

LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO VÍCTIMAS DENTRO DEL
PROCESO PENAL EN COLOMBIA

JULIETH VALENTINA BATIOJA DÍAZ
MICHEL ALEJANDRA FRANCO CONTRERAS



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA CALI
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
CARRERA DE DERECHO

2022

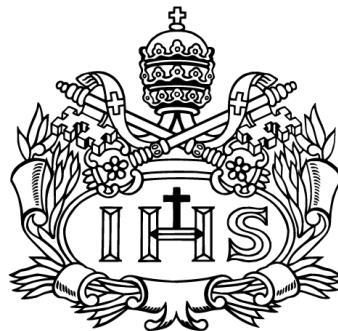
LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO VÍCTIMAS DENTRO DEL
PROCESO PENAL EN COLOMBIA

TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARA OPTAR AL
TÍTULO DE ABOGADO

JULIETH VALENTINA BATIOJA DÍAZ
MICHEL ALEJANDRA FRANCO CONTRERAS

Director
DR. CARLOS HERNÁN ESCOBAR

Evaluada
DRA. CAROLINA BECERRA



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA CALI
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
CARRERA DE DERECHO

2022

ARTÍCULO 23 de la Resolución No. 13 de 1946 de la Pontificia Universidad Javeriana:

“La universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Sólo velará porque no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque la tesis no contenga ataques personales contra persona alguna, antes bien, se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

DEDICATORIA

Al Universo, a mi Papito Marcelo que me guía desde cielo, a mi hermana y a mi familia que sin su apoyo no hubiera podido culminar esta etapa de mi vida. Por último, pero no menos importante a mi mascota Polar, por ser ese compañero constante y fiel en mis desveladas.

Julieth Valentina Batioja Díaz.

A Dios y a mi familia por ser el pilar más importante de mi vida. A mis padres por su apoyo incondicional en este proceso de desarrollo personal y profesional. Por último, a quienes me acompañaron por esta travesía con amor y cuidado.

Michel Alejandra Franco Contreras.

AGRADECIMIENTOS

Al doctor Santiago Dussan Laverde y al doctor Carlos Hernán Escobar,

Por el acompañamiento y el aporte de sus conocimientos a la construcción de este trabajo, y por su dedicación y compromiso invaluable.

Muchísimas gracias.

RESUMEN

En el presente trabajo se estudia la figura del acceso a la justicia para las víctimas en materia penal bajo el nuevo modelo social de discapacidad establecido por la ley 1996 de 2019 conforme a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (New York, 2006) y su ausencia de desarrollo normativo en el sistema colombiano. Para efectos de esto, se recurre a la identificación y revisión de tres legislaciones extranjeras, las cuales en mejor forma han desarrollado protocolos y normativas internas para el cumplimiento de la convención y sus estándares. Cuestiones estas que permitirán observar las falencias en la regulación interna y revisar qué medidas se deben adelantar por parte del Estado.

El desarrollo de este trabajo se plantea desde la conceptualización del modelo social de discapacidad y sus falencias en Colombia a partir de ahí se identificarán los modelos sociales extranjeros escogidos y su desarrollo conforme la convención. Finalmente analizará cuáles serán los mejores mecanismos internos adoptados por estos países respecto al acceso a la justicia de las personas con discapacidad, en específico, en la calidad de víctima dentro del proceso penal en los cuales Colombia podría basarse para contrarrestar el poco desarrollo jurídico respecto al nuevo paradigma de capacidad de las personas con discapacidad adoptado con la ley 1996 de 2019.

Palabras claves: Acceso a la justicia, dignidad, protocolos, modelo social, discapacidad, sistema procesal penal.

ABSTRACT

This paper studies the figure of access to justice for victims in criminal matters under the new social model of disability established by Law 1996 of 2019 in accordance with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (New York, 2006) and its lack of normative development in the Colombian system. For this purpose, the identification and review of three foreign legislations, which in a better way have developed protocols and internal regulations for the compliance with the convention and its standards, is resorted to. These issues will make it possible to observe the shortcomings in domestic regulation and review what measures should be taken by the State.

The development of this work is based on the conceptualization of the social model of disability and its shortcomings in Colombia. From there, the chosen foreign social models and their development according to the convention will be identified. Finally, it will analyze which will be the best internal mechanisms adopted by these countries regarding access to justice for persons with disabilities, specifically, in the quality of victim within the criminal process on which Colombia could be based to counteract the little legal development regarding the new paradigm of capacity of persons with disabilities adopted with the law 1996 of 2019.

Key words: Access to justice, dignity, protocols, social model, disability, criminal procedure system.

ÍNDICE

<u>INTRODUCCIÓN</u>	<u>1</u>
<u>OBJETIVO GENERAL</u>	<u>2</u>
<u>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</u>	<u>2</u>
<u>ESTADO DEL ARTE</u>	<u>3</u>
<u>MARCO TEÓRICO</u>	<u>8</u>
<u>METODOLOGÍA</u>	<u>14</u>
<u>CAPÍTULO I</u>	<u>16</u>
<u>EL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD: CONCEPTO Y ACTUALIDAD</u>	<u>16</u>
1. MODELOS PREDOMINANTES EN EL TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD	17
<i>1.1. MODELO DE PRESCINDENCIA</i>	17
<i>1.2. MODELO MÉDICO REHABILITADOR</i>	17
<i>1.3. MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD</i>	19
3. LA CONVENCIÓN SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU RATIFICACIÓN EN ALGUNOS PAÍSES DE IBEROAMÉRICA.	21
<u>CAPÍTULO II</u>	<u>23</u>
<u>EL MODELO SOCIAL DE TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD ALREDEDOR DE IBEROAMÉRICA</u>	<u>23</u>
1. MODELOS SOCIALES A LO LARGO DE LAS JURISDICCIONES	26
<i>1.1. MODELO SOCIAL ESPAÑOL</i>	27
<i>1.2. MODELO SOCIAL ARGENTINO</i>	30
<i>1.3. MODELO SOCIAL MEXICANO</i>	32
<u>CAPÍTULO III</u>	<u>37</u>
<u>TRATAMIENTO DOCTRINAL DEL MODELO SOCIAL</u>	<u>37</u>
1. DOCTRINA ACERCA DEL MODELO ESPAÑOL	38
2. DOCTRINA ACERCA DEL MODELO ARGENTINO	40
3. DOCTRINA ACERCA DEL MODELO DE MÉXICO	42

CONCLUSIONES **51**

REFERENCIAS **53**

INTRODUCCIÓN

La expedición de la ley 1996 de 2019 en Colombia representa un cambio de paradigma respecto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Se pasa de un modelo médico-rehabilitador, que entiende a las personas con capacidades diferentes como enfermas y dependientes de un cuidador, a un modelo social. El cual las ve como personas autónomas y que tienen la capacidad de desenvolverse por sí mismas en todos los campos de la vida, con las mismas posibilidades y condiciones que los demás. Por lo tanto, el cambio de legislación con la ratificación de la Convención de New York de 2006 y la reglamentación en la ley 1996 representa un desafío en todos los aspectos del derecho y en la adopción de medidas y normativas por parte del Estado para garantizar los derechos de las personas con discapacidad.

El campo de interés de este estudio es el sistema penal colombiano, se busca comprender cómo el cambio legislativo respecto de la capacidad jurídica entra a modificar el acceso a la justicia de este grupo poblacional, en específico, de las que tienen la calidad de víctimas dentro del proceso penal. Además, se entrará a revisar ciertas carencias del sistema colombiano a la hora de cumplir los estándares señalados en la convención y a su vez qué medidas, normativas y ajustes razonables se deben hacer en el sistema penal para garantizar los derechos de las personas con discapacidad y su efectivo acceso a la justicia.

Con miras a responder este interrogante y comprender la magnitud del impacto de la ley 1996 de 2019 en el sistema penal se recurrirá al derecho comparado. Esto, debido al poco desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinal que tiene Colombia respecto al nuevo modelo de capacidad jurídica adoptado. En este sentido, se entrará a revisar la legislación: española, argentina y mexicana. Dichas legislaciones adoptaron modelos de discapacidad similares al colombiano posterior a la ley 1996 y cuentan con desarrollo de protocolos y normativas que garantizan el ejercicio de los derechos de las personas con minusvalías, en especial, del acceso a la justicia en igualdad de condiciones. Y de este modo revisar qué acciones, normativas, medidas y ajustes racionales puede adoptar Colombia como referente para garantizar el desarrollo y la aplicación eficaz del Convenio de New York y, por ende, proteger los derechos de las personas con facultades diferentes y garantizar su desarrollo pleno como sujeto parte de

la sociedad, permitiendo que se desenvuelvan en todos los campos de la vida y bajo las mismas condiciones de igualdad que las demás personas.

OBJETIVO GENERAL

El objetivo principal a desarrollarse en la presente investigación, se encamina a identificar los protocolos que desarrollan las legislaciones de España, México y Argentina, las cuales adoptaron en sus normativas internas la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, y cómo en su desarrollo interno implementaron protocolos adecuados, para que a las personas en calidad de víctima y discapacitadas se les garantice un debido acceso a la administración de justicia en materia penal. De esta forma se busca identificar cuál de los diversos protocolos o mecanismos de las anteriores legislaciones se podrían implementar y/o adicionar en la legislación de Colombia.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Los objetivos que nos permitirán desarrollar el objetivo general identificado previamente son los siguientes:

- Enunciar el modelo predominante en la actualidad colombiana.
- Evidenciar que en materia procesal penal existe una ausencia de protocolos que desarrollen el nuevo modelo ratificado con la convención de New York.
- Revisar cada una de las legislaciones propuestas y sus respectivos protocolos adoptados para las víctimas con discapacidad dentro del proceso penal.
- Conforme a esto, relacionar cuáles medidas dentro de los protocolos, pueden servir en la legislación colombiana como complemento.

ESTADO DEL ARTE

Muy pocos autores, escritores o profesores, se han dado a la tarea de hablar sobre el tema abordado por la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, la cual es ratificada por la legislación colombiana mediante la Ley 1996 de 2019. Sin embargo, filósofos como Platón se han animado a hablar en sus escritos sobre el tema de la discapacidad de forma muy controversial y diferente para la sociedad actual. En la civilización clásica Greco Romana, se desarrollaba un principio de discriminación en el cual se encasillaba en estándares físicos de belleza y de perfección que habían sido establecidos para esa sociedad. Eruditos como Platón, manifiesta en su libro la *Republica* concepciones como “Dejen morir a aquellos cuya deficiencia radique en sus cuerpos” o “Rechazará, también con motivos, y odiará lo feo ya desde niño, antes aun de ser capaz de razonar”¹.

En cambio, autores como la Doctora Francis Araque y la investigadora Olga Suarez, se han centrado más en la figura de la incapacidad basándose en la convención anteriormente mencionada y en la ley colombiana que trata sobre la discapacidad. Afirman que se ha evidenciado el cambio frente a la concepción de discapacidad, la cual ha pasado de ser una visión atípica para asumirse más como una visión humanista, la cual se ha desarrollado por medio del Estado y de sus diferentes entidades estatales y organismos nacionales (respectivos de cada estado) e internacionales. A su vez, muchas organizaciones se han encargado de minimizar las barreras ideológicas sociales, históricas y hasta legales sobre estas personas con discapacidades.

Afirman igualmente, que con la evolución de este concepto se ha formado una ruptura sobre el ideario tradicional construido a lo largo del tiempo con la definición de discapacidad, es decir, la discapacidad entendida como una limitación o una barrera a consecuencia de un castigo divino pasa a concebirse como una condición humana regular.

Se identifica la discapacidad como una combinación de diferentes factores, entre los que están: los cambios fisiológicos y genéticos y la gran influencia del entorno social, evidenciando la necesidad de una intervención por parte del estado para esta población.

¹ Platón. (2004) *La República* (Tomo 1). Editorial Unión

Afirman que no solo para ofrecer más oportunidades de recuperación y rehabilitación, sino que también para dar oportunidades de inclusión en toda la sociedad, situación que ya se ha venido presentando y ahora más con la convención desde un campo jurídico. Lo cual requiere la participación de la sociedad para que sea efectivo realmente, siendo así una inclusión inicialmente por parte de los entes gubernamentales.²

En la misma línea, los autores Shah y Marks señalan que las políticas públicas, protocolos, convenciones y de más deberían estar estructuradas en pro de garantizar la calidad de vida de la población, ya que la calidad de vida de cada individuo se traduce en el desarrollo de cada persona, sintiéndose útil y así contribuyendo al desarrollo de su comunidad.³ De la misma forma, en gobiernos democráticos como Colombia se deben promover la calidad de vida a partir de protocolos.

A su vez, la Doctora Agustina Palacios sugiere que “que la discapacidad es un evento fortuito terrible que sucede a algunos individuos. En consecuencia, las políticas deben tender a normalizar a las personas en la medida de lo posible, y de ese modo ayudar a que las mismas sean integradas en la sociedad”⁴, así garantizando su desarrollo en sociedad.

La calidad de vida debe ser promovida a partir de protocolos y políticas públicas como lo son la nueva ley de capacidad, en este sentido, la Doctora Sandra Huenchuan determina que la calidad de vida de las personas debe ser vista desde la perspectiva de los derechos humanos. lo que se traduce en tener presente que todas las personas se deben considerar como sujetos de derecho y no como personas que merecen beneficencia, sino una parte activa e integrante de la sociedad, es decir, sujetos de derecho con ejercicio pleno de este⁵.

Consecuentemente, el Doctor Álvaro Benavides confirma que la convención fue “elaborada para devolver la personalidad plena a las personas en situación de discapacidad debe necesariamente cuestionar los estereotipos porque si cae en esta no solo reforzaría lo

² Araque, F. y Suárez, O. (2017). Reflexiones teóricas y legales del adulto mayor y la discapacidad en Colombia JURÍDICAS CUC, vol. 13, no. 1, pp. 99-120.

³ Marks, N., & Shah, H. (2004) *A well-being manifesto for a flourishing society*. Nef. Londres.

⁴ Palacios, A. (2008) *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Grupo editorial CINCA.

⁵ Navarro, S. H. (1999). De objetos de protección a sujetos de derechos: Trayectoria y lecciones de las políticas de vejez en Europa y Estados Unidos. *Revista Perspectivas: Notas sobre intervención y acción social*, (8), 51-69.

erróneo”⁶ cuestión que afirma la preponderancia del reconocimiento de una libertad de ejercicio y no discriminación en la cual se basa la convención y el doctor Benavides se encuentra en igual concordancia.

De acuerdo con el doctor Benavides se encuentra Stein⁷, el cual indica en forma similar que el modelo de los derechos humanos no se orienta en forma de establecer un estandarizado de capacidades básicas, sino de que se dé una obligación de recursos para que las personas puedan desarrollarse, desde su propio potencial y talentos, a pesar de que sean diferentes. Estas personas deberán ser reconocidas al igual que su autonomía, dejando así el entendido de modelo proteccionista por un modelo social de poco carácter proteccionista.

Cuestión en la cual difiere Nussbaum, que afirma lo siguiente: “para obtener un beneficio mutuo los participantes deberán juntarse con personas de cuya cooperación esperar obtener algo, no con personas con necesidades inusuales y costosas, que no puedan contribuir demasiado al producto social y que, por tanto, reducen el nivel de bienestar del conjunto de la sociedad”⁸ cuestión que se traduce como un argumento para justificar la exclusión social de las personas con discapacidad, un argumento que se ha utilizado a lo largo del tiempo.

Simo Vehmas, no se encuentra de acuerdo con esta posición y expresa que:

*La idea principal del creacionista social de la discapacidad es que las personas con deficiencias son un grupo social oprimido. Este estado de acontecimientos se produce por la opresión social, no por las deficiencias. La discapacidad es vista como el producto material de las relaciones socioeconómicas desarrolladas dentro de un contexto histórico específico. En esta aproximación la atención principal está dirigida a las barreras y relaciones materiales de poder.*⁹

⁶ López, Á. B. (2015). *Capacidad jurídica: una reflexión necesaria a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. *Anuario de Derechos Humanos*, 39-56.

⁷ Stein, Michael (2007). *Disability Human Rights*, *California Law Review*, 1, 75-121.

⁸ Nussbaum, Martha (2007). *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, trad. de Ramón Vila Vernis y Albino Santos Mosquera, *Fronesis*, 16.

⁹ Vehmas, S (2004). *Análisis ético del concepto de discapacidad*, *revista española sobre discapacidad intelectual*, 35(4), 50-68

Cuestión contraria a la idea anterior, Vehmas afirma que:

Cada persona (moral o amoral) es un constructo, indiferentemente de la posible existencia metafísica del significado paralelo independiente al mundo humano. Una aproximación social implica que la discapacidad es primero y principalmente un constructo o creación social, lo que significa que puede ser abolido por la reconstrucción o deconstrucción de los valores y prácticas que sustentan la discapacidad.

Con todo esto, Vehmas expresa que la discapacidad más que ser un entendido de limitaciones físicas o intelectuales es un constructo social y se contrarresta con la concientización y reconstrucción social de valores, lo cual da importancia al respaldo gubernamental.

Tal como lo señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018)¹⁰ las reformas realizadas por los Estados a sus legislaciones en favor de los derechos de las personas con discapacidad representan el cambio de paradigma para un grupo poblacional históricamente discriminado y dejado a la deriva de la intervención del estado. Representan el inicio para eliminar los obstáculos jurídicos en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, lo cual requiere la eliminación paulatina de las barreras sociales en búsqueda de la plena igualdad de derechos.

Finalmente, esta investigación va encaminada inicialmente con las tesis de Shah y Marks donde determinan la necesidad de protocolos que establezcan la posibilidad de un desarrollo adecuado en la sociedad para las personas con discapacidad y en calidad de víctimas en materia penal. Protocolos y mecanismos, los cuales en poco o nada se han desarrollado de forma posterior a la ratificación de la convención, a pesar de que la ley estatutaria 1618 de 2003, previera estas condiciones que se establecían en tal convención, así como se manifiesta en su artículo 21 *“El Ministerio de Justicia y del Derecho, y la rama judicial, deberá*

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *CIDH saluda las medidas adoptadas para el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Perú.*

implementar programas de formación y gestión para la atención de casos de violación a los derechos de las personas con discapacidad (...)”.

Así, las pocas políticas públicas que se pueden evidenciar, las cuales ayudan al acceso a la justicia en materia penal a esta población, han sido políticas públicas anteriores a la ratificación de la convención previamente citada, por lo cual si conllevan mecanismos de ayuda a esta población especial, pero no desde el modelo social de la discapacidad, sino desde un modelo médico - rehabilitador.

Consecuentemente, las políticas públicas son: Ley 982 de 2005, la cual hace referencia a necesidades y derechos de la población sorda y sordociega; Ley 1145 de 2007, la cual regula el Sistema Nacional de Discapacidad y el Consejo Nacional como instancia consultora y asesora. Políticas públicas, las cuales finalmente, no permiten en su totalidad un acceso y una oportunidad de defensa efectiva y eficiente a las víctimas con discapacidades y mucho menos encaminadas de forma específica en materia penal.

MARCO TEÓRICO

Dentro de esta investigación en reiteradas ocasiones se hace referencia sobre el concepto de Discapacidad, el cual es un tema muy relativo¹¹ en el sentido de ser una experiencia única para cada persona que la padece. La discapacidad entendida así contiene diversos factores personales, diferencias en experiencia, en antecedentes, en repercusiones psicológicas, en lo referente a emociones y permea hasta el campo social y cultural en el cual el individuo vive. Todo esto conlleva una imposibilidad de dar una definición transcultural para lo que deseamos referirnos cuando hablamos de discapacidad, ya que las experiencias sobre discapacidad son individuales y únicas, las percepciones son individuales y también singulares porque todo depende de las interpretaciones culturales que se les asigne, al igual dependen de valores, contexto, lugar, tiempo socio histórico, también de la perspectiva del estatus social, sin embargo, para nuestra investigación tendremos en cuenta este concepto como lo tiene identificado la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) entendiendo la discapacidad desde un *rango de aplicación universal de los seres humanos*, según la ONU (2001):

El principio del universalismo implica que los seres humanos tienen de hecho o en potencia alguna limitación en su funcionamiento corporal, personal o social asociado a una condición de salud. De hecho, hay un continuo de niveles y grados de funcionalidad. La discapacidad, en todas sus dimensiones, es siempre relativa a las expectativas colocadas sobre el funcionamiento de las personas (que se espera o no que hagan)¹².

En consecuencia, se entenderá que la discapacidad es una forma relativa sobre las expectativas, físicas, intelectuales o culturales que se tienen de una persona y no como una limitación meramente de su intelecto o salud. Ahora bien, al hablar de discapacidad se presenta su definición opuesta, la cual hace referencia a la Capacidad, al igual que en la concepción anterior, al tratar de hablar sobre la capacidad es un tema muy complejo, ya que se desarrolla igualmente desde varios ámbitos y puntos de vista, sociales, culturales e interpersonales e

¹¹ Adj. Discutible, susceptible de ser puesto en cuestión. *Su opinión es muy relativa.*

¹² Organización Mundial de la Salud (OMS, 2015)

inclusive desde el punto de vista legal es entendido en diferentes legislaciones de formas diferentes, ya bien sea por su influencia en lo socio histórico o culturales específicas de esa legislación, lo cual dificulta que haya una concepción internacional para el tema de la capacidad.

En relación con lo anterior, para una comprensión específica sobre esta investigación la capacidad no solamente es un desarrollo intelectual o físico de la persona, ni como se concibe tradicionalmente, la posibilidad de desarrollar diversas tareas de forma sublime. Por lo tanto, se entiende la capacidad como una aptitud individual, una cualidad, conjunto de condiciones o virtud que son en su mayoría intelectuales las cuales permiten el desarrollo de un trabajo, el cumplimiento de una función o cargo específico, haciendo alusión a un talento natural de las personas o individuos y no de las capacidades aprendidas o impuestas por la sociedad a lo largo de la vida del individuo. Adam Smith afirma que en el desarrollo de las sociedades se ha visto y se ha considerado al hombre desde el punto de vista de su utilidad y no desde su naturaleza humana, con sus capacidades congénitas. En este sentido señala que:

*Parece imposible que la aprobación de la virtud sea un sentimiento de la misma especie que la aprobación de un edificio cómodo o bien construido, o que no tengamos otra razón para elogiar a un hombre distinta de la que usamos para alabar un armario.*¹³

Tomando a la capacidad como una cuestión natural, la cual todos poseemos y sin hacer distinciones de un individuo a otro, entendemos que cada persona en sus diferencias intrínsecas somos iguales socialmente, por lo cual hacemos referencia en este entramado a la igualdad, concepto que posee diferentes discordancias significativas al momento de tratar de definirlo. Históricamente se ha hablado de una igualdad que de forma expresa no se limitará a la igualdad de patrimonio¹⁴, donde se respetará las mercancías o posesiones individuales demostrando intereses capitalistas y diferencias de clases; consecuentemente llevando a la exigencia

¹³ Smith, A. (1976) *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Campbell, R. y Skinner, S., editores, 1(2)

¹⁴ Este entender de igualdad se evidenciaba en medio de la revolución francesa conjunto con el término de libertad entendiéndose, así como correlacionados, siendo la libertad compatible con el derecho a la propiedad privada, siendo un derecho un derecho del hombre en la revolución francesa, en contraposición a las personas que no tenían bienes algunos y que por ello su opción era venderse, limitando la libertad, así como lo manifiesta Bloch Ernst

burguesa de igualdad, refiriéndose a la eliminación de los privilegios de las clases con la exigencia de igualdad proletaria, la exigencia de la eliminación de las clases.¹⁵

Ahora bien, el concepto de igualdad tiene dos cognaciones, una como un principio y otra como un derecho fundamental. Como principio hace alusión a que en todos los aspectos relevantes de la vida de los seres humanos deben ser considerados y tratados de igual forma, entendiéndose, de una manera uniforme o equivalente e idéntica, a menos de que existan razones suficientes y justificadas para no hacerlo. Sin embargo, estas razones no deben exceder los límites de la dignidad humana; pues el principio de igualdad se basa en la no discriminación y en la protección.¹⁶

Así mismo, cuando se habla del concepto de igualdad como un derecho en general, siendo el derecho más importante junto al de la libertad, se establece que es de igual importancia en todas las sociedades e indispensable para poder fundar estados sociales y democráticos de derecho. Además determina el cómo los estados se deben fundamentar en el reconocimiento de la igual dignidad de todos los seres humanos por el hecho mismo de serlo, se entiende así que la dignidad es innata e imperturbable, aludiendo firmemente que es parte de los derechos fundamentales del hombre, ya que el mismo poder gubernamental de cada nación los pone en desarrollo y procura garantizar su observación.

Al unísono de que la dignidad sea un derecho fundamental, es parte de los derechos humanos y estos son definidos específicamente por la DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (DUDH), definición que tiene más peso, ya que de ella se deriva el motivo de nuestra investigación, ahora bien la definición más certera es la que se da en el preámbulo, la cual da a entender que los derechos humanos se tienen per se, sin importar distinción alguna y de los cuales los estados que han acogido la declaración se han comprometido en promover y asegurar el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales del hombre. Para tener una definición más amplia nos podemos referir a la que ha emitido Según la ONU.¹⁷

¹⁵ Bloch, E. (1980) *Derecho natural y dignidad humana*, Aguilar ediciones, 1. <http://espai-marx.net/elsarbres/wp-content/uploads/2020/06/Bloch-Ernst-Derecho-Natural-Y-Dignidad-Humana.pdf>

¹⁶ Tr. Amparar, favorecer, defender a alguien o algo

¹⁷ Organización de las Naciones Unidas (ONU, 1942)

*Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición. Entre los derechos humanos se incluyen el derecho a la vida y a la libertad; a no estar sometido ni a esclavitud ni a torturas; a la libertad de opinión y de expresión; a la educación y al trabajo, entre otros muchos. Estos derechos corresponden a todas las personas, sin discriminación alguna.*¹⁸

Como ya se ha abordado, los derechos humanos han sido adoptados por diversas legislaciones las cuales han acogido la DUDH, asegurando su respeto y desarrollo para así, proteger a los individuos los cuales hacen parte de su soberanía; en razón de ello nos es competente abordar el tema de la protección, para hacernos una carente idea de que entendemos por protección, se hace referencia al Diccionario de la Real Academia Española (RAE), la cual aporta dos definiciones, la primera como el entendido de resguardar a una persona, animal o cosa de un perjuicio o peligro, poniéndole algo encima o rodeándolo; la segunda definición que nos ofrece, y la que más se acomoda a nuestro considerar, son los verbos amparar, favorecer, defender a alguien o algo.

En la misma línea la definición más competente, sería el desarrollo de una acción de amparo por parte de un Estado Democrático (diferente de un estado oligárquico/ autoritario) el que se encuentre obligado a generar ciertas políticas equitativas que regulen y ejerzan un control sobre las personas, generando de igual forma políticas de protección y desarrollo hacia las poblaciones más vulnerables con políticas de promoción y sensibilización de diferencias, al igual deberá generar un marco normativo de respeto a los derechos humanos individuales y sociales.

En Colombia la implementación de políticas de protección en lo que respecta a la población con discapacidad se establece desde la Constitución Política 1991¹⁹, en la cual se señala primero en su artículo 13 que el Estado es el encargado de proteger especialmente a las personas que por su condición mental o física se encuentran en condición de debilidad manifiesta, segundo, en su artículo 47 enmarca como obligación del Estado implementar

¹⁸ Organización de las Naciones Unidas (ONU, 1942)

¹⁹ Constitución Política de Colombia (Const.). Art. 13, 47 y 54. 7 de julio de 1991.

políticas de previsión, rehabilitación e integración social para las personas en situación de discapacidad; tercero, en su artículo 54 establece también que el Estado debe garantizar a las personas con discapacidad el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones. Por último, en el artículo 68 determina como obligación especial del Estado garantizar la educación de las personas con discapacidad.

Se puede señalar que una de las políticas orientadas a la protección de derechos humanos es la Ley 1998 de 2019, la cual busca reestructurar el régimen de capacidad aplicable a las personas con discapacidad señalando como presunción que todas las personas gozan de capacidad jurídica. Es decir, se fundamenta en que todas las personas mayores de edad independientemente de su capacidad física y mental pueden expresar su voluntad y preferencias, modificando por completo el paradigma anterior que mediante la ficción jurídica de la interdicción restringía el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con capacidades diversas.

La ley 1996 de 2019 encuentra su soporte jurídico en el bloque de constitucionalidad, con especial énfasis en los principios consagrados en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adoptada en el año 2006 y aprobada por Colombia mediante la ley 1346 de 2009, los cuales hacen referencia a: El respeto a la dignidad humana, el derecho de autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad de acuerdo a sus convicciones propias, el trato igualitario (el cual bajo ningún motivo permite la discriminación, incluyendo las discapacidades) y la igualdad de oportunidades para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de todas las personas que cuenten con discapacidad de orden física o mental.

Por otro lado, se puede inferir que la protección ofrecida por el Estado va encaminada a velar por el derecho de defensa, por el cual en estados democráticos se debe optar por su cabal cumplimiento y desarrollo.

Ahora bien, entendiendo el derecho de defensa como uno de los derechos fundamentales estipulados en la DUDH y reconocido en todas las legislaciones, es menester hablar de una doble vertiente para la existencia de tal derecho; la primera es un reconocimiento de un sujeto activo encuadrado en un escenario jurídico, demandante, acusador o denunciante, al cual por medio de un ordenamiento jurídico se le otorgan los momentos adecuados para

poder sostener sus pretensiones ante los tribunales cuando considere que sus derechos han sido vulnerados o desconocidos. Por otra parte, un sujeto pasivo, al cual en virtud del contexto se denomina demandado, el cual deberá poder reaccionar frente el denunciante o demandante sobre la acusación recibida, presentar y contrariar pretensiones, así no impidiendo utilizar los mecanismos jurídicos dados para poder resistir a la posición de la contraparte y contrarrestar las posiciones que este ha planteado.

Para efectos de esta investigación el punto central se centra en los derechos de defensa e intereses de la víctima al momento de acceder a la justicia, en el entendido de que estos comienzan desde una etapa pre procesal y continúan en todo momento del proceso. Por tanto, el derecho de defensa desde punto de vista catedrático, según Moreno es:

El derecho fundamental de defensa, así entendido, incorpora un doble mandato: un mandato al legislador, que debe remover todos los obstáculos que pudieran impedir o disminuir la eficacia de la actuación procesal de las partes para lograr los legítimos fines que cada una de ellas sostenga, resultando entonces inconstitucionales las trabas que la ley pudiera llegar a establecer a estos efectos, siempre que no respondan a las exigencias del propio desarrollo del proceso o del respeto a otros derechos fundamentales. Pero también incorpora un mandato a los intérpretes de la ley, a los jueces y magistrados ordinarios, que han de entender y aplicar las normas legales en el sentido más favorable a los fines de la defensa de los derechos de los ciudadanos en el proceso.²⁰

En este sentido, dentro del proceso cualquiera de las partes actoras se encuentra motivada a presentar su pretensión con la finalidad de que se evidencie una justa resolución y espera que la actuación de los administradores de justicia sea apegada a las normas y sobre todo al derecho del debido proceso y sobre todo al efectivo acceso a la justicia.

Finalmente, teniendo la correlación entre los anteriores conceptos sale a relucir la noción de justicia, el cual es un tema extremadamente complejo, inicialmente por el hecho de que la justicia es una noción de carácter individual y ambiguo, se puede entender de formas

²⁰ Moreno, V. (2010) *Sobre el derecho de defensa: Cuestiones generales*, Teorder, 6, 16-38. <https://ojs.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/230/226>.

diferentes dependiendo de la sociedad en la que se encuentre, de la moralidad, el sistema legal, la religión, creencias²¹ e incluso emociones, por lo cual esta concepción es mucho más personal que las anteriores. Para efectos de este trabajo investigativo se entenderá por justicia el valor de bien común, el cual fue y es necesario para la constitución de una armonía social, visto como un entramado de criterios y pautas para llevar una relación armoniosa entre individuos o sociedades.

METODOLOGÍA

Este trabajo de investigación en todo su contenido es de carácter comparativo, donde se entrará a aplicar el método del derecho comparado sobre tres jurisdicciones específicas. Por lo cual, se explicará la escogencia de tal método para la realización y desarrollo del proyecto investigativo.

El método comparativo, según Durán, 2020, p. 02²² *“nos permite confrontar las semejanzas y las diferencias de los sistemas jurídicos vigente en el mundo con la finalidad de comprender y mejorar el sistema jurídico de un determinado país.”* Así bien con esta metodología nos permitirá identificar desde el derecho comparado todo respecto al tema de investigación sobre la capacidad y discapacidad frente a la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD de la cual se basa la LEY 1996 DE 2019, así bien, este método de derecho comparado, nos permitirá identificar la mejor regulación sobre la incógnita presente y dar más información para en un futuro proponer ciertas soluciones al vacío normativo en materia penal que conlleva esta ley colombiana.

Ahora bien, se determina que este método de carácter comparativo es el más adecuado para este trabajo pues de esta forma se puede dar resolución a la incógnita que nos produce la nueva ley de incapacidades, Ley 1996 De 2019. Específicamente permite entrar a revisar cuáles procedimientos y políticas aplicadas en otros Estados son adecuadas para que a las personas con discapacidad en calidad de víctimas se les garantice un debido acceso a la administración

²¹ Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española* (22.a ed.). Madrid, España: Autor.

²² Duran, M. (2009). Capítulo XXXV El Derecho Comparado en la Investigación, Revista temas socio-jurídicos. Universidad de Granada, 249 – 254.

<https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/46927/Derecho%20comparado%20en%20la%20investigaci%C3%B3n.pdf?sequence=1>

de justicia en materia penal y así poder determinar cuáles deberían ser implementadas en Colombia.

Finalmente, en la implementación del método del derecho comparado utilizaremos ciertas técnicas propias de este para darle la solución a nuestra incógnita la cual es, como debería la legislación colombiana implementar procedimientos y políticas adecuadas para que a las personas con discapacidad en calidad de víctimas se les garantice un debido acceso a la administración de justicia en materia penal referente a la nueva ley de incapacidades, para esto:

- Como primera fase y técnica de este método comparativo definiremos el tema de objeto de comparación que es el modelo social que se evidencia en la Convención Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad.
- Como segunda fase, realizaremos la técnica de la búsqueda de información, donde encontraremos los protocolos y mecanismos de las legislaciones a comparar los cuales han desarrollado metodologías o protocolos que llenaran el vacío de las políticas, para el acceso a la justicia de las personas con de discapacidad en calidad de víctima, que existe en Colombia; se estudiará el funcionamiento de los sistemas jurídicos de España, Argentina y México frente a las leyes que desarrollan la convención y se tendrá en cuenta el resultado de cada legislación.
- Como tercera y última fase, realizaremos una evaluación sobre las soluciones adoptadas y los resultados obtenidos por los diferentes países, siempre dejando de forma abierta que la mejor valoración es la del lector.

CAPÍTULO I

EL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD: CONCEPTO Y ACTUALIDAD

Los seres humanos nacemos biológicamente distintos frente a nuestras características físicas y lo que nos llega a individualizar como personas son nuestras diferentes capacidades cognitivas y volitivas, las cuales nos singularizan, identifican y nos hacen diferentes frente a los demás. A pesar de ello, cuando se habla del tema jurídico somos enteramente iguales. Esto es así en cuanto la dignidad humana nos hace semejantes socialmente y ante la ley, es decir, nos hace acreedores de los derechos fundamentales, con el fin de proteger nuestra libertad e igualdad ante todos.

Ahora bien, a pesar de las similitudes que pueda tener el ser humano frente a otros a lo largo de la historia, la misma humanidad, el concepto de desigualdad ha tenido variaciones. Se ha hablado de la desigualdad, dividiendo a las personas por sus condiciones sociales, como riqueza, poder, religión, nacionalidad, etc., donde gracias al poder y la institucionalización de estas características se han privilegiado a un selecto grupo en las sociedades. Consecuentemente, el nivel mayoritario de desigualdad social proviene del concepto de la dignidad sobre las capacidades humanas, donde era la dignidad humana solo para un grupo social minoritario que alcanzaba el grado que socialmente era aceptado frente a sus capacidades racionales, sensitivas y comunicativas.

Por lo anterior, se ha visto la necesidad del reconocimiento de derechos políticos, garantías sociales y protecciones a las personas que presentan tales diferencias de las que eran consideradas diferentes en la sociedad. Campoy y Palacios. (como se citó en Álvarez, 2019) plantean que, la garantía de la dignidad humana que se reclama no sólo es el reconocimiento de la titularidad formal de los derechos, sino especialmente la igualdad en el ejercicio de estos por parte de las personas con discapacidad, cuya finalidad es asegurar una vida buena a todos los ciudadanos. Los derechos son un instrumento al servicio de la libertad moral de las personas, sin los cuales no podríamos autodeterminarnos: orientar nuestra existencia a la consecución de los objetivos predefinidos²³.

²³ Álvarez, H. (2019). La tutela de las personas con discapacidad en el derecho internacional de los derechos humanos. P. 397.

1. Modelos predominantes en el tratamiento de la discapacidad

Siendo la dignidad humana un asunto de derechos humanos²⁴ a lo largo de la historia y de la normatividad se han tenido aproximaciones de la discapacidad con diferentes modelos predominantes, los cuales se fundamentan en el tratamiento dado a la población con discapacidades, llegando algunas veces a ser juicios sociales y políticos que han resultado en la segregación y discriminación de estas personas. Dichos modelos son el de prescindencia, el médico-rehabilitador y el social, este último es el acogido por la Convención Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad.

1.1. Modelo de prescindencia

El modelo de la prescindencia²⁵ es el modelo más antiguo y responde principalmente a visiones religiosas o místicas sobre la discapacidad. Antiguamente si una persona tenía una discapacidad se consideraba que era consecuencia de un castigo divino por errores que cometió la propia persona, su familia o incluso sus antepasados.

La discapacidad conforme a este modelo era vista como “*un castigo de los dioses, el producto de brujería o de una maldición*”. Se desconocía la dignidad humana de la persona con discapacidad y se consideraba legítimo y socialmente aceptable prescindir de ella o relegarla al *ostracismo*²⁶. Además, por ser consideradas sin utilidad para la sociedad eran excluidas y la posibilidad de subsistencia se reducía a la mendicidad, la caridad y ser objetos de diversión.

1.2. Modelo Médico Rehabilitador

A través de la historia se evidencia un desarrollo de estos modelos de discapacidad hasta llegar al que se conoce como el segundo modelo, el médico rehabilitador²⁷. Este modelo

²⁴ Asamblea General de la ONU. (1948). "Declaración Universal de los Derechos Humanos" (217 [III] A). París.

²⁵ Palacios, A., & Románach, J. (2006). *El modelo de la diversidad: la bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*. Diversitas. Recuperado de: <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9899/?sequence=1>

²⁶ De acuerdo con la Real Academia Española el término *Ostracismo* hace referencia a la acción de desterrar de forma política adoptada por los antiguos atenienses en Grecia.

²⁷ Ibidem

nace en el Siglo XX con el Mundo Moderno y la Primera Guerra Mundial, debido a que los combatientes que resultaron heridos eran denominados como *mutilados de guerra*, personas a las que les faltaba alguna extremidad o parte del cuerpo y que a consecuencia de la pérdida física perdían funcionalidad motora y, por ende, eran personas “incompletas”. De esta forma, la terminología de daño y perjuicio se introdujo como parte de la discapacidad.

En este sentido, Palacios y Romañach²⁸ afirman que el modelo médico o rehabilitador entiende que la persona con discapacidad lo es por una anomalía física, psíquica o sensorial, producida por cualquier circunstancia (ya sea permanente o transitoria), la cual provoca en muchas ocasiones una disminución del disfrute de los derechos. Por tanto, las políticas públicas deben tender a solucionarlas en el mayor grado posible, integrando a la persona principalmente a través de una asistencia sanitaria.

De igual forma, en el modelo médico - rehabilitador se entiende que la discapacidad está determinada jurídica y socialmente por un diagnóstico médico, es decir, en este modelo se equiparaba la discapacidad con el concepto de enfermedad. Consecuencia de esta concepción las personas con discapacidades son encasilladas como enfermas y toda su vida se centra en un diagnóstico médico para que sean tratadas, rehabilitadas o normalizadas, lo cual sería el fin último. Es decir, los profesionales de la salud son quienes ostentan la autoridad para determinar si las personas dejan su estatus ante la sociedad de “inútiles”.

A pesar de que este modelo introdujo grandes avances a la visión de la discapacidad en materia de salud y de una forma de conservación de la vida de las personas con discapacidad, no aporta una gran diferencia frente al modelo de prescindencia. Se sigue excluyendo a las personas bajo una categorización, pues se enfocan más en la rehabilitación que en la aceptación y se continúa con la institucionalización de estas personas. Por otra parte, es menester rescatar de este modelo el cambio en el tratamiento de la discapacidad, pues el punto de partida ya no es una visión motivada por la segregación de las personas bajo los calificativos de inutilidad y/o debilidad.

²⁸ Ibidem

1.3. Modelo Social de Discapacidad

Finalmente, en el tema de la discapacidad se utiliza el modelo social, el cual es el modelo predominante que sirve de fundamento en la Convención Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad y la ley 1996 de 2019 (caso colombiano), las cuales son objeto de estudio de este capítulo y de los siguientes. Dicho modelo considera que la principal causa de la discapacidad se encuentra en las barreras de la sociedad y se reconoce la autonomía de las personas en todos los ámbitos de su vida. Afirma que las personas con discapacidad pueden gozar de las mismas oportunidades que los demás, de manera que estas pueden tomar sus propias decisiones, realizar sus proyectos y materializar sus sueños.

Este modelo reconoce la autonomía de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de su vida, de manera que puedan tomar sus propias decisiones y materializar sus proyectos de vida. Con este fin, se busca eliminar todo tipo de barreras físicas, sociales, actitudinales y jurídicas que se han ido construyendo históricamente y que vulneran los derechos de este grupo poblacional.

El modelo social trata el concepto de discapacidad mediante dos características, la primera hace referencia a la diversidad de las personas y la segunda a las barreras que encuentran en el medio en el cual se desarrollan, ya que la sociedad no cuenta con los recursos específicos para poder acoger a las personas que no se encuentran en los estándares “comunes” aceptados por la misma ya que, en caso contrario, estas personas serían autónomas.

Como se puede ver el concepto de discapacidad en este modelo se aborda de forma diferente, se remarca la diferencia entre deficiencia y la discapacidad funcional, donde la discapacidad resulta de las barreras sociales que se interponen en el desarrollo de las personas de forma social, e igualmente de forma jurídica. Por tanto, el problema no es de la persona, ni de sus capacidades disminuidas, el problema radica en lo estructural e institucional, se muestra la necesidad de un modelo diferente que conciba la discapacidad como una necesidad de modificación y adaptación, más no como un problema y una segregación. Debido a lo anterior, se puede determinar que el fin del modelo social de la discapacidad radica en que las personas con capacidades diferentes no sean consideradas personas de segunda clase, ni relegadas a la limitación y la disminución de su dignidad humana y sus derechos.

De acuerdo al avance en los modelos sobre discapacidad ya no existe un enfoque de problema en el concepto discapacidad, sino que con este nuevo modelo se pretende dar un enfoque de inclusividad, de educación inclusiva, de participación política, de igualdad, autonomía, dignidad humana y una participación social más amplia; buscando la desmedicalización y desinstitucionalización de las personas con discapacidad, aunque las cuestiones de salud y rehabilitación siguen presentes y siguen siendo importantes, pero siempre y cuando sean dentro de la esfera de elección personal de cada individuo.

Es importante enfatizar los conceptos predominantes dentro de este modelo social, donde se encuentran inicialmente el *derecho a la igualdad*, de forma posterior la *dignidad humana*, luego la *autonomía* y finalmente los *ajustes razonables*. El *derecho a la igualdad* reconoce la diferencia de las personas de forma positiva, eliminando los prejuicios existentes, generando una forma de igualdad donde se apliquen medidas correctivas sobre la mala distribución de oportunidades y recursos, garantizando educación, flexibilidad en todos los contextos, la plena participación política y, por ende, eliminando las barreras que se presentan en la comunidad.

Por su parte, el concepto de *dignidad humana* se torna importante ya que el ser humano deja de ser importante por su utilidad social y se vuelve fundamental por el sencillo hecho de existir, es decir, sus decisiones, su personalidad y el libre desarrollo son esenciales para su existencia en sociedad. A su vez, el siguiente concepto primordial en este modelo social es el de la *autonomía*, donde permite que las personas puedan ejercer su propia libertad al tomar decisiones referentes a su vida con la máxima independencia posible, entendiéndose independencia no como el no necesitar del resto de personas, sino que cada individuo existente necesita apoyo en determinadas áreas para poder ejercer su autonomía en sociedad.

Por último, se introduce el concepto de *ajustes razonables*, los cuales se entienden como las transformaciones que debe hacer la sociedad para que esas barreras que impiden el libre desarrollo de las personas con discapacidad no existan o, en suma, se aplaquen lo máximo posible.

2. Modelo social en Colombia

En la actualidad, Colombia ha dado un paso importante en el tema sobre los derechos de las personas con discapacidad desde la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el año 2011, la cual se materializa con la ley 1996 de 2019. A pesar del poco desarrollo legislativo respecto a la ley 1996 se puede hablar de un cambio de paradigma en el mundo jurídico referente a la capacidad de este grupo poblacional y en especial, cuando son parte del proceso penal en calidad de víctimas. La nueva ley abarca una nueva visión ante el ejercicio del derecho y se fundamenta en los principios de dignidad, autonomía, no discriminación, primacía de la voluntad y preferencias, accesibilidad, igualdad de oportunidades y de celeridad. Sin embargo, aún se evidencia en materia penal un gran abismo o ausencia de regulaciones para que las personas discapacitadas y con calidad de víctimas puedan ejercer sus plenos derechos conforme al modelo social que la mencionada convención trae con su ratificación.

En cuanto al cambio de modelo se puede determinar que Colombia se encuentra orientado a adoptar el modelo social de discapacidad y conforme a este adaptar las normativas internas que permitan el desarrollo pleno político-social, las libertades fundamentales y el ejercicio de los derechos humanos a quienes se encuentran en condiciones de discapacidad (Human Rights Watch, 2011).²⁹ No obstante, para que sean acordes con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados, en especial con la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad, aún se encuentra una brecha muy amplia cuando hablamos en materia procesal penal y el acceso a la justicia de las víctimas.

3. La convención sobre derechos de las personas con discapacidad y su ratificación en algunos países de Iberoamérica.

Desde la adopción de la CDPD muchos países luego de ratificarla, al igual que Colombia, han destinado sus esfuerzos en adaptar su legislación y reformar los paradigmas que surgen alrededor de la discapacidad debido a su conceptualización histórica. Ahora, es

²⁹ Human Rights Watch. (2011). *Colombia es el centésimo país en ratificar tratado sobre derechos de personas con discapacidad. A la ratificación deben seguirle reformas domésticas y una implementación efectiva.* <https://www.hrw.org/es/news/2011/05/16/colombia-es-el-centesimo-pais-en-ratificar-tratado-sobre-derechos-de-personas-con>

necesario señalar que esa adopción de la Convención sobre personas con discapacidad se ha presentado a nivel mundial en mayor o menor medida, pero siempre encaminada a dignificar la vida y el desarrollo de las personas con capacidades diferentes. De acuerdo con las Naciones Unidas es el primer instrumento en obtener 82 firmas de la convención, 44 de su protocolo facultativo y una ratificación de estos el día de su apertura a la firma, lo que refleja la aceptación de los países en ratificarla y la necesidad imperante de adoptar un “cambio paradigmático de las actitudes y enfoques respecto de las personas con discapacidad”³⁰.

“La Convención se concibió como un instrumento de derechos humanos con una dimensión explícita de desarrollo social. En ella se adopta una amplia clasificación de las personas con discapacidad y se reafirma que todas las personas con todos los tipos de discapacidad deben poder gozar de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”³¹.

En consecuencia, algunas de las legislaciones que conforme a la Convención han adoptado un modelo social o como mínimo un modelo médico - rehabilitador encaminado a uno social, encaminado al beneficio de las personas discapacitadas en calidad de víctimas, cuando intentan acceder a la justicia, por lo cual en el siguiente capítulo entraremos a revisar de forma somera las legislaciones de: España, Argentina y México.

³⁰ Organización de las Naciones Unidas (ONU, 1942), Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. *Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*. <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/convencion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-2.html>

³¹ Ibidem

CAPÍTULO II

EL MODELO SOCIAL DE TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD ALREDEDOR DE IBEROAMÉRICA

Como se ha dejado claro en el capítulo anterior, el modelo social de discapacidad se ha presentado a nivel mundial en mayor o menor medida, lo que se debe a la ratificación de la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD en los ordenamientos de las diversas jurisdicciones; teniendo siempre el fin de dignificar la vida y el desarrollo de las personas con capacidades diferentes.

Sin embargo, la aplicación plena y al píe de la letra en algunos ordenamientos jurídicos internos ha resultado difícil en cuestión de la práctica y estas han conducido a que las decisiones normativas tengan un distanciamiento de los principios rectores en que se basa dicho modelo y la Convención anteriormente mencionada; tal caso aplica al modelo Colombiano, donde a pesar de haberse ratificado con la ley 1996 de 2019, en el derecho procesal penal no han sido adoptadas las medidas para el cabal cumplimiento de la CDPD.

Tal como lo dispone la Sentencia C-330 de 2013, en Colombia no existe una regulación plena, ni políticas sobre la participación de víctimas con discapacidad en materia penal. Las pocas políticas públicas que existen resultan deficientes a pesar de que la ley estatutaria 1618 de 2003 las previera, conforme a su artículo 21 que establece que *“El Ministerio de Justicia y del Derecho, y la rama judicial, deberá implementar programas de formación y gestión para la atención de casos de violación a los derechos de las personas con discapacidad”*. En este sentido, las pocas políticas públicas que se pueden evidenciar, las cuales ayudan al acceso a la justicia en materia de procedimiento penal a esta población, han sido políticas públicas anteriores a la ratificación de la convención previamente citada, por lo cual, sí conllevan mecanismos de ayuda a esta población especial, pero no desde el modelo social de la discapacidad, sino desde un modelo médico - rehabilitador.

Conforme a lo anterior, en Colombia existen algunas políticas públicas que regulan la situación de la víctima con discapacidad en el proceso penal, las cuales son: Ley 982 de 2005, la cual hace referencia a necesidades y derechos de la población sorda y sordociega; la Ley

1145 de 2007, la cual regula el Sistema Nacional de Discapacidad y el Consejo Nacional como instancia consultora y asesora, o el mismo código de procedimiento penal.

A pesar de esto, las leyes y protocolos en su totalidad no permiten un acceso y una oportunidad de defensa infalible para las víctimas con discapacidad y de forma específica, en el acceso a la justicia en materia del procedimiento penal, pues no hay normativa que determine cómo se debe adaptar el proceso penal teniendo en cuenta las particularidades en estos casos al momento de celebrar las conciliaciones, las declaraciones testimoniales o las audiencias, por ello se evidencia la necesidad de la creación de ciertos protocolos y políticas para integrar a las personas con discapacidad en calidad de víctimas al proceso penal.

Al estudiar la ley 906 de 2004 por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, se evidencia que en su artículo 11, literal J, determina el derecho de las víctimas de “ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos”, estableciéndose asistencia gratuita en pro de la víctima en cuestión de entendimiento del lenguaje.

Sin embargo, esta asistencia queda solo en el papel, pues en el artículo 135 el cual establece la garantía de comunicación a las víctimas, donde se habla de la información, comunicación de derechos y facultades de la víctima reconocidos, no se habla de que esa comunicación deba ser en un lenguaje entendible para las partes ni de la implementación de herramientas como podría ser escritura en braille, en lenguaje de señas o en cualquier forma escrita u oral para la persona con discapacidad. Situación que se refleja en el artículo 136 que enuncia el derecho a recibir información.

Por su parte, en el artículo 137 donde se establece la forma de intervención de las víctimas y su acompañamiento dentro del proceso penal por parte de un abogado, no se menciona la obligación de un acompañante/facilitador especializado que ayude a su entendimiento y comunicación certera, como la figura de apoyos adoptada por la ley 1996.

Como bien podemos observar la primera audiencia del proceso penal se establece como la de *Formulación e imputación*, en esta etapa en el artículo 288 de la ley 906 dispone que la

formulación de la imputación debe ser realizada por el fiscal de forma oral y en un lenguaje comprensible al imputado. Sin embargo, se deja de lado a la víctima con discapacidad, en caso de que esta comparezca a la audiencia sin su respectivo derecho de la información y de poder informarse de primera mano con un operador judicial sobre los actos procesales que se llevan a cabo.

De igual forma, en la *Audiencia de Acusación* comprendida por los artículos 336 y 337 hablan que la presentación de la acusación debe ser por escrito. Sin embargo, no se hace alusión a que el contenido deba ser en lenguaje entendible para la víctima, tampoco se menciona que la documentación que se anexa y la copia que debe entregársele a la víctima sea presentada utilizando un lenguaje entendible cuando esta es una persona con discapacidad o que se implemente el uso de herramientas acorde al caso particular. Situación que se repite en los artículos 338 y 339, pues en ninguna parte se establece un lenguaje, sea oral u escrito, entendible para la víctima con discapacidad frente a la audiencia de acusación o las declaraciones que se realicen.

Por su parte, en el artículo 340 que habla sobre la víctima, se establecen representantes y defensores, mas no un facilitador/apoyo de lenguaje, otorgado judicialmente, para la comprensión de ésta en caso de ser esta una persona con discapacidad.

Para la finalización de la *Audiencia Preparatoria*, en el artículo 365 el juez debe fijar la fecha para la *Audiencia de Juicio Oral*, sin embargo, no se menciona que a la víctima discapacitada deba hacérsele entender esta situación, ni por parte del juez o de algún facilitador judicial.

Así mismo, al revisar los artículos que reglamentan el *Juicio Oral* respecto de los testimonios e interrogatorios, el artículo 400 señala que se le nombrará un intérprete oficial al testigo sordomudo, más no se contempla una adaptación de las reglas de estos a situaciones donde sean presentados por personas con discapacidad visual. Es decir, parece que la ley discrimina los testigos con discapacidad en el sentido de solo apreciar a los testigos visuales y no considerar que las personas con discapacidades visuales por medio de sus demás sentidos sean testimonios óptimos dentro del proceso penal.

En cuanto al momento procesal de los *Alegatos de las partes e intervinientes* reglamentados en el artículo 443, se señala que los apoderados de las víctimas e incluso las víctimas, si no tuviesen un representante legal, pueden presentar alegatos. Sin embargo, el código no determina si se pueden usar ayudas como intérpretes, un facilitador dado por el estado o apoyos visuales en caso de ser una persona con discapacidad.

Finalmente, cuando se trata de emitir la *Decisión o Sentido del Fallo*, el artículo 446 establece que se deberá dar a conocer de manera oral y pública, nuevamente no existe regulación que establezca que esa oralidad debe ser entendible para la víctima discapacitada, que es una de las interesadas en la emisión del fallo en contra de su victimario, ni se contempla el caso de ser una víctima con capacidad auditiva.

En consecuencia, es evidente que no existe un tratamiento diferenciado estructurado dentro del procedimiento penal para las personas con discapacidad que garantice su plena participación, pues no se tienen en cuenta las particularidades o barreras que se le presentan a la víctima en cuestiones de lenguaje y comprensión de este y, por ende, no se adoptan los ajustes necesarios que plantea la ley 1996 de 2019.

En este sentido, algunas de estas ausencias mencionadas de nuestra jurisdicción en otros países se han visto resueltas o desarrolladas conforme a lo establecido por la convención y el modelo social, mediante la implementación de protocolos, cuadernillos y programas, para un efectivo acceso a la justicia penal por parte de este grupo poblacional.

1. Modelos sociales a lo largo de las jurisdicciones

Ahora bien, frente a la ausencia de protocolos y la necesidad de una implementación adecuada de la Convención que permita el acceso a la justicia de las víctimas en situación de discapacidad dentro del proceso penal es menester recurrir a diversas legislaciones. Dichas legislaciones han implementado protocolos y mecanismos en sus diversas leyes en materia penal, con el fin de que las personas con capacidades diferentes tengan un libre acceso a la justicia sin las barreras creadas socialmente y dentro de la justicia por la carente inclusión. Para efectos de esto se entrarán a revisar las jurisdicciones española, mexicana y argentina.

1.1. Modelo Social Español

De forma general, en España el tema de la discapacidad se regula mediante el Real Decreto Legislativo 1/2013, por medio del cual se aprueba la ley general de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social. En principio, se puede determinar que su modelo es social en cuanto busca el ejercicio real y efectivo de los derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos, sin barreras y permitiendo su libre decisión y desarrollo.

En este sentido, España considera a las personas con discapacidad parte de la sociedad y sujetos capaces de desenvolverse en todos los campos de la vida, es decir, son considerados sujetos independientes, por lo que requieren de un sistema que garantice de forma eficaz lo propuesto por la convención. Por lo tanto,

“En su tutela judicial efectiva, tiene especial importancia, a través de los derechos al igual reconocimiento como persona ante la ley (artículo 12) y acceso a la justicia (artículo 13). Mención muy especial e importante al Ministerio Fiscal, defensor en la protección de los derechos humanos de las personas más vulnerables, interviene en todos los procesos de capacidad, vigilancia y control de los mecanismos de apoyo.”³²

Ahora bien, en este país se ha ratificado la Convención Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad el día 30 de marzo de 2007, un representante del estado de España nombrado firmó en Nueva York la Convención. De igual forma, el 13 de diciembre de 2006 se firmó un convenio marco, cuya finalidad es que las personas con discapacidad intelectual, de desarrollo o las personas con dificultades de comprensión puedan tener un acceso a la justicia en el proceso.

Dicho convenio marco fue adoptado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) de España y la Confederación Plena Inclusión España con el fin de garantizar el pleno acceso a la justicia a las personas con discapacidad intelectual, garantizándoles las medidas necesarias

³² López, A. (2017). Aproximación al régimen jurídico de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Universidad de Almería, España.

para permitirles la realización de actuaciones en todas las fases del proceso judicial, lo cual evidencia una clara preocupación respecto de la accesibilidad al sistema judicial para la víctima por parte del estado español.

En este sentido, la fiscalía en su afán de acatar lo establecido por la Convención busca la aplicación de todas aquellas medidas que garanticen el efectivo acceso a la justicia de las personas con discapacidad en el estado de España. En ese marco es menester anunciar uno de los avances más importantes en jurisprudencia sobre las personas con discapacidad y el acceso a la justicia, la sentencia de 29 de abril de 2009 donde la fiscalía del Tribunal Supremo de España interpreta por primera vez conforme a la convención de Nueva York de 2006. Además, de las instrucciones 4/2008 y la 4/2009 que hablan respectivamente del control y vigilancia de las tutelas de personas con discapacidad y del régimen especializado en materia de protección de las personas con discapacidad³³.

Otro claro ejemplo, y el más importante a resaltar, es el Decreto de 20 de septiembre de 2021, de la Fiscal General del Estado, por el que se publica el Convenio marco de colaboración con la Confederación Plena Inclusión España, donde se firma el Convenio de colaboración entre la Fiscal General del Estado y el Presidente de Plena Inclusión España del *Convenio marco de Colaboración entre la Fiscalía General del Estado y la Confederación Plena Inclusión España*, donde exponen sus protocolos para poder permitir el acceso a la justicia

“España dispone, a través de sus Federaciones y organizaciones miembros, de los medios personales y materiales para la realización de actuaciones tendentes a mejorar el acceso a la justicia por parte de las personas a las que representa.

En especial, Plena inclusión dispone de una extensa red de profesionales por todo el territorio nacional con experiencia en el apoyo a personas con discapacidad intelectual o del desarrollo en contextos judiciales, así como profesionales especializados en el ámbito de la accesibilidad cognitiva, y en especial de la Lectura Fácil

³³ Ibidem.

Plena inclusión, además, cuenta con una Red de Accesibilidad Cognitiva en la que participan todas sus federaciones, así como servicios de accesibilidad cognitiva en cada federación con capacidad para realizar evaluaciones de accesibilidad cognitiva de entornos, así como en la adaptación a Lectura Fácil de textos, entre otros, jurídica’’³⁴

Así, la jurisdicción española ha implementado con la plena inclusión y el ministerio fiscal mejoras en cuestión del acceso a la justicia para las personas con discapacidad. Sin embargo, han sido las mismas para las víctimas como para los victimarios en situación de discapacidad y se han centrado igualmente en la facilidad de una asistencia técnico- jurídica en el sistema penal. Algunas mejoras han sido:

- Una especial atención en los medios de comunicación, en cualquier momento promoviendo el acceso a la justicia. En esta facilidad respecto de la comunicación se evidencia la diversidad de los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macro tipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso.

La finalidad del convenio es dar soporte a las personas con discapacidad cuando busquen información en los juzgados y tribunales, dando apoyo a jueces y magistrados para la práctica de diligencias o pruebas que se deban realizar a personas con cualquier forma de discapacidad y que estas puedan realizar trámites, diligencias o resoluciones.

Finalmente, el objetivo del anterior convenio es *establecer un marco general de colaboración* entre ambas instituciones para que así las iniciativas predisuestas en el mismo convenio se pongan en marcha y permitan el pleno acceso a la justicia, en todas las fases del

³⁴ Decreto de 20 de septiembre de 2021. (2021, 28 de septiembre) Ministerio Fiscal. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-15760

proceso, de las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo o personas con dificultades de comprensión.

1.2. Modelo Social Argentino

En conformidad con la convención, la nación argentina adopta programas destinados al acceso de la justicia de las personas con discapacidad y dichos esfuerzos han sido catalogados por las Naciones Unidas como un buen desarrollo legislativo sobre los ajustes razonables para el acceso a la administración de justicia de las personas con discapacidad³⁵.

En cuanto a normativa sobre la discapacidad, Argentina se posiciona como un gran referente en la adopción de normatividad y políticas públicas que protegen los derechos de las personas con capacidad diferente. Algunos ejemplos de esto son: la Ley 22431 de 1981 que habla sobre el sistema de protección integral de las personas con discapacidad, la Ley 26186 que crea el régimen federal de empleo protegido para personas con discapacidad, la Ley 26378 que adopta la CDPD y la Ley 22431 que determina la responsabilidad del Estado de ofrecer empleo a las personas con discapacidad que sean idóneas para ejercer un cargo.

Por su parte, adoptó en el año 2013 el *Protocolo sobre acceso a la justicia para las personas con discapacidad*, el cual tiene como propósito replantear la actuación de los jueces, fiscales, defensores y operadores de la justicia en general a la hora de administrar justicia en casos donde la víctima sea una persona con capacidades diferentes.

Lo anterior, hace evidente la adopción de un modelo social y de derechos humanos de las personas con discapacidad a la luz de la ratificación de la Convención Sobre Derechos De Las Personas Con Discapacidad, con el fin de que las personas con capacidades diversas mediante la adopción de protocolos y medidas tengan pleno disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones, en especial, del efectivo ejercicio y goce del derecho al acceso a la justicia.

³⁵ Consejo de derechos humanos de Naciones Unidas. (2018). *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos "Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad"*. P. 9.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires respecto a la ratificación de la CDPD señalando que “resulta claro que todo cuanto se ha expresado respecto de la obligatoriedad de los compromisos internacionales, es de rigurosa aplicación a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La norma consuetudinaria que impone el deber de adaptar la preceptiva interna para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas en el plano internacional es válida universalmente y ha sido definida por la jurisprudencia de la Corte IDH, como un principio evidente.”³⁶

Desde esta perspectiva, Argentina encuentra fundamental la capacitación de los operadores judiciales con el fin de superar la abismal brecha en el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Afirman que mediante la identificación de las barreras que enfrentan las personas con discapacidad se pueden implementar acciones o medidas que garanticen el debido proceso, el derecho a la justicia, la participación en las etapas procesales en calidad de víctimas de todas las personas con discapacidad. Además de que se busca eliminar estereotipos, actos excluyentes y prejuicios que trunquen el ejercicio efectivo del derecho a la administración de justicia de este grupo poblacional, tal y como lo determina el protocolo al decir que “como actores del sistema de justicia, debemos apuntar en primer lugar a la remoción de las barreras socioculturales que excluyen a una parte importante de la sociedad y le impide ejercer sus derechos en igualdad de condiciones y sin discriminación.”³⁷

De acuerdo con lo anterior, algunas de las medidas adoptadas por Argentina mediante el protocolo son similares a la de la jurisdicción española, centrándose en las falencias de la comunicación y estableciendo una facilidad técnico-jurídica:

- La utilización de lenguajes sencillos, en cuestión de comunicación por lengua escrita, se deberá elaborar en oraciones cortas, lenguaje sencillo sin tecnicismos, con letra clara facilitando la lectura y comprensión.

³⁶ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, nota 6, Pp. 117.

³⁷ Argentina. (2013). Protocolo sobre acceso a la justicia para las personas con discapacidad. Propuestas para un trato adecuado. Pp. 21.

- Se precisa que el funcionario al momento de la atención a la parte, le dedique el tiempo necesario para la comprensión de cualquier consulta, así mismo el funcionario deberá realizar la lectura de cualquier escrito o expediente, dando explicaciones de su contenido de la determinada resolución.
- Se enfatiza en la lectura labial, y la rectificación de la comprensión de lo leído.
- En comunicación de personas hipoacúsicas cuando estas se comuniquen de manera oral y realicen lecturas labiales el operador de justicia deberá estar dentro del campo visual de la víctima, articulando y modulando las palabras correctamente a un ritmo moderado, con o sin voz.
- Se establece que previo a cualquier actuación se acerque a la persona con discapacidad y se le consulte de qué forma desea recibir la información.
- A pesar de tener apoyos y personas que faciliten su comunicación y comprensión el operador judicial siempre deberá dirigirse a la persona con discapacidad y no tercerizar la comunicación, esto hace parte de la eliminación de las barreras, al no segregar a la persona por creer ser capaces del entendimiento de las resoluciones.

1.3. Modelo Social Mexicano

México por su parte adopta en materia penal medidas encaminadas a garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Entre dichas medidas en el año 2014 se integra al Código Nacional de Procedimientos Penales el principio de igualdad ante la ley y el énfasis en los ajustes razonables al procedimiento como medidas que permitan el acceso a la justicia de forma igualitaria en caso de las víctimas con capacidades diferentes con el fin de salvaguardar sus derechos.³⁸

³⁸ Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Código Nacional de Procedimientos Penales. (2016, 12 de enero). Art. 109, fr. XII. https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_mex_ane_15.pdf

A su vez, otra medida adoptada por la Suprema Corte mexicana es el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad, mediante el cual se busca sensibilizar y capacitar a los administradores de justicia y operadores judiciales en general para que incorporen en sus prácticas los estándares establecidos por la CDPD.

Este ajuste de prácticas va conforme al artículo 13 de dicha convención, el cual establece que: “Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares”.

En el caso mexicano es evidente que el modelo aplicado es similar al adoptado por Colombia mediante la ley 1996 de 2019, bajo el entendido de que se busca erradicar el paradigma de la adopción de decisiones sustitutivas, es decir, se busca cambiar la creencia jurídica de que las personas con discapacidad requieren de un tercero que tome las decisiones por ellas a un nuevo modelo en el cual se le suministran apoyos que ayuden a tomar las decisiones siempre respetando la voluntad de las personas con discapacidad.

Entre los ajustes procesales encaminados a garantizar el acceso a la justicia en igualdad de condiciones que los demás, se encuentra en primer lugar la necesidad de identificar la discapacidad con el fin de determinar qué tipo de apoyo requiere la personas con capacidades diversas para ser parte del proceso penal.

Como segundo ajuste se encuentra la eliminación de barreras y la implementación de ajustes, entre dichas barreras se busca erradicar la invisibilización de las discapacidades. En lo referente a los ajustes necesarios dentro del proceso se solicitó que el lenguaje usado por los operadores judiciales fuera accesible y de fácil comprensión, al igual que la implementación de formatos de lectura fácil.

A su vez, se está implementando un programa piloto que busca, “por un lado, dar respuesta a las inquietudes de los operadores del sistema de justicia, brindando un acompañamiento profesional, cuando se juzgan casos de personas con discapacidad y, por otra parte, constituye una vía de comunicación que hace accesible los procesos penales a las personas con discapacidad que participan en los mismos, ya sea como víctimas o testigos”.³⁹

Para hacer efectivo este programa se necesita de la participación de unos facilitadores, los cuales tienen como misión supervisar dentro del proceso que no se violen las normas del debido proceso por motivos de discapacidad y eliminar la discriminación por la negativa del operador judicial de aplicar los ajustes razonables. De forma específica los objetivos de estos facilitadores son:

- Apoyar a la persona con discapacidad a lo largo de la investigación policial y de todo el procedimiento judicial.
- Informar a los operadores sobre las implicaciones de la discapacidad en el proceso, específicamente en la declaración e interrogatorio.
- Diseñar ajustes al procedimiento para que la persona pueda rendir su declaración de manera efectiva y empleando las herramientas de comunicación necesarias, como la traducción de cualquier escrito a su lenguaje de entendimiento, desde un momento pre procesal, durante el proceso y en su misma culminación.
- Facilitar la comunicación, en su lenguaje de entendimiento, entre los operadores del sistema de justicia y la persona con discapacidad.
- Realizar dictámenes sobre las barreras a las que se enfrentan las personas en el procedimiento y sugerir ajustes procesales para superarlas.
- Implementar ajustes procesales para evitar situaciones de ansiedad extrema.

³⁹ Bernardi, L., Mercurio, E. & Sheinbaum, D. Los retos en el acceso de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial en el ámbito penal. Estudio comparativo de México y Buenos Aires: Pp.51-73

- Asegurar en todo momento la independencia de la víctima discapacitada, sea de forma física y en la forma en la que interactúa con las otras personas y los operadores de justicia.
- En el momento de la intervención del juicio, a las personas con discapacidad auditiva se les proporcionará en todas las actuaciones la asistencia que requiera para comunicarse e informarse del procedimiento “enfrenta o en el que participa con otro carácter, ya sea mediante una persona guía, o intérprete certificada de Lengua de Señas Mexicana, lectura labial, o por formatos digitales”⁴⁰, esto con la finalidad de que entienda su posición e importancia dentro de cualquier actuación.

El protocolo establecido por la Corte Suprema de la nación establece que “las resoluciones judiciales se redacten en un lenguaje inclusivo y respetuoso de los derechos humanos de las personas con discapacidad”⁴¹ este tipo de regulaciones incluyen cualquier actuación o escrito que se emita o se le desee comunicar en el proceso, para que así la víctima se le tenga en cuenta “la calidad de vida”, concepto que se desarrolla en el mismo protocolo (cita de una cita página 41).

“La calidad de vida se define como la percepción del individuo sobre su posición en la vida dentro del contexto cultural y el sistema de valores en el que vive y con respecto a sus metas, expectativas, normas y preocupaciones. Es un concepto extenso y complejo que engloba la salud física, el estado psicológico, el nivel de independencia, las relaciones sociales, las creencias personales y la relación con las características sobresalientes del entorno”.

Así, para poder lograr la participación de las personas como la inclusión social de la víctima en calidad de discapacidad el sistema jurídico mexicano, ha implementado ayudas técnicas efectivas, que se evidencian desde los momentos pre procesales, procesales y hasta la culminación de este, adicionalmente ha modificado las estructuras de las instituciones que la

⁴⁰ Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad, 2014, Suprema Corte de Justicia de la Nación Pino Suárez 2, Col. Centro, Delegación Cuauhtémoc. https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_discapacidad.pdf

⁴¹ Ibidem

víctima y victimario deban acudir, esto haciendo amena su situación de acceso a la justicia. Con estas modificaciones afirma la misma corte suprema, que no se pretende ser entendida como una dependencia, sino como la eliminación de barrera para la debida utilización de servicios y bienes, para el disfrute de los entornos igualando las condiciones de todas las personas.

Finalmente, dicho programa ha sido implementado en diversos países con variación en sus directrices, pero siempre encaminado a “hacer accesible el sistema de justicia para las personas con discapacidad psicosocial e intelectual mediante la implementación de ajustes al procedimiento que garantizan la igualdad de las partes”.⁴²

⁴² Ibidem.

CAPÍTULO III

TRATAMIENTO DOCTRINAL DEL MODELO SOCIAL

De acuerdo con lo tratado durante los capítulos anteriores, el modelo social de discapacidad se ha presentado a nivel mundial gracias a la ratificación de la Convención Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad. Este modelo se ha presentado en los ordenamientos de algunas jurisdicciones, en específico en la jurisdicción española, la argentina y la mexicana de distintas formas. Sin embargo, a pesar de que las altas cortes en estos países no se han pronunciado de fondo sobre el asunto de las personas que acceden a la justicia y más aun enfatizando en la víctima en situación de discapacidad, algunos autores realizan comentarios de gran trascendencia acerca de estos protocolos, modelos o convenciones.

El estudio de las políticas públicas, protocolos, convenciones y más que se derivan de la ratificación de la convención, ha cobrado gran importancia en los países parte de esta. En este intervienen factores como el rol del Estado, su posición en la toma de decisiones para garantizar la inclusión social de las personas con discapacidad con la efectiva eliminación de barreras, situación que deja en claro el abandono del modelo médico-rehabilitador y se encamina al modelo social, todo ello permitiendo el goce de los derechos que se le han reconocido a estas personas de forma internacional.

Ahora bien, es sabido que las personas con discapacidad se encuentran con grandes obstáculos que imposibilitan el goce de sus derechos en cuanto a la participación en los procesos judiciales de los cuales son demandantes. Estas situaciones se desarrollan por diversas condiciones y que, gracias a la convención mencionada de forma previa, se han ido eliminando estas barreras judiciales y sociales con la creación de protocolos para un acceso efectivo a la justicia de las personas discapacitadas en calidad de víctima. Sin embargo, algunos autores hacen alusión a retos específicos que se evidencian a pesar de un buen desarrollo y promoción de estos protocolos en cada una de las jurisdicciones tratadas.

1. Doctrina acerca del modelo español

Por su parte la jurisdicción española considera a las personas con discapacidad como un sujeto parte del contexto social y por lo tanto, es apto para desenvolverse en todas las esferas de este, lo cual la constitución española protege a través de sus artículos 12 y 13, que hablan sobre el derecho de igual reconocimiento como persona ante la ley y el acceso a la justicia, respectivamente⁴³.

Consecuencia del esfuerzo realizado por España en la eliminación de barreras sociales y legales de las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos resalta la sentencia de 29 de abril de 2009 del Tribunal Supremo, la cual por primera vez entra a revisar la reforma de la legislación española con el fin de asegurar condiciones de igualdad en el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con capacidades diversas.

A pesar de lo anterior, España aún enfrenta diversos desafíos frente a la adaptación del sistema penal respecto a las personas con discapacidad y la protección de sus derechos como parte del proceso penal. Entre estos se encuentran:

- La delegación en cumplimiento de los convenios relacionados a este tema.
- La coordinación de los servicios especializados en la protección de las personas con discapacidad de las fiscalías de las audiencias provinciales.

A esto se le suman las barreras creadas alrededor de la capacidad de declarar en el proceso penal de las personas con discapacidad, pues se ha llegado a considerar que sus declaraciones son menos creíbles o estructuradas que las del resto de las víctimas, evidenciando rezagos de discriminación dentro del acceso efectivo a la justicia. En España se evidencia que “las personas con DI tienden a ser excluidas por los sistemas judiciales debido a que tienden a ser menos creíbles o capaces de recordar que otros tipos de víctimas”⁴⁴.

⁴³ López, A. (2017). Aproximación al régimen jurídico de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Universidad de Almería, España.

⁴⁴ Collins D, Henry L. Eyewitness recall and suggestibility in individuals with Down syndrome. *J Intellect Disabil Res.* 2016 Dec;60(12):1227-1231. doi: 10.1111/jir.12310. Epub 2016 Jul 6. PMID: 27381963.

En contraposición, algunos autores como Bottoms, Nysse-Carris, Harris y Tyda señalan que mentir conlleva un proceso cognitivo mucho mayor al de decir la verdad en caso de las personas con discapacidad, por lo que sus testimonios deberían ser apreciados como creíbles.⁴⁵ Estas dos hipótesis respecto a la valoración de lo declarado por la víctima con capacidad diversa influyen de igual manera en el proceso penal español, pues la falta de adaptación legislativa y procedimental a las necesidades de este grupo poblacional puede llevar a la comisión de graves errores en la apreciación como parte dentro del proceso.

Para enfrentar este importante obstáculo en el acceso a la justicia española la doctrina señala la importancia de adoptar sistemas de valoración de la verdad en caso de las personas con capacidades diversas con el fin de no errar y excluirlos del proceso penal, “resultan de especial interés en este procedimiento la evaluación de las capacidades para testificar de la víctima, para lo que se han diseñado herramientas específicas como el CAPALIST, procedimientos de entrevista convenientemente adaptados, y considerar factores y métodos específicos para la obtención y evaluación de la prueba de identificación”⁴⁶.

Dichos sistemas entrarían a cambiar el paradigma existente alrededor de la valoración de las intervenciones y declaraciones de las personas con discapacidad dentro del proceso penal, pues se entran a revisar nuevas condiciones- variables que afectan e influyen de manera directa en su papel como parte del proceso penal en calidad de víctima. Por lo tanto, “contempla la evaluación de todos los aspectos relevantes en la obtención y valoración de un testimonio, y es especialmente indicado para víctimas vulnerables (menores, personas con DI, personas con enfermedad mental o ancianos). El principal objetivo del procedimiento HELPT es obtener toda la información posible de los testigos y víctimas de un hecho delictivo, con la mínima interferencia, y valorar su credibilidad”⁴⁷.

⁴⁵ Bottoms, B. L., Nysse-Carris, K. L., Harris, T. y Tyda, K. (2003). Juror's perceptions of adolescent sexual assault victims who have intellectual disabilities. *Law and Human Behavior*, 27, 205-227.

⁴⁶ Manzanero, A. L., Vallet, R., Nieto-Márquez, M., Barón, S., & Scott, M. T. (2017). Evaluación de la credibilidad de la prueba testifical en víctimas con discapacidad intelectual. *Siglo Cero Revista Española Sobre Discapacidad Intelectual*, 48(1), 23–36. <https://doi.org/10.14201/scero2017482336>

⁴⁷ *Ibíd*em

Esto evidencia que sin dejar de apreciarse los avances legislativos y procedimentales adoptados por España sigue siendo una tarea ardua cumplir a cabalidad con lo dispuesto por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad ratificada, al igual que los convenios adquiridos con la Confederación Plena Inclusión España con el fin de garantizar el pleno acceso a la justicia a las personas con discapacidad intelectual por medio de la adopción de políticas públicas y de normas jurídicas y procedimentales.

2. Doctrina acerca del modelo argentino

Para el caso de la jurisdicción de Argentina, nos enfocaremos en los comentarios de la autora Bernardi, la cual con su grupo investigativo indaga acerca de los retos en el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en el ámbito penal⁴⁸. Señala que:

“(...) se desarrollaron programas específicos para personas con discapacidad sobre acceso a la justicia, por el ejemplo, el Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia, conocido como ADAJUS, y el “Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad” realizado en colaboración por diferentes agencias de la administración de justicia y del Estado”⁴⁹.

Dicho protocolo fue elogiado por el Consejo de derechos Humanos de las Naciones Unidas, refiriéndose a este como un buen progreso en materia de legislación en cuestión de buenos procedimientos para personas con discapacidad en el acceso efectivo de la justicia.

De la misma forma Bernardi, encarece el gran trabajo de la jurisdicción argentina en adoptar herramientas sobre derechos humanos en materia penal, como en su participación para la redacción de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) del año 2015 y otros más, que lo que buscan es desarrollar contenidos

⁴⁸ Iglesias, J. M. (2019): “Capacidad jurídica y acceso a la justicia de las personas con discapacidad en Argentina”. *Revista Española de Discapacidad*, 7 (II): 79-101.

⁴⁹Mercurio, E., Bernardi, L., & Sheinbaum, D. (2018). Los retos en el acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial en el ámbito penal. Estudio comparativo entre la ciudad de México y Buenos Aires. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*.

para la protección integral de colectivos o minorías vulnerables en ámbito penal, como lo son las personas con discapacidad.

En este sentido, presenta varias legislaciones sobre las personas con discapacidad como la ley 22.431 de 1981, la cual es un conjunto integral de leyes sobre discapacidad que velan por los intereses de este grupo donde su objetivo es que se les brinde atención médica, educación y seguridad social; claramente son leyes realizadas desde un modelo médico-rehabilitador, donde no se eliminan esas barreras que diferencian a las personas con discapacidad, sino que se refuerzan como proteccionismo y no como inclusión. Lo que nos permite identificar el primer reto al que se enfrenta Argentina al adoptar la convención, pues aún se enfrenta a un modelo proteccionista y no a uno que entienda a la persona con discapacidad como dueño de sí mismo y capaz de ejercer sus derechos.

Como segundo reto comenta que a pesar de Argentina ser tan amplio en avances legislativos sobre leyes y jurisprudencia sobre el tema de discapacidad, en lo que respecta al acceso de la justicia a personas con discapacidad y más en calidad de víctimas no existe ningún avance legislativo y jurisprudencial. Por lo tanto, afirma que en el sistema procesal penal argentino se encuentra una falta de aplicación de la CDPD por la ausencia de procedimientos y falta de apoyos. Además, expone la ausencia de datos fiables sobre la generación de políticas inclusivas en el acceso a la justicia de discapacitados en cuestión víctimas, la ausencia de cifras que den un correcto diagnóstico sobre las necesidades de este colectivo minoritario.

Sin embargo, en el *protocolo base de actuación para el acceso a justicia de las personas con discapacidad*, predispone situaciones muy diferentes a las comentadas por Bernardi, ya que en su segundo capítulo denominado *protocolo para el acceso a la justicia y el acceso a justicia de las personas con discapacidad usuarios del servicio de justicia* desarrolla unas propuestas.

Para garantizar el acceso a justicia y a la justicia en forma real y no solo formal, se estima conveniente que durante la tramitación de los procesos en que se vean involucradas las PCD, y en todas las etapas de este, se garantice la accesibilidad al entorno físico,

comunicacional, y a la información, eliminando no solo las barreras de tipo físico sino también las actitudinales, comunicacionales y legales que se pudieren presentar⁵⁰.

Así, presenta unas pautas generales para el acceso a la justicia que son propias para las personas con discapacidad y aplicables a la parte víctima del hecho.

3. Doctrina acerca del modelo de México

De modo contrario, Bernardi en el caso de la jurisdicción mexicana evidencia ciertos esfuerzos para garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas con discapacidad y donde se da mayor importancia para el tema en asunto. Un ejemplo de esto es la gran inclusión que se hace para las personas con discapacidad en el *Código Nacional de Procedimientos Penales* del año 2014, en el cual se hace gran énfasis en garantizar la igualdad en el acceso a la justicia en el caso de las personas con discapacidad cuando se enfrentan al sistema penal. La ley contempla en gran forma los derechos de la víctima cuando estas poseen alguna discapacidad, para que efectivamente se le realicen los ajustes procedimentales en materia penal y que estos se encaminen a salvaguardar sus derechos.

Sin embargo, afirma el mismo Bernardi que existe un problema reiterativo frente a la eliminación de barreras sobre este colectivo, que consiste en que en el sistema de justicia penal mexicanos hay ausencia de un instrumento efectivo y eficiente de verificación y reconocimiento de discapacidad para este grupo.

Bernardi junto a su grupo realizaron una investigación sobre una población determinada en México. Contaron con 20 personas en situación de discapacidad las cuales trataban de acceder a la justicia y con ayuda de un médico legalista, el cual es funcionario de la procuraduría encargado de hacer valoraciones sobre el estado físico y mental de las personas, buscaron identificarlas. En este sentido, la autora señala que de los 20 casos 13 son identificados por las mismas personas o por sus familiares, mientras que de los 7 restantes:

⁵⁰ Protocolo base de actuación para el acceso a justicia de las personas con discapacidad (2013). ProgramaEUROSociAL.http://www.sia.eurosocial-ii.eu/files/docs/1396257787-Protoco_Argentina_acceso%20a%20la%20justicia%20de%20personas%20con%20discapacidad.pdf

“4 fueron identificados por el médico legista y en los otros 3 la discapacidad no fue reconocida. Es decir, en el caso de la Ciudad de México el 85% de las personas con discapacidad fue reconocida en etapas tempranas del proceso penal, ya sea porque los médicos oficiales realizaron el diagnóstico o porque los familiares dieron cuenta de tal condición tempranamente.”⁵¹

Por ello afirma que, a pesar de haber protocolos y medidas preventivas, aun se evidencia la necesidad de capacitar de mejor forma a los operadores de la justicia cuando se trata de personas con discapacidades y con la intención de acceder a la justicia, revisando con más detenimiento los estándares utilizados en los exámenes psicofísicos. Aun así, frente a su investigación Bernardi y su equipo encuentran resultados satisfactorios en la Ciudad de México frente a la situación en la jurisdicción de Argentina, como tal manifiesta.

“Por su parte, los 4 (20%) casos que provienen de la Ciudad de México forman parte de un programa piloto encabezado por la organización civil Documenta, en colaboración con el Tribunal de Justicia de la Ciudad de México, que busca garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial en los procesos penales. Este Programa denominado “Hacia un Sistema de Justicia Penal Incluyente” tiene el objetivo de poner en práctica los ajustes de procedimiento como herramienta para asegurar la igualdad procesal.”⁵²

Finalmente, este autor resalta la función que en México se le ha dado a los operadores de la justicia que ayudan al acceso de las personas con discapacidad, al cual se le denominan *Facilitadores*⁵³, siendo intermediarios imparciales previos al proceso y durante el mismo para que así se asegure la igualdad en el trato y en las condiciones de acceso a la justicia, su finalidad no es proteger al individuo, tampoco mejorar su situación dentro del procedimiento o que se tome posición a favor de este, la finalidad es que ayude a los operadores de justicia en disminuir esas barreras y violaciones al debido proceso cuando personas en situación de discapacidad en calidad de víctima. e inclusive, en cualquier posición dentro del proceso.

⁵¹ Mercurio, E., Bernardi, L., & Sheinbaum, D. (2018). Los retos en el acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial en el ámbito penal. Estudio comparativo entre la ciudad de México y Buenos Aires. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*.

⁵² Ibidem

⁵³ Ibidem

4. El Modelo Mexicano como punto de partida para el Modelo Colombiano

Luego de entrar a revisar la legislación y doctrina existente en los tres países seleccionados en el presente trabajo investigativo se llega a la conclusión de que el sistema internacional que cuenta con la mayor cantidad de protocolos, garantías y desarrollo en materia de derechos de las personas con discapacidad, que se encuentra acorde con la CDPD y su efectivo acceso a la justicia en el área penal es el país de México. Además de las evidentes similitudes entre nuestro naciente modelo con el ya elaborado por este país. Por lo tanto, se considera el modelo social más acertado como punto de partida para el modelo colombiano de capacidad que se encuentra surgiendo a partir de la ratificación de la CDPD y la ley 1996 de 2019.

Conforme a lo tratado en los capítulos anteriores se puede determinar que el modelo aplicado en México para las personas con discapacidad que quieren acceder a la justicia, específicamente ser parte del proceso penal en calidad de víctima, cuenta con tres pilares fundamentales. Los cuales son:

4.1. La adaptación de la normativa jurídica

México adaptó su normativa en materia de procedimiento penal respecto a la capacidad de las personas con discapacidad mediante la integración al Código Nacional de Procedimientos Penales del principio de igualdad frente a la ley, haciendo especial énfasis en los ajustes razonables necesarios para que las personas con discapacidad puedan acceder a la justicia y ejercer sus derechos de forma efectiva. Definiéndolo así:

“Todas las personas que intervengan en el procedimiento penal recibirán el mismo trato y tendrán las mismas oportunidades para sostener la acusación o la defensa. No se admitirá discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condición de salud, religión, opinión, preferencia sexual, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas.

Las autoridades velarán por que las personas en las condiciones o circunstancias señaladas en el párrafo anterior sean atendidas a fin de garantizar la igualdad

*sobre la base de la equidad en el ejercicio de sus derechos. En el caso de las personas con discapacidad, deberán preverse ajustes razonables al procedimiento cuando se requiera.*⁵⁴

Este punto resulta de suma importancia cuando se trae al derecho colombiano, en el sentido de que no existe ese nivel de desarrollo normativo en nuestro país frente a la adopción y aplicación de la CDPD más allá de la ley 1996 de 2019. Al respecto las Naciones Unidas en informe de 2016 le recomiendan a Colombia que:

*“Adopte un plan para la revisión y modificación de toda la legislación, que incluya la derogación inmediata de disposiciones que restrinjan el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, incluyendo la ley 1306 (2009), No. 1412 (2010) del Código Civil, el Código Penal y leyes adjetivas.”*⁵⁵

Conforme a esto, las autoras Vallejo, Hernández y Posso en su análisis sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad señalan que cuando se habla en materia penal de estas “como víctima, indica que este puede acudir al proceso siempre a través de su representante legal, lo que implica entonces que hay un traslado a un tercero de la decisión de conciliar, testificar, intervenir”⁵⁶.

Lo anterior evidencia la falta de aplicación del principio de igualdad frente a la ley pues no se considera a la persona con discapacidad como un sujeto activo dentro del proceso y por el contrario, se terceriza su actuación mediante la figura de la representación legal, dejando de lado lo establecido por la ley 1996 en su artículo 6 “Todas las personas con discapacidad son sujetos de derecho y obligaciones, y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usar o no apoyos para la realización de actos jurídicos.”

⁵⁴ Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Código Nacional de Procedimientos Penales. (2016, 12 de enero). Art. 109, fr. XII. https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_mex_ane_15.pdf

⁵⁵ Ministerio de Justicia y del Derecho. Capacidad legal de las personas con discapacidad. <https://www.minjusticia.gov.co/Sala-de-prensa/PublicacionesMinJusticia/Capacidad%20legal%20DISCAPACIDADv3.0.pdf>

⁵⁶ Vallejo Jiménez, G.A., Hernández Ríos, M.i., & Posso Ramírez, A.E. (2017). La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos. *Rev. CES Derecho.*, 8(1), 3-21.

En concordancia, Bernardi establece que “no se podría hablar de un acceso efectivo a la justicia cuando sustancialmente al sujeto que se enfrenta a un órgano jurisdiccional se le niega su derecho de participar activamente en su juicio. Es decir, el reconocimiento del derecho a la personalidad y capacidad jurídica es esencial para el acceso a la justicia.”⁵⁷

Dicho reconocimiento por parte de la jurisdicción penal materializaría los principios rectores de CDPD y que son el cimiento de nuestra ley 1996. Además, se daría cumplimiento del artículo 13 de la Constitución Política, el cual se encuentra conforme al modelo social de discapacidad y a su vez con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Y pone en cabeza del Estado, en este caso el aparato legislativo, la obligación de velar por los derechos de las personas con discapacidad, de la siguiente manera:

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

Así mismo, parte de este desafío que representa entrar a revisar la legislación penal, ya sea en su parte sustancial como en la procedimental, a la luz de la convención y de la ley 1996 de 2019 es el trabajo que debe realizar el legislador de modificar el uso de todos los términos que resulten discriminatorios para las personas con discapacidad, pues si bien ya se han incluido apreciaciones como “persona con discapacidad” o “persona discapacitada” a lo largo de la legislación penal aún se encuentran aseveraciones como:

“Que carezca de capacidad de autodeterminación” (Art.170-1) “condiciones de inferioridad psíquica” (Art. 55-9); “discriminación referida a enfermedad o minusvalía de la víctima”. Asimismo, en el código de procedimiento penal se utilizan

⁵⁷ Mercurio, E., Bernardi, L., & Sheinbaum, D. (2018). Los retos en el acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial en el ámbito penal. Estudio comparativo entre la ciudad de México y Buenos Aires. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*.

términos como “incapaz” (Art. 71, parágrafo art. 92, art. 250, art.522, art. 525) e “incapacidad mental” (Art. 314 numeral 5). ”⁵⁸

Lo anterior, evidencia la materialización de la ratificación de la convención por parte de México, teniendo en cuenta que se han adaptados las normativas respecto de las personas con discapacidad conforme a los preceptos señalados por esta, haciendo especial énfasis en la aplicación de los ajustes razonables dentro del proceso penal, en este caso, para que las personas con capacidades diferentes puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones frente a la justicia. Y a su vez, muestra que en materia de revisión legislativa Colombia se encuentra en un proceso lento de adopción de los principios establecidos por la CDPD y requiere la modificación en el uso de términos que resulten discriminatorios, con el fin de respetar la dignidad humana de las personas con discapacidad y promover la eliminación de la segregación sistemática de este grupo poblacional en la sociedad.

4.2. La adopción de protocolos por parte de los operadores

Otro ejemplo importante en el sistema mexicano es la actuación de los operadores judiciales cuando se ven inmiscuidos dentro de las actuaciones judiciales personas con discapacidad. Para efectos de esto, se ha adoptado un protocolo que sensibilice su actuación respecto de las personas con discapacidad y a su vez, permita eliminar las barreras que se han construido alrededor de la discapacidad dentro de los procesos y actuaciones judiciales, garantizando así el efectivo acceso a la justicia.

Conforme a esto se busca capacitar a los operadores de la justicia para que aprendan a identificar situaciones de discapacidad y así apliquen los preceptos señalados por la Convención. Es decir, se busca equipar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que los demás mediante la implementación de los ajustes razonables determinados en el artículo 13 del CDPD, adecuando así las actuaciones y trámites judiciales a las necesidades individuales de cada uno de los sujetos.

⁵⁸ Vallejo Jiménez, G.A., Hernández Ríos, M.i., & Posso Ramírez, A.E. (2017). La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos. *Rev. CES Derecho.*, 8(1), 3-21.

En consecuencia, para la aplicación del modelo social de discapacidad se convierte esta capacitación dentro de la actuación judicial en un requisito indispensable, al igual que la revisión cuidadosa de los estándares que son utilizados en la identificación de las discapacidades en la ejecución de los trámites, pues

*“la escasa formación y especialización de los diversos profesionales del sistema de justicia penal – jueces, fiscales, forenses, abogados, profesionales de las Oficinas judiciales, servicios de apoyo a las víctimas etc. – fomenta, además, la persistencia de prejuicios y estereotipos en relación con las personas con discapacidad intelectual que son percibidas, a menudo, como testigos poco creíbles y escasamente confiables”.*⁵⁹

Además “la falta de una detección temprana opera como la primera limitante para la implementación de apoyos y/o ajustes en los procedimientos y explica la invisibilización de la discapacidad en el sistema de justicia penal”⁶⁰.

Cuestiones que finalmente entorpecen el acceso efectivo a los derechos de las personas con discapacidad e incumplen los preceptos parte del bloque de constitucionalidad y las normas colombianas adoptadas para la integración y protección eficiente de este grupo poblacional, tomándolos como personas autónomas y dueñas de sí mismas en todos los campos, y en específico, en el procesal penal.

4.3. La adopción del programa de facilitadores

Como se señaló en el capítulo anterior, la figura de los facilitadores dentro del proceso penal mexicano resulta de gran importancia, en el sentido de que su objetivo principal es velar por el cumplimiento de las garantías de las personas con discapacidad dentro de este y servir de canal de comunicación entre los operadores judiciales y las personas con discapacidad, *facilitando* su acceso a la justicia efectivo y el desarrollo de sus derechos como ser autónomo.

⁵⁹ ibidem

⁶⁰ Mercurio, E., Bernardi, L., & Sheinbaum, D. (2018). Los retos en el acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial en el ámbito penal. Estudio comparativo entre la ciudad de México y Buenos Aires. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*.

Contrario a la figura proteccionista del curador, salvaguarda o representante legal, el papel que desempeña el facilitador siempre buscará que

“La voluntad, elecciones y preferencias de las personas con discapacidad se convierten en los elementos primordiales a considerar, por encima de las preferencias de un tutor o familiares, a la hora en que ellas mismas toman sus propias decisiones, incentivando su participación activa en la sociedad, y asumiendo ellas mismas las consecuencias o responsabilidades de sus propias determinaciones.”⁶¹

En Colombia mediante la ley 1996 se busca incluir una figura similar bajo el nombre de *apoyos*. Los cuales son definidos como:

“Los apoyos de los que trata la presente ley son tipos de asistencia que se prestan a la persona con discapacidad para facilitar el ejercicio de su capacidad legal. Esto puede incluir la asistencia en la comunicación, la asistencia para la comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, y la asistencia en la manifestación de la voluntad y preferencias personales”.

En efecto, la adopción de esta figura dentro de las actuaciones judiciales en las que intervengan personas con discapacidad y se consideren necesario su acompañamiento es acorde a lo establecido en la convención, pues en Colombia esta protección se hace

“Consagrando mecanismos de apoyo inclusivos y respetuosos, con miras a garantizar la primacía de la voluntad y las preferencias del titular del derecho, pues se abandona el dogma de que la persona con discapacidad debe ser habilitada por el actuar de un tercero y, en su lugar, se establecen mecanismos que permiten el ejercicio de la capacidad legal en un ambiente de respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal. (Exposición de Motivos Proyecto de Ley 027 de 2017 Cámara. Gaceta del Congreso 613 de 2017)”.⁶²

⁶¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación Pino Suárez 2, Col. Centro, Delegación Cuauhtémoc. (2014). *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad*. https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_discapacidad.pdf

⁶² Ministerio de Justicia y del derecho. (2021). *Pregúntele al experto: Capacidad legal de las personas con discapacidad*. <https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/tejiendo->

Finalmente, aunque para la defensa de la víctima exista un abogado o apoderado que vele por los intereses de la víctima, es la obligación del estado que la víctima pueda entender sobre las actuaciones procesales, así ellas posean un apoderado que actúe por ellos en el proceso; de esto se trata el modelo social mencionado de forma previa, de que la persona discapacitada sea lo más autónoma posible y que no dependa en un cien por ciento de otros al momento de acceder a la justicia. En este sentido, se puede señalar que Colombia va encaminada a adoptar un sistema de apoyos en situaciones en que se involucren los derechos de las personas con discapacidad y sean necesarios para salvaguardarlos, por lo que concuerda con el sistema adoptado y ya estructurado presentado por el sistema de México, el cual sirve como ejemplo de la ejecución de estos y para fortalecer los esfuerzos legislativos en materia que ya empezaron a gestarse en nuestro país.

CONCLUSIONES

Para empezar, es claro que las leyes, protocolos y medidas de ayuda para las personas con discapacidad no permiten un acceso y una oportunidad de defensa infalible, específicamente cuando se encuentran en calidad de víctimas ante la justicia en materia del procedimiento penal. Se evidenció que en materia legislativa las personas se enfrentan a barreras que obstaculizan el derecho de participación de las víctimas con discapacidad, barreras que no son ajenas a la administración de justicia penal y que son tan relevantes pues se presentan en la comunicación y el claro entendimiento de los actos y procedimientos jurídicos. Por ello, es menester la necesidad de crear ciertos planes, protocolos o sistemas inclusivos que permitan un real acceso de las personas con discapacidad en calidad de víctimas al proceso penal, tomando como referentes modelos implementados internacionalmente en distintas jurisdicciones.

Frente a los modelos estudiados previamente, se identificó que a pesar de que en las jurisdicciones española y argentina se han implementado grandes cambios frente a los aplicados para proteger y garantizar el desarrollo de las personas con discapacidad, no se han presentado grandes avances de fondo como se pretende desde la misma convención, la cual en estos países se ha ratificado aproximadamente hace más de diez años. Además, sus mayores avances en materia penal radican en el victimario y el sistema penitenciario y no en la parte más débil de la ecuación, las víctimas y su acceso efectivo a la justicia, cuestión que con la jurisdicción mexicana ha sido revisada y presenta mayores avances.

Finalmente, con la implementación del modelo adoptado por México en Colombia se puede avanzar en el tema de acceso a la justicia de este grupo poblacional, especialmente con la figura de los facilitadores al momento de la comunicación accesible y entendible para la víctima con discapacidad; ya que como se ha evidenciado en Colombia a pesar de la adopción del Convenio y la ley 1996 de 2019 aún existen ciertos vacíos a lo largo de la jurisdicción penal en el tema de acceso a la justicia de las víctimas con discapacidad.

Consideramos que el programa acogido por México de facilitadores dentro de los procesos y actuaciones judiciales representa un gran avance para que nuestro país solvete sus falencias y de cabal cumplimiento a la CDPD, además de enriquecer nuestra figura de los

apoyos y así adaptar el sistema judicial a las necesidades individuales de las personas con discapacidad. En este sentido, hacer la revisión del modelo mexicano y ajustarlo a nuestro contexto y normativa sería el comienzo para eliminar las barreras sociales y jurídicas que se puedan presentar en el desarrollo de la capacidad y el efectivo ejercicio de los derechos de las víctimas con capacidades diversas.

REFERENCIAS

- Argentina. (2013). *Protocolo sobre acceso a la justicia para las personas con discapacidad. Propuestas para un trato adecuado*. Pp. 21. http://www.sia.eurosocial-ii.eu/files/docs/1396257787-Protoco_Argentina_acceso%20a%20la%20justicia%20de%20personas%20con%20discapacidad.pdf
- Araque, F., & Suárez, O. (2017). *Reflexiones teóricas y legales del adulto mayor y la discapacidad en Colombia*. JURÍDICAS CUC, vol. 13, no. 1, pp. 99-120.
- Asamblea General de la ONU. (1948). "*Declaración Universal de los Derechos Humanos*" (217 [III] A). Paris.
- Álvarez, H. (2019). *La tutela de las personas con discapacidad en el derecho internacional de los derechos humanos*. Pp. 397. https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/3990/3210
- Bernardi, L., Mercurio, E. & Sheinbaum, D. *Los retos en el acceso de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial en el ámbito penal. Estudio comparativo de México y Buenos Aires*: Pp.51-73
- Bottoms, B. L., Nysse-Carris, K. L., Harris, T. y Tyda, K. (2003). Juror's perceptions of adolescent sexual assault victims who have intellectual disabilities. *Law and Human Behavior*, 27, 205-227.
- Bloch, E. (1980) *Derecho natural y dignidad humana*. Aguilar ediciones, 1. <http://espaix-marx.net/elsarbres/wp-content/uploads/2020/06/Bloch-Ernst-Derecho-Natural-Y-Dignidad-Humana.pdf>
- Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Código Nacional de Procedimientos Penales. (2016, 12 de enero). Art. 109, fr. XII. https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_mex_ane_15.pdf
- Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (2006, 26 de septiembre) Corte IDH. Serie C No. 154, nota 6, Pp. 117. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *CIDH saluda las medidas adoptadas para el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Perú*. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/216.asp>
- Constitución Política de Colombia (Const.). Art. 13, 47 y 54. 7 de julio de 1991. (Colombia).
- Consejo de derechos humanos de Naciones Unidas. (2018). *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos "Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad"*. Pp. 9.

Collins D, Henry L. Eyewitness recall and suggestibility in individuals with Down syndrome. *J Intellect Disabil Res.* 2016 Dec;60(12):1227-1231. doi: 10.1111/jir.12310. Epub 2016 Jul 6. PMID: 27381963.

Decreto de 20 de septiembre. (2021) Ministerio Fiscal.
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-15760

Duran, M. (2009). *Capítulo XXXV El Derecho Comparado en la Investigación, Revista temas socios-jurídicos.* Universidad de Granada, 249 – 254.
<https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/46927/Derecho%20comparado%20en%20la%20investigaci%C3%B3n.pdf?sequence=1>

Human Rights Watch. (2011). *Colombia es el centésimo país en ratificar tratado sobre derechos de personas con discapacidad. A la ratificación deben seguirle reformas domésticas y una implementación efectiva.*
<https://www.hrw.org/es/news/2011/05/16/colombia-es-el-centesimo-pais-en-ratificar-tratado-sobre-derechos-de-personas-con>

Iglesias, J. M. (2019). *Capacidad jurídica y acceso a la justicia de las personas con discapacidad en Argentina.* *Revista Española de Discapacidad*, 7 (II): 79-101.
<https://www.cedd.net/es/documentacion/catalogo/Record/546147>

López, Á. B. (2015). *Capacidad jurídica: una reflexión necesaria a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* *Anuario de Derechos Humanos*, (11), 39-56.
https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=L%3%B3pez%2C+%3%81.+B.+%282015%29.+Capacidad+jur%3%ADdica%3A+una+reflexi%C3%B3n+necesaria+a+la+luz+de+la+Convenci%C3%B3n+sobre+los+Derechos+de+las+Personas+con+Discapacidad.+Anuario+de+Derechos+Humanos%2C+39-56.&btnG=

Manzanero, A. L., Vallet, R., Nieto-Márquez, M., Barón, S., & Scott, M. T. (2017). *Evaluación de la credibilidad de la prueba testifical en víctimas con discapacidad intelectual.* *Siglo Cero Revista Española Sobre Discapacidad Intelectual*, 48(1), 23–36. <https://doi.org/10.14201/scero2017482336>

Marks, N., & Shah, H. (2004). *A well-being manifesto for a flourishing society.* Nef. Londres.

Mercurio, E., Bernardi, L., & Sheinbaum, D. (2018). *Los retos en el acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial en el ámbito penal. Estudio comparativo entre la ciudad de México y Buenos Aires.* *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos.*
<http://redcdpd.net/revista/index.php/revista/article/view/109>

Ministerio de Justicia y del derecho. (2021). *Pregúntele al experto: Capacidad legal de las personas con discapacidad.* <https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/tejiendo-justicia/Documents/publicaciones/discapacidad/CONSU%CC%81LTELE%20AL%20EXPERTO%20AJUSTE.pdf>

- Moreno, V. (2010) *Sobre el derecho de defensa: Cuestiones generales*, *Teorder*, 6, 16-38. <https://ojs.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/230/226>.
- Navarro, S. H. (1999). *De objetos de protección a sujetos de derechos: Trayectoria y lecciones de las políticas de vejez en Europa y Estados Unidos*. *Revista Perspectivas: Notas sobre intervención y acción social*, (8), 51-69.
- Nussbaum, Martha (2007). *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, trad. de Ramón Vila Vernis y Albino Santos Mosquera. Fronesis, Pp. 16.
- Organización de las Naciones Unidas (1942).
- Organización de las Naciones Unidas (1942), Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. *Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*. <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/convencion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-2.html>
- Organización Mundial de la Salud (2015).
- Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Grupo editorial CINCA.
- Palacios, A., & Romañach, J. (2006). *El modelo de la diversidad: la bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*. Diversitas. <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9899/?sequence=1>
- Platón. (2004) *La República* (Tomo 1). Editorial Unión.
- Protocolo base de actuación para el acceso a justicia de las personas con discapacidad (2013). Recuperado de: ProgramaEUROSociAL. http://www.sia.eurosoci-al-ii.eu/files/docs/1396257787-Protoco_Argentina_acceso%20a%20la%20justicia%20de%20personas%20con%20discapacidad.pdf
- Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española*
- Smith, A. (1976) *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Campbell, R. y Skinner, S., editores, 1(2).
- Stein, Michael (2007). *Disability Human Rights*, *California Law Review*, 1, 75-121.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación Pino Suárez 2, Col. Centro, Delegación Cuauhtémoc. (2014). *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad*.

https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_discapacidad.pdf

Vallejo Jiménez, G.A., Hernández Ríos, M.i., & Posso Ramírez, A.E. (2017). *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos*. Rev. CES Derecho., 8(1), 3-21.

<https://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/4272>

Vehmas, S (2004). *Análisis ético del concepto de discapacidad, revista española sobre discapacidad intelectual*, 35(4), 50-68. <http://riberdis.cedd.net/handle/11181/3099>