dhes
RED DERECHOS HUMANOS
Y EDUCACIÓN SUPERIOR

CONFERENCIAS DESCENTRALIZADAS ALFA

GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD: GÉNERO Y DISCAPACIDAD.

PONENCIAS:

WILFREDO ARDITO VEGA
PATRICIA CUENCA GÓMEZ
AGUSTÍN GRÁNDEZ MARIÑO
ELENA ALVITES

DIAS **2**, **3** Y **4** DE SETIEMBRE DEL 2014

PROYECTO FINANCIADO POR:

PROYECTO EJECUTADO POR:

upf. Universitat Pompeu Fabra Barcelona

ET LUX IN TENEBRIS LUCET MCMXVII PUCP

Conferencias Descentralizadas Alfa

© Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2015

Tomás Ramsey 925, Lima 17 - Perú

Teléfono: (51 1) 261-5859

Fax: (51 1) 261-3433

www.pucp.edu.pe/idehpucp

Diseño de cubierta: Área de Comunicaciones del IDEHPUCP

Diagramación de interiores: Área de Comunicaciones del IDEHPUCP

Derechos reservados. Prohibida la reproducción de este documento por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

PRESENTACIÓN

La discriminación es una situación predominante en nuestro país, que muchas veces hemos naturalizado, pero que debemos enfrentar desde diferentes espacios, entre ellos, el Derecho. Desde mediados del siglo XX, se vienen generando una serie de procesos de cambio que han permitido erradicar de manera progresiva las prácticas que impiden a colectivos tradicionalmente marginados ejercer sus derechos fundamentales.

Con el objetivo de brindar a servidores públicos, representantes de la sociedad civil y miembros de la comunidad universitaria las herramientas para defender uno de los principales valores democráticos, la igualdad (en todos sus ámbitos), el Instituto de Democracia y Derechos Humanos (IDEHPUCP) se enorgullece en presentar la compilación de ponencias de la Conferencia ALFA: Discriminación y grupos en situación de vulnerabilidad: género y discapacidad.

El evento, que se realizó los días 2, 3 y 4 de septiembre en el Auditorio de la Unidad Académica de Estudios Generales Letras de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), abordó las características y patrones del fenómeno de la discriminación en el Perú; desarrolló dos principales causales de discriminación existentes en nuestro medio: la discriminación de género y por discapacidad; y planteó el tratamiento legal del delito de discriminación en el contexto peruano e internacional,

Asimismo, se precisaron las acciones necesarias para desterrar estereotipos y prejuicios que perjudican a colectivos en situación de vulnerabilidad, se destacó el rol de la educación en la prevención de la discriminación y se resaltaron, a partir de un manejo adecuado de la legislación y la jurisprudencia, experiencias emblemáticas en la lucha contra la discriminación a nivel nacional como a nivel comparado.

Esta actividad se enmarca en las iniciativas promovidas por la Red de Derechos Humanos y Educación Superior – RDHES (red de universidades de América Latina y Europa) como parte del Proyecto Alfa financiado por la Unión Europea, en la búsqueda de espacios de cooperación entre las universidades socias para favorecer el acceso a la educación universitaria de la población tradicionalmente excluida y mejorar la formación universitaria en materia de derechos humanos.

Participaron como panelistas Patricia Cuenca (subdirectora del Máster en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid); Andrea Parra (directora del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes); Yanira Zúñiga (profesora de Derecho Internacional Público y Derecho Constitucional de la Universidad Austral de Chile); Francisco Eguiguren (exministro de Justicia y Derechos Humanos del Perú); Renata Bregaglio (coordinadora académica y de investigaciones del IDEHPUCP); Jeannette Llaja (abogada de DEMUS); así como los profesores de nuestra casa de estudios Patricia Ames, Elena Alvites, María Soledad Fernández, Wilfredo Ardito, Lars Stojnic, Ernesto Aguinaga y Agustín Grández.

ÍNDICE

PATRONES DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL PERÚ
WILFREDO ARDITO VEGA

PAG . 5

EL AJUSTE RAZONABLE COMO EXPRESIÓN DE IGUALDAD
PATRICIA CUENCA GÓMEZ

PAG. 17

EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS CIUDADANOS LGTBI
AGUSTÍN GRÁNDEZ MARIÑO

PAG. 37

LA CONFIGURACIÓN DE LOS APOYOS
PATRICIA CUENCA GÓMEZ

PAG. 49

LA DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO EN EL DISFRUTE DE DERECHOS SOCIALES: LAS BRECHAS POR SUPERAR PARA ALCANZAR LA IGUALDAD
ELENA ALVITES

PAG.77

PATRONES DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL PERÚ

Wilfredo Ardito Vega[1]

Aunque la discriminación está presente en todas las sociedades humanas, en el caso del Perú una serie de características la convierten en un fenómeno mucho más complejo y ha hecho que durante muchos años sean muy limitadas las políticas públicas para enfrentarla.

A continuación expondremos algunos de estos patrones que caracterizan la discriminación en nuestro país:

1. Negación y naturalización

La característica más marcada sobre la discriminación en el Perú es que, a pesar de ser una situación omnipresente, la discriminación tradicionalmente ha sido negada por muchas personas, incluyendo autoridades, académicos y hasta las propias víctimas de discriminación.[2]

En realidad, sostener que la discriminación no existe es un mecanismo de defensa para no sentirse afectados por el problema. Este argumento ha permitido a las empresas privadas y las instituciones públicas carecer de mecanismos para prevenir y sancionar las prácticas discriminatorias hacia el público y entre sus propios integrantes.

Uno de los mecanismos principales que permiten esta negación es la naturalización de la discriminación, por la cual muchas personas sostienen que no son discriminadoras y que se limitan a tratar de manera diferente a quienes efectivamente son diferentes. Se ha interiorizado que los peruanos no tienen derecho a un mismo trato.[3]

---

1 Wilfredo Jesús Ardito Vega (n. Lima 31 de mayo de 1965) es un abogado, escritor, catedrático y activista peruano especializado en temas de derechos humanos, democracia, justicia comunitaria y derechos de los pueblos indígenas. Es reconocida su iniciativa en el Perú por erradicar el racismo y la discriminación.

2 De esta manera, la respuesta más común de los proveedores de servicios comerciales frente a una denuncia por discriminación es que el hecho denunciado "nunca pudo haber ocurrido" porque es "imposible" que su personal discrimine. Véase Ardito, 2011, p. 75.

3 No nos referimos a un trato idéntico que, evidentemente, no puede darse a las personas con discapacidad, los más pobres o los adultos mayores, sino a un trato equitativo. En el Perú, pretender ser considerado como igual a los demás puede inclusive motivar un insulto, con la palabra "igualado".

Ejemplos de situaciones de discriminación naturalizadas son la existencia de cuartos y baños de servicio en numerosas viviendas, la prohibición para los trabajadores de limpieza de comer con los demás empleados o el uso exclusivo del castellano en las comunicaciones del Estado. En todos estos casos, la discriminación no es percibida como una situación condenable o injusta, sino la simple reacción a diferencias naturales entre las personas.

La naturalización bloquea cualquier cuestionamiento a la estructura social o la asimetría de poder: la pobreza se debe a una razón genética, a la falta de iniciativa o de voluntad de los pobres. De esta manera, los campesinos, los negros, los travestis y en general, las demás víctimas de discriminación estructural tienen la culpa de su propia situación.

Algunas personas llegan a sostener que los campesinos no sufren debido a la pobreza, porque es su estado natural y están acostumbrados.[4] Inclusive la explotación no se debe tanto a un abuso sino a la pasividad de la víctima.

La consecuencia más grave de la negación es que entre los funcionarios públicos no se asume la discriminación como un problema serio y también se ha naturalizado la desigualdad en el acceso a derechos fundamentales, como la salud, la educación, el empleo, la justicia y la seguridad, es decir, se convive tanto con dicha desigualdad que no causa sorpresa ni indignación, que algunas personas tengan siempre los servicios más deficientes (o ninguno) y se cree que esto no puede ser modificado.[5]

---

4 ARDITO, 2004, p. 22.

5 Otro ejemplo es la frecuente práctica de usar las zonas más pobres, donde vive población indígena, como “lugares de castigo” para profesores, policías o médicos que han cometido alguna falta demuestra un total menosprecio por los derechos de la población que vive en dichos lugares. Inclusive la terrible situación que enfrentan las personas con discapacidad en las zonas rurales es percibida como consecuencia del destino o la mala suerte.

2. La jerarquización de las diferencias

Si bien en todas las sociedades existe diversidad, en el Perú las diferencias son motivo de desigualdad, discriminación y de establecer relaciones jerárquicas.

Existe un modelo de peruano exitoso, que a su vez es similar al anglosajón exitoso, y mientras más nos parecemos a él, aunque sea en características externas, consideramos que nos encontramos en un nivel superior y sentimos mayor motivo para discriminar o menospreciar al otro.

Esta situación afecta a muchas personas que simplemente no pueden cambiar su situación, como las mujeres, las personas con discapacidad o las personas de más edad. Muchas veces son percibidas como destinadas a la subordinación frente a otros o en el mejor de los casos a un trato paternal o condescendiente. La jerarquización se hace visible inclusive entre profesionales o en una misma empresa también se manifiesta entre quienes pertenecen a diferentes áreas.

La convicción de que la diferencia es motivo de jerarquía se traslada inclusive a los espacios académicos, políticos o profesionales, donde supuestamente debería ser enfrentada la discriminación, pero una persona puede recibir mejor trato si es más blanca, es limeña o egresó de determinada universidad.

En el mismo sentido, los peruanos buscamos enfatizar jerarquías y diferencias a través de distintivos externos como la vestimenta, el fotocheck y otros.

3. La discriminación acumulada

La discriminación acumulada se refiere a cuando una misma persona padece conjuntamente por varias situaciones de discriminación.[6] De hecho, en nuestro país, la mayoría de problemas de discriminación no se presentan por una sola causal, sino por la suma de varias. Una mujer de clase alta en la vida cotidiana puede ser respetada o inclusive temida, pero una mujer pobre, de rasgos indígenas, que proviene de una zona rural, habla quechua o aymara y/o emplea su vestimenta tradicional sufrirá con mayores probabilidades situaciones de racismo.[7] Un ejemplo evidente de este problema son las trabajadoras del hogar.

6 En otros países se usa el término interseccionalidad, pero la acumulación da mejor la idea de una superposición de causales sobre la misma persona.

7 CERD, 2014, 17

De otro lado, la mayoría de personas de rasgos andinos padecen maltratos racistas cuando, además, son pobres, tienen apellido indígena, han nacido en una comunidad, usan su vestimenta tradicional, tienen baja estatura, escaso nivel educativo, hablan quechua o tienen un marcado acento indígena.[8]

Otro ejemplo de discriminación acumulada son los integrantes de la religión israelita, porque su religión es minoritaria, sino que tienen rasgos físicos andinos, usan vestimenta particular y, en el caso de los hombres, no se cortan el cabello, igualmente pertenecen a los sectores más pobres de la sociedad.

En relación a la discapacidad, son mucho más vulnerables las personas pobres y/o quienes viven en una zona rural, pues para ellos es mucho más difícil acceder a terapias, cuidados básicos o rehabilitación. Por eso, con mucha frecuencia un accidente o enfermedad para estas personas puede desencadenar una discapacidad permanente.

La discriminación acumulada es más difícil de enfrentar que la discriminación por una sola causal, sea machismo o racismo o cualquier otra de manera aislada.[9]

Ahora bien, existen causales que por sí solas generan discriminación, sin que sea necesario que otras situaciones confluyan. En el Perú ser analfabeto, pobre, campesino o no hablar castellano siempre genera discriminación, directa o indirecta.

4 .La magnitud de la discriminación sistémica

Esta forma de discriminación se manifiesta cuando un grupo social experimenta condiciones de vida manifiestamente inferiores al resto de la sociedad, sufre exclusión, violencia y marginación de manera permanente. Sin embargo, el resto de los ciudadanos, lejos de ver esta situación como un problema atribuye al propio grupo la responsabilidad, pues prevalecen contra ellos numerosos estereotipos negativos. Normalmente, la exclusión es tan fuerte que no existen canales de representación para que las víctimas canalicen sus demandas ante las autoridades y los medios de comunicación. Nadie se siente responsable por su situación y, en realidad, es difícil encontrar un culpable, porque la población mayoritaria ha sido socializada asumiendo que se trata de un grupo indeseable o una carga para la sociedad.

8 Ardito 2008, p. 18.

9 Reid, p. 25 Debemos enfatizar este punto, porque uno de los argumentos que suele emplearse para negar la existencia de discriminación en el Perú es la existencia de personas que, pese a tener rasgos andinos, a ser mujeres, a tener orientación homosexual o una discapacidad han logrado éxito profesional o económico y reconocimiento público.

Las víctimas de discriminación sistémica sufren por múltiples situaciones de discriminación indirecta que les generan desventajas en el acceso a derechos fundamentales y menos oportunidades para mejorar su situación. En los casos más graves, se producen muchos actos violentos hacia los miembros de este grupo, pero quedan impunes y la sociedad responsabiliza de ellos a las propias víctimas.

En otros países, las víctimas de discriminación sistémica pueden ser los inmigrantes, los gitanos o las minorías religiosas. En el Perú se encuentran en esta situación los indígenas y campesinos que viven en las zonas rurales, especialmente las mujeres. Otras víctimas son los integrantes de la comunidad israelita, fundada por Ezequiel Ataucusi, y las personas travestis o transexuales. Además, en buena parte del territorio del Perú podemos afirmar que la condición de las personas con discapacidad es tan grave que puede ser calificada de discriminación sistémica. Es verdad que al respecto tenemos recientemente leyes que buscan integrar a las personas con discapacidad y paulatinamente se está logrando la adecuación arquitectónica de calles y espacios públicos, pero estas medidas no llegan a compensar la situación de las personas con discapacidad en muchas ciudades peruanas y especialmente en las zonas rurales.

5. La invisibilidad de las demandas

Muchas veces en el Perú invisibilizamos el problema de la discriminación al reducirlo a la discriminación directa. Se asume que, como no se producen situaciones tan violentas como los grupos neonazis o los gobiernos musulmanes integristas, en el Perú no existe discriminación.

Es más difícil aceptar que existen muchas víctimas de discriminación indirecta o discriminación sistémica debido a la naturalización antes mencionada. En el caso de la discriminación indirecta, las autoridades toman decisiones que, aunque no tengan la intención de discriminar, afectan desproporcionadamente a un sector vulnerable. Históricamente, el Estado peruano ha practicado esta forma de discriminación al expresarse solamente en castellano desde su fundación, excluyendo a millones de ciudadanos cuya lengua materna es un idioma indígena.

De la misma manera, se ha comportado la sociedad con las personas con discapacidad (PCD) y los adultos mayores: la mayoría de ciudades peruanas se han desarrollado sin tomar en cuenta la accesibilidad para las PCD y lo mismo sucede en entidades públicas y privadas.

Muchas instituciones educativas, además, establecen actividades obligatorias los días sábados, lo cual afecta a muchos estudiantes adventistas, israelitas y de otras religiones.

Precisamente, otra forma de discriminación indirecta es disponer la asistencia obligatoria a actividades religiosas, lo cual ocurre en diversos gobiernos regionales y municipales.

En ocasiones los propios sectores discriminados terminan invisibilizados: la sociedad suele actuar como si no existieran las personas con discapacidad o indígenas amazónicos,. El ejemplo más visible es la televisión peruana y como invisibilizan a estos y otros sectores de la población.

6. La situación del débil

Mientras en otras sociedades, las personas son discriminadas porque son vistas como una amenaza (como ocurre en Europa con los inmigrantes o los afroamericanos en los Estados Unidos, que en ambos casos son considerados violentos), en el Perú la discriminación se ejerce como una forma de maltrato hacia el que se considera más débil.

Muchos peruanos ven en el más débil una oportunidad perversa para abusar y humillar. El analfabeto, la persona con discapacidad, la campesina, el pobre, es decir aquellos que objetivamente se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad son víctimas de maltrato cotidiano. Esto es lo que ocurre en los colegios donde el bullying se produce hacia quien es percibido como el más cholo o más negro del salón. Inclusive “cholear es una forma de blanquearse”, de asumir otra posibilidad de discriminar y excluir al otro y así sentirse superior.

7. Una perspectiva de género

En el Perú el enfoque de género resulta fundamental para entender la problemática de discriminación, puesto que dentro de los mismos grupos discriminados, como las comunidades campesinas o nativas, se manifiestan con frecuencia prácticas discriminatorias hacia las mujeres. Con frecuencia, ellas viven una situación de dominación dentro de su hogar, siendo asumido que su rol es el de servir al resto de la familia. Se espera así que la mujer subordine su bienestar al de los demás. Por eso muchas niñas y adolescentes no terminan la educación secundaria y muchas jóvenes no acceden a educación superior. De esta manera, los niveles de analfabetismo femenino y desconocimiento del castellano son mucho más elevados entre las mujeres, especialmente las que pasan de los treinta años.

A nivel nacional, las mujeres son además quienes enfrentan la abrumadora mayoría de situaciones de violencia familiar y abandono, lo cual incrementa su situación de vulnerabilidad. En muchos hogares, las mujeres de avanzada edad se ven obligadas a llevar a cabo actividades de cuidado doméstico (hacia niños pequeños, enfermos o ancianos) muchas veces por encima de sus fuerzas. Sin embargo, la naturalización de roles de género lleva a que situaciones de verdadera explotación sean aceptadas.

8. La asimilación como estrategia para enfrentar la discriminación

La estrategia más extendida de las víctimas de discriminación en el Perú no ha sido denunciar, protestar o rechazar el maltrato, sino procurar asimilarse con el discriminador. Esta situación tuvo carácter masivo mediante el proceso de desindigenización de millones de personas de rasgos andinos, que al migrar a las ciudades, impidiendo que sus hijos hablen quechua, evitaron la vestimenta indígena y buscaron inclusive colocarle a sus hijos nombres en inglés.

La asimilación es posible en algunos casos en el Perú, porque las diferencias raciales o étnicas no son tan marcadas como en otros países: algunas personas andinas pueden intentar pasar por mestizas y a algunos mestizos logran pasar por blancos si realizan ciertos cambios en su manera de vestir y de comportarse. De esta manera, la búsqueda del progreso es confundida con la asimilación al modelo dominante. Existen así muchas presiones sociales hacia las mujeres para teñirse el cabello y en el caso de las afroperuanas para laciárselo. Sin embargo, la discriminación puede mantenerse, porque va más allá de la vestimenta o el lugar de residencia y esto puede generar mucha frustración.

En otras situaciones de discriminación, es frecuente que las personas tiendan a ocultar aquellos factores que pueden generar discriminación, como el lugar de origen, el lugar de residencia, la edad, la orientación sexual o inclusive el apellido.

Lo más terrible del proceso de asimilación es que esto puede implicar también asumir el comportamiento maltratador y de esta manera, muchas personas creen que discriminar es una forma eficaz de evitar ser discriminados.

La consciencia de la discriminación puede ser más fuerte en aquellos que no desean o no pueden asimilarse, como las personas con discapacidad, los afroperuanos o los travestis. De hecho, la mayor parte de demandas legales por discriminación han sido realizadas por personas con estas características.

9. El narcisismo de las pequeñas diferencias

Unida a los puntos anteriores, está la tendencia entre los posibles discriminados a ostentar la diferencia como una manera de buscar la superioridad. El lugar de origen, el apellido de los padres, las relaciones, el colegio… cualquier elemento que podría ser considerado secundario se vuelve un factor al cual las personas se aferran para sentirse superiores a los otros y poderlos discriminar. En realidad, esta obsesión por parecer mejor es un reflejo de la inseguridad de las personas y de su escasa autoestima.

Este narcisismo refleja la aceptación de los criterios discriminatorios. De esta manera la discriminación se produce dentro de los propios discriminados, porque quienes tienen determinadas características consideradas negativas pueden sufrir más discriminación: dentro de las poblaciones andinas y negras, es el caso de las mujeres o las personas homosexuales. Entre los grupos LGBT, en cambio es el caso de quienes tienen rasgos andinos o son pobres.[10]

10. El fariseísmo antidiscriminador

Periódicamente, sucede en el Perú que un personaje público, actor, deportista o político suelta una frase racista o tiene un gesto ante los medios de comunicación que podría ser considerado discriminador. En ese momento algunos periodistas y formadores de opinión se rasgan las vestiduras horrorizados. Las frases se difunden en las redes sociales y se multiplican los violentos insultos y hasta amenazas de muerte frente al malvado.

El problema es que normalmente las situaciones que generan tanta alarma están sumamente extendidas en nuestra sociedad. La discriminación parece focalizada en dos o tres personas, cuando es un problema generalizado y las personas así evitan ver su propia realidad.

Por ejemplo, hace unos años, un canal de televisión hace un reportaje donde los conductores condenan escandalizados la existencia de un “baño para amas” en un club exclusivo. El problema es que se trata de una práctica muy extendida en las casas de clase alta y media, donde inclusive el baño de servicio es parte de la

10 Entre las propias trabajadoras del hogar se manifiesta este problema. Aquellas que usan uniforme se consideran superiores a las demás porque trabajan para una familia más adinerada y entre las que usan uniforme, las que llevan uniforme blanco se consideran superiores porque solamente se dedican a cuidar niños y no a labores de limpieza, así como suelen acudir a restaurantes, clubes o cines con los dueños de casa. En una reciente investigación, una trabajadora del hogar ecuatoriana refería que por ser negra era rechazada por otras empleadas.

arquitectura “normal”. En ocasiones, los actos que generan estas demostraciones públicas son falsos, como fue el caso de la Universidad del Pacífico, acusada el año pasado de impedir el ingreso de una chica huancavelicana de apellido Quispe. Curiosamente, en el propio canal de televisión que difundió la falsa denuncia, las personas de esos rasgos son siempre impedidas de aparecer como conductores y toda la publicidad tiene una marcada carga racista.

11. Cambios y perspectivas

En los últimos años se advierte mayor consciencia en el Perú respecto a las diversas formas de discriminación y algunos esfuerzos del Estado para enfrentarla, aunque subsisten los problemas de fondo.

Deben destacarse los avances normativos, al punto que desde el año 2000 la discriminación es un delito y desde el 2006 los responsables pueden recibir pena de prisión efectiva por ello. Se han producido varias condenas, a prisión suspendida, siempre por casos de discriminación por discapacidad.

Precisamente, en relación a las personas con discapacidad se ha pasado de las normas sobre atención preferente a la Ley 29973 que busca abordar de manera integral la problemática de las personas con discapacidad. Cada vez en más municipalidades tienen fuerza las OMAPEDs y el CONADIS está logrando cada vez más personas certificadas con discapacidad que pueden incorporarse a la vida laboral gracias a las nuevas disposiciones legales. Lentamente la adecuación arquitectónica, legislación más avanzada para las personas con discapacidad que comienzan a ser contratadas.
Lenguaje de señas al menos en los noticieros del canal estatal y de un canal privad.
En otro ámbito, tenemos importantes cambios desde el Ministerio de Educación en relación a la educación bilingüe intercultural, logrando que centenares de miles de niños indígenas reciban educación en su propio idioma. Por primera vez, se abordan en materiales educativos la problemática de los afroperuanos, los descendientes de chinos o japoneses.

A nivel de enfrentar la desigualdad, tenemos un notable incremento del programa Juntos o de Pensión 65, que ahora llegan hasta las comunidades nativas apartadas, con lo cual las personas más pobres no deben gastar elevadas cantidades de dinero en desplazarse.
Sin embargo, el problema se mantiene y las resistencias son muy grandes. Lo vimos con el silencio de las autoridades a pronunciarse frente al programa La Paisana Jacinta.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO, Santiago
Los medios de comunicación y el racismo persistente
Pobreza, desigualdad y desarrollo en el Perú : informe anual 2010-2011 --
Lima : Oxfam, 2011, pp.

ARDITO, Wilfredo
Racismo y Discriminación. En Perú ante los desafíos del siglo XXI. Editor: Luis Pásara. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2011, pp. 75-108.
Manual contra la Discriminación en la Administración Pública. Asociación Pro Derechos Humanos. Lima, 2008.

Responsabilidad social empresarial y discriminación
En Derecho PUCP /Pontificia Universidad Católica del Perú -- No. 64 (2010)
pp. 245-262

Las Ordenanzas contra la Discriminación. Cuaderno de Trabajo Nº 13. Departamento de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.

Discriminación positiva y discriminación racial en el Perú. En Retos Contemporáneos del Derecho Público. Coordinador: Germán Vera Esquivel. Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Ara Editores. Lima, 2010.

ARDITO, Wilfredo, BRUCE, Jorge y DEGREGORI, Carlos Iván.
Discriminación, Racismo y Exclusión Social. Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2004.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos
El acoso moral en la relación de trabajo Lima : Palestra, 2007

BRUCE, Jorge
2007 Nos Habíamos Choleado Tanto. Psiconálisis y Racismo. Universidad San Martín de Porres

CALLIRGOS, Juan Carlos
El racismo: la cuestión del otro (y de uno), Lima, DESCO, 1993.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia Familiar en las Américas, 2007
COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL
Observaciones Finales sobre los Informes Períodicos Decimoctavo a Vigésimo Primero de Perú (Documento CERD/C/PER/CO/18-21), 2014

COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS
Manual contra el Racismo para Jóvenes, 2005.
DEFENSORÍA DEL PUEBLO
Informe N° 005-2009-DP/ADHPR: Actuación del Estado frente a la Discriminación
Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo. Defensoría del Pueblo, 2009

Informe N° 008-2013-DP/ADHPR: La Lucha contra la Discriminación. Avances y Desafíos. Defensoría del Pueblo, 2013

GALARZA, Francisco
Discriminación en el Perú: exploraciones en el Estado, la empresa y el mercado laboral (ed). Lima, Universidad del Pacífico, 2012.

KOGAN, Liuba
Desestabilizar el Racismo: Del universo cognitivo al caos semántico. En Sanborn, Cynthia. La discriminación en el Perú : balance y desafíos / Cynthia A. Sanborn, editora. Lima : Universidad del Pacífico, 2012, pp. 29-49

KOGAN, Liuba, FUCHS, Rosa María y LAY, Patricia
Discriminación sexual y racial en el ámbito empresarial. En Sanborn, Cynthia.
La discriminación en el Perú : balance y desafíos / Cynthia A. Sanborn, editora.
Lima : Universidad del Pacífico, 2012, pp. 267-293

PAREDES, Susel
Invisibles entre sus árboles. Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, 2004.

PEÑAFLOR, Giovanna
Representaciones populares en torno a la discriminación : estudio cualitativo de IMASEN / Giovanna Peñaflor, Lupe Jara. Lima : CEP : IBC, 2009.

REID, Claire
Las Jerarquías Invisibles de la Discriminación en la Ciudad de Abancay.
Lima, APRODEH, 2008.

SANBORN, Cynthia
La discriminación en el Perú : balance y desafíos / Cynthia A. Sanborn, editora.
Lima : Universidad del Pacífico, 2012
SÁNCHEZ VELÁSQUEZ, Daniel.
Discriminación y medios de comunicación : análisis de las bromas raciales en la televisión peruana /Lima : Palestra, 2010.

SULMONT, David.
Raza y etnicidad desde las encuestas sociales y de opinión: dime cuántos quieres encontrar y te diré qué preguntar. En Sanborn, Cynthia. La discriminación en el Perú : balance y desafíos / Cynthia A. Sanborn, editora. Lima : Universidad del Pacífico, 2012, pp. 51-81.

VEGA GANOZA, Marisol
2013 Discriminación, racismo y violencia en la adolescencia de Ayacucho y Lima. Lima, Servicios Educativos Rurales.

EL AJUSTE RAZONABLE COMO EXPRESIÓN DE IGUALDAD

Patricia Cuenca Gómez[1]

Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid.

En esta ponencia, pretendo realizar algunas reflexiones que contribuyan a aclarar el concepto de ajuste razonable y a determinar sus límites[2]. Ello exige esclarecer la relación existente entre la accesibilidad universal y los ajustes razonables y entrar en el análisis del concepto de razonabilidad. En ambas tareas se pondrá de relieve la íntima relación existente entre la idea de ajuste razonable y el principio de igualdad. Finalmente, haré referencia a algunas breves consideraciones que deben ser tenidas en cuenta a la hora de implementar la obligación de accesibilidad (incluyendo la realización de ajustes) en las legislaciones internas.

1 .Accesibilidad universal y ajustes razonables.

Aunque la idea de eliminación de obstáculos y barreras siempre ha estado de algún modo presente en la historia de la discapacidad, desde los presupuestos del denominado modelo social - extendido en los últimos decenios del siglo XX y en lo que llevamos del siglo XXI - la accesibilidad se convierte en un eje central en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad.

El modelo social se caracteriza por entender que las dificultades que las personas con discapacidad encuentran para su plena participación en la sociedad y las restricciones que padecen en el ejercicio y disfrute de sus derechos no tienen su origen en las limitaciones personales de los individuos (ocasionadas por el padecimiento de una deficiencia), sino en las limitaciones de la propia sociedad[3]. Esta idea fuerza contribuye a poner de relieve que las condiciones de acceso a todas las estructuras de la vida social y al ejercicio de los propios derechos

1 Patricia Cuenca, Ayudante Doctora de Filosofía del Derecho. Se Licenció en Derecho en la Universidad Carlos de Madrid y adquirió el Grado de Doctora en esa misma Universidad en 2006 con la tesis “El sistema jurídico como sistema normativo mixto”.

2 Esta ponencia se basa en gran parte (con el permiso de su autor) en el trabajo de Rafael de Asís, “Lo razonable en el concepto de ajuste razonable”, actualmente en prensa y en las discusiones que sobre este tema hemos venido manteniendo en los últimos meses.

3 Sobre el modelo social PALACIOS, A., El modelo social de la discapacidad, Colección CERMI, Madrid 2008.

están diseñadas desde unos patrones de normalidad impuestos por quienes responden "a los parámetros físicos y psíquicos del estereotipo culturalmente dominante" generando barreras excluyentes para las personas que no encajan en el modelo de ciudadano estándar[4]. Desde este punto vista, adquiere pleno sentido la exigencia de (re)diseñar y adaptar estas condiciones de acceso haciéndolas incluyentes, teniendo en cuenta las necesidades y la situación de todas las personas, incluidas las personas con discapacidad[5] y eliminando cualquier barrera.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD)[6] tiene como objetivo "*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente"*. Asumiendo la mirada propia del modelo social desde su Preámbulo la Convención reconoce que la discapacidad resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras sociales, debidas a la actitud y al entorno, que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás y muestra su preocupación por la persistencia de estos obstáculos. Desde estos parámetros la CDPD incluye múltiples referencias a la accesibilidad universal[7]. La accesibilidad universal se menciona ya en el mismo Preámbulo destacando su importancia *"para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales"*[8]; está también incluida en los principios generales

4 COURTIS, C., "Discapacidad e inclusión social", cit., p. 7. Como señala este autor, por ejemplo, "al situar en una oficina gubernamental en un tercer piso sin ascensor se asume – a veces, inconscientemente – que todo usuario está en condiciones de subir escaleras. Al consagrar como método único de votación la elección entre boletas impresas en un cuarto oscuro al que se ingresa individualmente, se asume que todo votante puede leer las boletas". También MORRIS, J., Pride against prejudice, cit., pp. 15 y ss. cuestiona las categorías de la normalidad/anormalidad en relación con la discapacidad y califica la normalidad como una construcción social opresora. Con carácter general afirma FERRAJOLI, L., "La democracia constitucional" en COURTIS, C., Desde otra mirada. Textos de la teoría crítica del Derecho, Eudeba, Buenos Aires, 2001, p. 267: "Siempre en un determinado momento, el velo de la 'normalidad' que ocultaba las opresiones de los sujetos débiles ha sido desagarrado por sus luchas y reivindicaciones".

5 Desde el modelo social, el problema de la "falta de" accesibilidad deja de ser abordado desde la toma de medidas especiales dentro de un proceso de rehabilitación, pasando a serlo desde la búsqueda de respuestas adecuadas, en condiciones de igualdad, a las necesidades de todas las personas.

6 Aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de Naciones Unidades en Nueva York y en vigor desde el 3 de mayo de 2008.

7 Desde el modelo social, el problema de la "falta de" accesibilidad deja de ser abordado desde la toma de medidas especiales dentro de un proceso de rehabilitación, pasando a serlo desde la búsqueda de respuestas adecuadas, en condiciones de igualdad, a las necesidades de todas las personas.

8 Para conocer la Convención resulta obligada la lectura de PALACIOS, A., El modelo social de

del artículo 3 y regulada en el artículo 9. Este precepto establece: *"A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales"*. La accesibilidad aparece también en la regulación de diferentes derechos concretos a lo largo de la Convención.

Como ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Comentario General número 2 (2014) "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"[9]. En este sentido considera que el artículo 9 de la Convención "consagra claramente la accesibilidad como la condición previa para que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente, participar plenamente y en pie de igualdad en la sociedad y disfrutar de manera irrestricta de todos sus derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás". Ciertamente, según apunta Rafael de Asís, la accesibilidad universal en la CDPD se conecta y se justifica tomando como referencia otros tres grandes derechos: vida independiente, participación en la vida social e igualdad de oportunidades[10].

Es posible entender por vida independiente "la situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad"[11]. El artículo 19 de la Convención se refiere al derecho a vivir de forma independiente señalando: "*Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación*

---

la discapacidad, antes citada.

9 Disponible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/2&Lang=en

10 ASÍS ROIG, R.DE, Rafael de Asís, "Lo razonable en el concepto de ajuste razonable", en prensa.

11 Así es como la define el artículo 2 de la Ley española General de los derechos de las personas con discapacidad del año 2013.

en la comunidad, asegurando en especial que: a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico".

La participación plena en la vida social no sólo es un principio mencionado en el artículo 3, sino también un derecho presente en la propia definición de la discapacidad[12]. Así, en su artículo 1 puede leerse: *"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".*

Pero sin duda, como también subraya R. de Asís, es la igualdad de oportunidades el derecho que sirve de justificación a la accesibilidad y que, de alguna manera, integra a los dos anteriores[13]. Esta igualdad, como ha señalado N. Bobbio, "apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales[14]". Implica, así, "la adopción de medidas orientadas a eliminar los obstáculos que impiden que los individuos compitan en condiciones de igualdad"[15]. Ahora bien, como ha señalado M.C. Barranco, puede revelarse insuficiente para asegurar la igualdad de derechos. En efecto, "es posible considerar situaciones en las que dos sujetos tengan las mismas oportunidades para competir, pero se produzcan circunstancias que hagan que de hecho, siempre ganen los sujetos que forman parte de un determinado grupo"[16].

Y ello es así porque en muchos casos, la reflexión sobre la igualdad se proyecta no ya sobre situaciones o prácticas concretas sino más bien sobre estructuras sociales. De ahí que sea importante, cuando hablamos de igualdad

12 Como apunta MEGRET, F., "The disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?", Humans Rights Quartely, núm. 30, 2008, pp. 494-516 si bien este contenido aparece expresamente en la Convención como un principio general sería posible defender su articulación también como un derecho que combina y trasciende los contenidos del derecho "a la participación en la vida política y pública" y del derecho a la "participación en la vida cultural, la recreación, el ocio ya deporte" reconocidos expresamente en su articulado. Este derecho expresaría una demanda más amplia dirigida no sólo al Estado sino también a la organización social en general, que exigiría que las personas con discapacidad puedan participar activamente en la sociedad y en las diversas comunidades de las que forman parte.

13 ASÍS ROIG, R.DE, Rafael de Asís, "Lo razonable en el concepto de ajuste razonable", en prensa.

14 BOBBIO, N., Igualdad y libertad, trad. de P. Aragón, Paidos, Barcelona 1993, p. 78.

15 BARRANCO, M.C., Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos, Cuadernos Bartolomé de las Casas n. 47, Dykinson, Madrid 2011, p. 36.

16 IDEM, p. 38.

de oportunidades, manejar un concepto amplio de oportunidades que integre también la reflexión sobre situaciones estructurales[17].

Para la completa comprensión de la accesibilidad es preciso tener en cuenta:

1) Que en tanto la accesibilidad universal está relacionada con la participación en la vida social se trata de una exigencia que no se proyecta sobre cualquier bien, producto o servicio sino sobre con aquellos que pueden relacionarse con dicha participación. De esta forma se entiende la estrecha relación que existe entre la accesibilidad y la no discriminación. La demanda de accesibilidad se produce en comparación con los bienes, productos y servicios que algunos (la mayoría) disfrutan y se vinculan a la vida social[18].
2) Beneficia a toda la sociedad y no solo a las personas con discapacidad, como también ha subrayado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
3) Se proyecta no sólo en el entorno físico, sino también en el entorno cognitivo y comunicacional y por tanto se proyecta no sólo sobre las personas con discapacidades físicas, sino también con discapacidades sensoriales, mentales e intelectuales. Como ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, "Debe asegurarse la accesibilidad a todas las personas con discapacidad, con independencia del tipo de deficiencia".
4) También ha indicado el Comité que la accesibilidad debe garantizarse "sin distinción de ninguna clase por motivos tales como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, el patrimonio, el nacimiento u otra condición, la situación jurídica o social, el género o la edad. La accesibilidad debe tener especialmente en cuenta las perspectivas del género y la edad de las personas con discapacidad"

17 Como ha señalado, I.M. Young, "el concepto de oportunidad se refiere a la capacidad más que a la posesión; da cuentas del hacer más que del tener. Una persona tiene oportunidades si no se le impide hacer cosas y vive bajo las condiciones que le permiten hacerlas. Naturalmente tener oportunidades en este sentido implica a menudo tener posiciones materiales tales como comida, vestido, herramientas, tierra o maquinarias. Sin embargo, el hecho de tener posibilidades o no tenerlas se refiere directamente a las reglas y prácticas que gobiernan nuestra acción, al modo en que otra gente nos trata en el contexto de relaciones sociales específicas… Por tanto, evaluar la justicia social teniendo en cuenta si las personas tienen oportunidades no debe implicar evaluar un resultado distributivo, sino la estructura social que otorga o quita posibilidades a os individuos en situaciones relevantes". YOUNG, Irish Marion, La justicia y la política de la diferencia, Colección Feminismos, Universidad de Valencia, 2000, pp. 49 y 50.

18 ASÍS ROIG, R.DE, Rafael de Asís, "Lo razonable en el concepto de ajuste razonable", en prensa

5) En todo caso la accesibilidad no es sólo una cuestión de entorno, sino básicamente una cuestión de derechos, y, además de derechos humanos. No sólo los entornos en los que regularmente se ejercen los derechos sino los propios derechos tienen que ser diseñados en términos accesibles. De hecho esta idea podría servir la describir el objetivo de la CDPD.
6) No corresponde cumplirla solo a los poderes públicos, sino también a los poderes privados[19].
7) Aunque la CDPD no se refiere expresamente a la CDPD en términos de "derecho" sino de principios, (no habla expresamente de un derecho a la accesibilidad) de una lectura de conjunto de la CDPD sería posible defender esta configuración[20]. La accesibilidad podría ser considerada como un principio, implícito en el principio de igualdad; como parte del contenido esencial de los demás derechos; como parte del derecho a la igualdad y a no ser discriminado y como un derecho autónomo.
8) La CDPD no establece de forma expresa que la ausencia de accesibilidad universal constituye una forma de discriminación. Ahora bien resulta obvio que también la falta de accesibilidad puede tener como consecuencia *"obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales"* que la Convención identifica con la discriminación por motivo de discapacidad.
9) Si una persona con discapacidad viera restringido, limitado o impedido el goce o ejercicio de cualquier derecho en igualdad de condiciones con el resto de ciudadanos, en razón de su discapacidad – por falta de accesibilidad, lo que incluye la denegación injustificada de ajustes razonables, como enseguida se comprobará - podría acudir a los tribunales a través de dicha garantía. Es decir, por violación del derecho a la igualdad. Esta consideración tiene gran importancia a la hora de reforzar la protección de la accesibilidad de las legislaciones domésticas.

19 Idem.
20 Idem y ASÍS ROIG, R. y otros, La accesibilidad Universal en el Derecho, cit. y CUENCA GÓMEZ, P., Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU, Ediciones de la Universidad de Alcalá de Henares-Defensor del Pueblo, 2012.

Pues bien, la accesibilidad universal puede alcanzarse a través de diferentes vías entre las que es usual destacar dos: el diseño universal y los ajustes razonables[21]. A ella podríamos añadir una tercera, las medidas de accesibilidad. Sobre estos tres dispositivos – en tanto se consideran dimensiones de la misma – se proyectarían las consideraciones hasta aquí realizadas sobre la accesibilidad universal en general.

Por diseño universal - denominado a veces diseño para todos - es posible entender la actividad por la que se conciben o proyectan desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, programas, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado[22]. En su artículo 4 la CDPD establece la obligación de los Estados de *"emprender o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención, que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promover su disponibilidad y uso, y promover el diseño universal en la elaboración de normas y directrices"*.

Los entornos, en esa concepción amplia que antes hemos señalado, serán accesibles si desde el origen se conciben, se proyectan, se planifican, se implantan y funcionan con arreglo a pautas que permitan su uso y empleo en la mayor extensión posible por el mayor número de personas, incluidas, , las personas con discapacidad. Esta actividad de diseñar ab initio en clave de satisfacción de las necesidades y requerimientos de todas las personas se erige es una estrategia general y primaria para el logro de la accesibilidad universal[23].

21 ASÍS ROIG, R.DE, Rafael de Asís, "Lo razonable en el concepto de ajuste razonable", en prensa y PALACIOS, A., "Medidas relacionadas con la igualdad y la no discriminación en la implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad", ponencia presentada en el marco del Estudio del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre medidas jurídicas esenciales para la ratificación y la aplicación efectiva de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Geneva, 24 October 2008.

22 Artículo 2 de la Ley española General de los derechos de las personas con discapacidad de 2013).

23 Vid. PÉREZ BUENO, L. C, "La configuración jurídica de los ajustes razonables", en AA.VV., 2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España, Estudios en Homenaje a Miguel Angel Cabra de Luna, Cinca, Madrid 2012, pp. 159 y ss.

En tanto el diseño universal es una obligación que se deriva del derecho a la accesibilidad, no corresponde cumplirla única y exclusivamente a los poderes públicos, sino a todo aquel que participe en la creación de esos bienes y productos, en la realización de un servicio o en la satisfacción de un derecho. Se trata así de una obligación que da cuenta de la relevancia que tiene, en lo referente a la satisfacción de los derechos de las personas con discapacidad, tomarse en serio la vigencia de los derechos en las relaciones entre privados[24].

Desde un punto de vista conceptual, lo problemático del diseño universal radica en la determinación del término **posible** que, como se habrá observado, sirve de límite interno al contenido de este principio[25]. Desde un punto de vista general, un primer sentido de lo posible, el más básico, nos conecta con el estado del conocimiento. Así, el diseño para todos puede encontrar sus límites en el estado de la ciencia y la técnica y, también, en la posibilidad de conocer y prever la diversidad humana.

Pero, además, el diseño para todos puede encontrar otros límites que tienen que ver con las consecuencias que produce su adopción[26]. Las medidas que exigen el diseño universal pueden producir unas consecuencias dañinas para otros derechos o bienes con lo que su justificación pierde fuerza. Así por ejemplo, imaginemos que para lograr el diseño universal es necesario producir daños ambientales. En estos casos, el diseño para todos puede no ser razonable; y así, la exigencia de lo posible se traduce en la **exigencia de razonabilidad**. Es decir, aunque la razonabilidad no aparezca expresamente como un límite al diseño universal también lo es, puesto que ningún derecho es absoluto. Ahora bien, el límite del diseño basado en la razonabilidad sólo tiene sentido cuando su realización supone menoscabar de manera no aceptable el disfrute de algún derecho (del mismo modo que como luego se verá sucede en el caso de los ajustes).

En todo caso, además de este diseño universal en origen, es posible referirse a la obligación de hacer accesibles *ex post* bienes, productos, servicios, entornos que ya están diseñados (podríamos para entendernos hacer referencia al re-diseño o la adaptación universal). Como apunta el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad “Debe hacerse una clara distinción entre la obligación de garantizar el acceso a todos los nuevos objetos, infraestructuras, bienes,

24 ASÍS ROIG, R.DE, Rafael de Asís, “Lo razonable en el concepto de ajuste razonable”, en prensa.
25 Idem
26 Idem

productos y servicios que se diseñen, construyan o produzcan, y la obligación de eliminar las barreras y asegurar el acceso al entorno físico y el transporte, la información y la comunicación, y los servicios abiertos al público que ya existan". En este punto es importante tener presente que la recepción de las obligación de accesibilidad en los sistemas nacionales es relativamente reciente y se proyecta en parte de entornos preexistentes estructural y consolidadamente no accesibles que deben ser transformados[27]. Como admite el Comité, la obligación de garantizar de que las personas con discapacidad tengan acceso al entorno físico, el transporte, la información y la comunicación, y los servicios abiertos al público que ya existan debe cumplirse gradualmente, por lo que se señala que los Estados partes deben fijar plazos y asignar recursos adecuados para la eliminación de las barreras existentes. Asimismo puede suceder que en el diseño inicial de un bien, producto, o entorno el estado de la ciencia o de la técnica no hiciese posible el diseño para todos, pero que el avance del conocimiento permita que con posterioridad se transforme para poder ser usado universalmente.

Pues bien, a este diseño universal *ex post* harían referencia las denominadas medidas de accesibilidad. De nuevo, las medidas de accesibilidad se encontrarían con el límite de lo necesario (sólo serían obligatorias en relación con bienes, productos, servicios relacionados con la participación en la vida social) de lo posible (estado de la ciencia y técnica y diversidad) y de lo razonable (lo que obliga a tener en cuenta su relación con otros derechos y bienes y su afectación). De cualquier forma, no siempre será posible o razonable diseñar y rehacer todos los productos, servicios, bienes, entornos de forma que puedan ser utilizados por todo el mundo. Y es aquí donde cobra relevancia el **concepto de ajuste razonable** como una estrategia particular y subsidiaria o de segundo grado para lograr la accesibilidad universal[28]. Así, se ha señalado que "en el esquema general de la igualdad de derechos de las personas con discapacidad, los ajustes razonables son subsidiarios" operan en defecto del diseño universal y las medidas de accesibilidad que representarían la garantía reforzada o de primer grado. Los ajustes razonables, garantía menos plena o de segundo grado, están concebidos para ofrecer aseguramientos de la accesibilidad y, por tanto, del derecho a la igualdad "en casos particulares cuando los mecanismos reforzados no resultan eficaces". Al constituir los ajustes una herramienta algo subsidiaria, un mecanismo de protección y solución in extremis, que ofrece salidas aceptables a situaciones particulares, el dispositivo reforzado previo ha de ser lo más amplio e intenso posible[29]

27 Vid. PÉREZ BUENO, L. C, "La configuración jurídica de los ajustes razonables", ya citado.
28 Idem.
29 Idem.

Los ajustes razonables son medidas que pretenden adaptar el entorno, bienes y servicios a las específicas necesidades de una persona. Son definidos en la CIDPD 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”. En el art. 5 de la CDPD establece que los Estados adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables, obligación que afecta a todos los derechos y que otra vez se recuerda específicamente en disposiciones relativas a distintos derechos en relación con los cuales estos ajustes adquieren particular importancia[30].

Los ajustes razonables son medidas que pretenden adaptar el entorno, bienes y servicios a las específicas necesidades de personas que se encuentran en ciertas situaciones (como por ejemplo una situación de discapacidad)[31]. Se adoptan cuando falla el diseño para todos y las medidas de accesibilidad y tienen en cuenta las necesidades específicas de una persona. Es una estrategia para la satisfacción de la accesibilidad de carácter particular.

Se trata de un derecho que sirve para satisfacer el contenido del bien que protege el derecho a la accesibilidad. De esta manera, los ajustes razonables adquieren su significado cuando el bien de la accesibilidad no se puede satisfacer de manera general (a través del diseño o de las medidas de accesibilidad) y hay que satisfacerlo de manera particular se convierte así en un auténtico derecho destinado a remediar esa situación particular[32].

30 Como sucede en el caso del derecho al acceso a la justicia, del derecho a la libertad y seguridad de la persona, del derecho a la educación, del derecho al empleo.

31 Como ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas: “La obligación de realizar ajustes razonables es una obligación ex nunc, lo que significa que estos son exigibles desde el momento en que una persona con una deficiencia los necesita en una determinada situación, por ejemplo, el lugar de trabajo o la escuela, para disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones en un contexto particular. En este caso, las normas de accesibilidad pueden servir de indicador, pero no pueden considerarse obligatorias. Los ajustes razonables pueden utilizarse como medio para garantizar la accesibilidad a una persona con una discapacidad en una situación particular. Con la introducción de ajustes razonables se pretende hacer justicia individual en el sentido de garantizar la no discriminación o la igualdad, teniendo en cuenta la dignidad, la autonomía y las elecciones de la persona. Por lo tanto, una persona con una deficiencia rara puede solicitar ajustes que no estén comprendidos en el alcance de ninguna norma de accesibilidad”.

32 Vid. PALACIOS A, “El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables”, en CAMPOY CERVERA, I. (Coord.), Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, jurídicas y filosóficas, Dykinson, Madrid 2004.

Como ha señalado Agustina Palacios[33], la accesibilidad sería la situación a la que se aspira, el diseño para todos - y podríamos añadir el re-diseño o adaptación para todos (las medidas de accesibilidad) - estrategias a nivel general para alcanzarla, y los ajustes razonables una estrategia a nivel particular, cuando no ha sido posible alcanzar la accesibilidad a nivel general.

El campo de proyección de los ajustes, al igual que nos ocurría al hablar de la accesibilidad y del diseño para todos es el de la participación en la vida social. En todo caso, resulta esencial tener en cuenta que la función de los ajustes razonables no es la de reemplazar el incumplimiento de la accesibilidad.

Los ajustes no son un mecanismo de limitación de la accesibilidad[34]. El ajuste surge cuando la accesibilidad no se puede conseguir mediante estrategias generales y es necesario satisfacerla con carácter particular estableciendo una medida individual que permita el acceso a un bien o un servicio.

Así: "Una cuestión es la obligación de realizar un ajuste razonable, que se considera necesario ante una circunstancia particular (por ejemplo, modificar la iluminación en el sitio de trabajo de una persona con discapacidad visual que entra a trabajar en dicho puesto y que requiere, por su problema en la visión, un tipo de luz especial); y otra diferente son las obligaciones que exige la accesibilidad (por ejemplo, la existencia de una rampa en un edificio público), ante cuyo incumplimiento se producirá la sanción correspondiente a la infracción cometida"[35].

De ahí la importancia de una correcta interpretación de la exigencia de ajustes razonables para que no se convierta en una válvula de escape o una excusa para incumplir la obligación de accesibilidad a través de estrategias generales[36]. Como hemos señalado antes, el diseño para todos y las medidas de accesibilidad pueden encontrar a veces limitaciones - provenientes del progreso de la técnica o del conocimiento de la diversidad humana o pueden afectar de manera desproporcionada a otros bienes o derechos - que provoquen la ausencia de accesibilidad general de determinados bienes, productos y servicios. En estos supuestos la falta de accesibilidad general no supone discriminación (al estar justificada, no era posible o razonable) y puede ser corregida mediante los ajustes (al estar relacionados esos bienes, productos y servicios con la participación en la vida social). Sin embargo si era posible y razonable el diseño para todos o

33 PALACIOS, A., "Medidas relacionadas con la igualdad y la no discriminación en la implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad", cit.

34 ASÍS ROIG, R.DE, Rafael de Asís, "Lo razonable en el concepto de ajuste razonable", en prensa.

35 ROIG, R. y otros, La accesibilidad Universal en el Derecho, cit.

36 ASÍS ROIG, R.DE, "Lo razonable en el concepto de ajuste razonable", en prensa

la adopción de medidas de accesibilidad, y no se realizan estamos ante un caso de discriminación que debe arreglarse corrigiendo la situación y logrando la accesibilidad general.

Como antes señalamos accesibilidad universal en general, y, por tanto, también el ajuste razonable como estrategia particular para su logro se conecta estrechamente con la participación en la sociedad y la vida independiente y con el concepto de igualdad en concreto en su dimensión de igualdad de oportunidades. Además, la denegación de un ajuste razonable como expresamente señala el artículo 2 de la CDPD supone una discriminación por motivos de discapacidad.

En este punto conviene precisar que el ajuste razonable no es una medida para corregir discriminaciones sino un derecho en sentido estricto. Los ajustes se relacionan estrechamente con la igualación positiva o con las acciones positivas, pero no deben identificarse. El derecho al ajuste razonable no es un trato privilegiado ni un trato preferente, tampoco posee una dimensión temporal ni puede ser considerado como una simple medida. Se trata de un auténtico derecho[37].

Eso sí, se trata de un derecho que, como todo derecho humano, puede encontrar sus límites. De hecho expresamente en el caso de los ajustes se señala que éstos tienen que ser "razonables". Las personas con discapacidad "pueden precisar adaptaciones o adecuaciones específicas del entorno para hacer posible el acceso o el ejercicio efectivo de sus derechos … todo ello con el fin de situarlos en una situación de igualdad análoga a los restantes miembros de la comunidad. Mas no todas esas eventuales adaptaciones terminan siendo jurídicamente obligatorias … sino únicamente aquellas que sean razonables. El deber de realizar ajustes cesa en el momento en que los mismos no sean razonables"[38].

37 Idem y PALACIOS, A., "Medidas relacionadas con la igualdad y la no discriminación en la implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad", cit.

38 PÉREZ BUENO, L. C, "La configuración jurídica de los ajustes razonables", cit.

A partir de todo lo anterior es posible referirse, siguiendo a L.C. Pérez Bueno[39], se a los siguientes elementos constitutivos de la noción de ajuste razonable:

• conducta positiva de actuación de transformación del entorno en sentido amplio (*elemento fáctico de cambio*);

• transformación que ha de dirigirse a adaptar y hacer corresponder ese entorno a las necesidades específicas de las personas con discapacidad, en las situaciones concretas en que estas puedan hallarse, proporcionándoles una solución (*elemento de individualización y satisfacción de las particularidades*);

• que surge en aquellos casos no alcanzados por las obligaciones generales de diseño universal y las medidas de accesibilidad (*elemento de subsidiariedad*);
• adecuaciones que no han de comportar una carga desproporcionada (*elemento del carácter razonable*) para el sujeto obligado;

• y en todo caso su finalidad es la de facilitar la accesibilidad o la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que los demás miembros de la comunidad (*elemento de garantía del derecho a la igualdad*).

2. Lo razonable en el concepto de ajuste.

La razonabilidad supone el rechazo de ciertas medidas que, aun siendo necesarias para el logro de la accesibilidad, dejan de estar justificadas al tenerse en cuenta otra serie de parámetros. Como hemos venido señalando aunque el límite de lo razonable aparece sólo expresamente formulado en relación con los ajustes, también el diseño universal y las medidas de accesibilidad están condicionados por el límite de lo razonable.

En el ámbito jurídico la razonabilidad se traduce en la exigencia de proporcionalidad[40].

Pues bien, en este punto cobra importancia el carácter que se le quiera dar al ajuste (constitucional o legal). En efecto, la exigencia de proporcionalidad en el ajuste provoca que frente a éste se sitúe otra referencia en forma de bien, principio, derecho… Si hablamos de medida proporcional es absolutamente necesario establecer los parámetros desde los que analizamos esa proporcionalidad. Y así, si el ajuste tiene una consideración constitucional, los parámetros deberán

39 Idem
40 ASÍS ROIG, R.DE, “Lo razonable en el concepto de ajuste razonable”, en prensa.

ser constitucionales, mientras que si tiene una configuración legal podrán ser legales. Frente al ajuste se sitúa así otro bien que puede ser constitucional o legal. En lo que sigue trataré el derecho al ajuste como un derecho fundamental.

Como es sabido, el principio de proporcionalidad aparece como la unión de tres grandes "sub-principios": idoneidad, necesidad y proporcionalidad[41].

El principio de idoneidad expresa la exigencia de que toda limitación a un derecho debe ser adecuada en relación con un fin constitucionalmente legítimo. Así, trasladado al ámbito del ajuste razonable, el principio de idoneidad establece que una limitación en el ajuste sólo podría hacerse tomando como referencia un fin constitucional y desde la consideración de que la limitación del ajuste es un medio idóneo para lograr ese fin constitucional. En virtud de este principio podría denegarse el ajuste cuando este entorpeciera la satisfacción de otro bien constitucional, y la denegación del ajuste sea un medio idóneo para preservar ese bien. Ahora bien, también se puede argumentar que el peso o importancia del ajuste es tal, que está justificada su realización siempre y cuando puedan desarrollarse otras medidas que permitan la satisfacción de ese otro bien. En definitiva, el principio de idoneidad obliga a precisar si el bien que se opone al ajuste puede ser satisfecho por otra vía.

El principio de necesidad expresa la exigencia de que toda limitación idónea a un derecho debe ser la más benigna para dicho derecho, en relación con el resto de limitaciones idóneas. En lo que se refiere al ajuste establece que la medida que lo limita debe ser la menos dañina (entre todas las idóneas). Es decir, obliga a precisar si existen medidas mejores.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto (también denominado como ponderación), establece que toda limitación idónea y necesaria de un derecho debe superar el test de las ventajas y de los sacrificios. Dicho test, implica

41 Vid. BERNAL PULIDO, C., El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007, y también ALEXY, R., Teoría de los derechos fundamentales, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997, pp. 100 y ss. El Tribunal Constitucional español se he referido a estos tres sub-principios en reiteradas ocasiones. Así por ejemplo, en la Sentencia 55/1996, dentro de fundamento jurídico 5, afirma: "Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto -la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes-; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto".

considerar que las ventajas de la limitación sean superiores a los sacrificios (tanto para los titulares de los derechos como para la ciudadanía en general) en el marco de los valores constitucionales. En definitiva, obliga a valorar y medir el peso de los bienes en juego.
Por tanto, la proporcionalidad supone: (i) examinar si los bienes que se sacrifican con el ajuste pueden ser satisfechos con otras medidas o solo prohibiendo el ajuste, (ii) evaluar si hay medidas (ajustes) mejores; (iii) comparar las ventajas y sacrificios de una u otra[42].

En la aplicación de la proporcionalidad se plantean una serie de problemas y, difícilmente puede decirse que con su utilización se garantiza el logro de una única decisión correcta. La determinación de los fines, de las ventajas, de los sacrificios, de la idoneidad, etc…, es una actividad sujeta a valoraciones. La proporcionalidad, como criterio que legitima la posible limitación de un derecho, supone un amplio margen de valoración y en este sentido, lo relevante en su uso son finalmente las razones en las que se apoya. En este punto, y dentro de una argumentación basada en derechos, es importante advertir que no toda razón puede ser tenida en cuenta ni todas tienen el mismo peso[43]. Por ello es muy importante la consideración como un derecho humano más. Y, desde este punto de vista, debe ser examinado el argumento (muy usado en el ámbito de la discapacidad no sólo para denegar la realización de ajustes, sino también para configurar las medidas de accesibilidad) del coste económico.

El argumento del coste económico es comúnmente usado en el ámbito de la discapacidad para limitar las obligaciones derivadas de la accesibilidad universal (y no sólo en relación con los ajustes razonables). El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha señalado que la aplicación del diseño universal desde el diseño inicial de los bienes, productos, servicios es mucho menos costosa que las adaptaciones posteriores que pueden comportar un coste considerable. En todo caso, el Comité entiende que el coste posterior de la eliminación de barreras no puede aducirse como excusa a la obligación de eliminar gradualmente los obstáculos a la accesibilidad (ahora bien parece que el elemento del coste es tenido en cuenta desde el momento en que se permite diferir en el tiempo el cumplimiento de la obligación). Sin embargo, parece considerar

42 ASÍS ROIG, R.DE, “Lo razonable en el concepto de ajuste razonable”, en prensa.
43 En España, la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión de 2013, establece en su artículo 66,2: “A efectos de determinar si un ajuste es razonable…. se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda”.

que el coste (indebido, desproporcionado) sí que es un límite en relación con la obligación de realizar ajustes. Pues bien, en este punto considero pertinente realizar algunas consideraciones.

Como advierte Rafael de Asís, la atención a la economía y a los costes de las medidas no es algo ajeno al discurso de los derechos. Tradicionalmente se habla de límites materiales de los derechos para aludir a condicionantes que imposibilitan la satisfacción de los bienes o necesidades que están detrás. Y entre los ejemplos de estos límites más utilizados se encuentra la alusión a la escasez.
Ahora bien, el significado de la escasez como límite material de los derechos debe intentar ser completamente a-valorativo, es decir, ser expresión de la escasez natural[44]. Así por ejemplo, no podría ser considerado como derecho fundamental un supuesto derecho a que todos los individuos del mundo poseyeran en titularidad un cuadro auténtico de Goya. Es algo parecido, aunque no idéntico, a lo que ocurriría con un supuesto derecho a no contraer nunca una enfermedad. Los límites materiales expresan así una limitación a determinadas demandas imposibles de satisfacer de forma generalizada debido a una escasez natural.

Pero frente a esa escasez natural se encuentra la construida, esto es, aquella que tiene su origen en decisiones humanas, en opciones que sitúan algún otro bien que es considerado como más relevante[45]. En estos casos, el límite a un derecho se produce no porque realmente sea imposible satisfacerlo, sino porque se sitúa a ese derecho por debajo de otro bien. Así, realmente es un caso de ponderación entre dos derechos o bienes.

Limitar un derecho por su coste excesivo no es un argumento que pueda tener cabida en el discurso de los derechos, salvo que se demuestre que dicho coste daña de manera insoportable otros derechos. Y en este punto lo relevante no es el coste en sí sino la afectación al derecho. La economía es un instrumento que, como tal, debe estar al servicio de los derechos y no éstos al servicio de la economía. De esta forma, la utilización "de un argumento basado en un coste desproporcionado del ajuste, deberá ser examinado con mucha precaución e incluso considerarlo carente de justificación cuando ese coste no conlleve una insatisfacción real y evidente de derechos humanos de otras personas. Esto es, el coste como argumento independiente del disfrute de los derechos no puede

44 Es importante distinguir entre escasez natural y real, es decir, entre la que existe naturalmente y la que creamos.
45 Vid. ANSUÁTEGUI, F.J., "Algunas reflexiones sobre la visión integral de los derechos", en Estado & Direito, n. 7-0, 1991-92, pp. 147 y ss..

tener cabida aquí. Su uso, como argumento admisible en el discurso de los derechos, requiere de su conexión con estos (en el sentido de expresar una limitación de los derechos de otros)"[46].

El discurso de los derechos, que asume la inexistencia de derechos absolutos, exige que la limitación de los derechos se haga dentro del marco ético en el que éstos se mueven y, por tanto, utilizando razones y argumentos apoyados en derechos o en bienes de igual valor. El discurso sobre los límites debe ser así especialmente sensible al logro de una vida humana digna y a la consideración de que el principal fin de los derechos es, precisamente, el de la lucha contra las barreras y obstáculos que impiden la satisfacción de ciertos bienes considerados de especial valía. De esta forma, la utilización por ejemplo de un argumento basado en un coste desproporcionado del ajuste, deberá ser examinado con mucha precaución e incluso considerarlo carente de justificación cuando ese coste no conlleve una insatisfacción real y evidente de derechos humanos de otras personas. Pero además, deberá evaluar el coste que conlleva la insatisfacción del bien en términos de falta de inclusión o de segregación de las personas a las que se priva el ajuste.

El discurso de los derechos de las personas con discapacidad singulariza el examen de la razonabilidad en el interior del propio discurso de los derechos humanos. Así por ejemplo, en el uso del principio de proporcionalidad no debemos perder de vista que no estamos hablando de medidas para el bienestar de las personas (que también), sino de instrumentos para el desarrollo de una vida humana digna, de instrumentos que pretenden satisfacer necesidades o demandas de primer orden y que, en este sentido, deben prevalecer frente a otras[47]. Por otro lado y en lo referido al diseño universal y al ajuste razonable, es importante ser conscientes de que una limitación del primero (justificada) deja abierta la vía del ajuste, pero que una limitación de éste, deja sin satisfacer definitivamente el derecho. Con ello se está renunciando al logro de la igualdad de las personas con discapacidad. Si las personas con discapacidad son sujetos de derechos igualmente dignos esta consecuencia debe pesar en la ponderación.

46 DE ASIS, R., Sobre discapacidad y derechos, Dykinson, Madrid, 2013, p.124.

47 Vid. el punto 16 del Comentario sobre el artículo 9 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidad ya citado.

3. La implementación de la accesibilidad universal en las legislaciones internas

A mi modo de ver, a la hora de implementar la accesibilidad universal y sus dispositivos – incluidos los ajustes razonables - en las legislaciones internas habría que tener presentes las siguientes consideraciones:

1. La obligación de accesibilidad y sus dimensiones (diseño universal, medidas, ajustes) deberían quedar establecidas en el propio texto constitucional, en regulación del principio de igualdad o en el precepto que haga referencia a las personas con discapacidad.
2. La accesibilidad debe incorporarse también en las leyes generales y específicas sobre igualdad de oportunidades, igualdad y participación en el contexto de la prohibición de la discriminación por motivo de discapacidad y desde luego en las leyes generales sobre discapacidad[48]. La denegación de acceso debe estar claramente definida como un acto de discriminación prohibido y deben establecerse recursos jurídicos efectivos para reaccionar frente a las posibles vulneraciones[49].
3. Las leyes básicas que regulan el ejercicio de los diferentes derechos, deberían aludir también a las medidas de accesibilidad y realización de ajustes.
4. Los Estados deben aprobar normas de accesibilidad teniendo en cuenta la diversidad de las personas con discapacidad y garantizar que se proporcione accesibilidad a las personas de ambos géneros, de todas las edades y con cualquier tipo de discapacidad[50]. Como ha apuntado A. Palacios[51] estas normas:

- Deberían definir los ámbitos de accesibilidad (la accesibilidad no se restringe al entorno arquitectónico, y la Convención establece diferentes ámbitos en el art. 9 que probablemente haya que desarrollar)

48 Vid. Comentario 2 (2014) del Comité.
49 Ídem.
50 Idem.
51 PALACIOS, A., "Medidas relacionadas con la igualdad y la no discriminación en la implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad", ya citado.

- Establecer estándares mínimos de accesibilidad (condiciones básicas de accesibilidad) La “estandarización” resulta esencial para transformar el postulado abstracto de accesibilidad en una acción específica y determinada. Su principal importancia reside, por un lado, en facilitar y esclarecer al sujeto obligado el modo o la forma de adaptar el espacio, producto o servicio en cuestión, y, por otro, en contribuir a que dicha adaptación se produzca de un modo uniforme.
- el otorgamiento de plazos claros para ponerse al día con dichos estándares (en los cuales se distinga los nuevos diseños de lo que haya que remodelar)
- el establecimiento de sanciones para el incumplimiento de los estándares. En este punto es importante tener en cuenta que cuando el Estado fija unas condiciones de accesibilidad ya está evaluando la razonabilidad de la medida (que podría cuestionarse por los mecanismos pertinentes). Por ello, una vez aprobadas legalmente las condiciones no cabría en el obligado a cumplirlas excepción alguna basada en la razonabilidad o proporcionalidad.
- la participación de las personas con discapacidad a la hora de la elaboración de los estándares.
- la diferencia clara con los ajustes razonables desde su propia definición conceptual y consecuencias jurídicas.

5. Como también apunta A. Palacios en cuanto a la posible concreción del contenido de los ajustes razonables, se podría entender que cabrían dos formas de dotarles de ese contenido[52]. La primera, sería entender que los contenidos de los ajustes razonables han de quedar normativamente indeterminados, y, en este sentido, al exigirse su cumplimiento, habrá que tener presente los principios de proporcionalidad y razonabilidad al entrar en consideración otros criterios. Pero también podría ser que la normativa especificase –tal como lo establecen ciertas legislaciones, por ejemplo, de manera no taxativa-, la posibilidad de contenidos concretos del ajuste razonable en los diferentes ámbitos, que se entiende que son necesarios en determinadas situaciones para garantizar la accesibilidad universal. Ambas variantes son perfectamente compatibles, aunque la primera es inevitable en algún grado (pues es imposible determinar a priori todos los posibles ajustes razonables que son necesarios realizar para garantizar la accesibilidad universal en un ámbito concreto).

52 Idem

Finalmente, y como sucede con todos los derechos de la CDPD también en el caso de la accesibilidad universal la sensibilización social resulta esencial para su implementación. La exigencia del carácter razonable de los ajustes (y de la accesibilidad en general) se inscribe en un debate más amplio acerca de quién o quiénes y hasta dónde han de asumir responsabilidades para posibilitar el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad y su participación en la vida en comunidad, habida cuenta de que estas parten de situaciones de desigualdad generalizadas, estructurales y consolidadas cuya erradicación exige transformar las condiciones del entorno preexistente lo que tiene consecuencias, muchas de índole económica, que se perciben como una carga para los sujetos presuntamente obligados[53]. No debemos perder de vista que la eficacia de todas las obligaciones, y también de la obligación de accesibilidad depende en un sentido esencial de su aceptación. Y, en este sentido, concienciar acerca de la injusticia de la situación de exclusión que padecen las personas con discapacidad, sobre la responsabilidad que a todos nos atañe en su erradicación y la importancia que reviste en este terreno la accesibilidad parece imprescindible

53 PÉREZ BUENO, L. C, “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, cit.

EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS CIUDADANOS LGTBI

Agustín Grández Mariño[1]

La garantía y ejercicio pleno de los Derechos Humanos enfrenta siempre un reto fundamental, ser real y concreto para aquellas poblaciones y ciudadanos en situación de vulnerabilidad. Si bien los Derechos Humanos son universales y su disfrute debería alcanzar a todos, esta no es la premisa para poblaciones vulnerables, son estas las que se encuentren ante la mayor situación de desprotección y es en estas también que se identifica como el ordenamiento jurídico genera barreras y trabas innecesarias para el ejercicio pleno de su derechos.

El derecho a la identidad como derecho humano de primer orden no es ajeno a esta terrible realidad. Muchas veces, de manera incorrecta, entendemos que este derecho se limita a la existencia de un documento de identidad, que este derecho se ejerce y satisface con este requisito que a simple vista parece sencillo. Sin embargo se trata de un derecho complejo, que no se encuentra correctamente tutelado para muchas personas en situación de vulnerabilidad, entre ellas los ciudadanos LGTBI.

El objetivo del presente texto parte por establecer dos cuestiones fundamentales, la primera, la naturaleza compleja del derecho a la identidad y su vínculo con la identidad de género. El segundo objetivo del texto es establecer la situación precaria y de discriminación en la que se encuentran los ciudadanos LGTBI para el ejercicio de este derecho humano de primer orden.

1 Abogado por la PUCP. Docente de la Facultad de Derecho de la PUCP en los cursos de Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público, Sección Derecho a la Identidad; e Introducción a la Metodología de la Investigación Jurídica.

1. El concepto de Identidad y la relación con ciudadanos LGTBI: La identidad de género

El derecho a la identidad es sin duda un derecho complejo, que comprende a su vez otros derechos fundamentales como el de derecho al nombre, a la nacionalidad, el género, la filiación, entre otros. Una definición inicial de este derecho se propone en el Plan Nacional Perú contra la indocumentación 2011-2015:

> "(…) concebimos la identidad como un derecho fundamental que deriva del derecho a la dignidad de las personas, constituido por un conjunto de elementos con rasgos propios y originales que identifican y diferencian a las personas frente a los demás. Es esta individualidad -con rasgos y particularidades cuantitativas y cualitativas, estáticas y dinámicas- la que conforma la realidad de lo que cada uno es."[2]

Esta definición nos permite destacar dos elementos centrales. El primero es el que reconoce que el derecho a la identidad busca establecer los elementos propios del individuo que lo diferencian y distinguen de otras personas. A su vez, dicha individualidad se construye a partir de componentes que podemos definir como estáticos y dinámicos. Elementos estáticos que pueden ser el nombre, el sexo, la nacionalidad y la filiación que se constituyen al momento del nacimiento.

Los elementos dinámicos de la identidad son más complejos y variados, es así que "(…) la identificación del sujeto como proyección externa de la esfera espiritual debe ser siempre apreciada dinámicamente en relación con las modificaciones que ella sufre según los diversos comportamientos comprensivamente asumidos por el sujeto."[3]

Esta proyección externa es la que conforma el elemento dinámico del derecho a la identidad, esa proyección externa se traduce en aspectos como la imagen, la cultura, la sexualidad, el género y otros.

2 RENIEC. Plan Nacional Perú contra la indocumentación 2011-2015. Lima: RENIEC, 2012, p. 31

3 PODER CIUDADANO. Derecho a la identidad: febrero-mayo 2008. Buenos Aires: Poder Ciudadana, p. 7

Para definir y entender al derecho a la identidad, deberemos comprenderlo a través de estas dos dimensiones, la estática y la dinámica, se necesita de ambas para que el derecho a la identidad pueda ser plenamente ejercido.

Es dentro de este componente dinámico que se configura lo que definiremos como identidad de género. Entenderemos esta como:

> (…) la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.[4]

De la definición identificamos un elemento central, no es lo mismo hablar de identidad de género que entenderlo como el sexo con el que nacemos. El sexo con el que nacemos formaría parte del elemento estático de la identidad, pero como bien hemos definido, el derecho a la identidad tiene un componente dinámico fundamental. Es dentro de este componente que se configura la identidad de género.

A diferencia de otros componentes de la identidad, como por ejemplo la fecha de nacimiento, la identidad de género es un elemento que se construye y desarrolla. Este componente, como lo señala la definición se construye a partir de la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género diversas. La precisión sobre la vivencia personal del cuerpo es importante, ya que esta se entiende como la elección libre de realizar cambios quirúrgicos o de otro tipo a nuestro cuerpo.

Este último punto es importante, porque habla no de una regla objetiva, sino de supuestos abiertos y flexibles en el modo de representar y expresar el género. No existen reglas preestablecidas para indicar que es y que no es una manifestación de la identidad de género. Esta construcción es libre y cada persona tendrá una expresión distinta de este componente de la identidad.

---

4 NACIONES UNIDAS. Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos. En: http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/11/orentaci%C3%B3n-sexual-e-identidad-de-g%C3%A9nero2.pdf

En esta sección hemos podido identificar la naturaleza particular del derecho a la Identidad, como este se constituye de un componente estático que se constituye con el nacimiento, pero también tiene un elemento dinámico, que se construye y desarrolla a lo largo de la vida de la persona. Dentro de este último elemento encontramos a la identidad de género, que también forma parte del derecho a la identidad.

Entendido esto, para la tutela y el ejercicio pleno del derecho a la identidad, no basta con el acto del registro, que configura al momento del nacimiento los elementos estáticos de la identidad, es necesaria una protección que vaya más allá y tutele el aspecto dinámico de la identidad, aspectos como el de Identidad de Género, que como veremos a continuación tiene un ámbito de protección internacional.

2. La protección en el ámbito del SIDH

Habiendo definido los conceptos de derecho a la identidad e identidad de género, analizaremos el ámbito de protección de este derecho en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

En el ámbito interamericano, existen cuatro resoluciones vinculadas a los temas de orientación sexual e identidad de género. Estas resoluciones de la Organización de Estados Americanos (OEA), son la AG/RES.2435 (XXXVIII-O/08), AG/RES.2504 (XXXIX-O/09), AG/RES.2600(XL-O/10) y AG/RES. 2653 (XLI-O/11). De estas resoluciones es destacable la declaración que apunta a que los estados realizan todas las medidas necesarias para asegurar que no se comentan violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género.

Asimismo las resoluciones en cuestión instan a los Estados a que consideren medios para combatir la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género.

Si bien las resoluciones tienen un carácter bastante general y no estableces obligaciones específicas y detalladas para los estados miembros, se trata igual de avances para el reconocimiento y tutela de los derechos de la comunidad LGTBI. El reconocimiento a nivel interamericano sobre la necesidad de tutelar derechos, que se desprenden de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vinculados a la orientación sexual e identidad de género, es un paso importante y habla de un movimiento progresivo que marca la necesidad de promover en los estados la garantía de los derechos de la comunidad LGTBI.

En este mismo sentido de desarrollo progresivo, desde febrero de 2014 se han iniciado las funciones de la Relatoría sobre los derechos de las personas LGTBI de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Esta relatoría tendrá como competencias el tratamiento de casos y peticiones individuales, asesoría a la CIDH en relación con las solicitudes de medidas cautelares y de elevación de medidas provisionales a la Corte Interamericana que guarden conexión con la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género.

Asimismo, la relatoría se encargará de elaborar informes con recomendaciones dirigidas a los Estados de la OEA en los campos de la política pública, la legislación y la interpretación judicial sobre los derechos de la comunidad LGTBI.

En el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no hay un desarrollo extenso de la materia, sin embargo, existe un caso emblemático relativo a orientación sexual e identidad de género, el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile.

En dicha sentencia, la Corte establece que:

> "(…) la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual."[5]

La Corte señala que si bien no existe una regulación taxativa de las categorías de orientación sexual e identidad de género, estas se encuentran tuteladas y protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por lo tanto cualquier situación, acto, decisión o norma que restrinjan derechos por consideraciones basadas en orientación sexual e identidad de género no estarán permitidos, irá en contra de la Convención Americana y supondrán la responsabilidad internacional de los Estados.

5 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Riffo y niños vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 91.

Como vemos, si bien en el Sistema Interamericano no hay un desarrollo extenso y amplio de la categoría de identidad de género, si existe un reconocimiento expreso de que se tratan de una categoría que cuenta con la tutela y protección bajo el ámbito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Reconocimiento que además se basa en principios fundamentales como la dignidad humana y la no discriminación. Por lo tanto cualquier conducta de Estado que no tutele esta garantía o establezca prácticas que restringen derechos fundamentales en base a consideraciones de orientación sexual o de identidad género estarán proscritas. Habiendo hecho un breve análisis de la tutela de la identidad de género en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos, pasaremos a analizar la situación en el Perú.

3. La tutela del derecho a la identidad de género en el Perú

En el caso del Perú, los procedimientos registrales de identidad están a cargo de RENIEC, esta entidad es la encargada de tener actualizado los datos de todos los peruanos, registrando nacimientos, matrimonios, defunciones, etc. Siendo además encargado de otros procedimientos como la rectificación de datos del registro civil

Sin embargo, no todos los procedimientos vinculados a identidad se quedan en el fuero administrativo de RENIEC. En el caso de modificatorias de nombre y sexo, serán procedimientos que se realicen por vía judicial. Tal como lo establece el artículo 29 del Código Civil y artículo 826 del Código Procesal Civil.

Es así, que en el caso de un ciudadano LGTBI que quiera adecuar los datos de su registro civil a su identidad de género, solo le queda la vía judicial para ver tutelada su solicitud. Solicitud que quedará a criterio del juez, sin la garantía de que su petitorio sea atendido, ya que no existen criterios jurisprudenciales claros al respecto. Esta situación se refleja en la jurisrpudencia del Tribunal Constitucional. A continuación presentaremos dos casos que evidencian esta falta de uniformidad de criterio en la jurisprudencia peruana, falta de uniformidad que como veremos a continuación representa una situación de vulneración de derechos humanos de la comunidad LGTBI.

La primera jurisprudencia materia de análisis es la sentencia del TC en el caso Karen Mañuca. El caso en cuestión estaba referido a la ciudadana Karen Mañuca, que solicitaba a RENIEC duplicado del DNI. En su caso, la solicitud de duplicado se le había denegado por lo que RENIEC consideraba duplicidad en el registro, porque existían dos registros, el de nacimiento, que tenía prenombres y sexo masculinos y una segunda inscripción que se dio luego de una sentencia judicial en la que se autorizaba el cambio de prenombres de nacimiento por el de Karen Mañuca.

Un punto importante de la sentencia es la definición de derecho a la identidad que aporta el Tribunal, en ese sentido se define al derecho a la identidad como:

> "(…) el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)."[6]

La definición que aporta el máximo intérprete de la Constitución en el Perú sigue la línea que presentamos, es decir se entiende al derecho a la identidad desde su doble dimensión, estática y dinámica.

Al decidir sobre el caso el TC determina que: "(…) la inscripción realizada el 24 de mayo de 1976 como Manuel Jesús Quiroz Cabanillas está vigente, lo único que ha variado es el nombre a "Karen Mañuca", quedando inalterables los demás elementos identitarios (sexo, fecha de nacimiento, etc.) contenidos en la inscripción original."[7]

Con esta decisión el TC accede al petitorio de Karen Mañuca, porque se le concede el duplicado de DNI y se modifica en este documento los prenombres que por decisión judicial había logrado modificar. De esta manera logra tutelar en parte su derecho a la identidad. Señalo en parte porque no se logra modificar el sexo de nacimiento, con lo cual no se tutela el componente de identidad de género de su identidad.

Esta primera sentencia recoge elementos positivos, como la definición amplia de derecho a la identidad que reconoce componentes estáticos y dinámicos. A través de este último componente se reconoce que existen elementos de la identidad que se pueden ver modificados en el transcurso del tiempo, como el nombre. Sin embargo, no desarrolla conceptos como el de la identidad de género, con lo cual la tutela del derecho a la identidad no es completa.

---

6 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del caso Karen Mañuca. Exp. N° 2273-2005-PHC/TC. Emitida el 20 de abril de 2006, párrafo 21.

7 Ídem, párrafo 35.

A pesar de esto, la sentencia del TC se percibía como un paso muy importante en favor de los derechos de la comunidad LGTBI. Lamentablemente, no hubo una progresividad en los criterios jurisprudenciales de tutela del derecho a la identidad, como identificaremos en la siguiente sentencia.

En la sentencia del caso P.E.M.M, el TC da un paso atrás en el reconocimiento de derechos de la comunidad LGTBI. La sentencia en cuestión está referida a la ciudadana de iniciales P.E.M.M, que solicito que en su documento de identidad se consignara el sexo de femenino, porque ella se identificaba como mujer y se había sometido a un procedimiento quirúrgico que plasmaba esta identidad. La recurrente indicaba que se vulneraba su derecho a la identidad, pues mantener el sexo de nacimiento le generaba depresión e incomodidad.

Si bien en la sentencia el TC, mantiene los criterios del caso Karen Mañuca, no da un paso más allá para reconocer que el derecho a la identidad desde su perspectiva dinámica puede suponer una modificación del sexo de nacimiento. Es así que el TC deniega la solicitud de la recurrente y señala que: "La diferencia entre los sexos responde, pues, a una realidad extrajurídica y biológica que debe ser constitucionalmente respetada por fundarse en "la naturaleza de las cosas" (artículo 103 de la Constitución), y en tanto que la ciencia aporta que el sexo cromosómico no sepuede cambiar, el sexo es indisponible para el individuo"[8]

En ese sentido, el TC incurre en una contradicción de su propio criterio, ya que considera que existen elementos estáticos de la identidad que permanecen estáticos y son inmodificables. Esta interpretación deja de lado el carácter dinámico de la identidad y no reconoce que existe una identidad de género que se distingue del sexo de nacimiento. Es por lo tanto una interpretación que se aleja de los conceptos de orientación sexual e identidad de género y representa una vulneración para los derechos de la recurrente y de otros futuros recurrentes que ven en la decisión del TC un signo de falta de tutela de su derecho a la identidad.

Es así que en el sistema peruano un ciudadano LGTBI no puede ejercer su derecho a la identidad de manera plena. En primer lugar por el procedimiento judicial al que se ven expuestos si quieren ejercer su identidad de género, que por su naturaleza representa costos de tiempo y dinero. A su vez el criterio jurisprudencial marca que no existe una tutela plena del derecho a la identidad, porque solo se decide de forma positiva en lo que respecta al nombre, sin embargo si el petitorio está

8 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del caso P.EM.M. Exp. N° 00139-2013-PA/TC. Emitida el 18 de marzo de 2014, párrafo 5.

referido al cambio de sexo, el criterio imperante es denegar la misma. Hecho que desconoce los conceptos de identidad de género y limita el derecho a la identidad al registro del nacimiento y a la posibilidad de cambiar los prenombres.

Esta es sin duda problemática, estamos ante una abierta vulneración de los derechos a la identidad, a la igualdad ante la ley y al respeto a la orientación sexual e identidad de género. Ante esta realidad es importante ver experiencias comparadas de tutela de este derecho fundamental, análisis que realizaremos a continuación.

4. La experiencia Argentina como posible modelo a seguir

Elegimos la experiencia argentina porque constituye uno de los países de la región que ha desarrollado espacios de protección y tutela de los derechos de la comunidad LGTBI. Se trata de un ordenamiento que ha elaborado el sistema de protección legal más amplio en Sudamérica, como podemos verlo en este cuadro:

LOS DERECHOS DE LOS LGBTI EN AMÉRICA DEL SUR ✓ = SÍ ✗ = NO

País	¿Homosexualidad legal?	Reconocimiento de uniones homosexuales	Matrimonio homosexual	Adopción por parte de homosexuales	Leyes antidiscriminación	Leyes sobre la Identidad y expresión de genero
ARGENTINA	✓	✓	✓	✓	✓	✓
BRASIL	✓	✓	✓	✓	✗	✗
CHILE	✓	✗	✗	✗	✓	✗
PERÚ	✓	✗	✗	✗	✓	✗
URUGUAY	✓	✓	✗	✓	✓	✓
VENEZUELA	✓	✗	✗	✗	✗	✗

Fuente: NACIONES UNIDAS. Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
En:http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/11/orentaci%C3%B3n-sexual-e-identidad-de-g%C3%A9nero2.pdf

El cuadro presenta claramente como Argentina ha legislado en temas tan importantes como el matrimonio homosexual y la adopción por parte de homosexuales. Asimismo ha establecido leyes antidiscriminación y sobre la identidad y expresión de género. Es sin duda la experiencia legislativa más interesante en la región en el reconocimiento de derechos de la comunidad LGTBI.

Para los fines del presente texto no es particularmente importante la Ley 26743, ley que establece el derecho a la identidad de género de las personas. Esta Ley publicada en mayo de 2012, tiene elementos destacables, que podrían ser replicables en el Perú, a continuación describiremos los puntos centrales de ésta norma.

El artículo 1 de la mencionada ley reconoce que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su identidad de género y al libre desarrollo de la personalidad de acuerdo a esta identidad. A partir de este reconocimiento se establece que existe un derecho a ser tratado de acuerdo a su identidad de género y que uno pueda ser identificado de ese modo en los instrumentos que acreditan la identidad respecto de nombres, imagen, sexo.

La norma también brinda una definición de identidad de género, que recoge el carácter abierto de esta categoría, es así que en el artículo 2 se señala que se entiende identidad de género como:

> (…) la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Como señalamos la norma establece una definición que cumple con los elementos fundamentales de la identidad de género. Primero que esta identidad puede diferenciarse del sexo asignado al momento de nacimiento, que puede incluir modificaciones al cuerpo realizadas de manera libre y que puede incluir otras expresiones de género que van más allá de la modificación del cuerpo de distinta índole.

Es a partir del reconocimiento de este derecho a la identidad de género que la norma materia de análisis establece que “Toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida.” (art. 3).

Asimismo señala que el procedimiento para solicitar esta rectificación deberá cumplir los siguientes requisitos (art. 4):

- Tener por lo menos 18 años, si es menor de edad el procedimiento se deberá realozar a través de sus representantes legales.
- Presentar una solicitud ante la oficina registral
- Indicar el nuevo nombre de pila elegido con el que solicita inscribirse
- No será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico.

Tenemos entonces que se trata de un procedimiento simple, en el que si se tiene más de 18 años y se cumple con llenar la solicitud de cambio de nombre y/o sexo, será un procedimiento automático, donde el registrador no solicita ningún tipo de prueba y la solicitud se concede a partir de la manifestación libre de voluntad del solicitante.

En el caso de menores de edad, la ley si establece requisitos adicionales y mecanismos que protejan el interés superior del niño. Es así que se indica que para el caso de menores de edad la solicitud debe ser realizada por sus representantes legales y con la conformidad expresa del menor, teniendo en consideración los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño. Asimismo, el menor contará con la asistencia de un abogado del niño, figura que establece la Ley 26 061 del ordenamiento argentino (art. 5).

Como vemos estamos ante una normativa bastante completa, que ha buscado tutelar el derecho a la identidad y su componente de identidad de género. La jurisprudencia argentina[9] ya se había pronunciado sobre este derecho y por lo tanto la ley materia de análisis ha supuesto la consolidación de la protección y tutela del derecho a la identidad de la comunidad LGTBI.

La experiencia argentina en la regulación y tutela de la identidad de género, es importante para tener una aproximación a lo que podría ser la regulación de este derecho en el ordenamiento peruano, pensar en la tutela del derecho a la identidad y de la identidad de género a través de un procedimiento administrativo simple, que no exija pruebas o informes de algún tipo al solicitante es un ejemplo a estudiar y a implementar. Creemos que es la opción más viable para una real tutela de este derecho humano de primer orden.

9 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE BUENOS AIRES. Fallo en causa C.86.197, “C..H.C.. Cambio de Nombre” de 21/03/2007.

5. Conclusiones finales

- El derecho a la identidad es un derecho complejo, que se configura a través de componentes estáticos y dinámicos que interactúan entre si y que ante la ausencia de uno de ellos generan una situación de desprotección del derecho

- Dentro del componente dinámico encontramos a la identidad de género, identidad que busca reconocer la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo.

- Este concepto de identidad de género tiene reconocimiento y protección en ámbitos como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tutela que se fundamenta en el principio de dignidad humana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

- En el caso del Perú, si un ciudadano LGTBI quiere ejercer su derecho a la identidad y busca que se reconozca su identidad de género, tendrá que enfrentarse ante un proceso judicial que solo tutelará la posibilidad del cambio de nombre.

- Esta situación genera una vulneración de derechos a la identidad, a la igualdad y no discriminación, lamentablemente la jurisprudencia del TC mantiene esta situación de vulneración de derechos, tal y como se evidencia en el caso P.E.M.M, sentencia que desconoce la identidad de género y establece el carácter estático del sexo como componente de la identidad.

- Experiencias como la de Argentina revelan que se puede resolver esta situación de vulnerabilidad a través del diseño de un procedimiento administrativo simple, que parte de una ley que reconoce la identidad de género.

- Es necesario que en el Perú se planteen propuestas de esta naturaleza, porque de lo contrario la situación de vulnerabilidad y de discriminación en el ejercicio del derecho a la identidad por parte de la comunidad LGTBI continuará.

LA CONFIGURACIÓN DE LOS APOYOS

Patricia Cuenca Gómez[1]

En esta ponencia se centrará en el análisis del sistema de apoyo en la toma de decisiones por el que aboga la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD)[2] como herramienta indispensable para hacer realidad el derecho de las personas con discapacidad al ejercicio de su capacidad jurídica[3] en igualdad de condiciones con los demás.

En este sentido dividiré mi exposición en cuatro partes:

1) En primer lugar analizaré el significado del cambio de paradigma que impone la CDPD en el ámbito de la capacidad jurídica desde el modelo de sustitución al modelo de apoyo en la toma de decisiones, dando cuenta de los principios básicos inspiradores de ambos sistemas.
2) En segundo lugar, expondré los rasgos básicos generales que a tenor de lo indicado en la CDPD y de lo señalado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación General número 1 (2014) sobre el artículo 12 deben cumplir los sistemas de apoyo.
3) En tercer lugar, haré una propuesta más concreta de configuración jurídica del sistema de apoyo cuyos lineamientos básicos creo que podrían ser válidos tanto para el sistema español como para el sistema peruano.
4) Finalmente realizaré algunas reflexiones en relación con la implantación legal y social del modelo de apoyo.

1 Patricia Cuenca, Ayudante Doctora de Filosofía del Derecho, nació en Madrid el 21 de abril de 1978. Se Licenció en Derecho en la Universidad Carlos de Madrid y adquirió el Grado de Doctora en esa misma Universidad en 2006 con la tesis “El sistema jurídico como sistema normativo mixto.

2 Aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de Naciones Unidades en Nueva York y en vigor desde el 3 de mayo de 2008.

3 PALACIOS, A., El modelo social de la discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, Colección CERMI, Madrid, CINCA, 2008, págs., 420 y ss.

1. Del modelo de sustitución al modelo de apoyo en la toma de decisiones. Principios básicos.

Es común señalar que la CDPD supone una auténtica revolución respecto del tratamiento tradicional de la capacidad jurídica en las legislaciones nacionales. Esta revolución suele sintetizarse en el paso del «modelo de sustitución» en la toma de decisiones, que parte de la configuración tradicional del sistema de incapacitación o interdicción, a un nuevo «modelo de apoyo» o «asistencia» en la toma de decisiones que trata de hacer realidad la igualdad de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (y con ello en el ejercicio de los derechos).

La institución de la incapacitación o interdicción y su sistema de sustitución en la toma de decisiones se basan en un enfoque propio del Derecho privado y se inspiran en una concepción de la discapacidad anclada en el modelo médico y en la perspectiva asistencialista.

El modelo médico parte de la consideración de que las personas "normales" poseen ciertas capacidades cognitivas – sentir, razonar, comunicarse de determinados modos o maneras consideradas apropiadas – que les convierten en agentes "capaces" para tomar decisiones sobre su vida y sus derechos de un forma "correcta", es decir, de manera libre, autónoma, independiente y responsable[4]. Partiendo de tal premisa, aquellas personas que no encajan en este patrón "estándar" abstracto e ideal – singularmente sujetos con discapacidades psíquicas, mentales, psicosociales pero en ocasiones también sensoriales – son directa o indirectamente etiquetadas como "incapaces". La respuesta que este modelo ofrece a las personas que tienen dificultades para adoptar sus propias decisiones según los anteriores parámetros de "normalidad" consiste, de un lado, en negarles dicho derecho restringiendo, limitando e incluso anulando su capacidad jurídica. Y, de otro, en conferir dicho derecho a un tercero (tutor, curador) que completa su limitada capacidad, sustituyendo a la persona con discapacidad en la adopción de las elecciones que no puede realizar por sí mismo y en el ejercicio de los derechos con ellas vinculados. Así, el llamado modelo de sustitución en la toma de decisiones se presenta como pieza imprescindible del tratamiento de la capacidad jurídica desde la óptica del enfoque médico.

4 Vid. también R. de ASÍS ROIG, "Sobre la capacidad jurídica", en BARIFFI, F., y PALACIOS, A., (coords.), Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ediar, Buenos Aires, 2012.

En todo caso, la limitación y sustitución en el ejercicio de la capacidad jurídica no se considera discriminatoria, sino una diferencia justificada en tanto se estima necesaria para proteger a la propia persona con discapacidad[5]. Este fundamento claramente proteccionista explica la vis expansiva de la incapacitación o interdicción que irradia en diferentes ámbitos tanto patrimoniales como personales, esto es, en el ejercicio de todos los derechos y la opción preferente, en la práctica, por la sustitución total de la persona en todas sus esferas de actuación desde la consideración de que «si se trata sólo de proteger, cuanto más protección, mejor»[6].

En todo caso, la interdicción o incapacitación también pretende proteger la integridad, el valor y la utilidad de ciertas prácticas consideradas socialmente relevantes determinando quiénes pueden y quiénes no pueden participar en ellas. En este punto resulta esencial tener en cuenta que en muchas legislaciones nacionales, y también en la legislación española y peruana, la capacidad jurídica es regulada en el ámbito de la legislación civil de acuerdo con los principios y necesidades propias del Derecho privado[7]. Desde este enfoque, la capacidad jurídica es abordada básicamente como una cuestión técnica[8] relacionada con la intervención en el tráfico jurídico y conforme con el fin básico de proteger la seguridad del mismo. Y, en estas coordenadas, la representación y la administración del patrimonio se presentan como un modelo cómodo.

5 En esta idea ha venido insistiendo la jurisprudencia española en la materia. Así, por todas, puede verse la sentencia STS de 31 diciembre 1991, sala de lo civil, RJ 1991/9483, en la que se afirma: «ésa y no otra es la finalidad primordial de la incapacitación: la protección de la persona que no se halla en condiciones físicas o psíquicas de protegerse a sí misma». Este aspecto se repite en la STS de 29 abril 2009 ya citada: «Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona»

6 En esta idea ha venido insistiendo la jurisprudencia española en la materia. Así, por todas, puede verse la sentencia STS de 31 diciembre 1991, sala de lo civil, RJ 1991/9483, en la que se afirma: «ésa y no otra es la finalidad primordial de la incapacitación: la protección de la persona que no se halla en condiciones físicas o psíquicas de protegerse a sí misma». Este aspecto se repite en la STS de 29 abril 2009 ya citada: «Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona»

7 BARIFFI, F., «Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU» en PÉREZ BUENO, L.C. (dir.) y SASTRE, A., (coord.), Hacia un Derecho de la Discapacidad Estudios en Homenaje a Rafael de Lorenzo, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, pág. 353-390. pág. 356.

8 QUINN, G., «An ideas paper on Legal Capacity» Disability, European Foundation Center, Bruselas, 2009, disponible en www.efc.be/Networking/InterestGroupsAndFora/.../EFCGQfinal.doc; fecha de consulta 10 de noviembre de 2012.

Además, y en relación con lo anterior, el Derecho privado se ha venido mostrando muy poco permeable a los principios – acordes con el modelo social y el discurso de los derechos humanos – que en los últimos años han ido marcando la evolución del tratamiento de la discapacidad en el ámbito del Derecho público[9].

En este sentido, se ha afirmado, con razón, que el modelo de sustitución vigente da prioridad a la protección y a la seguridad jurídica sometiendo, en ocasiones en exceso, la autonomía de las personas con discapacidad[10].
Pues bien, el nuevo sistema de apoyo en la toma de decisiones se inspira en un enfoque y en unos principios claramente alejados de los parámetros que guían la regulación actual de la capacidad jurídica en los sistemas nacionales (incluidos el sistema español y peruano).
La CDPD aborda la cuestión de la capacidad jurídica desde la óptica del modelo social.

Y se enfrenta a la ideología de la normalización propia del modelo médico desde las siguientes consideraciones:

1) La capacidad jurídica no es algo "natural", sino una construcción social que históricamente ha servido para excluir del mundo del Derecho y de los derechos a determinados colectivos, entre ellos, a las personas con discapacidad[11].

9 SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. y ÁLVAREZ LATA, N., «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad », cit., pág. 13.
10 Idem, pág. 45.
11 Vid. DHANDA, A, "Advocacy Note on Legal Capacity", World Network of Users and Survivors of Psychiatry, p. 1: "Lo primero que hay que valorar en relación con la capacidad jurídica es que es una construcción social y de este modo refleja elecciones que las sociedades han hecho en diferentes épocas. Históricamente, la capacidad ha sido un atributo o una presunción que el Derecho ha concedido o denegado a diferentes poblaciones… De este modo, cuando nos estamos preguntando por la incapacitación legal que se aplica contra nosotros (personas con discapacidades psicosociales), estamos, por decirlo de algún modo, pisando caminos que ya han sido recorridos por otros grupos excluidos. Estamos afirmando que la incapacidad que la sociedad sitúa en relación a algunos de nosotros es falsa y que tenemos derecho a vivir, como los demás, en nuestros propios términos"(www2.ohchr.org/SPdocs/CRPD/.../WNUSP_Legal_Capacity.doc). También T. MINKOWITZ, insiste en que la capacidad jurídica es una construcción social y legal y no un atributo de la persona "The paradigm of supported decision making", presentación basada en los trabajos desarrollados en Grupo de Trabajo sobre la capacidad jurídica (www.publicadvocate.vic.gov.au/.../0909_Supported_Decision_Making.pdf).

2) Dicha construcción social ha privilegiado cierto tipo de capacidades[12] y determinadas maneras de desarrollarlas consideradas "estándar", discriminando a aquéllos que no poseen plenamente tales capacidades o que las realizan de otro modo. Frente a esta visión, el modelo social afirma que no puede justificarse que unas capacidades valgan más que otras, ni que existan formas correctas de desarrollarlas[13].
3) La idea de "normalidad" que maneja el modelo médico no es más que un mito. En efecto, la mayoría de las personas consideradas "normales" - y etiquetadas, por tanto, como "capaces" - adoptan sus elecciones de forma interdependiente; condicionadas por el contexto social, económico etc.; buscando el apoyo y consejo de los demás (expertos, amigos); no siempre toman sus decisiones de manera "racional"; ni escogen aquéllas opciones más adecuadas para su "mejor interés"[14].
4) La idea capacidad es un concepto "gradual" y "relativo"[15] y no un concepto "binario"[16]. La sociedad no se divide en sujetos capaces e incapaces, sino que está conformada por sujetos con capacidades diversas, que pueden encontrarse en diferentes situaciones, enfrentarse a más o menos dificultades para desarrollar su autonomía moral y necesitar niveles de ayuda o asistencia distintos y más o menos intensos para adoptar sus decisiones.
5) La diferencia en las capacidades y dificultades que las personas con discapacidad pueden tener para tomar sus propias decisiones pueden estar ocasionadas y desde luego verse agravadas por la manera en la que hemos diseñado nuestro entorno (intelectual, comunicacional).[17]

12 A. DHANDA, "Advocacy Note on Legal Capacity", cit., pp. 2 y 3 : "La construcción de la capacidad jurídica está basada sobre estándares normativos respecto de habilidades cognoscitivas. Esa prioridad que se otorga a las habilidades cognoscitivas es cuestionable dado que no todos nosotros utilizamos las habilidades cognoscitivas para tomar nuestras decisiones. ¿Aquellos que nos basamos en emociones o en intuiciones para tomar nuestras decisiones deberíamos ser considerados incapaces? El Derecho, al otorgar primacía a cierta manera de ser o estar en el mundo parece estar fabricando etiquetas de incapacidades." Igualmente, MINKOWITZ, T., "The paradigm of supported decision making", cit., sostiene que la capacidad jurídica, al construirse como dependiente de determinadas capacidades cognitivas, perceptivas, físicas, de comunicación y relacionales discrimina por motivos de discapacidad.
13 ASÍS ROIG, R, de,"Sobre la capacidad jurídica", antes citado.
14 "Key elements of a system for supported decision making", Inclusion Europe, cit.
15 ASÍS ROIG, R. de, "Sobre la capacidad jurídica", cit.
16 QUINN, G., "An ideas paper on Legal Capacity", cit.
17 ASÍS ROIG, R. de, "Sobre la capacidad", cit.

Asumiendo esta visión, el artículo 12 se centra en la eliminación de barreras y en la adaptación de las condiciones de ejercicio de la capacidad jurídica a la situación y a las necesidades de las personas con discapacidad. Y en esta adaptación el papel de los apoyos, cuestión en la que luego se insistirá, resulta crucial. La capacidad jurídica es una construcción social que debe rediseñarse para incluir a las personas con discapacidad. Ya no se trata de detectar los déficits que impiden el ejercicio de la capacidad y justifican la sustitución por un tercero en la toma de decisiones. De lo que se trata es de analizar la situación de la persona y establecer las medidas necesarias – que pueden consistir en el apoyo de un tercero – para que pueda ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.

En conexión con la asunción del modelo social, la CDPD impone el reemplazo del punto de vista asistencialista y del enfoque iusprivatista **por la perspectiva de los derechos humanos.**

A mi modo de ver, en su proyección concreta en el ámbito de la capacidad jurídica este cambio posee dos dimensiones, estrechamente relacionadas. En primer lugar implica que la cuestión de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad debe ser abordada de manera prioritaria desde los valores, principios y fines básicos que presiden el discurso de los derechos humanos (autonomía, participación, independencia, igualdad) que ha de permear también, de una vez por todas, el Derecho privado, en segundo lugar, y en conexión con lo anterior, pone de relieve que el reconocimiento de la capacidad jurídica constituye no sólo una condición necesaria para la válida intervención en el tráfico jurídico, sino también y sobre todo un requisito imprescindible para el ejercicio de todos los derechos humanos.

Por lo que respecta a la primera de las consideraciones apuntadas, la autonomía, esto es, la idea de que cada uno puede elegir libremente sus metas y dar los pasos más adecuados para conseguirlas, ostenta un carácter central en todo el texto de la Convención. El respeto de la autonomía de las personas con discapacidad requiere, de un lado, en un sentido negativo, el respeto de la libre elección de planes vida que no puede verse restringida por razón de discapacidad. Y, en un sentido positivo, reclama que en aquellas situaciones en las que las diferencias que, en efecto, algunas personas puedan tener en sus capacidades cognitivas puedan generar dificultades en la toma de decisiones se adopten las medidas o instrumentos pertinentes para eliminarlas o paliarlas, entre los que, de nuevo, las

medidas de apoyo adquieren un papel de primer orden[18]. El objetivo, por ende, es promover y maximizar la autonomía de las personas con discapacidad y no negarla, entorpecerla o impedirla, esgrimiendo como fundamento incuestionable el principio de protección. Así, el artículo 12 impone un nuevo balance entre el principio de protección y el principio de autonomía. En este sentido, el modelo de apoyo se conecta también con el principio de vida independiente.

También el principio de participación plena e inclusión en la vida social, mencionado asimismo en el artículo 3 de la CDPD y presente a lo largo de todo su articulado, se plasma claramente en las previsiones del artículo 12. En este ámbito dicho principio implica la participación de las personas con discapacidad en la toma de todas las decisiones que les afecten en *«todos los aspectos de la vida»*. A diferencia del sistema de sustitución, el sistema de apoyo garantiza esta participación. Dicha garantía se concreta, además, en la exigencia de respetar en el funcionamiento de este sistema la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, contemplada como una de las salvaguardas a las que alude el apartado 4 del artículo 12.

Del mismo modo que sucede en la regulación de otros derechos, también el artículo 12 de la CDPD es el resultado de la interactuación del principio de igualdad y no discriminación con el derecho al ejercicio de la capacidad jurídica. En efecto, este precepto identifica contenidos adicionales, necesidades extra, medidas instrumentales y garantías específicas – medidas de apoyo, salvaguardas – para asegurar que las personas con discapacidad puedan acceder al ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás y sin discriminación alguna. En este punto el artículo 12 conecta con el artículo 5 de la CDPD que prohíbe la discriminación por motivos de discapacidad definida en el artículo 2 como *«cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo»*.

18 ASÍS ROIG, R. de, «La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, elección, Derecho y Poder» en CAMPOY CERVERA, I., (ed.), Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas, Madrid, Dykinson, 2004, págs. 59-73, pág. 67.

La accesibilidad universal y los ajustes razonables adquieren una relevancia central en la cuestión del ejercicio de la capacidad jurídica[19]. El reconocimiento de la igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad requiere, en efecto, que se cumplan las exigencias de accesibilidad en todos los ámbitos en los que debe ejercerse la capacidad jurídica y donde las dificultades persisten, no se trata de transferir el derecho a decidir a un tercero, sino de poner a disposición de las personas los apoyos individualizados necesarios[20]. Estos apoyos pueden ser concebidos como ajustes razonables en el ámbito de la capacidad jurídica, para que la persona pueda tomar sus propias decisiones. Ciertamente, tanto la doctrina como el Comité sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, en su Observación General núm. 1 (2014) sobre el artículo 12 han insistido en la necesidad de diferenciar los ajustes y los apoyos y ello con el objetivo de justificar que el límite de la carga desproporcionada o indebida que se proyecta expresamente en la adopción de ajustes no afecta a los mecanismos de apoyo en la toma de decisiones. Aunque esta estrategia tenga un objetivo loable parece difícil diferenciar ambos mecanismos pero, además, tampoco el derecho al uso y prestación de apoyos (al que luego me referiré) puede ser considerado un derecho absoluto, por lo que, finalmente estaría limitado en la misma medida que los ajustes (como expliqué en mi anterior ponencia) por la idea de razonabilidad (que remite a la afectación grave e inaceptable de otros derechos).

Por lo que respecta a la segunda de las consideraciones realizadas, importa señalar que el reconocimiento de la capacidad jurídica constituye la puerta de acceso al discurso jurídico[21] y al ejercicio de todos los derechos[22]. En este sentido, se ha destacado el valor instrumental del artículo 12 para el disfrute de todos los derechos reconocidos en la CDPD[23] y por tanto también en las legislaciones internas. De este modo el reemplazo del sistema de sustitución por el sistema de apoyo en la toma de decisiones resulta crucial para la plena materialización del cambio de paradigma que la Convención impone en el tratamiento de la discapacidad, esto es, el paso de la consideración de las personas con

19

20 International Disability Alliance, «Principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD» disponible en http://www.internationaldisabilityalliance.org; fecha de consulta 25 de noviembre de 2012.

21 ASÍS ROIG, R. de, «Sobre la capacidad», cit., p. 14

22 BARIFFI, F., «Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU», cit., p. 357.

23 «Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», A/HRC/10/48 de 26 de enero de 2009, disponible en español en http://www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/A.HRC.10-48_sp.doc;

discapacidad como objetos de cuidado, de tratamiento médico y de atención a su contemplación como auténticos sujetos de derechos capaces de ejercerlos por sí mismos, con la asistencia adecuada.

2. Los rasgos básicos del modelo de apoyo

Como antes se indicó el sistema de sustitución en la toma de decisiones se erige en una pieza central en la configuración tradicional de los sistemas de incapacitación o interdicción. Por su parte, el sistema de apoyo en la toma de decisiones constituye un pilar imprescindible para garantizar a las personas con discapacidad la igualdad en el ejercicio de su capacidad jurídica reconocida en el artículo 12.2 y, con ello, la igualdad en el ejercicio de los derechos.

No me voy a detener en la exposición detallada del significado e implicaciones del artículo 12.2 en tanto es objeto de otra de las ponencias de esta Conferencia. Simplemente señalaré que, tal y como ha confirmado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a la condición humana, que incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho (de goce y de ejercicio) y que no puede ser negado o restringido (ni directa ni indirectamente) por razón de discapacidad. Limitar o negar la capacidad jurídica por motivos de discapacidad constituye una discriminación prohibida por la CDPD[24].

Lo anterior exige la eliminación de la institución de la incapacitación o interdicción y el reemplazo de este régimen basado en la sustitución en la adopción de decisiones por un nuevo sistema fundamentado en el apoyo a la adopción de decisiones.

A mi modo de ver, se trata de un reemplazo total. El modelo de sustitución en la toma de decisiones no tiene cabida dentro de la exigencia de igual capacidad jurídica, ni siquiera como excepción a la regla general del apoyo que entraría en juego, como algunos reclaman, en relación con las discapacidades más

24 En todo caso, he expresado mi posición en torno al significado del artículo 12.2 en diferentes trabajos, entre ellos, CUENCA GÓMEZ, P., "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento jurídico español", Derechos y libertades, núm. 24, 2011 y CUENCA GÓMEZ, P., Los derechos de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU, Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, 2012; CUENCA GÓMEZ, P., "El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española", REDUR, 2013.

severas[25]. Ello no supone negar la evidencia de que en algunas situaciones – por ejemplo, en aquellas circunstancias en las que no es posible por ningún medio conocer la voluntad de la persona – la necesidad de apoyo será tan intensa que consistirá en la práctica en una "acción de sustitución"[26]. En todo caso, la acción de sustitución, cuya pertinencia deberá ser evaluada en cada caso, se llevaría a cabo en función de la concurrencia de una situación determinada y, en consecuencia, podría tener cabida en situaciones que no son de discapacidad. Además, esta acción de sustitución deberá realizarse desde el paradigma del modelo de apoyo y, por tanto, tendrá que ser coherente con la narrativa y la historia de vida de la persona con discapacidad, con sus preferencias, valores, deseos etc.

Al igual que sucede en los sistemas de sustitución, también en el sistema de apoyo interviene un tercero en la toma de decisiones de la persona pero su papel es sustancialmente distinto: no se trata de decidir por la persona, sustituyendo su voluntad, sino que se trata de ayudar a decidir a la persona por sí misma. Las medidas de apoyo, a diferencia de los mecanismos de sustitución, no deben contemplarse como medidas restrictivas sino como medidas promocionales de la autonomía y de la capacidad que tratan de potenciar al máximo las posibilidades de ejercicio de los derechos.

Conviene también insistir en que la necesidad de apoyo y su intensidad, en el marco de la filosofía de la Convención, deben evaluarse atendiendo no sólo a parámetros médicos, ni a habilidades funcionales, sino también a factores sociales y lo mismo cabe afirmar en relación con la modalidad, el nivel y la figura de apoyo considerada pertinente.

25 Como señaló durante el proceso de elaboración de la Convención A. DHANDA, "Advocacy Note on Legal Capacity", cit., pp. 2 y 3 la incorporación del modelo de sustitución en la Convención con el argumento de que resulta necesaria para un reducido número de personas, conduciría a cuestionar la capacidad de todas las personas con discapacidad.

26 En todo caso, la acción de sustitución entraría en juego en función de la concurrencia de una situación determinada y no en razón de discapacidad. Y, por tanto, esta acción podría tener cabida en situaciones que no son de discapacidad.

La CDPD no diseña específicamente el sistema de apoyo dejándolo abierto a las legislaciones nacionales[27]. En todo caso, y de una lectura de conjunto de la CDPD es posible inferir algunas características y rasgos generales que debería cumplir este sistema[28], algunos de los cuales han sido subrayados por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En primer lugar, el sistema de apoyo debe ser implantado de **manera gradual** y paulatina por lo que posiblemente durante un tiempo deberá convivir en paralelo con el sistema de sustitución.

Y, en mi opinión, ha de diseñarse de un modo **abierto e inclusivo** dando cabida a todas las personas que puedan tener dificultades para ejercer su capacidad jurídica y no sólo a las que tienen un determinado tipo o grado de discapacidad. Como ha señalado el Comité el apoyo para la adopción de decisiones debe estar a disposición de todos. También las personas sin discapacidad podrían en ciertas situaciones beneficiarse de este sistema. Además, para favorecer el acceso a los apoyos, como de nuevo apunta el Comité, los Estados partes deben velar por que las personas con discapacidad puedan obtener ese apoyo a un costo simbólico o gratuitamente y que la falta de recursos financieros no sea un obstáculo para acceder al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.

El sistema de apoyo debe ser **complejo**. En este sentido, resulta imprescindible aclarar que su articulación no puede consistir simplemente en reemplazar el nombre de tutela o curatela por el de persona de apoyo en las legislaciones nacionales, sino que exige crear y/o promover la creación de diversas figuras de apoyo y dotarlas de un estatus legal, adaptar o reemplazar otras instituciones legales, establecer protocolos que favorezcan la prevención de ciertas situaciones, desarrollar una acción política que garantice la capacitación de las personas con discapacidad y de las personas de apoyo, dotar de recursos materiales, humanos y financieros etc. El funcionamiento adecuado de este sistema debe involucrar, además, a toda la sociedad. El Estado y sus diferentes autoridades y funcionarios (no sólo jueces y fiscales, sino también médicos, notarios etc.) deben velar por

27 En todo caso, en el diseño de este modelo se deberá dar participación a las personas con discapacidad en cumplimiento de la obligación establecida en el art. 4.3 de la CDPD.

28 Sobre los rasgos generales que debe cumplir el sistema de apoyo en la toma de decisiones a la luz de la Convención Vid. PALACIOS, A., «Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD » (ponencia presentada en el marco del Estudio del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre medidas jurídicas esenciales para la ratificación y la aplicación efectiva de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Geneva, 24 October 2008) y BARIFFI, F., «Capacidad juridica y capacidad de obrar a la luz de la Convención de la ONU» , cit., pág. 383 y ss.

el buen funcionamiento del sistema de apoyo y también diferentes agentes y operadores privados de diferentes áreas deben contribuir. Como ha señalado el Comité, deben existir mecanismos para que los terceros impugnen la decisión de la persona encargada del apoyo si creen que no está actuando basándose en la voluntad y las preferencias de la persona concernida.

El sistema de apoyo debe ser **diverso, individualizado y centrado en las necesidades de la persona** adaptándose a las diferentes situaciones personales y sociales teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tipo de figura de apoyo y el tipo de acto jurídico implicado. Las medidas de apoyo deben cubrir todo el proceso de toma de decisiones pudiendo consistir, en función de cada situación, en la asistencia para la traslación, comprensión y/o evaluación de información relevante, valoración de las diferentes opciones y sus consecuencias, expresión de voluntad y preferencias etc. El sistema de apoyo debe ser diseñado como un «continuum", contemplando apoyos más o menos intensos. Los apoyos más intensos, como antes se señaló, pueden llegar a consistir en la práctica en decidir por la persona y no con la persona. Pero no se trata de una sustitución en la toma de decisiones similar a la existente en los sistemas de incapacitación. En primer lugar, porque a la luz del art. 12 estas situaciones se convierten realmente en situaciones extremas y excepcionales y en muchos casos reversibles a través del fomento de relaciones de comunicación significativas y de confianza. En segundo lugar, porque según ya se dijo, las acciones de sustitución no pueden justificarse en la discapacidad de la persona y por tanto pueden tener cabida en las situaciones que no son discapacidad. En tercer lugar, porque la acción de sustitución sólo puede tener lugar en relación con decisiones que necesitan ser adoptadas y que no supongan un daño irreparable a la persona o sus derechos. Y, sobre todo, porque, como también se indicó, deben respetar la identidad, historia de vida etc. de la persona afectada.

A mi modo de ver, el sistema de apoyo ha de basarse en el reconocimiento y valoración de los **apoyos informales o naturales** con los que cuentan las personas que tienen dificultades en la toma de sus decisiones y permitir e incluso fomentar u obligar, en algunas situaciones, a la **formalización de estos apoyos**. En todo caso, la ausencia de formalización no puede ser nunca una excusa para denegar el reconocimiento y la prestación de los apoyos. Por otro lado, el Estado – tal y como ha señalado el Comité – tiene la obligación de facilitar la creación de apoyo, especialmente para las personas que están aisladas y tal vez no tengan acceso a los apoyos que se dan de forma natural en las comunidades.

Las medidas de apoyo deben caracterizarse por **su amplitud** y, por tanto, proyectarse en todas aquellas esferas en las que las personas requieran apoyo en la toma de sus decisiones y mantenerse –con las debidas revisiones– mientras sean necesarias.

Además, deben ser **respetuoso con los derechos**. Como ha señalado el Comité, el apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Más aún, el apoyo es un mecanismo para posibilitar el ejercicio de estos derechos. Los mecanismos de apoyo, por tanto, deben proyectarse sobre cuestiones relacionadas con el ejercicio de derechos fundamentales. Las personas con discapacidad (y quizá también las personas en otras situaciones) deben contar con apoyo para ejercer el derecho al voto, de acceso a la justicia, a contraer matrimonio, a decidir sobre tratamientos médicos, etc. En todo caso, y dada la relevancia de la materia afectada, deben establecerse especialmente en este ámbito garantías adecuadas.

Finalmente, el sistema de apoyo **debe estar «salvaguardo»**, exigencia a la que se refiere, precisamente, el apartado 4 del art. 12.

Algunos planteamientos conciben estas salvaguardas como medidas para el ejercicio de la capacidad jurídica diferentes y más fuertes que los apoyos, lo que podría abrir la puerta al modelo de sustitución, tal y como se manejó en versiones anteriores de esta disposición. Sin embargo, a tenor de la redacción final del art. 12 y de acuerdo con el espíritu general de la CDPD, debe entenderse que las salvaguardas se proyectan sobre los mecanismos de apoyo, orientándose a evitar los abusos tal y como ha señalado el Comité. Las salvaguardas no deben ser contempladas como elementos orientados a regularizar y a racionalizar el modelo de sustitución, sino que su papel es, precisamente, evitar que los mecanismos de apoyo se conviertan en mecanismos de sustitución.

Aunque las salvaguardas deberán concretarse en la implementación del sistema de apoyo, la Convención identifica una serie de ámbitos donde apuntar que respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas; 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 que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial; que sean proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

La referencia al respeto a la voluntad y las preferencias de la persona, antes destacada, ostenta una importancia esencial, y sustituye al criterio «del mejor interés» como parámetro objetivo desde el que decidir por la persona incapacitada. Así, en el funcionamiento general u ordinario de las medidas de apoyo la voluntad y preferencias «subjetivas» siempre deben ser respetadas. En los casos excepcionales de apoyos intensos que puedan llegar a implicar decisiones sustitutivas, los apoyos deberán tratar de «reconstruir» la voluntad y las preferencias de la persona. Como ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica (incluidas las formas de apoyo más intenso) deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo.

3. La configuración legal de los apoyos.

Como ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad los regímenes basados en el apoyo para la adopción de decisiones pueden adoptar muchas formas. Ciertamente, la hora de diseñar en concreto la configuración legal de los apoyos, debe tenerse en cuenta cada contexto nacional. Así, como ha señalado F. Bariffi, en Latinoamerica, pero también en España, resulta difícil pensar en la configuración de un modelo de apoyos que no requiera de ciertas formalidades y que no descanse, al menos en última instancia, en la confianza en la garantía judicial[29].

Pues bien, a la implementación del modelo de apoyo exige derogar la institución de la incapacitación o interdicción. La nueva regulación de la capacidad jurídica debe partir no del establecimiento de las causas que permiten la negación o restricción de la capacidad, sino de un reconocimiento general de la igual capacidad jurídica de todas las personas mayores de edad, incluidas las personas con discapacidad, y de la exigencia de cumplir las obligaciones de accesibilidad y de realización de ajustes razonables en todos los ámbitos en los que deba ejercerse la capacidad jurídica (obligación que, con carácter específico, debe tenerse en cuenta en las propuestas de reforma de diferentes ámbitos). Igualmente, debe establecerse de manera expresa que la necesidad de contar con medidas de apoyo no supone una limitación de la capacidad jurídica.

29 BARIFFI, F. El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los Ordenamientos jurídicos internos, 2014, tesis doctoral presentada en el Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, IDHBC, Universidad Carlos III de Madrid.

El reconocimiento de la igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica debe complementarse con la articulación de un sistema de apoyo en la toma de decisiones que reemplace al actual sistema de sustitución. La regulación de este modelo de apoyos debería hacerse en un nuevo Título del Código civil denominado, «De las medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica».

A mi modo de ver, el sistema de apoyo podría articularse en a través del reconocimiento de un **derecho general a los apoyos** que implicaría que todas las personas, y no sólo las personas con discapacidad, que se encuentren en una situación que les dificulte la toma de sus propias decisiones y el ejercicio de la capacidad jurídica 1) tienen derecho al uso y al reconocimiento de los apoyos informales con los que cuenten y a la prestación de los apoyos necesarios por parte de diferentes autoridades y operadores y 2) tienen el derecho a solicitar la formalización de estos apoyos a través del establecimiento en sede judicial de un plan personalizado de medidas de apoyo. Esta posibilidad podría convertirse en una obligación, que recae sobre determinadas sujetos cercanos a la persona beneficiaria del plan y sobre determinadas autoridades, cuando la inexistencia de dicho plan pueda impedir el ejercicio de la capacidad u ocasionar un perjuicio grave a las personas que lo precisen.

Las figuras de apoyo reemplazan, en relación con las personas mayores de edad, a las tradicionales instituciones de protección y representación vinculadas a la incapacitación o interdicción el tutor y el curador.

La función de apoyo – ya sea formal o informal – debe consistir en asistir a la persona en la toma de sus propias decisiones en diferentes modos y maneras respetando siempre su voluntad y sus preferencias. Las funciones de apoyo podrían ser desempeñadas tanto por personas físicas que tengan una relación de confianza con la persona apoyada como por instituciones públicas o privadas o redes comunitarias creadas para este fin y pueden ser desarrolladas por una o por varias personas o instituciones atendiendo a la voluntad y preferencias, situación y necesidades de la persona a la que se refieren. Para el nombramiento de las personas o instituciones de apoyo se deberían tener siempre en cuenta la opinión de la persona afectada.

En circunstancias excepcionales, cuando las personas por cualquier motivo (y no sólo por motivo de discapacidad) se encuentren en una situación que les impide conformar o expresar por cualquier medio su voluntad, se propone la articulación de apoyos obligatorios que pueden dar entrada a acciones puntuales de sustitución para evitar daños irreparables a las personas. En cualquier caso estas acciones de sustitución deben realizarse desde el modelo de apoyo respetando,

por tanto, la identidad de la persona y decidiendo, en consecuencia, teniendo siempre en cuenta su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales. Por ello en este caso, si la persona no puede designar a quién debe desempeñar la función de apoyo y no existe un régimen de autoprotección que se pronuncie sobre esta cuestión, se debe escoger a quienes tengan una relación de confianza con la persona que les permita atribuirle voluntad y preferencias. Para el buen funcionamiento del sistema de apoyos se considera necesario establecer algunas incompatibilidades, regular las causas de extinción de la función de apoyo, y articular ciertas garantías (como suministrar información acerca del estado de los bienes patrimoniales e intereses personales, prestación de fianzas cuando se considere necesario, etc.).

Las salvaguardas en el buen funcionamiento de las medidas de apoyo, y en especial, la función de garantes que deben desempeñar la autoridad judicial y el Ministerio Fiscal, que se plasma también en diferentes ámbitos normativos concretos, deben ser en estas situaciones especialmente intensas. En todo caso, la obligación general de salvaguardar el buen funcionamiento del sistema de apoyos – la inexistencia de abusos, y de influencia indebida, el respeto a la voluntad y preferencias de la persona apoyada – no sólo recae en los jueces y en el Ministerio Fiscal, sino también en diferentes autoridades, funcionarios u operadores – Notarios, Registradores, facultativos, representantes sindicales, etc. – en función del tipo de acto de que se trate.

Obviamente, también el procedimiento de incapacitación o interdicción debe ser reemplazado por su procedimiento orientado a determinar los apoyos necesarios para el ejercicio de la capacidad. Este procedimiento, de acuerdo con la propuesta anteriormente realizada, podría articularse como un proceso para el establecimiento de planes personalizados de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica.

A mi modo de ver, al menos en una primera fase, este proceso debería tener carácter en algunos sistemas jurídicos (creo que sería el caso de España y Perú) carácter judicial (quizá cuando esté consolidado pueda pensarse en otras vías) y sustanciarse ante juzgados especializados con formación específica en esta materia. Podría iniciarse a instancia de la persona afectada, de los parientes más próximos o personas de su entorno más cercano, o de las entidades sin ánimo de lucro que representan a las personas con discapacidad que serán siempre parte cuando la persona beneficiaria sea una persona con discapacidad; de un juez o del Ministerio Fiscal. El establecimiento de los planes personalizados de medidas de apoyo, salvo cuando exista oposición por parte de la persona beneficiaria o por cualquiera otra entre las legitimadas para instar la instauración

de medidas de apoyo, podría sustanciarse de acuerdo con el procedimiento de jurisdicción voluntaria. La persona beneficiaria del plan debe ser la protagonista en el proceso respetándose siempre su voluntad y preferencias y en la evaluación de la necesidad de asistencia y de la adecuación de las medidas de apoyo se deberán tener en cuenta las circunstancias no sólo individuales, sino también sociales.

Los planes personalizados de medidas de apoyo deben detallar de manera pormenorizada y ajustada a la situación y necesidades de la persona las áreas en las que se precisa asistencia y la figura o figuras de apoyo. Cuando se trate de una persona que no puede conformar o expresar por ningún medio su voluntad el plan podrá contemplar apoyos obligatorios que sustituyan a la persona en la toma de determinadas decisiones establecidas individualizadamente en la resolución y que deberán limitarse a aquellas cuya no adopción suponga un daño irreparable para la persona. Como se señaló, las acciones sustitutivas deberán respetar siempre la identidad de la persona en el sentido antes indicado.

En la resolución por la que se establezca un plan personalizado de medidas de apoyo deben establecerse controles específicos para garantizar su buen funcionamiento, evitar los abusos y la influencia indebida y deben articularse mecanismos de revisión periódica. En todo caso, esta revisión siempre deberá realizarse con la participación de la persona beneficiaria. La existencia de un plan personalizado de medidas de apoyo deberá gozar de publicidad registral para ser oponible a los terceros de buena fe y las autoridades y funcionarios públicos que intervengan en actos en los que participen personas que cuentan con estos planes deben comprobar su adecuado funcionamiento.

Para el adecuado funcionamiento del sistema de apoyo resultan esenciales instituciones como los poderes preventivos o instrucciones previas que permiten a las personas expresar anticipadamente su voluntad en previsión de tener dificultades o no poder expresarla en el futuro. Dada la importancia de este tipo de instrumentos, especialmente en relación con personas que pueden llegar a necesitar apoyos obligatorios, parece conveniente promover su establecimiento, regular nuevas figuras y mejorar la regulación de las existentes.

Como ya se advirtió, estas previsiones irradian en el ejercicio de diferentes derechos y en la realización de actos patrimoniales y personales con trascendencia jurídica en diferentes ámbitos y en el ejercicio de diferentes derechos. Así, es necesario eliminar todas las limitaciones en el ejercicio de la capacidad y reconocer el derecho general a los apoyos en la realización de todos los actos jurídicos y en el ejercicio de todos los derechos.

Así, a título de ejemplo:

- OTORGAR TESTAMENTO *"Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para otorgar testamento. El testamento otorgado por una persona que cuenta con un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan deberá considerarse plenamente válido. En todo caso, el Notario deberá controlar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo señalado en los arts. XXX y ss. de este Código".*
- DERECHO DE SUGRAFIO: *"Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de los apoyos necesarios para el ejercicio del derecho de sufragio. El establecimiento de un plan personalizado de apoyos a través del procedimiento regulado en los arts. XXXX no supondrá la privación del derecho de sufragio. Únicamente en aquellos casos en los que la persona se encuentre en una situación en la que no pueda conformar o expresar por ningún medio su voluntad y preferencias se podrá privar a la persona del ejercicio de derecho de sufragio. En todo caso, tal privación deberá ser motivada atendiendo a la situación particular de la persona. En el supuesto de que esta sea apreciada, lo comunicarán al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente».*

4. Algunas cuestiones clave para la implantación del modelo de apoyo

En la mayoría de los Estados parte de la CDPD la reforma de la legislación en materia de capacidad jurídica y la implantación del modelo de apoyo sigue siendo una cuestión pendiente. Posiblemente sean varias las razones que explican el escaso avance en este terreno.

En primer lugar, el cambio de modelo que propugna el artículo 12 de la CDPD afecta a la regulación de materias de gran tradición jurídica y ciertamente consolidadas en algunos sectores del Ordenamiento jurídico – como sucede paradigmáticamente con la cuestión de la incapacitación o interdicción – que se muestran de por sí especialmente resistentes a los cambios. En segundo lugar, esta modificación se proyecta en normas que se presentan y contemplan como orientadas a la «protección» de las personas con discapacidad por lo que su reforma es vista con desconfianza desde algunos sectores del movimiento de personas con discapacidad y por algunos actores relevantes en el funcionamiento del actual sistema que, si bien se muestran críticos con el sistema actual – o

al menos con algunos aspectos de su funcionamiento en la práctica – temen que un nuevo modelo que reemplace completamente al anterior pueda conllevar el desamparo y la desprotección de las personas con discapacidad. En tercer lugar, la puesta en marcha del nuevo sistema exige, como se señaló, dotar de medios materiales y humanos lo que en el momento actual marcado por la crisis económica se antoja complicado.

A mi modo de ver, es importante vencer estas resistencias concienciando de la necesidad del cambio. En efecto, el sistema de sustitución surgió hace mucho tiempo para cubrir situaciones que no son las que actualmente se plantean y se inspiraron en principios alejados del discurso de los derechos humanos. Empeñarse en el mantenimiento de esta regulación o en introducir simplemente retoques de detalle manteniendo incólume su estructura básica implica incumplir una obligación internacional. Dado el escaso éxito de las reformas emprendidas en los últimos años para introducir un sistema de graduación de la capacidad, parece conveniente apostar por una reforma más profunda que cambie el nombre, el contenido y el sentido de las medidas en materia de capacidad jurídica.

Asimismo resulta esencial plantear una reforma equilibrada que tenga como principio rector la promoción de la autonomía de las personas con discapacidad, pero sin olvidar el principio de protección, eso sí, teniendo presente que la protección debe ser la estrictamente necesaria, que ha de respetar el derecho de las personas con discapacidad de cometer sus propios errores como parte del crecimiento y del florecimiento humano y que tiene que entrar en juego en función de la concurrencia de determinadas situaciones, en las que se pueden encontrar todas las personas, y no por razón de discapacidad.

Igualmente, resulta crucial desmantelar los argumentos que apelan al coste económico de las reformas demostrando, de un lado, que no es tan alto especialmente si se reconvierten instituciones existentes y que en ocasiones es prácticamente inexistente y, de otro, subrayando que se trata de una cuestión de derechos humanos y de una obligación asumida en el plano internacional por el Estado español que no puede ser postergada.

En este sentido, la implantación del sistema de apoyo en la toma de decisiones requiere una reforma legal comprometida, profunda y valiente.

En todo caso, el cambio de paradigma desde el modelo de sustitución al modelo de apoyo depende no sólo de su implantación a través de una reforma legal, sino que también, y de modo posiblemente aún más relevante, de su proyección social. Por esta razón, es imprescindible la formación de los operadores jurídicos

y de los profesionales de diferentes ámbitos y la educación de la sociedad en general en el modelo social y, por ende, en la contemplación de las personas con discapacidad como sujetos capaces, en determinadas situaciones con ciertas adaptaciónes (apoyos), de tomar sus propias decisiones y ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con los demás.

Igualmente es imprescindible la formación y la capacitación de las personas con discapacidad, que deben tener un papel central en el diseño e implementación del sistema, de sus familias y de las propias personas de apoyo[30].

En cualquier caso, el éxito de la nueva visión de la capacidad jurídica contenida en el artículo 12 de la CDPD depende de un modo esencial del éxito general de este Tratado. En efecto, la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica y el funcionamiento efectivo del sistema de apoyo parece una meta mucho más realizable en una sociedad en la que las personas con discapacidad tienen derecho a una eduación inclusiva, a la vida independiente y a ser incluidos en la comunidad, en la que se cumplen las exigencias de accesibilidad y ajustes razonables etc. Se trata, en todo caso, de una meta hacia la que debemos avanzar inexcusablemente. La historia de los derechos humanos puede ser contemplada como una historia de realización de utopías. También las personas con discapacidad deben formar parte de esta historia como protagonistas principales.

30 Se trata de obligaciones que aparecen específicamente contempladas en diferentes preceptos de la CDPD.

ANEXO PROPUESTA DE REFORMA

PROPUESTA DE REFORMA CÓDIGO CIVIL

Art. X 1. *"Todas las personas podrán ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, incluidas las personas con discapacidades físicas, intelectuales, mentales y sensoriales.*

2. *Los poderes públicos garantizarán la accesibilidad universal en todos los ámbitos en los que las personas deban ejercer su capacidad jurídica y realizarán los ajustes razonables que sean necesarios".*

Art. X 1. *"Toda persona que así lo requiera contará con las medidas de apoyo necesarias para el pleno ejercicio de su capacidad jurídica. Estas medidas podrán establecerse a través de la creación de un plan personalizado de medidas de apoyo establecido por la autoridad judicial, que deberá estar sujeto a controles periódicos.*

2. *Las medidas de apoyo serán individualizadas, adecuadas y efectivas, en su establecimiento y funcionamiento se respetarán siempre los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas y se velará por evitar los posibles abusos, la influencia indebida y los conflictos de intereses".*

Art. X .1. *"Toda persona que tenga dificultades en el ejercicio de su capacidad jurídica podrá solicitar el establecimiento de un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a través del procedimiento judicial establecido en los arts. X y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También están legitimadas para iniciar este procedimiento las personas y entidades señaladas en el art. X de la Ley de Enjuiciamiento civil.*

2. *En todo caso, están obligados a promover el establecimiento judicial de un plan personalizado de medidas de apoyo cuando su inexistencia pueda impedir el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona o causarle un perjuicio grave los parientes en línea recta o colaterales hasta el cuarto grado, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad de acuerdo con la ley, y la persona, física o jurídica, que desempeñe su atención inmediata. Podrán también promoverla las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses de las personas con discapacidad".*

3. *Con independencia del establecimiento de este plan, toda persona que tenga dificultades para el ejercicio de su capacidad jurídica tendrá derecho a que se le presten las medidas de apoyo necesarias en las actuaciones que realice ante las Administraciones y funcionarios públicos y al uso y reconocimiento de los apoyos que requiera para la adopción de sus decisiones.*

Art. X. 1.*"El plan personalizado de medidas de apoyo se ejercerá siempre bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial.*

2. *En cualquier momento el Ministerio Fiscal podrá exigir que se le informe sobre la situación de la persona y el efectivo funcionamiento del plan personalizado de apoyo.*

3. *El Juez deberá establecer, en la resolución por la que se establezca el plan personalizado de apoyo las medidas de vigilancia y control periódico que estime oportunas. Asimismo podrá pedir en cualquier momento que se le informe sobre la situación de la persona y el efectivo funcionamiento del plan personalizado de apoyo.*

4. *Tanto el Ministerio Fiscal como la autoridad judicial podrán actuar de oficio, a instancia del propio interesado, o de cualquier persona que ponga en su conocimiento la existencia de abusos, influencia indebida, conflictos de intereses o desviación de la voluntad o las preferencias de la persona beneficiaria de las medidas de apoyo.*

Los funcionarios públicos y autoridades intervinientes en los diferentes actos deberán controlar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo.

Art. X 1.*"Las funciones de apoyo constituyen un deber y consistirán en asistir a la persona en la toma de sus propias decisiones en los ámbitos señalados en la resolución judicial respetando siempre su voluntad y sus preferencias. La misma función desempeñarán los apoyos informales con los que cuente la persona y los que le puedan prestar las Administraciones y funcionarios públicos.*

2. *Quienes desempeñen funciones de apoyo estarán obligados a cumplir con las obligaciones establecidas por la autoridad judicial en relación con la vigilancia y control del buen funcionamiento del plan personalizado de apoyo".*

Art. X 1. *"Podrán ejercer las funciones de apoyo: a) Personas físicas que tengan una relación de confianza con la persona apoyada; b) Instituciones públicas o privadas creadas para este fin.*

2. *Las funciones de apoyo podrán ser realizadas por varias personas o instituciones atendiendo a la voluntad y preferencias, situación y necesidades de la persona a la que se refieren.*

3. *Para el nombramiento de las personas o instituciones de apoyo se tendrán siempre en cuenta la voluntad y las preferencias de la persona cuyo apoyo se solicita. En el caso de que la persona no pueda conformar o expresar su voluntad por ningún medio y no exista un régimen de autoprotección que se pronuncie sobre esta cuestión el juez elegirá a quienes mantengan con ella una relación significativa que les haga idóneos para decidir de acuerdo con su identidad, historia de vida y sus circunstancias personales y sociales".*

Art. X. *"No podrán desempeñar funciones de apoyo:*

1.- Las personas físicas o jurídicas a las que ya se hubiese cesado o apartado en una actuación similar anterior, por culpa o negligencia.

2.- Los padres respecto de sus hijos a los que no prestaren la protección y el apoyo moral, afectivo o material necesario.
3.- Los condenados a cumplir penas privativas de libertad mientras cumplen estas.
4.- Aquellos en los que concurran circunstancias que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien las funciones de provisión de apoyos que les corresponden".
***Art. X.** "Si las personas o instituciones apoyo, tiene conocimiento de circunstancias que permiten la extinción de la asistencia, la modificación de su ámbito de funciones, o que les impiden cumplir con las obligaciones establecidas en el plan personalizado de apoyo deben comunicarlo a la autoridad judicial para que adopte las medidas oportunas. El incumplimiento de esta obligación generará la obligación de reparar los daños o perjuicios que ello pueda generar"*
***Art. X** "Únicamente cuando la persona se encuentre en una situación en la que no pueda conformar o expresar su voluntad por ningún medio podrá adoptarse una decisión en sustitución de la persona mediante el establecimiento de apoyos obligatorios. La discapacidad nunca podrá ser considerada, por sí misma, una razón para adoptar una decisión en sustitución de la persona"*
***2.**Tales actuaciones deberán tener lugar exclusivamente en relación con decisiones que, en caso de no adoptarse, puedan ocasionar un daño grave e irreversible a la persona afectada y deberán respetar siempre su identidad. Para ello a la hora de decidir deberán tenerse presentes, entre otras cuestiones su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales.*
***3.** Si la persona cuenta con un régimen de autoprotección establecido de acuerdo con lo señalado en el art. XXX deberá respetarse su contenido. Para determinar la existencia y vigencia de este régimen la autoridad judicial deberá recabar de oficio certificación al Registro Civil, Registro Central, en su caso, al de Últimas Voluntades, y cualquier Registro especializado en la materia que pueda crearse en el futuro.*
***4.** Las acciones de sustitución requerirán la autorización del Ministerio Fiscal y, cuando así se señale explícitamente, la autorización judicial que deberán velar por el respeto de los principios antes señalados. Esta autorización podrá realizarse a posteriori cuando la urgencia lo aconseje, salvo que haya habido un cambio en las circunstancias que imposibilitan la adopción por la decisión y la persona afectada haya ratificado la medida".*
***Art. X.** "A solicitud de la autoridad judicial las personas a las que se haya encomendado el desempeño de un plan de apoyos obligatorios estarán obligadas a informar al Juzgado exhaustivamente de la situación previa de los bienes o intereses personales y/o patrimoniales de la persona con discapacidad a la que haya de prestar aquellos, en función del tipo de apoyos que le haya sido encomendado, en el plazo de treinta días desde su aceptación.*

La autoridad judicial podrá prorrogar este plazo, en resolución motivada, sin concurriese causa para ello".

Art. X. *"El juez podrá exigir la prestación de fianzas o garantías cuando lo considere preciso, para el desempeño de los apoyos a que se refiere el artículo anterior, cuando las circunstancias personales o patrimoniales lo hagan conveniente. Podrá asimismo establecerlas, modificarlas o suprimirlas a lo largo del desempeño, cuando lo considere oportuno, en resolución motivada.*

No precisará prestar tales garantías la entidad pública que desempeñe esta misión por ministerio de la ley o por resolución judicial".

Art. X *"Salvo que en la determinación de los apoyos se hubiese establecido lo contrario, la persona o personas que desempeñan funciones de apoyo no podrán recibir liberalidades del beneficiario de los mismos, ni concurrir con este en actos o contratos cuando existan disparidad o conflicto de intereses".*

Art. X. *"La persona que en el desempeño de su función de apoyo sufra daños y perjuicios, sin culpa por su parte, tendrá derecho a la reparación de estos con cargo a los bienes de la persona beneficiaria de tales apoyos, de no poder obtener por otro medio su reconocimiento y reparación".*

Art. X *El desempeño de la función de apoyos se extingue por las siguientes causas:*

e) Por el fallecimiento, declaración de fallecimiento o de ausencia de la persona asistida o de la persona que realizaba la función.

f) Por revocación expresa realizada por la propia persona que recibe los apoyos si esta los hubiese designado.

g) Por la desaparición de las circunstancias que la determinaron o por el mal ejercicio de las funciones de apoyo.

Por resolución judicial

2. *La autoridad judicial establecerá, en resolución judicial motivada, el inmediato cese en la prestación de apoyos cuando, durante su desempeño, sobreviniesen algunas de las causas establecidas en las disposiciones precedentes.*

3. *En ningún caso la renuncia, la decisión de suspensión o cualquier otra relacionado con las funciones de apoyo podrá generar desprotección o indefensión de la persona beneficiaria.*

Art. X. 1. La existencia de un plan personalizado de medidas de apoyo deberá gozar de publicidad registral para ser oponible a los terceros de buena fe

2. *El juez deberá comunicar de oficio los apoyos designados al Registro civil del lugar de residencia de la persona y a los demás Registros que considere pertinentes. Cuando este plan haya quedado sin efecto o haya sido sustituido en su caso por otro se deberá comunicar en la misma forma a los Registros donde se hubiese inscrito el primer plan.*

Art. X 1. *Cualquier persona que considere que puede tener dificultades en el futuro en la toma de sus decisiones o que las que ya tiene pueden agravarse, podrá*

organizar para sí un régimen de convivencia con terceros así como establecer un régimen voluntario de autoprotección jurídica, incluyendo medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, con las previsiones y requisitos que considere adecuados a cada caso y circunstancia.

***2.** La persona que tenga dificultades para el ejercicio de su capacidad jurídica tiene derecho a recibir los apoyos necesarios para el establecimiento de un régimen de convivencia o de un régimen de autoprotección jurídica. Cuando estos regímenes se hayan establecido de conformidad con un plan personalizado de medidas de apoyo a la capacidad serán considerados válidos*

***3.** El régimen de autoprotección jurídica podrá referirse, incluso con reglas diferentes, a todos los bienes e intereses de la persona con discapacidad, presentes y futuros, a un grupo de ellos o a bienes e intereses concretos y determinados. Del mismo modo, podrá*

hacer distinciones por razón del tipo de acto o negocio jurídico a realizar. En su caso, podrá designar a la persona o personas que deban prestarle dichos apoyos, voluntarios u obligatorios. También podrá dar indicaciones o establecer procedimientos y requisitos que crea oportunos respecto de los actos que otras personas puedan realizar en su interés o beneficio.

***4.** El Ministerio Fiscal podrá solicitar de la autoridad judicial la modificación, la revisión y el complemento de las normas de autoprotección, así como la introducción, en su caso, de un régimen judicial de apoyos obligatorios, en la medida en que considere que dichas normas pueden ocasionar un daño grave e irreversible para la persona. No obstante, el juez deberá respetar en lo posible las previsiones económicas establecidas por el constituyente de la autoprotección".*

DE LOS PROCESOS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE PLANES PERSONALIZADOS DE MEDIDAS DE APOYO AL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD

***Art. 1.1** "Será competente en los procedimientos sobre establecimiento de planes personalizados de medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad el Juzgado especializado o, en su defecto, el de 1ª Instancia del lugar en el que resida la persona a quien se refieran dicho plan."*

***Art. 1.2.** Corresponde al mismo Tribunal conocer de todas las cuestiones que se susciten en relación con dicho plan, salvo que éste estime conveniente, debido a un cambio de residencia de la persona a la que se refiere el plan, inhibirse a favor del Juzgado de la nueva residencia, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de los legitimados en el proceso.*

***Art. 2.1.** Toda persona que tenga dificultades en la toma de sus decisiones podrá promover el establecimiento de un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. También podrán promover el establecimiento*

de este régimen sus parientes más próximos o las personas de su entorno más cercano. Cuando la persona sea una persona con discapacidad en estos procedimientos podrán promover el establecimiento de este plan las entidades sin ánimo de lucro representativas de colectivos de personas con discapacidad del lugar donde resida la persona.

Art. 2.2. *El Ministerio Fiscal deberá promover el establecimiento de un plan personalizado de medidas de apoyo cuando considere que su inexistencia pued eimpedir u obstaculizar el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona y ni ésta ni las personas mencionadas en el artículo anterior hayan promovido su establecimiento*

Art. 2.3. *Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran de la anterior situación deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.*

Art. 2.4. *La existencia de un plan personalizado de medidas de apoyo deberá gozar de publicidad registral para ser oponible a los terceros de buena fe.*

Art.3 *. Las decisiones sobre el establecimiento de planes personalizados de medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad se sustanciarán por los procedimientos de la jurisdicción voluntaria.*

Art.4 *.- Si la solicitud que inicia el procedimiento es cuestionada por la persona para la que se solicita el plan o por cualquiera otra entre las legitimadas para instar las medidas de apoyo, se tramitará el procedimiento como contencioso.*

Art. 5.1. *La persona cuyo plan personalizado de medidas de apoyo se solicite participará siempre en el proceso y contará con su propia defensa o representación o a falta o imposibilidad de ésta serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, el Tribunal designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado.*

Art. 5.2. *El tribunal deberá dar audiencia, además, a los parientes y personas más próximas.*

Art. 6.- *El juez podrá de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal, de la persona a la que se refiere el plan o de las personas legitimadas en el procedimiento, modificar las medidas de apoyo para adecuarlas a las circunstancias de cada momento. En todo caso, toda modificación deberá realizarse previa audiencia del Ministerio Fiscal, de la persona a la que se refiere el plan, sus parientes más próximos o las personas de su entorno que se consideren pertinentes, garantizando el respeto a la voluntad y preferencias de la persona objeto del plan.*

Art. 7.1*. El tribunal acordará los dictámenes periciales que estime necesarios para obtener un conocimiento global de la situación de la persona. En todo caso, se acordará un dictamen pericial médico que deberá pronunciarse específicamente sobre las habilidades concretas de la persona en sus diferentes esferas de actuación y un dictamen psico-social que deberá referirse a las actividades más frecuentes de la persona, su relación con su entorno familiar y afectivo, posible*

existencia de redes de apoyo etc.

Art. 7. 2. *Cuando la persona sea una persona con discapacidad en estos procedimientos podrán ser parte las entidades sin ánimo de lucro representativas de colectivos de personas con discapacidad del lugar donde resida la persona.*

Art. 8.1. *El Tribunal deberá resolver en un plazo no superior a 15 días contados desde el inicio del procedimiento. La resolución que establezca el plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica determinará de forma individualizada los actos concretos en relación con los cuales la persona necesita asistencia y la figura o figuras de apoyo que asistirán a la persona en la realización de dichos actos. Tanto en la determinación de la extensión del apoyo, como en la determinación de la figura que lo prestará se respetarán la voluntad y las preferencias de la persona.*

Art. 8.2. *La resolución establecerá, asimismo, los mecanismos de control oportunos para garantizar el efectivo y adecuado funcionamiento del plan personalizado de medidas apoyo. Estos mecanismos deben asegurar que se respeten los derechos de la persona, su voluntad y sus preferencias y que no se produzca conflicto de intereses o influencia indebida. El plan de seguimiento deberá establecer, en su caso y sin perjuicio de lo señalado en la legislación específica al efecto, qué tipo de decisiones se deben comunicar por su trascendencia al Ministerio Fiscal para que controle que los apoyos se realizan, efectivamente, de conformidad con los principios antes señalados.*

Art. 8.3.*Los actos realizados por las personas que cuenten con un plan personalizado de conformidad con las previsiones contenidas en el mismo deberán considerarse plenamente válidos.*

Art. 8.4. *Las autoridades y funcionarios públicos deben comprobar en las diferentes actuaciones en las que intervengan que las personas cuentan con los apoyos necesarios para el ejercicio de su capacidad jurídica y su adecuado funcionamiento de conformidad con las salvaguardas señaladas en la normativa vigente.*

Art. 8.5. *Únicamente cuando la situación en la que se encuentra la persona le impida expresar por cualquier medio su voluntad y preferencias, la resolución judicial podrá establecer la posibilidad de apoyos obligatorios que sustituyan a la persona en la toma de determinadas decisiones que se especificarán individualizadamente en la sentencia. En todo caso, estas decisiones sólo deberán tomarse cuando su no adopción pueda ocasionar un daño grave e irreversible a la persona afectada y deberán basarse en la identidad de la persona. Para ello deberán tenerse presentes, entre otras cuestiones su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales.*

La adopción de estas decisiones deberá ser autorizada por el Ministerio Fiscal con carácter previo, si ello fuera posible, sin perjuicio de que la autorización judicial que la legislación exige en algunos supuestos que deberán controlar el

respeto de los principios antes señalados.
En todo caso, si la persona cuenta con un régimen de autoprotección habrá de respetarse su contenido.
***Art. 9.1.** Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de una persona que requiere de un plan personalizado de medidas de apoyo adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para su adecuada protección y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima* procedente, el establecimiento de este plan.
Art. 9.2. El Ministerio Fiscal podrá también solicitar del tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior.
Las mismas medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de establecimiento de un plan personalizado de apoyo. .
Art. 9.3. Las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas afectadas.

LA DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO EN EL DISFRUTE DE DERECHOS SOCIALES: LAS BRECHAS POR SUPERAR PARA ALCANZAR LA IGUALDAD

Elena Alvites[1]

I. A manera de introducción: sobre los derechos sociales

Los derechos sociales se relacionaban directamente con las condiciones de existencia de las personas; dicho de otro modo, su finalidad es la satisfacción de las necesidades básicas de los seres humanos, a través de la prestación de bienes y servicios. En esa medida, se trata de derechos que se concretan en acciones que se orientan a modificar las estructuras económicas, sociales y culturales de una comunidad[2]; pues su objetivo es cubrir las carencias materiales y brindar a las personas "diversos tipos de prestaciones, la colaboración de los poderes públicos en la satisfacción de las necesidades básicas del individuo"[3]. Vale decir, están referidos a aquellas necesidades cuya satisfacción está ligada a la conservación de la dignidad humana y esa es la razón por la que se les considera, además, derechos fundamentales[4].

1 Doctora en Derecho por la Universidad de Alicante y Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora Ordinaria Asociada del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2 Cascajo Castro, José Luis. La tutela constitucional de los derechos sociales. Madrid: cec, 1988, p. 24.

3 Contreras Peláez, Francisco. Derechos sociales: teoría e ideología. Madrid: Tecnos, 1994, p. 30. Al respecto, entendemos por necesidades básicas a "aquellas situaciones o estados que constituyen una privación de aquello que es básico e imprescindible y que, en consecuencia, lo pone directamente en relación con la noción de daño, privación, sufrimiento grave para la personas. Claro está que esta idea exige superar la concepción del daño en términos de privación o frustración de aquello que deseamos [...] está íntimamente relacionadas o repercuten directamente en la calidad de vida humana y tienen una característica fundamental que hace que podamos hablar de necesidades: el perjuicio o grave detrimento va a mantener exactamente en las mismas condiciones, salvo que esa situación sea satisfecha, cumplida o realizada y no hay ninguna posibilidad alternativa de salir de ella" Añon Roig, María José. Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación. Madrid: CEC, 1994, pp. 266-267.

4 Al respecto acogemos la tesis del principio de dignidad humana como fundamento de los derechos fundamentales. Este principio es recogido en el artículo 1º del Texto Constitucional y se constituye en la primera línea directriz para la interpretación y aplicación de nuestra Carta Fundamental, es decir, en fundamento o "premisa antropológico cultural" de los derechos fundamentales. Häberle, Peter. El Estado constitucional. 1ª reimpresión. Lima: UNAM-Fondo Editorial de la Pucp, 2003, pp. 169-174. Sobre la fundamentación de los derechos humanos, incluidos los derechos sociales, pueden revisarse, entre otros: Peréz Luño, Antonio. Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución. Madrid: Tecnos, 7ª ed., 2001, pp. 132-184; Peces-Barba Martínez, Gregorio. Curso de derechos fundamentales. Teoría general. Madrid: Universidad Carlos III - boe, 1995, pp. 101- 143. Asimismo, in toto, Muguerza, Javier y otros. El fundamento de los derechos humanos. Madrid: Debate, 1989; Gosepath, Stefan. Consideraciones sobre las fundamentaciones de los derechos humanos

En esa línea, los derechos sociales son complementarios a los derechos fundamentales de carácter liberal y, ciertamente, les brindan el soporte material necesario para la realización de éstos. Se trata de una interdependencia que orientada a superar el concepto de libertad estrictamente jurídica, para dar paso a una suerte de libertad fáctica como producto de la superación de los obstáculos que la realidad coloca al libre desarrollo de los individuos[5], sobre todo aquellos grupos más vulnerables, como sucede con la mujeres. De ahí que la relación entre la satisfacción de los derechos sociales y la realización del derecho a la igualdad y a la no discriminación de las mujeres, para alcanzar la igualdad de género, sea un elemento clave para superar su condición de grupo vulnerable.

Los derechos sociales se constituyen en medios materiales para el ejercicio de la libertad, ello, porque "La seguridad formal tiene que ir acompañada de la seguridad material frente a la necesidad económica permanente o contingente a través de instituciones como el salario mínimo, la seguridad de empleo, la de atención médica, etc"[6]. De esta forma, se asegura, además, el principio de igualdad de oportunidades para todos[7]. En efecto, la incorporación de los derechos sociales, como el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho al trabajo, etc., en los catálogos de derechos fundamentales viene a cumplir funciones político-constitucionales trascendentes para una sociedad democrática y pluralista, pues concretan los principios y valores que se hallan a la base de los sistemas constitucionales, como la libertad o la igualdad. Ello sucede porque: (i) al ampliar la eficacia de los derechos fundamentales de libertad, extendiendo su eficacia a un número mayor de individuos, cumplen una función correctora del proceso social, (ii) al complementar y dotar de mayor densidad a la libertades fundamentales realizan una función liberadora y, (iii) al posibilitar la realización de la igualdad material entre los seres humanos cumplen una función igualadora. En efecto, como lo ha señalado el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas respecto al derecho a la educación, como derecho social, constituye un presupuesto indispensable para la democracia y su satisfacción es un presupuesto para la superación de males que todavía subsisten en nuestra

sociales. En vv. aa Ciudadanía y derechos humanos sociales. Medellín: Instituto Sindical de Cooperación al Desarrollo – Junta de Andalucía, 2001, pp. 17-57.

5 Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: CEC, 1993, pp. 486ss;

6 García Pelayo, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo…op. cit., p. 26

7 Häberle, Peter. Pluralismo y constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta...op.cit., p. 196. En sentido similar Contreras Peláez sostiene que el ser humano "no puede ser capaz de protagonizar una existencia plenamente humana (libre, creativa, responsable enriquecedora...) si se siente acosado por la mordedura de ciertas necesidades básicas; para disfrutar de una vida plena, por tanto, el hombre precisa tener garantizada [...] la satisfacción de esas necesidades". Contreras Peláez, Francisco. Derecho sociales: teoría e ideología...op. cit., p. 41.

sociedad como la opresión contra la mujer, la pobreza, o la explotación de los niños, niñas o adolescentes[8]. Sin embargo, como veremos algunas estadísticas sobre en la satisfacción de los derechos sociales de las mujeres, dan cuenta de que todavía la discriminación por razón de sexo constituye, a la par, el origen en la igual satisfacción de los derechos sociales entre hombres y mujeres.

La Constitución Peruana de 1993 se inscribe en ese marco al adoptar la fórmula política de Estado Social y democrático, acogiendo entre sus disposiciones aquellos elementos esenciales del mismo; así, su artículo 1° establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad constituyen la finalidad suprema de la sociedad y el Estado, por lo que en los sucesivos artículos se acoge un extenso catálogo de derechos fundamentales y éste, gracias a la clausula abierta prevista en el artículo 3° de la Constitución, incorpora a los derechos sociales. Asimismo, su artículo 51° afirma la supremacía constitucional y su Cuarta Disposición Final y Transitoria señala que los derechos fundamentales se interpretan y aplican en función de los tratados internacionales que el Perú ha suscrito. Este marco normativo, da cuenta que la realización de los derechos sociales se derivan de mandatos concretos de la más alta jerarquía normativa; tanto Constitucional como internacional, dado que el Estado peruano ha suscrito los dos tratados internacional que reconocen estos derechos, como son el Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derecho Económicos, Sociales y Culturales (Pacto de San Salvador). Adicionalmente, el Perú es parte de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); así como, la Convención para la Eliminación de toda forma de Violencia contra la Mujer (Convención Belén Du Pará).

De ahí que en los siguientes párrafos, abordemos el contenido del derecho a la igualdad y a la no discriminación, y cómo se afecta en los casos de no satisfacción de los derechos sociales, haciendo más difícil alcanzar la igualdad de género través de la superación de una serie de concepciones culturales, valores y roles tradicionales de género que facilitan las subordinación de las mujeres y el no ejercicio de sus libre desarrollo en los distintos ámbitos de sus vidas[9].

8 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Nº 13, El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), 8 de diciembre de 1999, párrafo, 1.

9 CEPAL-Naciones Unidas. La hora de la Igualdad: brechas por cerrar, caminos por abrir. Santiago de Chile, 2009.

II. El derecho a la igualdad y a la no discriminación. La necesidad de considerar la teoría de género.

Desde el punto de vista histórico el derecho a la igualdad ante la ley fue uno de los postulados del Estado liberal de Derecho y fue entendido como el reconocimiento de la igualdad jurídica de todos los ciudadanos. Se incorporó en los textos constitucionales como una suerte de reacción frente al régimen de privilegios de clases extendido en la sociedad anterior a las revoluciones burguesas[10]. Así, se plasmó como un mandato que obligaba al Estado a expedir normas de carácter general cuya aplicación fuera, o de los colectivos a los que éstas pertenecían.

De esa forma, la primigenia formulación el derecho a la igualdad quedo ligado a las características de abstracción y generalidad de la ley[11]. No obstante, en el marco de las transformaciones socio-económicas que propiciaron el surgimiento del constitucionalismo social y la adopción de la fórmula de Estado social y democrático, el sentido formal del derecho a la igualdad se tornó insuficiente. En efecto, la insuficiencia de la primera formulación del derecho a la igualdad fue puesta de manifiesto por el constitucionalismo social que modificó su contenido y, además, lo erigió como uno de los principios rectores de la organización del Estado social y democrático, al mismo que debían vincularse las actuaciones de todas las entidades del Estado. En consecuencia, su contenido formal fue complementado con una concepción material orientada a generar la igualdad de oportunidades en el ejercicio de los demás derechos fundamentales[12]. De esa forma, en el marco del Estado social y democrático la igualdad jurídica no sólo debe entenderse sólo como igualdad formal ante la ley sino también como igualdad en sentido sustantivo que en el caso de las mujeres, supondrá la orientación a la igualdad de género en relación con el ejercicio y la satisfacción de los derechos fundamentales; en particular, los derechos sociales.

10 Es decir, se trató de un precepto rupturista con un pasado desigualitario de la sociedad estamental: se rechazan privilegios y exenciones, y se somete al conjunto de ciudadanos a un mismo ordenamiento jurídico igual para todos"Rodríguez -Piñeiro, Miguel. Igualdad y no discriminación. Madrid: Tecnos, 1986, p. 19

11 Jiménez Glück, David. Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional. Barcelona: Bosch, 2004, p. 29.

12 Ibid…p. 307.

La construcción de dicha igualdad exigirá la adopción de medidas que tengan en cuenta *"una diferente consideración de los sujetos frente a la ley, en el sentido de que determinadas categorías de sujetos pueden recibir de la ley un tratamiento diferenciado o preferente en vista a la consecución de particulares finalidades –valores- de justicia social [...] lleva implícita la exigencia de que la ley trate de manera diferente las diferentes categorías de sujetos a fin de permitir la actuación de los valores constitucionales de libertad efectiva y de concreta justicia social"*[13] .

Dicho de otro modo, la realización de este nuevo contenido del derecho a la igualdad, demanda una conducta activa por parte del Estado, obligándosele a orientar su actuación a la consecución de la igualdad entre los individuos que forman parte de la comunidad[14].

En ese contexto, el papel del Estado social y democrático cobra especial trascendencia respecto a los colectivos o grupos vulnerables que, sobre la base de ciertas características personales o sociales, se han visto marginados en el ejercicio de sus derechos fundamentales o en el acceso a espacios de la vida social y política de sus comunidades[15]; en particular, las mujeres, las personas con discapacidad, los afrodescendientes, entre otros. Precisamente, debido a esta constatación, el derecho a la igualdad tiene como complemento el mandato de no discriminación en base a determinados criterios o motivos, como pueden ser, entre otros, la raza, el género, el origen nacional, la orientación sexual o la religión. Este mandato no sólo buscar brindar una protección reforzada a ciertos individuos, sino también releva el papel que debe desempeñar el Estado en pos de que las personas que forman parte de los grupos vulnerables puedan ejercer libre e igualmente sus derechos. De ahí que en estos casos - como debe suceder con las mujeres como grupo vulnerable- sea clave considerar la necesidad de revertir las desigualdades históricas subsistentes mediante tratos diferenciados y acciones afirmativas. Vale decir, la realización del derecho a la igualdad requerirá de "fórmulas de desigualdad normativa a fin de eliminar las consecuencias desfavorables que derivan de las diferencias de hecho"[16].

13 Baldassarre, Antonio. Constitución y teoría de los valores. En Revista de las Cortes Generales, Nº 32, 1994, pp. 28-29.

14 Prieto Sanchís, Luis. Ley, principios, derechos. Cuadernos "Bartolomé de las Casas". Madrid: Dykinson – Instituto de derechos humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III, 1998, pp. 81ss

15 Rodríguez -Piñeiro, Miguel. Igualdad y no discriminación...op. cit., p. 83.

16 CEPAL-Naciones Unidas. Pactos para la igualdad: hacia un futuro sostenible. Trigésimo quinto período de sesiones de la CEPAL (Lima, 5 a 9 de mayo de 2014). Santiago de Chile, 2014, p. 105.

La Constitución peruana dispone que el Estado es una república social y democrático, y reconoce en el artículo 2° inciso 2) de la misma que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Es decir, reconoce el derecho de toda persona a ser tratada igual siempre que no medie una razón objetiva y razonable para recibir un tratamiento diferenciado. De ahí que el Tribunal Constitucional haya señalado "que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables"[17].

De igual modo, el artículo 2° inciso 2) de la Constitución, proscribe la discriminación entendida como el tratamiento jurídico diferenciado basado en una serie de criterios y circunstancias que históricamente han mantenido a determinados grupos de personas en una situación de marginación en el ejercicio de sus derechos[18]. Este marco constitucional –complementado con el marco internacional- no sólo reconoce el derecho fundamental sino también un principio básico del Estado constitucional que lo obliga a respetar la igualdad de trato pero también a adoptar acciones destinadas realizar la igualdad real; porque "enfocar la interpretación del derecho a la igualdad desde una faz estrictamente liberal, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal […] En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales"[19].En

17 Tribunal Constitucional. Sentencia correspondiente al Expediente N° 0048-2004-PI/TC de 1 de abril de 2005, f.j. 61.

18 Para la la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer la discriminación contra la mujer como "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera". Artículo 1° de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, ratificada por el Perú el 13 de setiembre de 1982.

19 Tribunal Constitucional. Sentencia correspondiente al Expediente N° 0001/0003-2003- AI/TC de 4 de julio de 2003, f.j. 11. En sentido similar, Sentencia correspondiente al Expediente N° 0008-2003-AI/TC de 11 de noviembre de 2003, f.j. 15.

efecto, el contenido del derecho a la igualdad y a la no discriminación, reconocido en la Constitución y en diversos tratados internacionales ratificados por el Perú, impone al Estado la obligación de adoptar acciones destinadas a remover los obstáculos de la realidad que impiden, por ejemplo, que tanto hombres como mujeres vean realizados de igual forma sus s derechos o que ostenten el mismo estatus jurídico y social. A estas acciones se les suele denominar acciones positivas o afirmativas[20].

En el marco descrito se inscribe el mandato de no discriminación por razón de sexo o por la construcción social en torno al mismo que es el género. Este mandato se orienta a eliminar prácticas que históricamente ha impactado negativamente en el estatus jurídico de las mujeres y en el ejercicio de sus derechos fundamentales, dado que la discriminación de este tipo obedece a percepciones sociales que han generado tratamiento sociales inequitativos entre hombres y mujeres, los mismos que han sido tolerados y, en el peor de los casos, reforzadas por el sistema jurídico. Ello, porque el sistema jurídico es una manifestación social que forma parte de un modelo mayor de discriminación como son las relaciones desiguales de género[21], pues "la limitación y subordinación de la mujer no depende esencialmente de las discriminaciones concretas, particulares, sino de la discriminación estructural que representa la articulación de un modelo global cultural, sociopolítico y normativo patriarcal, tal como ratifica la Historia y la tradición, es decir, tal como garantiza la proclamación universal de un único modelo de Razón que es la razón masculina[22]".

En ese contexto, ciertamente el problema de la discriminación femenina no sólo es un problema jurídico, pero sí un problema que incumbe al mundo jurídico, porque a través de normas discriminatorias contra la mujer o, peor aún, el incumplimiento del mandatos normativos como el de igualdad, se recrea la mencionada desigualdad estructural[23]. Ciertamente, los avances normativos en el reconocimiento de la igualdad han limitado las discriminaciones directas en las que explícitamente la condición de mujer es la causa de exclusión normativa[24]; sin embargo, subsisten las discriminaciones indirectas en las que la medida adoptada no necesariamente se orienta a diferenciar o dar un tratamiento jurídico

20 Jiménez Glück, David. Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional…op.cit., pp. 312ss.
21 Ruiz Bravo, Patricia. Una aproximación al concepto de género. En Sobre género, derecho y discriminación. Lima: PUCP- Defensoría del Pueblo, 1999, pp. 133ss.
22 Suárez Llanos, Leonor. Teoría feminista, política y derecho. Madrid: Dykinso, 2002, p. 62.
23 Villanueva Flores, Rocío. Análisis del derecho y perspectiva de género. En Sobre género, derecho y discriminación. Lima: PUCP- Defensoría del Pueblo, 1999, p. 16.
24 Huerta Guerrero, Luis. El derecho a la igualdad: su desarrollo en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú. En VV.AA El derecho fundamental de igualdad, Lima: Palestra, 2006, p. 71.

desigual y perjudicial a las mujeres, pero en la práctica por tratarse de normas o políticas de carácter general, producen tal resultado debido a las condiciones sociales, económicas o de otra índole que rodean al colectivo mujeres[25].
Precisamente, es en ese escenario que, como señala la CEPAL, la afirmación jurídica de la igualdad y la toda política pública destinada a generar igualdad de oportunidades de entre hombre y mujeres deba "contemplar las diferentes condiciones iniciales entre hombres y mujeres en cuanto a socialización, la historia de acumulación masculina del poder, el mantenimiento de la división sexual del trabajo y patrones socioculturales discriminatorios. No es, pues, sólo cuestión de garantizar la igualdad en accesos básicos (por ejemplo, la educación), pues las desigualdades de género están enquistadas en relaciones de poder desde el ámbito de la política hasta el doméstico. Además, las relaciones de género conspiran contra la igualdad a lo largo de todo el ciclo vital y las disparidades por motivo de género están internalizadas en múltiples mecanismos de reproducción cultural"[26].

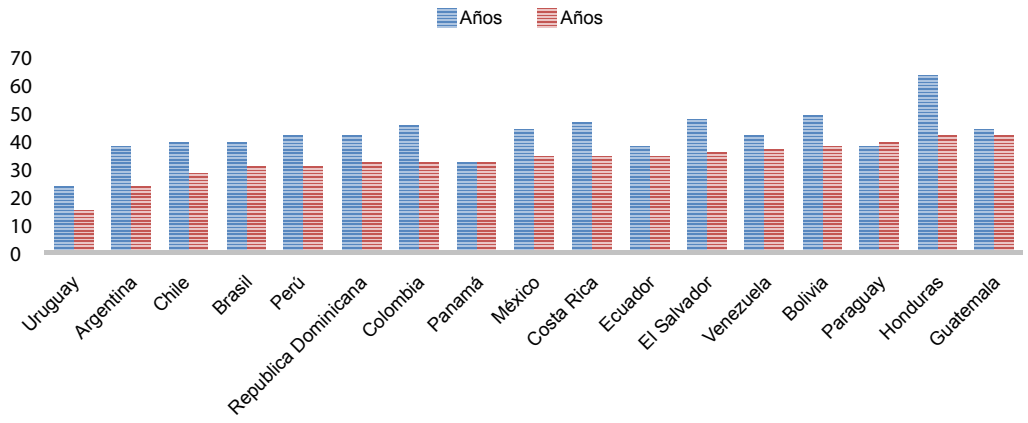
En esa línea, a partir del reconocimiento constitucional e internacional del derecho a la igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres no se puede afirmar que las mujeres ven satisfechos sus derechos sociales, como lo son el derecho a la salud, el derecho a la educación o el derecho al trabajo, sin discriminación alguna. Por el contrario, las brechas en la satisfacción de estos derechos dan cuenta de que la discriminación de género subsiste en América Latina y en el Perú. Además, no sólo subsiste sino que afecta el ejercicio de los "clásicos" derecho de libertad; es decir, impacta directamente en su autonomía, tanto física como política y económica. De ahí que, por ejemplo, la violencia contra las mujeres, como una expresión flagrante de discriminación de género que afecta el derecho a la integridad personal, no debe enfrentarse de manera asilada sino, como señala la CEPAL, vinculada a variables de "desigualdad económica, social y cultural que operan en las relaciones de poder entre hombres y mujeres, los que tienen su correlato en la desigualdad de recursos en el ámbito privado y en la esfera pública y están en directa relación con la desigual distribución del trabajo, especialmente el trabajo doméstico no remunerado"[27].
En esa medida, la solución de esta problemática no sólo pasa por garantizar el acceso a la justicia de las mujeres víctimas, sino también por garantizar su autonomía económica a través del acceso y permanencia en los sistemas educativos; así

25 Danós Ordoñez, Jorge. Los derechos a la igualdad y no discriminación por razón de sexo en el Derecho Constitucional. En Discriminación sexual y aplicación de la Ley. V. IV. Lima: Defensoría del Pueblo, 2000, p. 127.
26 CEPAL-Naciones Unidas. Pactos para la igualdad: hacia un futuro sostenible…op.c cit., p. 105.
27 Ibid..p. 106.

como, por ejemplo, el acceso al mercado laboral con remuneraciones iguales a las que tendrían los varones por desempeñar las mismas tareas. Es decir, pasan por garantizar a las niñas, adolescentes y mujeres, la satisfacción de dos derechos sociales básicos, como son: el derecho a la educación, y el derecho al trabajo con la protección de otros derechos fundamentales vinculados a su condición de trabajadoras (igual remuneración por trabajo de igual valor, por ejemplo).

Con la finalidad de evidenciar la anterior información, basta confrontar algunas cifras. Así, de acuerdo a estadísticas normalizadas para América Latina, la proporción de mujeres sin ingresos propios en América Latina ha descendido de 42% en el 2002 a 32% en 2011; mientras que en el caso de los varones el porcentaje de ellos sin ingresos propios no sólo es significativamente menor, sino que también se redujo de 15% a 13% en el mismo periodo. Al respecto, cabe indicar que este avance no se debe sólo al mayor acceso a educación y a empleo por parte de las mujeres, sino también a varios países han implementado programas sociales de transferencias directas de dinero cuya receptora es la madre de familia (mujer) que recibe el dinero a condición de que envíe a sus hijos e hijas a la escuela o que cumplan con llevarlos al médico, etc. Es decir, programas sociales feminizados y que lamentablemente refuerzan el rol de la mujer en el hogar como cuidadora[28]; en esa medida, es legítima la pregunta sobre si este tipo de programas realmente contribuyen a reducir las brechas en el ejercicio de derechos de las mujeres que son madres de familia, o si sólo este tipo de políticas pública únicamente se orientan a satisfacer derecho sociales de los menores y en la práctica están reforzando aquellas consideraciones socioculturales que restringen el rol de la mujer al ámbito privado, y que han facilitado su estado de vulnerabilidad.

América Latina: mujeres no estudiantes de 15 años a más sin ingresos propios, años 2002 y 2011
(En porcentajes)



Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de tabulaciones especiales de las encuestas de hogares.

28 Ibid., p. 107.

Con relación al acceso al empleo, como manifestación del derecho trabajo, las mujeres en América Latina se han ido incorporando de manera creciente al mercado de trabajo, y este es un dato de todos los países de la región en las últimas cuatro décadas; sin embargo, el acceso al empleo de la participación laboral femenina ha mantenido los mismos rasgos, como son: mujeres con mayor nivel educativo, menores cargas familiares y más recursos para adquirir servicios de cuidado[29]. Valer decir, continúa evidenciándose que a mayor tiempo de permanencia en el sistema educativo recibiendo servicio educativo de calidad, las mujeres tiene mayores oportunidades de acceder a un empleo remunerado y, por ende, a mayor autonomía.

Sin embargo, aunque las tasas de participación de la mujer en el mercado del trabajo han aumentado, todavía son significativamente menores a la participación masculina; así, por ejemplo, esta tasas de crecimiento en Guatemala y Honduras son aproximada la mitad que la masculina, mientras que la mayor similitud en participación de hombres y mujeres se verifica en Perú, Bolivia y Uruguay. De igual modo, el desempleo femenino es superior con relación al de los hombres, salvo en El Salvador y México, pero los casos graves son los de Brasil, Jamaica y República dominicana donde la tasa de desempleo femenina es casi el doble de la tasa masculina[30].

Otro aspecto sobre las brechas de género relacionadas con el derecho al trabajo es la denominada penalización salarial para las mujeres, vinculado sin duda a consideraciones sociales o culturales. En América Latina, en promedio, el derecho a un salario igual por un trabajo de igual valor presenta una brecha de 28%, que es el porcentaje mayor de ingresos mensuales que reciben los hombres con relación a las mujeres; esta brecha, en el Perú llega a ser de 52% mientras que en Honduras la diferencia alcanza el 4%.

29 Ibid., p. 160.
30 Ibid., pp. 161 – 162.

América Latina: diferencia porcentual de ingresos según género en favor de los hombres respecto de las mujeres, 2002 y 2011
(En porcentajes)

País	Mensual		Por hora	
	2002	2011	2002	2011
Argentina	47	37	13	8
Bolivia	40	34	53	48
Brasil	43	36	30	27
Chile	49	32	26	0
Colombia	16	19	-4	3
Costa Rica	24	18	-5	23
Ecuador	49	27	49	23
El Salvador	33	15	26	-3
Guatemala	58	48	27	10
Honduras	8	4	-7	-19
México	54	35	26	4
Nicaragua	25	14	2	-5
Panamá	18	12	-2	7
Paraguay	76	45	37	11
Perú	33	52	43	48
República Dominicana	25	25	4	15
Uruguay	36	37	8	7
Venezuela	23	19	2	6
America Latina (promedio simple)	49	28	18	11

Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de tabulaciones especiales de las encuestas de hogares.

Si bien en el Perú, de acuerdo a la información del Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (INEI), las brechas vinculadas a la realización de los derechos sociales de las mujeres con relación a los varones han sido variables. Así, por ejemplo, con relación al derecho a la educación se han reducido en el último trimestre del año 2013 con relación al mismo período del año anterior. La asistencia a la educación primaria fue mayor en las niñas (91.3%) que en los niños (89.8%). Sin embargo, si nos ocupamos de estas cifras diferenciando el área rural de la urbana la discriminación de las niñas rurales se hace evidente.

Vale decir, si hacen más evidentes las consideraciones culturales sobre la irrelevancia de enviar a las niñas a la escuela, pues su rol está vinculad a las labores domésticas y de contribución con la familia en las actividades productivas que ésta desarrollo. En efecto, en el área rural la asistencia de las niñas descendió de 92.9% en el último trimestre del año 2012 a 90.6% a diciembre de 2013. Es decir, hubo una variación -2,3 puntos porcentuales[31].

Con relación a la asistencia de los y las jóvenes de entre 12 y 16 años a la escuela secundaria es necesario indicar que la tasa de asistencia, en general, es significativamente menor a la escuela primaria; así registra una tasa neta de asistencia de 79. 9% a diciembre de 2013, de los cuales 80,6% son mujeres y 79.1% varones. Sin embargo, si nos acercamos a las cifras diferenciando el área rural de la urbana vemos que existe una gran diferencia, puesto en el área urbana la tasa neta de asistencia a la escuela secundaria es de 85.8% mientras que la tasa rural es de 68.9%, y se mantiene la tendencia de asistencia a la escuela primaria, pues aunque con una diferencia mínima es menor el porcentaje de las adolescentes que asiste (68.8%) que el de los adolescentes (69.0%)[32]. No obstante, estas son sólo las brechas de cobertura educativa vinculada a los elementos esenciales de accesibilidad y disponibilidad del derecho a la educación, lamentablemente las estadísticas no permiten dar cuenta de los otros elementos del derecho, como son la calidad o la adaptabilidad[33].

Con relación a los niveles más inequidad en el acceso a servicios de salud[34], y sobre todo el acceso a información y servicios de la salud reproductiva las cifras estarían orientándose a brindar mayor cobertura, sobre todo que atañe a la satisfacción de los derechos sexuales y reproductivos[35]. La satisfacción de

31 INEI. Estadísticas con Enfoque de Género (octubre – noviembre – diciembre 2013). Informe Técnico Nº 1, marzo 2014, p.2.

32 Ibid., p. 3.

33 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Nº 13, El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), 8 de diciembre de 1999, párrafo 50.

34 Este derecho “comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe efectuar tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida”. Para lograr dichos objetivos el Estado debe invertir en el fortalecimiento y modernización de las entidades del brindar el servicio de salud, así como la adopción e implementación de políticas públicas orientadas a dicho objetivo. Véase: STC correspondiente al Expediente Nº 2945-2003-AA/TC de 20 de abril de 2004, f.j 28; STC correspondiente al Expediente Nº 2016-2004-AA/TC de 5 de octubre de 2004, f.j 27.

35 Los derechos sexuales y reproductivos no son más que una forma de denominar a un conjunto de derechos fundamentales cuyo contenido está directamente relacionado con la libertad de las personas de poder decidir libremente sobre la posibilidad de tener descendencia o no, así como con las facultades, las inmunidades y las prestaciones que posibiliten la

estos últimos resultan de especial trascendencia para las adolescentes en el Perú, pues las "dimensiones de la maternidad de mujeres en etapa adolescente constituyen elementos cruciales de reproducción de trayectorias de pobreza, la mayor prevalencia del embarazo fuera del matrimonio, la mayor deserción del sistema escolar producida e el embarazo o la maternidad, así como una inserción precaria en el mercado laboral aunada a la trasmisión intergeneracional de patrones de maternidad adolescente, generan condiciones para que las adolescentes mujeres y con ellas sus hijos e hijas, conformenun tipo de hogar vulnerable desde el punto de vista económico y social, entrando así en un círculo vicioso. A mayor pobreza, mayor embarazo en adolescencia, y viceversa"[36]. En ese marco, cabe mencionar que a finales del 2013, el 65.1% de la población masculina y 69,9% de la población femenina, se encontraban afiliados o afiliadas a algún seguro de salud. Así, en "el área rural, 79 de cada 100 mujeres y 73 de cada 100 hombres acceden a seguro de salud, mientras que en el área urbana es 67 de cada 100 mujeres y 62 de cada 100 hombres. El 42,0% de las mujeres y el 35,5% de los hombres tienen Seguro Social de Salud (EsSalud), seguido por el Seguro Integral de Salud (SIS) con 22,7% para las mujeres y 23,7% para los hombres"[37].

Con relación a la salud reproductivo, el uso de métodos anticonceptivos se ha incrementado teniendo el área rural una tasa que ha pasado del 51.2% en el año 1996 al 72.4% en el año 2010. Asimismo, a nivel nacional el 83.9% de los partes han sido atendidos por personal calificado a nivel nacional; pero el área rural continúa planteando desafíos, pues si bien este servicio se ha incrementado en un 35% respecto del año 2000, sólo 63,7% de mujeres contaron con este tipo de prestación[38].

---

realización de dicha decisión. De esa forma, los derechos reproductivos están referidos a derechos como el derecho a la libertad o autonomía, al libre desarrollo de la personalidad, a la atención y protección de la salud, a la igualdad y no discriminación, a la información y, sin duda, al derecho a la educación. Todos ellos reconocidos en nuestro Texto Constitucional. Asimismo, se encuentra reconocidos en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer. Sin embargo, fueron la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo, realizada en El Cairo en el año 1994, y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, llevada a cabo en Beijing en el año 1995, las que destacan la condición de derechos humanos que tienen los derechos reproductivos.

36 Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Plan Nacional de Igualdad de Género 2012 – 2017, aprobado mediantes Decreto Supremo Nº 004-2012-MIMP de 17 de agosto de 2012, p. 22.

37 INEI. Estadísticas con Enfoque de Género (octubre – noviembre – diciembre 2013). Op.cit, p.5

38 Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Plan Nacional de Igualdad de Género 2012 – 2017…op.cit., p. 24.

Ciertamente, en el Perú la satisfacción de los elementos disponibilidad y accesibilidad del derecho a la salud existen mayores avances que respecto al derecho a la educación; en se medida se estaría avanzando más en dirección a la igualdad de género. Sin embargo, al igual que con relación al derecho a la salud, estas cifras no dan cuenta de los otros elementos esenciales de este derechos social, como la calidad. Ello, porque el aporte que realizan los derechos sociales, y en particular el derecho a la salud, a la consecución de la igualdad de género exige que se tomen en cuenta todos sus elementos en conjunto; pues en conjunto conforman un derecho indispensable para el ejercicio de los otros derechos humanos, cuyo contenido no se agota en el derecho a la atención de la salud, sino que "abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano[39]"

III. Igualdad, derechos sociales y democracia. A manera de reflexión final.

Tal como hemos indicado, el conjunto de derechos sociales busca asegurar un mínimo de condiciones materiales que aseguren o hagan realidad la igualdad entre todos los seres humanos, y qué duda cabe, abonan a la construcción de la igualdad de género. En esa medida, su reconocimiento en los Textos Constitucionales ha transformado la relación entre el Estado y los individuos, pues en virtud de ellos, el Estado está obligado a garantizar unos mínimos existenciales que concreten los principios de igualdad y justicia social[40]. Asimismo, los derechos sociales se orientan a equilibrar la relación dialéctica entre libertad e igualdad, pues este equilibrio debe hallarse a través de medidas estrictas que permitan la conservación, pero también la realización de ambos principios[41]. Es decir, se tratan de derechos que "toman la tendencia de abrir la libertad hacia la igualdad, a través de la libertad socioeconómica que brinda la alternativa de acción o la posibilidad real de ejercer la libertad jurídica fundamentalizada. La igualdad de oportunidades y la correcta repartición de libertades, son medios idóneos para

39 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Nº 14, El Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, 2000, párrafos 4 y 11.

40 Castro Cid, Benito de. Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos. León: Universidad de León, 1993, pp. 47-48

41 Häberle, Peter. Pluralismo y constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta...op.cit., p. 204.

conseguir dicho fin[42]". En efecto, es precisamente en la función igualadora que cumplen los derechos sociales dónde podemos encontrar el nexo que existe entre el derecho a la igualdad -que también es considerado un principio del Estado social y democrático- y dichos derechos. O para decirlo en términos negativos, es precisamente en las situaciones de discriminación en el disfrute de los derechos sociales que la igualdad se ve especialmente obstaculizada, sobre todo en el caso de las mujeres como colectivo vulnerable. Los derecho sociales, constituyen el soporte material que permitiría alcanzar la igualdad de género; pues, si tenemos en cuenta que "la motivación de todas las manifestaciones del reforzamiento social de los derechos fundamentales es la de perseguir la igualdad sustancial incluido el reconocimiento de derechos sociales"[43], la realización de los derechos a la educación, a la salud, a una pensión, entre otros, supone dar a todos los individuos la misma seguridad material, de manera tal que las desigualdades fácticas no sean un carga en el libre desarrollo de cada uno.

Sin embargo, para América Latina, la satisfacción de los derechos sociales sin discriminación alguna, además tiene especial importancia para la consolidación de la democracia. En efecto, hace diez años atrás el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD presentó un informe sobre el estado de la democracia en América Latina, en el que concluye que la consolidación de la democracia en América Latina se encuentra ligada al logro de una mayor igualdad social, a la lucha contra la pobreza y a la expansión de todos los derechos ciudadanos. Asimismo, dio cuenta de que en la región durante las dos últimas décadas del siglo XX, principalmente durante los años noventa, las políticas públicas destinadas a fortalecer la democracia se centraron en la dimensión electoral de la misma. Sin embargo, la consolidación de la democracia (entendida como una manera de organizar la sociedad con el objetivo de asegurar y expandir los derechos de las personas[44]) requiere del fortalecimiento de otras dimensiones de la democracia. Así, la consolidación de la democracia en América Latina pasa por fortalecer los niveles de ciudadanía económica y social, dado que ésta no puede verse reducida al ejercicio de derechos políticos sino que debe contemplar la vigencia efectiva de los derechos sociales[45]. Desde entonces, para medir

42 Rodríguez Olvera, Óscar. Teoría de los derechos sociales en la constitución abierta. Granada: Comares, 1998, p. 237.

43 Jiménez Glück, David. Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional...op.cit., p. 308.

44 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo- PNUD. La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. Buenos Aires: Aguilar-Altea-Alfaguara, 2004, p. 51. En sentido similar, Luigui Ferrajoli sostiene que la democracia debe ser entendida como democracia sustantiva en la que se reconocen y respetan los derechos fundamentales de los individuos. Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2001, pp.23ss

45 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo- PNUD. La democracia en América

los avances en este aspecto de la ciudadanía, desde el año 2011 construyó el índice de Ciudadanía Social – ICS cuyas dimensiones vinculadas a los derechos económicos y sociales, con la salvedad del derecho a la seguridad social[46].
Los resultados del ICS y la capacidad de cada país para garantizar los derechos propios de la ciudadanía social, ratifican la conclusión del estudio correspondiente al el período 2000-2010; puesto que se ha dado una fuerte expansión en la ciudadanía social en todos los países de la región, salvo Costa Rica que presenta una leve disminución. Así, mientras que en el período 2000 – 2010 el promedio regional del ICS fue 0,53; al iniciarse el 2014 el ICS es de 0,64[47]. De ahí que se afirme que en materia de ciudadanía social, "el primer decenio del siglo XXI es sin duda una década ganada para América Latina", aunque esta sea una afirmación que se toma con cautela porque el aumento pronunciado en el gasto social sólo ha sido posible por el incremento en la presión fiscal que en algunos países, como por ejemplo el Perú, está muy vinculada a los impuestos provenientes de la industria minera y petrolera[48].

Dicha cautela, además, es preciso tenerla también con relación a la ciudadanía social de las mujeres en América Latina; de ahí que sea interesante la aplicación complementaria al ICS del Índice de Ciudadanía Social de Género (ICSG) que contempla: la participación relativa de hombres y mujeres en el acceso a un empleo formal urbano, la incidencia de la pobreza, la esperanza de vida al nacer y las tasas de alfabetización adulta y juvenil. Los resultados de la aplicación del ICSG están fundamentalmente determinados por los índices de feminización de la pobreza y del empleo urbano, pues son en esas dimensiones donde se presentan las mayores inequidades entre hombres y mujeres[49]. En cambio, las tasas de alfabetización adulta y juvenil muestran cierta paridad en los datos entre hombres y mujeres. Asimismo, se observa que aquellos países con mayores valores en el ICS suelen ser los que presentan menores valores de desigualdad

Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos…op.cit., p. 65.

46 Este Índice tiene las siguientes dimensiones: 1. Vida digna a traves del indicador porcentaje de pobreza, que presenta la población, medido a través de datos de CEPAL; 2. Trabajo mediante el porcentaje de empleo formal urbano estimado sobre la base de datos de OIT; 3. Salud sobre la base de datos de OPS, indicador que combina i) la esperanza de vida al nacer medida en años, y ii) la tasa de mortalidad de los menores de 5 años cada mil nacidos vivos; 4. Educación, a partir de datos de Unesco, que contempla: i) la tasa de alfabetización adulta (sobre de los mayores de 15 anos), y ii) la tasa de alfabetización juvenil (sobre la poblacion entre 14 y 24 años); 5. Medio ambiente sano a través de la huella ecológica per capita,segun datos de Footprint. Véase: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo- PNUD. Ciudadanía política voz y participación ciudadana en América Latina. Buenos Aires: Siglo XXI – AECID – PUND, 2014, p. 195.

47 Ibid., p. 199.

48 Ibid…p. 211.

49 Ibid…p. 213.

de género. De ahí que no sólo se ve reforzada la idea que “el mejoramiento de las posibilidades de ejercer los derechos económicos, sociales y culturales pasa por considerar las inequidades que se producen entre hombres y mujeres[50]”, sino también la idea que, sin mujeres situadas en un escenario de igualdad de género respecto a sus derechos sociales, la democracia en América Latina no se fortalece.

Desde lo recogido en el mencionado informe, la satisfacción y ciertamente la exigibilidad de los derechos sociales se presenta como un problema estrictamente jurídico-político y, en ese sentido, constitucional, pero también como un reto para la gestión pública; así como, el diseño e implementación de políticas públicas. En efecto, en el marco de un Estado Constitucional y Democrático, las políticas públicas deben responder a las distintas obligaciones que se derivan del contenido de cada derechos sociales, pero también basarse en un correcto análisis de género para que dicho diseño e implementación tomen en cuenta los datos de la realidad que demandan acciones diferenciadas para revertir las brechas de género en el disfrute de los derechos sociales.

50 Ibid…p. 228.