¿Y DONDE ESTÁ EL DIÁLOGO?

A propósito de la jurisprudencia interamericana sobre discapacidad

Paola Andrea Acosta
Daniel Rivas

Dado que el evento que nos convoca tiene como tema principal el diálogo judicial interamericano y que a nosotros nos corresponde estudiar este fenómeno desde el asunto de la discapacidad, en las líneas que siguen esbozaremos las principales reglas de la jurisprudencia interamericana sobre esta cuestión para poder concentrarnos en el ejercicio del diálogo, o mejor, en la inexistencia de él en estricto sentido[1]. Así, mostraremos que, pese a su riqueza, la jurisprudencia nacional no es punto de referencia, por lo menos no de forma explícita, del trabajo del juez interamericano. A renglón seguido veremos cómo los jueces nacionales usan la jurisprudencia interamericana cuando tienen que sustanciar casos sobre discapacidad. Finalizaremos con un breve comentario sobre el reto a la hora de pensar en un verdadero diálogo judicial sobre esta materia.

I. La jurisprudencia interamericana sobre discapacidad

Pese a que solo existen dos pronunciamientos explícitos[2] sobre los derechos de las personas con discapacidad[3], la jurisprudencia interamericana es muy rica y ofrece parámetros útiles para abordar esta cuestión. Prueba de ello es que, como veremos, los jueces nacionales echan mano del trabajo de la CorteIDH sobre igualdad y no discriminación o sobre debido proceso para enriquecer su propia jurisprudencia sobre discapacidad.

Sobre las reglas interamericanas en esta materia, lo primero que debemos decir es que la jurisprudencia interamericana da cuenta de un nuevo modelo para la comprensión y el tratamiento de la discapacidad, un modelo que se aleja de aquel que por mucho tiempo determinó las legislaciones nacionales sobre la materia. En palabras de la CorteIDH:

> […] la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas

[1] Entendemos por diálogo "(…) la comunicación entre tribunales derivada de una obligación de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar el propio Derecho" Bustos Gisbert, Rafael. "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 95, mayo-agosto, pp. 13-63, 2012

[2] Corte IDH, *Caso Ximenes López vs. Brasil*, (Fondo), Sentencia de 4 de Julio de 2006 Serie C No. 149 y Corte IDH, *Caso Furlán y familiars vs. Argentina*, (Excepciones Preliminaries, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de Agosto de 2012 Serie C No. 246.

[3] Paradójicamente la jurisprudencia interamericana que ha dado lugar a algunas reglas sobre la protección a las personas con discapacidad no es producto de casos en los que el objeto principal del análisis haya sido la condición de discapacidad o las políticas que están destinadas a enfrentarla, por el contrario los pronunciamientos de la CorteIDH sobre este asunto están relacionados con violaciones graves (muerte, tortura, acceso a la justicia) cuyas víctimas fueron personas con discapacidad y es con ocasión de esas violaciones que la CorteIDH ha desarrollado su jurisprudencia en esta materia.

> puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas[4].

Ese modelo se desprende de un *corpus iuris*, integrado no sólo por las normas interamericanas sobre la discapacidad sino también por una serie de principios y directrices de origen variado[5], al que ha de sumarse, según la CorteIDH el *corpus iuris* sobre sobre niños, niñas y adolescentes cuando se trata de menores en situación de discapacidad[6].

En palabras del juez regional, ese *corpus iuris* sirve como herramienta de interpretación de la Convención Americana a la hora de fallar los casos que involucran a personas con discapacidad[7] y es en virtud de este ejercicio que la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (CIPD) adquiere su fuerza.

Según la jurisprudencia de la CorteIDH, de ese *corpus* se desprenden unas obligaciones particulares, de variada índole, por el momento la Corte se ha pronunciado sólo sobre algunos de los aspectos de este *corpus*, los cuales pueden agruparse en tres categorías diferentes:

A. Las reglas generales

1. Las personas en situación de vulnerabilidad necesitan de una protección especial que ha de traducirse en medidas positivas por parte del Estado. Tal es el caso de las personas con discapacidad[8].

2. Es directo y significativo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro. En razón de lo anterior, entre las medidas positivas a cargo de los Estados se encuentran aquellas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar a

[4] Corte IDH, *Caso Furlán y familiars vs. Argentina*, (Excepciones Preliminaries, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de Agosto de 2012 Serie C No. 246, párr. 133

[5] Tales como los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de las Naciones Unidas, y Normas Uniformes a la Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad, así como los estándares técnicos dispuestos en la Declaración de Caracas y la Declaración de Madrid. Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, supra nota 32, principio 1; Organización Mundial de la Salud. División de Salud Mental y Prevención del Abuso de Sustancias. Diez Principios Básicos de las Normas para la Atención de la Salud Mental, supra nota 37, principio 2; Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidades. Resolución No. 48/96 de la Asamblea General de la ONU, Documento A/48/49 (1993), art. 2; Declaración de los Derechos del Retrasado Mental. Resolución de la Asamblea General de la ONU, Documento A/8429 (1971), art. 2; y Programa de Acción Mundial para los Impedidos. Resolución No. 37/52 de la Asamblea General de la ONU, Documento A/37/51 (1982), párrs. 95 al 107

[6] Corte IDH, *Caso Furlán y familiars vs. Argentina*, (Excepciones Preliminaries, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de Agosto de 2012 Serie C No. 246, párr. 133 y 239

[7] Corte IDH, *Caso Ximenes López vs. Brasil*, (Fondo), Sentencia de 4 de Julio de 2006 Serie C No. 149, párr. 110-111

[8] *Ibídem,* párr. 103; Corte IDH, *Caso Furlán y familiars vs. Argentina*, (Excepciones Preliminaries, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de Agosto de 2012 Serie C No. 246, párr. 134.

las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición[9].

3. La situación de discapacidad entrelazada con la condición de pobreza implican la necesidad de interpretar y aplicar el derecho según las circunstancias de cada caso y atendiendo al especial grado de vulnerabilidad de los afectados. Resulta necesario ponderar el estado de vulnerabilidad con la necesidad de aplicar la ley[10].

4. Las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad[11].

5. La falta de condiciones suficientes para que las personas con discapacidad lleven una vida digna violan el artículo cuarto de la CADH[12].

6. El Estado debe ofrecer a la familia toda la ayuda necesaria para que esta cuide de los menores en situación de discapacidad[13].

B. Las reglas sobre los tratamientos médicos

1. Con relación a la salvaguarda de la vida y la integridad personal, es necesario considerar que las personas con discapacidad que viven o son sometidas a tratamientos en instituciones psiquiátricas, son particularmente vulnerables a la tortura u otras formas de trato cruel, inhumano o degradante. Esto supone una afrenta para su dignidad y restringen gravemente su autonomía, lo cual podría tener como consecuencia agravar la enfermedad. Dichas circunstancias exigen que se ejerza una estricta vigilancia sobre los establecimientos que prestan tales servicios. Los Estados tienen el deber de supervisar y garantizar que en toda institución psiquiátrica, pública o privada, sea preservado el derecho de los pacientes de recibir un tratamiento digno, humano y profesional, y de ser protegidos contra la explotación, el abuso y la degradación[14].

2. La atención de salud mental debe estar disponible a toda persona que lo necesite. Todo tratamiento de personas que padecen de discapacidades mentales debe estar dirigido al mejor interés del paciente, debe tener como objetivo preservar su dignidad y su autonomía, reducir el impacto de la enfermedad, y mejorar su calidad de vida[15]

3. Las condiciones deplorables del tratamiento médico ofrecido a las personas con discapacidad violan su integridad personal[16]

---

[9] Corte IDH, *Caso Ximenes López vs. Brasil*, *Op. Cit*, párr. 104

[10] Corte IDH, *Caso Furlán y familiars vs. Argentina, Op. Cit*, párr. 215-217

[11] Corte IDH, *Caso Ximenes López vs. Brasil*, *Op. Cit,* párr. 105; Corte IDH, Corte IDH, *Caso Furlán y familiars vs. Argentina, Op. Cit*, párr. 135

[12] Corte IDH, *Caso Ximenes López vs. Brasil*, *Op. Cit* , párr. 125

[13] Corte IDH, *Caso Furlán y familiars vs. Argentina, Op. Cit,* párr. 254

[14] Corte IDH, *Caso Ximenes López vs. Brasil*, *Op. Cit,* párr. 106, 107 y 108

[15] *Ibídem*, párr. 109

[16] *Ibídem*, párr. 126

4. Los Estados tienen el deber de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental. La anterior obligación se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios de salud básicos; la promoción de la salud mental; la prestación de servicios de esa naturaleza que sean lo menos restrictivos posible, y la prevención de las discapacidades mentales[17].

5. Todo tratamiento de salud dirigido a personas con discapacidad mental debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, esto se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas. El Tribunal reconoce que este último principio no es absoluto, ya que la necesidad misma del paciente puede requerir algunas veces la adopción de medidas sin contar con su consentimiento. No obstante, la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades. Cuando sea comprobada la imposibilidad del enfermo para consentir, corresponderá a sus familiares, representantes legales o a la autoridad competente, emitir el consentimiento en relación con el tratamiento a ser empleado[18].

6. La sujeción es una de las medidas más agresivas a que puede ser sometido un paciente en tratamiento psiquiátrico. Para que esté en conformidad con el respeto a la integridad psíquica, física y moral de la persona, según los parámetros exigidos por el artículo 5 de la Convención Americana, debe ser empleada como medida de último recurso y únicamente con la finalidad de proteger al paciente, o bien al personal médico y a terceros, cuando el comportamiento de la persona en cuestión sea tal que ésta represente una amenaza a la seguridad de aquéllos. La sujeción no puede tener otro motivo sino éste, y sólo debe ser llevada a cabo por personal calificado y no por los pacientes. Además, y en consideración de que todo tratamiento debe ser elegido con base en el mejor interés del paciente y en respeto de su autonomía, el personal médico debe aplicar el método de sujeción que sea menos restrictivo, después de una evaluación de su necesidad, por el período que sea absolutamente necesario, y en condiciones que respeten la dignidad del paciente y que minimicen los riesgos al deterioro de su salud[19].

7. De la obligación general de garantía de los derechos a la vida y a la integridad física, nacen deberes especiales de protección y prevención, los cuales se traducen en deberes de cuidar y de regular cuando se trata de la prestación del servicio de salud a las personas de discapacidad por parte de los particulares[20].

8. El Estado Tiene una posición de garante respecto de las personas que se encuentran bajo su custodia o cuidado durante la prestación del servicio médico. El Estado debe proveer condiciones para que dichas personas logren tener una vida digna, así como adoptar medidas disponibles y necesarias para

[17] *Ibídem,* párr. 128
[18] *Ibídem*, párr. 129
[19] *Ibídem*, párr. 133-135
[20] *Ibídem*, párr. 136

impedir el deterioro de la condición del paciente y optimizar su salud[21]. Los cuidados de que son titulares todas las personas que se encuentran recibiendo atención médica, alcanzan su máxima exigencia cuando se refieren a pacientes con discapacidad mental, dada su particular vulnerabilidad cuando se encuentran en instituciones psiquiátricas[22].

9. El deber de los Estados de regular y fiscalizar las instituciones que prestan servicio de salud, como medida necesaria para la debida protección de la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción, abarca tanto a las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos de salud, como aquellas instituciones que se dedican exclusivamente a servicios privados de salud[23].

C. Las reglas sobre el acceso a la justicia

1. En casos de personas vulnerables, como lo es una persona con discapacidad, es imperante tomar las medidas pertinentes, como por ejemplo la priorización en la atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades a su cargo, con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos judiciales o administrativos, de manera que se garantice la pronta resolución y ejecución de los mismos[24].

2. Los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad discapacitado y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso[25].

3. En aras de facilitar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, es relevante la participación de otras instancias y organismos estatales que puedan coadyuvar en los procesos judiciales con el fin de garantizar la protección y defensa de los derechos de dichas personas[26]. Esta obligación resulta particularmente relevante en el caso de los menores con discapacidad.

4. Los menores de edad y las personas con discapacidad deben disfrutar de un verdadero acceso a la justicia y ser beneficiarios de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses[27].

[21] *Ibídem,* párr. 147 y 138
[22] *Ibídem,* párr. 140
[23] *Ibídem*, párr. 141
[24] Corte IDH, *Caso Furlán y familiars vs. Argentina, Op. Cit*, párr. 196
[25] *Ibídem*, párr. 229
[26] *Ibídem*, párr. 241
[27] *Ibídem*, párr. 268

Además de estas reglas propias sobre la cuestión de la discapacidad, no podemos olvidar que la CorteIDH ha desarrollado una rica jurisprudencia en materia de igualdad y no discriminación[28] que, como veremos abajo, ha resultado ser muy útil a la hora de resolver los casos nacionales.

II. La relación de la CorteIDH con los jueces nacionales

Pese a los avances que los jueces nacionales habían logrado en la materia, al momento de decidir su primer caso sobre discapacidad la CorteIDH no citó la jurisprudencia nacional. Si bien no toda la jurisprudencia de la región había adoptado un modelo social, ni toda ella había avanzado al mismo ritmo respecto de la protección a las personas con discapacidad, la CorteIDH pudo haber usado como referente el trabajo de varios jueces constitucionales.

Jurisprudencia nacional que la CorteIDH ignoró

Así por ejemplo, Antes de 2006, la Corte Constitucional colombiana, había reiterado en varias ocasiones la regla según la cual las personas con discapacidad deben ser objetos de medidas de protección especial, entre ellas las medidas positivas.

Así ocurrió por ejemplo en el análisis de constitucionalidad de las reglas del código civil que limitaban la capacidad comunicativa de los sordomudos a la vía escrita[29]. En esa oportunidad la Corte dijo: "*El Estado tiene el deber de promover las condiciones para lograr que la igualdad sea real y efectiva y para ello debe adoptar medidas que favorezcan a grupos discriminados o marginados, y brindar una protección especial para aquellas personas que por su condición física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta"*. En igual sentido se pronunció el juez constitucional en la sentencia T-443/04[30] a través de la cual se ordenó la protección del derecho a la educación de un niño autista tras afirmar que "[…] Los menores discapacitados tienen derecho preferencial a exigir el cumplimiento y la efectividad del derecho a la educación pues 'aparte del tratamiento de favor que debe dispensarse al niño, en cualquier proceso social, en el presente la consideración de disminuido psíquico del menor supone un trato todavía más especial' […] Una forma de promover las condiciones para que sea efectivo el derecho a una igualdad de

[28] Corte IDH, Caso *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, Sentencia del 29 de abril de 2004, Serie C No 105; Corte IDH, Caso *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, Reparaciones; Corte IDH, Caso del *Penal Miguel Castro Castro v. Perú*, Sentencia del 25 de noviembre de 2006, Serie C No 160; Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana v. Suriname,* Sentencia del 15 de junio de 2005, Serie C No 124; Corte IDH, Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*, Sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C No 146; Corte IDH, Caso de las *Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, Sentencia del 8 de septiembre de 2005, Serie C No 130

[29] C-983/02. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Demanda de inconstitucionalidad de los artículos 62, 432 y 1504 (parciales) del Código Civil.

[30] M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Acción de tutela instaurada por la Sra. Martha Janet Pérez en representación de su hijo, en contra de la Secretaría de Educación- Alcaldía Mayor de Bogotá.

oportunidades en el acceso al sistema educativo de los menores discapacitados, es otorgarles un trato cualificado y privilegiado.

En la sentencia de tutela que presentó una persona con discapacidad contra la Alcaldía Mayor de Bogotá por no permitirle usar su vehículo para desplazarse durante los días que le correspondía la restricción vehicular conocida como pico y placa, la corte afirmó: "El principio de igualdad y el deber de especial protección, se contraen a ordenar que las autoridades públicas tengan en consideración las circunstancias concretas de cada persona de manera tal que, al momento de adoptar medidas que puedan ser más gravosas para un grupo específico en virtud de la incapacidad que sufren quienes lo integran, adopten, simultáneamente, los correctivos necesarios para colocarlos en situación de igualdad respecto del resto de los sujetos […]La Corte sostiene además, que el bienestar general no es un argumento suficiente para desconocer el deber de especial protección de las personas discapacitadas cuando quiera que una política pública tiene como consecuencia una restricción más gravosa para los derechos fundamentales de este grupo poblacional. En estos casos la administración no tiene alternativa distinta de adoptar los correctivos necesarios para evitar que a la marginación social, económica y cultural contra la que deben luchar diariamente las personas discapacitadas, se sume una carga mayor a la que deben soportar el resto de los habitantes de la ciudad, que restringe severamente su autonomía al impedirles por completo el derecho a la circulación en el horario restringido"[31].

También en cuanto al deber de adoptar legislación especial para proteger a las personas con discapacidad, otro de los muchos casos en la jurisprudencia colombiana en la que se toman medidas de carácter legislativo-laboral para disminuir la discriminación de las personas con discapacidad, es el de la sentencia C-531/00[32] en la que se declara la exequibilidad de una norma que pretende la protección de los trabajadores discapacitados al imponer la prohibición de despedirlos sin previa autorización del juez del trabajo y en caso de hacerlo la obligación de pagar una indemnización.

Es esta misma jurisprudencia colombiana, la que en la década del 2000 ya había puesto en marcha la transición hacia el modelo social de la comprensión y el trato de la discapacidad. Así en la sentencia C-381/05[33], en la que se declara la inconstitucionalidad del retiro forzoso del cargo por disminución de capacidades sicofísicas la corte afirma: *"no existe fundamento para discriminar a las personas discapacitadas en el campo laboral. Si una persona discapacitada puede laborar, se encuentra en igualdad de condiciones con el resto de la población para acceder a un trabajo, y de imposibilitársele el ejercicio de tal derecho, pese a que su discapacidad no le impida desarrollar el mismo trabajo que otro que no la posee, es discriminarla por razón de la discapacidad".*

Otras de las reglas que había sido desarrollada por los jueces nacionales con anterioridad a los pronunciamientos de la CorteIDH es aquella relativa a la integración de las normas sobre especial protección de la niñez con aquellas

[31] Sentencia T-823/99, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
[32] M.P. Álvaro Tarfur Gálvis. Demanda de inconstitucionalidad del artículo 26 de la Ley 361/97.
[33] M.P. Jaime Córdoba Triviño. Demanda de inconstitucionalidad de los artículos 55 (parcial), 58 y 59 (parcial) de la Ley 1791/00.

destinadas a la protección de las personas con discapacidad con miras a lograr una protección efectiva.

Ya desde 1994, la corte constitucional colombiana, abordo el asunto. Así la sentencia T-298/94[34] en la que se amparan los derechos a la educación y a la igualdad de un menor de edad que sufre síndrome de *down* que no es admitido en una institución especializada, alegando la disolución del colegio, el juez nacional afirma:

> Aparte del tratamiento de favor que debe dispensarse al niño, en cualquier proceso social, en el presente la consideración de disminuido psíquico del menor suponía un trato todavía más especial (CP arts. 13, 47 y 95-2). El niño que sufre retardo mental, a la situación de indefensión propia de su edad y condición agrega la derivada de su defecto psíquico y, por consiguiente, plantea a la sociedad la máxima exigencia de protección. La Constitución impone, consciente de esta circunstancia, deberes concretos a los padres, docentes, miembros de la comunidad y autoridades públicas, que se enderezan a la ayuda y protección especial al menor disminuido físico o mental, de modo que se asegure su bienestar, rehabilitación y se estimule su incorporación a la vida social.

Esta misma regla se repite en sentencias posteriores como la T-556/98[35], T-179/00[36] y T-443/04 entre otras.

En cuanto al vínculo entre la **pobreza, la discapacidad y la inclusión social y, la consecuente necesidad de otorgar una protección especial** a quienes por condiciones económicas no pueden hacerse cargo de los tratamientos médicos, la Corte Suprema de Justicia Argentina, en el caso Victoria Lidia Benítez y otro contra la Provincia de Buenos Aires y otros37, resolvió que debería otorgarse como medida cautelar una serie de medicamentos necesarios para evitar el agravio de la enfermedad causante de la discapacidad de la menor, toda vez que esta no contaba con los recursos suficientes para pagar por ellos. En esta misma sentencia la Corte Suprema desarrolla la regla relativa a la necesidad de adecuar los tratamientos médicos de manera tal que se reduzca el impacto de la enfermedad y se mejore la calidad de vida del discapacitado.

Un último ejemplo de una regla desarrollada con anterioridad por la jurisprudencia nacional es aquella relativa a la obligación del Estado de ofrecer a la familia toda la ayuda necesaria para que esta cuide de las personas en

---

[34] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Acción de tutela instaurada por el Sr. Ramón Delgado Cifuentes y otro en contra de la directora del Instituto de Educación Especial FASES por la vulneración a los derechos a la igualdad y a la educación de su hijo.

[35] M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Acciones de tutela instauradas por el Sr. Luis Carlos Betancur Avendaño y otras en contra del Instituto de Seguros Sociales – Seccional Antioquia por la violación a los derechos a la salud, a la integridad personal, a la seguridad social, al desarrollo armónico físico y psíquico y a la igualdad de las menores.

[36] M.P. Alejandro Martínez Caballero. Acción de tutela instaurada por varios niños a través del Personero municipal en contra del Instituto de Seguros Sociales- EPS y el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital por la vulneración de sus derechos a la salud.

[37] Sentencia del 24 de Abril del 2003. Benítez, Victoria Lidia y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Acción de Amparo.

situación de discapacidad. Así, en sentencia 1641-2005 del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia se falla a favor de los padres de una niña discapacitada que permanecía recluida en un hospital por la falta de pago del tratamiento. Esta situación impedía a los padres hacerse cargo de su menor, cuidar de ella y ofrecerle el afecto que requería.

El uso de la jurisprudencia interamericana por parte de los jueces nacionales

Pese a que la CorteIDH no se ha servido de la jurisprudencia nacional para sustanciar sus casos en esta materia, los jueces nacionales sí han utilizado la jurisprudencia interamericana para adelantar su trabajo en materia de discapacidad. Este uso de la jurisprudencia regional por parte de los jueces nacionales responde a dos esquinas diferentes de la argumentación interamericana. Por una parte, los jueces nacionales han usado la jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación para sustanciar sus casos sobre discapacidad. Por el otro, se han servido de las reglas propiamente dichas en materia de discapacidad para resolver sus asuntos.

El 16 de abril de 2014[38], el Tribunal Constitucional peruano decidió un amparo en el que unas personas invidentes pedían al juez que ordenase a un supermercado permitirle la entrada con sus perros guía. Para fallar el caso, el juez peruano se sirvió de la jurisprudencia interamericana sobre igualdad y no discriminación para fallar a favor de los demandantes.

El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, ha usado la jurisprudencia interamericana sobre igualdad y sobre debido proceso para afirmar el derecho a la protección reforzada de los trabajadores con capacidades diferentes cuando en un caso de destitución de un cargo público a través de un proceso administrativo[39].

El 27 de mayo de 2009[40], el juez argentino usó la jurisprudencia interamericana sobre igualdad y no discriminación para proteger el derecho a la accesibilidad de las personas con discapacidad y, al mismo tiempo se sirvió del Caso Ximenes Lopes para afirmar que dada las condiciones de vulnerabilidad de las personas con discapacidad, el Estado tiene un deber de protección especial respecto de estas.

[38] EXP. N.° 02437-2013-PA/TC. LIMA . JANE MARGARITA CÓSAR CAMACHO Y OTROS. Con fecha 7 de octubre de 2011, doña Margarita Cósar Camacho, don Marcos Antonio Segura Lozano y don Juan Pérez Salas interponen demanda de amparo contra Supermercados Peruanos S.A. Plaza Vea [en adelante, el Supermercado], solicitando que, en atención a su condición de invidentes, el demandado les permita ingresar en todas sus cadenas de tiendas a nivel nacional en compañía de un animal de asistencia - perro guía. Sostienen que la prohibición de ingreso a los supermercados en compañía de un animal de asistencia viola sus derechos al libre desarrollo y bienestar, a la libertad de tránsito, a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, a la igualdad y no discriminación, a la accesibilidad y movilidad personal conforme a los artículos 9º y 20º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa Nº 29127.

[39] SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0846/2012 Sucre, 20 de agosto 2012, en igual sentido SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 1248/2012 Sucre, 17 de septiembre de 2012

[40] *MACHINNANDIARENA HERNÁNDEZ, NICOLÁS V. TELEFÓNICA DE ARGENTINA,* Cámara Civil y Comercial, Mar del Plata,27/05/2009

En cuanto a las citas de los casos sobre discapacidad tenemos la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú de 11 de julio de 2008[41] en la que el juez nacional citando la jurisprudencia interamericana dice que es imprescindible tener en cuenta los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental a la hora de analizar la prestación del servicio de salud mental. Al respecto y citando Ximenes Lopes, el juez peruano afirma que el Estado debe regular y fiscalizar a las entidades prestadoras del servicio de salud y que, además, tiene un deber especial de cuidado de los pacientes internados en dichas instituciones. En sentencia de 9 de noviembre de 2007[42] el juez peruano, luego de analizar el tratamiento del derecho a la salud por el DIDH y de exponer las obligaciones interamericanas sobre discapacidad, se sirve de la jurisprudencia de la CorteIDH para establecer los mínimos requeridos en los tratamientos de salud mental.

La Corte Suprema Argentina se ha servido de las normas internacionales y de la jurisprudencia interamericana, especialmente del caso Ximenes Lopez, para enlistar los derechos de las personas con discapacidad mental y los mínimos de los tratamientos de salud mental[43]. Así por ejemplo, en el "Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de C.F.P. en la causa P., C. F. s/ insania" del 10 de agosto de 2010, la Corte afirma “el derecho al control jurisdiccional periódico sobre los motivos de la internación, el derecho a un registro preciso del proceso terapéutico y acceso a éste, el derecho a la reinserción comunitaria como un eje de la instancia terapéutica, el derecho al egreso”[44].

En sentencia de 4 de septiembre de 2007[45], a través de la cual la Corte Suprema decidía sobre la pensión de discapacidad de una mujer extranjera, el juez nacional se sirvió de la jurisprudencia interamericana sobre el derecho a la vida, sobre el derecho a la igualdad y sobre discapacidad, para fallar el caso.

De los ejemplos citados hasta podríamos decir que, pese a nivel interamericano no es explícita la influencia de la tendencia nacional en esta materia, es evidente que el andamiaje regional refleja la evolución que han experimentado los ordenamientos nacionales en cuanto a la comprensión y el tratamiento de la discapacidad. Podría decirse que, en la actualidad, existe una

[41] EXP. N.° 02480-2008-PA/TC, LIMA, RAMÓN MEDINA VILLAFUERTE. Con fecha 19 de enero de 2007, doña Matilde Villafuerte Vda. de Medina, en su condición de curadora, interpone demanda de amparo a favor de su hijo don Ramón Medina Villafuerte (quien sufre de esquizofrenia paranoide con disfunción familiar) contra el Seguro Social de Salud (EsSalud), solicitando que se deje sin efecto el Informe Médico Psiquiátrico de Alta, de fecha 25 de octubre de 2006, emitido por el médico-psiquiatra Jorge De la Vega Rázuri, que recomienda la alta del favorecido del Centro de Rehabilitación Integral para Pacientes Crónicos del Hospital 1–Huarica-Pasco; y que, en consecuencia, se ordene la atención médica del favorecido y su hospitalización permanente e indefinida, por considerar que el informe cuestionado vulnera su derecho a la salud.

[42] EXPEDIENTE N.º 3081-2007-PA/TC. LIMA. R.J.S.A. Vda. de R. Con fecha 21 de diciembre de 2005 la recurrente interpone demanda de amparo contra EsSalud, solicitando que se deje sin efecto la orden de alta de su hija G. R. S. (46 años), la misma que padece de esquizofrenia paranoide.

[43] "Competencia N/ 1524.XLI. "Cano, Miguel Ángel s/ insania" del 27 de diciembre de 2005, "Tufano, R.A. s/ internación" (Fallos: 328:4832), "R., M .J. s/insania" (Fallos: 331:211), "Competencia Nº 107.XLIV. "P. O. M. T. s/ insania y curatela", del 26 de agosto de 2008, Competencia N° 1195. XLII. R., M. J. s/ insânia; Competencia N602. XLII. Hermosa, Luis Alberto s/ insania – processo especial.

[44] "Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de C.F.P. en la causa P., C. F. s/ insania" sobre la competencia para decidir los términos del internamiento de persona con retraso mental moderado. En sentido similar ver RECURSO DE HECHO, S. de B., M. del C. c/ Ministerio de Justicia - Poder Judicial - Estado Nacional.

[45] R. 350. XLI. RECURSO DE HECHO R. A., D. c/ Estado Nacional.

tendencia hacia la armonización del marco de protección, el cual se construye a la luz del modelo social.

Por su parte, los ordenamientos nacionales han experimentado una serie de cambios que dan cuenta de la tendencia mancomunada que se lee en la jurisprudencia interamericana respecto del cambio del modelo a seguir, así como de los derechos y obligaciones en la materia. El régimen constitucional y legal Boliviano[46], la Ley Chilena sobre esta materia[47], o la normatividad mexicana[48], uruguaya[49] y venezolana[50] son ejemplos de esto.

III. El diálogo y los retos de la jurisprudencia interamericana

Los casos interamericanos sobre discapacidad son una muy buena muestra de lo que hemos sostenido en otras oportunidades respecto del diálogo judicial. Esto es: aun cuando los jueces nacionales están dispuestos a servirse de la jurisprudencia interamericana y con ello, han impulsado verdaderos avances, el juez regional no muestra el mismo entusiasmo a la hora de echar mano del trabajo de sus homólogos nacionales a la hora de sustanciar sus casos o por lo menos su entusiasmo no es explícito.

En efecto, si bien no creemos que el juez regional haya ignorado el trabajo de sus homólogos, prueba de ello es que los casos interamericanos dan cuenta de la tendencia ya marcada por los jueces nacionales, sí que es verdad que dicha influencia no es explícita. En este sentido, valdría la pena que, como respecto de otros temas, cuando se aborde el asunto de la discapacidad, el juez regional haga mención expresa a los estándares comunes regionales que, desde lo nacional, alimentan los mínimos de protección interamericanos.

El diálogo explícito, desde nuestro punto de vista, legitima el trabajo regional facilitando así tanto el cumplimiento de las órdenes interamericanas como la recepción general de la jurisprudencia interamericana a nivel nacional. Además, este ejercicio valioso empodera a los jueces nacionales y facilita la construcción y perfeccionamiento del mínimo común de protección, o *ius commune* interamericano. Todo esto tiene efectos significativos a la hora de asegurar el andamiaje de protección multinivel ofrecido a los individuos y, al final de cuentas, esto es lo que buscamos.

---

[46] El caso boliviano es diferente en relación a los demás países latinoamericanos, debido a la expedición reciente de una nueva constitución. Por esta razón, la influencia de un modelo social de discapacidad o de las reglas en esta materia de la Corte IDH se ven reflejadas de dos maneras, en la Constitución del Estado Plurinacional del 2009 y la Ley General para Personas con Discapacidad (de 28 de febrero del 2012). La Constitución Boliviana presenta no solo un distintivo temporal particular sino que también tiene un elemento diferencial a las demás del continente. Esta particularidad es la de incluir disposiciones específicas para proteger a las personas con discapacidad. El texto contiene tres artículos para la protección de este grupo poblacional como se verá a continuación: el 70, 71 y 72.

[47] La ley que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad está construida a partir de los principios de vida independiente, accesibilidad universal, diseño universal, intersectorialidad, participación y el diálogo social. Como se puede ver, los mismos principios que erigen la ley, coinciden con las características o fundamentos de un modelo social de discapacidad. Ley No. 20.422, 10 de febrero de 2010

[48] Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad

[49] Ley No. 18.651 Protección Integral de Personas con Discapacidad, 9 de Marzo de 2010

[50] Ley para personas con discapacidad, 5 de Enero del 2007