artículo o su interpretación impidan a una persona con discapacidad prestar su consentimiento libre e informado, con los debidos ajustes y apoyos que sean necesarios, para acceder a la interrupción voluntaria del embarazo. Por eso, es importante tener en cuenta el Art. 12 de la CDPD y el hecho de que estamos ante el ejercicio de un derecho personalísimo para cuestionar cualquier barrera en el acceso al derecho a la IVE sustentada en el hecho de que la persona solicitante sea una persona con discapacidad y por ello no pueda consentir o deba hacerlo su representante por ella.

Cabe recordar que, al respecto, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad estableció que “Los Estados partes tienen la obligación de exigir a todos los profesionales de la salud... que obtengan el consentimiento libre e informado de las personas con discapacidad antes de cualquier tratamiento... [Además] tienen la obligación de no permitir que el consentimiento sea otorgado por personas que sustituyan a las personas con discapacidad en la adopción de decisiones, en nombre de ellas”¹⁰.

Para más desarrollo sobre este punto, ver el apartado específico de las *Reglas de Actuación para el patrocinio jurídico para víctimas de violencia de género con discapacidad*.

d) Cuestionamiento de decisiones que vulneran el derecho a ejercer la responsabilidad parental

Muchas veces, a las personas con discapacidad que son víctimas de violencia y tienen hijos, se les restringe el ejercicio de la responsabilidad parental, mediante, por ejemplo, la declaración del estado de adoptabilidad de sus hijos. Al contexto de violencia y falta de apoyos en la comunidad, se suma el estereotipo que refuerza la idea de que las mujeres con discapacidad no pueden ejercer el rol materno. Ello suele derivar en decisiones que privan a las mujeres con discapacidad del ejercicio de la responsabilidad parental de forma discriminatoria.

Este tipo de decisiones deben ser impugnadas con apoyo en la Convención (Arts. 12 y 23). Además, debe argumentarse a partir del deber del Estado en general, y de los

¹⁰ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General No. 1, Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 11 de abril de 2014.

operadores judiciales en particular, de adoptar todas las medidas a su alcance y agotar todas las instancias institucionales correspondiente para proveer a la madre con discapacidad de los apoyos y ajustes que necesite para continuar ejerciendo su rol materno mientras enfrenta la situación de violencia por la que atraviesa (CDPD, Art. 4). La omisión de accionar de esa manera debe ser considerada una aplicación discriminatoria de las normas que rigen el ejercicio de la responsabilidad parental en el Código Civil, en perjuicio de las personas con discapacidad y, por lo tanto, prohibida.

El hecho de que la persona con discapacidad no esté satisfaciendo las exigencias de dicho rol por falta de apoyos y ajustes no puede legitimar decisiones que dispongan su separación de sus hijos, sino que se debe propender a generar esos apoyos para garantizar el sostenimiento del vínculo maternofilial.

Para argumentar en este sentido puede verse la opinión del Procurador ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) en el caso “G., A. M. insania y curatela y causas acumuladas”, sentencia del 04/11/2015. Cabe destacar que la decisión de la SCBA no tomó la opinión del Procurador, lo que no quita valor a sus argumentos.

III. Recomendaciones prácticas vinculadas a la deficiente utilización de las pericias en perjuicio de las personas con discapacidad

En los procesos judiciales que investigan actos de violencia basada en género contra mujeres con discapacidad muestra que los operadores suelen ordenar -con mayor frecuencia que en casos que no involucran a víctimas con discapacidad- que la mujer sea sometida a peritajes orientados a determinar su diagnóstico médico y su capacidad mental. En algunas ocasiones, ello incluye la solicitud de peritajes orientados a determinar a) si la mujer comprende o no comprende lo que se le dice y/o lo que sucede alrededor de ella; y b) si su relato es creíble (verosímil) o no.

Estas pericias en general se apoyan en una concepción de la discapacidad basada en el modelo médico y, por lo tanto, contrario a la Convención. Pueden servir de base para negar a la mujer la capacidad de declarar, de estar en juicio, y de quitar valor probatorio a su testimonio. Es por eso que la solicitud de este tipo de pruebas debe ser sometida a un escrutinio estricto y cuestionada. Para ello, se ofrecen los siguientes argumentos:

- Las pruebas periciales orientadas a determinar la capacidad mental de las víctimas de violencia de género con discapacidad para testificar son contrarias al marco normativo internacional y regional en materia de derechos humanos.
- La verosimilitud de un relato no es peritable, ya que no hay técnicas científicamente validadas para peritar si una persona está diciendo la verdad o no. En cambio, ella debe ser valorada por el juez o la jueza a la luz de las reglas de la sana crítica.

Para más herramientas sobre este punto, ver apartado IV.3 de las *Reglas de Actuación para el patrocinio jurídico para víctimas de violencia de género con discapacidad* y su Anexo III (Oposición a pruebas periciales orientadas a evaluar la “capacidad mental” de la víctima para estar en juicio y/o brindar su testimonio).

IV. Recomendaciones prácticas vinculadas a estrategias procesales para el caso de decisiones de archivo o desestimación de las investigaciones penales por inimputabilidad del agresor

La declaración de inimputabilidad del agresor de una víctima de violencia de género y sus consecuencias procesales y sustantivas pueden ser violatorias de las obligaciones del Estado de debida diligencia respecto de la víctima o sobreviviente, y además no suele estar justificada en los derechos de las personas con discapacidad.

Para impugnar este tipo de decisiones desde el derecho internacional de los derechos humanos, se recomienda seguir la siguiente argumentación, que propone una **lectura armónica de los deberes del Estado de prevenir y sancionar la violencia de género, y de respetar el derecho a un debido proceso de las personas con discapacidad y promover un adecuado abordaje de su salud mental**, cuando ello fuera necesario:

- La declaración de inimputabilidad con sustento en el diagnóstico del imputado es violatoria del derecho a la igualdad y la garantía del debido proceso;
- El diagnóstico del imputado y sus requerimientos de atención en salud mental no son un obstáculo para la consecución del proceso penal en contra del imputado;
- El diagnóstico del imputado y sus requerimientos de salud mental no son un obstáculo para solicitar el dictado de medidas cautelares de protección, con los apoyos y ajustes que sean necesarios;
- La omisión de adoptar medidas de protección a mi favor y en contra del imputado debido a su diagnóstico constituyen una violación al derecho de la víctima de acceso a la justicia y de vivir una vida libre de violencias;
- El marco normativo de promoción y protección contra la violencia basada en género y el que protege los derechos de las personas con discapacidad no deben ser puestos en tensión, ni hacer prevalecer uno sobre otro.

Para más profundidad sobre este aspecto, ver Anexos II (Lineamientos para el abordaje de casos de violencia de género en los que el agresor es una persona con discapacidad) y II.B (Oposición a la desestimación o archivo de las actuaciones en base a consideraciones vinculadas a la inimputabilidad del agresor para estar en juicio) de las Reglas de *Reglas de Actuación para el patrocinio jurídico para víctimas de violencia de género con discapacidad*.