

DEFINICIÓN Y MODELOS TEÓRICOS COMPRENSIVOS SOBRE LA DISCAPACIDAD

Autor:

Jaime Antonio Leighton Espinoza¹

INTRODUCCIÓN.

La discapacidad, en la actualidad, no se la adopta ni toma como una medida caritativa sino bajo una perspectiva de inclusión social, a diferencia de los antiguos modelos de prescindencia, en que las causas que dan origen a la discapacidad tienen un motivo religioso, en el que estas personas eran innecesarias, o se las consideraba como originarias de algún mal, siendo, incluso, objeto de burlas, sirviendo de bufones en las Cortes o engrosando la casta más pobre de la población, o como en el modelo rehabilitador en que las personas con discapacidad se les tomaba como enfermos que tenían algo que aportar, en que apelando a la seguridad y el empleo protegido se les subestimaba o se les daba un tratamiento paternalista. Actualmente se les considera útiles a la sociedad con mucho que aportar a ésta y en la misma medida que el resto de las personas sin discapacidad, pero respecto a familias con personas con discapacidad ¿cómo las trata el entorno? ¿de qué las provee el Estado? ¿existen mecanismos estatales que permitan una inserción óptima del discapacitado en la sociedad, no vulnerando ni los derechos de éste ni de los familiares que no cuentan con las aptitudes, y muchas veces actitud para hacer frente a semejantes desafíos que cubre, la mayoría de veces, la existencia de todos los involucrados? Estas y otras reflexiones necesarias se analizarán en las siguientes líneas.

DESARROLLO.

Una forma simple de definir la discapacidad es decir que se trata de una deficiencia del cuerpo o la mente que hace más difícil que la persona haga ciertas actividades (limitación a la actividad) e interactúe con el mundo que lo rodea. En Chile, según el SENADIS “Son aquellas personas que, en relación a sus condiciones de salud física, psíquica, intelectual, sensorial u otras, al interactuar con diversas barreras contextuales, actitudinales y ambientales presentan restricciones en su participación plena y activa en la sociedad”. Así las cosas, debemos entender que la discapacidad

¹ Juez del Juzgado de Familia de Los Ángeles.

es un problema social en que se debe estudiar, respecto a la persona en dicha condición, el tipo de discapacidad que tiene, sus orígenes o causas (heredada o adquirida), las posibilidades y tipos de rehabilitación junto con las necesidades y expectativas de aquélla, teniendo que ir acompañado de un tratamiento humano-ético por parte de la comunidad a la que pertenece, pues no es lo mismo una persona que ha tenido una amputación producto de un conflicto armado, que otra que haya tenido un accidente laboral, ni que se encuentre en un país subdesarrollado, como el nuestro, a otra sociedad con un sistema social avanzado. En el caso de los niños y niñas con discapacidad éstos suelen ser objeto de discriminación múltiple e intersectorial, y no se les permite que ejerzan su derecho a la integridad física, por lo que se debe propender a que estos sean informados, consultados y escuchados en todos los procesos de adopción de decisiones relacionadas con su situación reforzando las medidas de desintitucionalización para ayudarles a vivir en familia o en formas alternativas de acogimiento familiar en la comunidad. En general, cualquier forma de discriminación debe combatirse formando conciencia en la sociedad y su gobierno con medidas tendientes a abolir los estereotipos peyorativos agravados y las actitudes negativas en relación con la discapacidad fomentando que los medios de comunicación difundan una imagen real pero positiva de las personas con discapacidad, y de ningún modo como peligrosas para sí mismas y para otras personas, o como personas que sufren o son objeto de cuidados, constituyendo una carga social y económica improductiva para la sociedad.

En este sentido, el mundo de la política se encuentra un tanto ajeno a la cuestión de la discapacidad pues buena parte de este segmento es apartado de aquella al serle negado el acceso a la participación política. Esto hace perder el interés por estas personas de aquellas instituciones para las que el apoyo de los ciudadanos a través del sufragio se convierte en el principal referente de su actividad. Todavía existen paradigmas en el que la discapacidad se la considera desde la perspectiva del modelo médico o de beneficencia, yendo en contra de lo que plantea el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, existiendo marcos regulatorios imperfectos, incompletos o ineficaces, con conocimiento insuficiente del modelo de discapacidad basado en los Derechos Humanos y sobre todo adaptado a la realidad territorial, que reconoce que la discapacidad es una construcción social y que las deficiencias no deben considerarse un motivo legítimo para denegar o restringir los derechos humanos, constituyendo la discapacidad uno de los diversos estratos de la sociedad, debiendo considerarse su diversidad, así como la igualdad y no discriminación como principio y como derecho en sus artículos 3 y 5 respectivamente. Una forma de dicho cumplimiento lo es a través de efectuar ajustes en la manera de proporcionar información, y que las instalaciones o accesos a los edificios públicos o privados se enmarquen en regulaciones que puedan ser cumplidas para una persona con discapacidad, a saber, modificando equipos, adaptar el material didáctico y las estrategias de enseñanza de los planes de estudio, adaptar los procedimientos médicos, o permitir el acceso a personal de apoyo sin imponer cargas desproporcionadas o indebidas, entre otras. En el caso de Niños, Niñas o

Adolescentes, ingresados a Residencia en Procesos de Protección finalizados en Tribunales de Familia, se deben reforzar medidas que contribuyan a la desinstitucionalización de los mismos para que retornen con sus familias de origen, o adoptar formas alternativas de acogimiento familiar en la comunidad revisando la legislación interna para permitir que las familias de acogida también puedan participar en igualdad de condiciones con aquéllas que participen de algún proceso de adopción, cuestión que no sucede produciéndose casos graves respecto a permanencia prolongada de niños o niñas con familias de acogida que expresan su deseo de poder ser ellos quienes puedan transformarse en figuras definitivas para estos niños, lo que nuestra legislación no permite vulnerándolos al que tener repetir un mismo proceso con dos familias distintas.

Dentro de otros fenómenos que la Convención aborda respecto a los discapacitados es el derecho a la igualdad y no discriminación frente a la ley, abordados en sus artículos 5 y 12 destacándose el que los sistemas de apoyo se basen en la aplicación de los derechos, la voluntad y las preferencias de quienes lo reciben, en lugar de en lo que se percibe como su interés superior, o a través de una mayor y mejor interpretación de su voluntad y sus preferencias. Igualmente se ha establecido la necesidad de que los discapacitados puedan tener el disfrute de algunos bienes a la que están vedados, como los seguros de vida y los de salud privada fortaleciendo la legislación contra la discriminación. Igualmente el artículo 19 reafirma la no discriminación y el derecho de todas las personas con discapacidad a vivir con plena inclusión y participar, de manera independiente, en la comunidad en igualdad de condiciones, aplicando, por ejemplo, estrategias de desinstitucionalización, como ya se mencionó más arriba, asignar recursos para servicios de apoyo a la vida independiente, viviendas accesibles y asequibles, acceso a la educación inclusiva, y muy especialmente servicios de apoyo para los familiares cuidadores, por cuanto se detecta que éstos carecen de las aptitudes e incluso actitud para enfrentar muchas veces una vida entera, produciéndose un angustiante desgaste en el familiar acompañante en el caso de derivación a domicilio, por cuanto en el artículo 19 se reconoce el derecho a no verse obligado a vivir con arreglo a un sistema específico en razón de la discapacidad, por cuanto la institucionalización es discriminatoria al demostrar la incapacidad para crear apoyo y servicios en la comunidad para los discapacitados, quienes se ven obligados a renunciar a su participación en la vida comunitaria para recibir tratamiento. Las personas con discapacidad son, a menudo, discriminadas en el ejercicio de su derecho a contraer matrimonio o en sus derechos familiares y a la patria potestad, debido a leyes, políticas discriminatorias y medidas administrativas, e incluso a los progenitores con discapacidad se les considera como no aptos o capaces de cuidar a sus hijos, en circunstancias de que la separación de un niño o niña de sus padres en razón de su discapacidad constituye discriminación y contraviene el artículo 23. No existen parámetros claros que establezcan dicha necesidad u obligación en nuestra legislación estableciéndose una suerte de conveniencia para los intereses de un grupo familiar determinado.

Por tanto, las limitaciones de una persona se convierten en discapacidad como consecuencia de la interacción de ésta con un ambiente que no le proporciona el adecuado apoyo para reducir sus limitaciones funcionales y/o estructurales, en su capacidad y desempeño para realizar actividades, así como restricciones a la participación. Para revertir lo anterior, en la actualidad, las políticas públicas del Estado enfatizan la necesidad de trabajar por la plena participación en las acciones de rehabilitación para la discapacidad, entendiéndose como un proceso para lograr la mayor compensación posible de las desventajas, de toda naturaleza, que pueda tener una persona como consecuencia de una discapacidad para su desempeño, de acuerdo a su edad, sexo y condiciones socioculturales. De acuerdo a esto se debe sumar la necesidad de contar con herramientas eficaces en la prevención primaria y secundaria de la discapacidad, considerando el envejecimiento de la población, el aumento de la expectativa de vida y el aumento creciente de las enfermedades crónicas, como consecuencia de estilos de vida sedentarios, malos hábitos alimenticios y altas dosis de estrés urbano. Ello, reconociendo que el mundo político se encuentra un tanto ajeno al tema de la discapacidad pues buena parte de este segmento poblacional es separado de aquélla al serle negado su derecho de participación política. Esto hace perder el interés por estas personas de aquellas instituciones para los que el apoyo de los ciudadanos, a través del sufragio, se convierte en el principal referente de su actividad.

En el área educativa el ambiente igualmente es poco propicio para las personas con discapacidad en cuanto a su incorporación a los sistemas educativos (regular y especial) pues hay diferencias en los tipos de recursos que se requieren según las necesidades de los alumnos con y sin discapacidad, además de una mirada transversal del sistema educativo en su conjunto. Las disposiciones de la Ley 19.284 son claras en definir como educación especial a una modalidad diferenciada de la educación general, caracterizada por constituir un sistema flexible y dinámico que desarrolla su acción en el sistema regular de educación, proveyendo servicios y recursos especializados a las personas que presentan necesidades educativas especiales a excepción de casos que tengan que ser atendidos en escuelas especiales. Igualmente, en mi opinión, deben orientarse acciones que propendan al sistema educativo inclusivo en que integre a todos los educandos como un valor humano que beneficie a la comunidad en su conjunto. En este ámbito a fin de garantizar la igualdad y la no discriminación de los niños sordos en la educación, se les deben proporcionar entornos de aprendizaje en lengua de señas con otros niños sordos y con adultos sordos que les sirvan de modelo de conducta, considerándose discriminatorio que los docentes de niños sordos no dominen el lenguaje de señas y que los entornos escolares no sean accesibles y excluyan a los niños sordos, exhortando a los Estados Partes sobre el derecho a la educación inclusiva, al aplicar las medidas necesarias para cumplir las obligaciones que les incumben en virtud de los artículos 5 y 24 de la Convención Internacional de Derechos para Personas con Discapacidad.

Respecto a la temática laboral la inserción de las personas con discapacidad al mundo laboral, siendo un asunto de la mayor importancia, al haberse comenzado a legislar en Latinoamérica hace cuarenta años, y específicamente en Chile lo ha sido con dos importantes cuerpos legales, a saber: la Ley 18.600, que en sus artículos 15 y 10 impiden cualquier tipo de discriminación en contratación para personas con discapacidad mental, en labores compatibles con su condición, y el mantenimiento de talleres laborales protegidos con fines terapéuticos, sin embargo, no existen mecanismos de fiscalización y monitoreo para impedir lo primero, evitar lo segundo y más aún visibilizar su aumento a través de los medios de comunicación para que dicha población cuente con una herramienta segura a la hora de insertarse al mercado laboral. También se han advertido serios déficits en los sistemas de protección social en el tema de la invalidez deteriorando el incentivo de las personas con discapacidad de insertarse al mundo laboral. Para ello debe generarse un sistema que compatibilice la pensión asistencial y las rentas de los trabajadores con discapacidad, sobre todo considerando la actual vigencia de la Ley 21.105 sobre Inclusión Laboral para personas con discapacidad que establece que empresas o instituciones públicas con 100 o más trabajadores deben reservar el 1% de sus puestos de trabajo para personas en situación de discapacidad que, como bien advirtió el ex Ministro de Desarrollo Social Marcos Barraza “contribuye a que estas personas (con discapacidad) se les habilite laboralmente en su autoestima, autovalencia, y su dignidad, teniendo un impacto cultural potente pasando de una política asistencial pública a otra con enfoque de derechos. Un buen sistema de protección social es el que proporciona subsidios y prestaciones pero que también habilita socialmente”.

Lo positivo de esta normativa es que suprime la discriminación que existía respecto de los trabajadores (as) con discapacidad mental, derogando el artículo 16 de la Ley 18.600 que establecía una remuneración inferior al sueldo mínimo. En su oportunidad existieron dos situaciones preocupantes: primero, que para fines de 2018, según el Segundo Estudio Nacional de la Discapacidad un 20% de las personas de 18 años o más del país estaba en situación de discapacidad y sólo el 39,3% tenía empleo. Esto significa, si se suma la pandemia, la escasa fiscalización de esta normativa y todavía una más preocupante falta de información a través de los medios de comunicación que sólo, en muy contados casos, a reportear situaciones que afectan a discapacitados pero sin ahondar en temáticas que obligatoria y legalmente, al menos, reduzcan sustancialmente el problema.

En el área de la salud En virtud de lo dispuesto en los artículo 5 y 25 de la Convención Internacional de Derechos para las Personas con Discapacidad los Estados partes tienen la obligación de prohibir y prevenir la denegación discriminatoria de servicios de salud a las personas con discapacidad y de proporcionar servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluidos los derechos en materia de salud sexual y reproductiva, así como las que les coartan su derecho de recibir atención de salud sobre la base del consentimiento libre e

informado, o que hacen inaccesibles las instalaciones o la información. Lo anterior se evidencia, en parte, con algo del contenido que se plasma a través de la Ley 21.331 sobre Reconocimiento y Protección de los Derechos de las Personas en la Atención de Salud Mental, promulgada el 23 de abril de 2021, sobre todo si se debe propender a proteger la discapacidad en su derecho a la libertad personal, integración física-psíquica, cuidado sanitario y a la inclusión social y laboral. Así en su título III, acerca de la naturaleza y requisitos de la hospitalización psiquiátrica, al revisar su artículo 13-estimo- existen serias anomalías a la hora de fiscalizar las situaciones de riesgo cierto e inminente respecto a la hospitalización psiquiátrica obligatoria, sobre todo en situaciones de emergencia para la atención de Niños, Niñas y adolescentes, casos que deben ser abordados y resueltos en **Tribunales de Familia**, o que sufren de patologías psiquiátricas, y que profesionales a cargo de dichas residencias no pueden ni están en capacidad de controlar. De otro lado, y dentro de la misma normativa específicamente los artículos 14 y 15 aluden a intervención directa de los Tribunales de Familia, pero sin especificar que lo debe ser en caso de hospitalización involuntaria de Niños, Niñas y Adolescentes, que es a lo que legalmente está facultado y resultan ser competentes, ocasionando interpretaciones erróneas. Tampoco se señala, en dicha ley, qué o cuáles parámetros debe manejar un Juez de Familia, a la hora de interpretar y/o resolver los requisitos de legalidad señalados en el artículo 13, en el entendido que deben ser revisadas prescripciones emanados por profesionales de la salud (psiquiatras), el manejo de otras alternativas para la resolución de conflictos con los pacientes, el análisis científico legal de los informes de salud, la determinación de la finalidad terapéutica etc. sobre todo por la obligatoriedad de resolver en un plazo tan acotado-tres días- al ordenar la cesación o no de una hospitalización psiquiátrica. Incluso en el artículo 15 se menciona a “la persona hospitalizada involuntariamente o su representante legal”, sin señalar que debe ser Niño, Niña o Adolescente, en su derecho de designar un abogado de su confianza (o más). En general, existen una serie de deficiencias de redacción en dicho artículo pues podría entenderse que sea cualquier persona, mayor o no, quienes tengan el derecho a que se les designe abogado en casos de hospitalización involuntaria, para lo cual tampoco se deben considerar como privados de libertad pues en los Tratados Internacionales sobre Infancia ello no se menciona, específicamente la Convención Internacional de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente que Chile suscribió hace más de treinta años.

Finalmente, **en lo tocante a la justicia**, y concordante con los razonamientos precedentes, se atiende a la situación de las personas desde la exigencia de una especial protección dirigida a aquellas incompetentes para tomar decisiones. Existe en Chile un Programa de Acceso a la Justicia para personas con discapacidad que consiste, principalmente, en una red de colaboradores que cuenta con experiencia en asesoría jurídica y que se especializaron, para estos efectos, en materia de derecho de las personas con discapacidad a fin de otorgar una defensa oportuna y de calidad a quienes han sido víctimas de discriminación o vulneración de sus

derechos en razón de su discapacidad. Sin perjuicio de las buenas intenciones que tenga este propósito, lo cierto es que en lo tocante a los Tribunales de Familia de algunas Regiones el contar con un abogado especializado por región resulta absolutamente insuficiente para la cantidad de usuarios y territorio jurisdiccional que abarcan Tribunales Comunales, Capitales de Provincia y sobretodo de Asiento de Corte, visualizándose sobre todo la preocupante situación de adultos mayores o personas sordas, que requieren de intérprete debiéndose a recurrir a programas municipales para cubrir este vacío, y no más bien reforzar las Corporaciones de Asistencia Judicial para asumir este y otros desafíos atendida la experticia de la mayoría de profesionales y nutrirlos de ellos.

Igualmente existen otras acciones contra la discriminación por discapacidad. Así la Ley 20.422 sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Laboral sobre personas con discapacidad establece en su artículo 57 una acción especial destinada a denunciar los actos discriminatorios, la cual se presenta ante el Juzgado de Policía Local competente, no existiendo para el usuario la manera de entender el procedimiento y sobre todo velar por el cumplimiento en caso de conflictos adversariales que deban ser conocidos en instancias superiores.

Lo mismo ocurre con la implementación y práctica de la Ley 20.069 que contempla una acción de no discriminación arbitraria que se presenta ante los Juzgados de Letras de su domicilio o de aquél en que se ha realizado la acción u omisión arbitraria. Define la discriminación arbitraria como “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause perturbación en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los Tratados Internacionales ratificados por Chile, y que se encuentran vigentes, en particular cuando se funden entre otros, en alguna enfermedad o discapacidad. Precisamente en la Convención Internacional de Derechos para las Personas con discapacidad se ahonda respecto de la necesidad de exigir ajustes en los procedimientos judiciales en su artículo 13 como es el reconocimiento de los distintos métodos de comunicación de las personas con discapacidad en Tribunales y Juzgados, por lo menos en cuanto a la edad a través de divulgar la información sobre los mecanismos disponibles para presentar denuncias y acceder a la justicia utilizando un lenguaje sencillo y adecuado a la edad. En este sentido su párrafo 2 establece la necesidad de capacitar a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, que debe incluir entre otras medidas: Comprender las complejidades de la interseccionalidad y el hecho de que las personas deben identificarse exclusivamente en razón de la deficiencia, así como una comunicación eficaz y auténtica para una inclusión satisfactoria.

CONCLUSIONES.

Estimo que las personas con discapacidad en Chile y Latinoamérica se encuentran, generalmente, en situación de discriminación y exclusión social, fuera de estar de privados social y económicamente. Por ende, la intervención pública debe ir orientada al reconocimiento de los obstáculos sociales, familiares y ambientales que inciden sobre el tema, así como el contar con una mayor y mejor información-ojalá obligatoria- de los medios de comunicación social hacia el usuario. Especial atención debería darse en la implementación de la malla curricular de los establecimientos educacionales y universidades a fin de que al interior de las familias exista información suficiente para dotar de conocimientos y lograr la sensibilización de la población en este tema, en general, y de la actitud que asumen la mayoría de las familias, que cuenten entre sus miembros con una o más personas con discapacidad a fin de orientarlos en el cambio de una paradigma asistencial y de dependencia a otro que enfatice en el discapacitado su autonomía personal, autodeterminación y sus reales capacidades, promoviendo la perspectiva de derechos de personas con discapacidad.

FUENTES CONSULTADAS:

- 1.- Discapacidad en Chile: Pasos hacia un modelo integral del funcionamiento humano. Fonadis.
- 2.- Análisis de Leyes 18.600, 19.284, 21.105, 21.331, 20.609.
- 3.- Modelo Social de discapacidad: Agustina Palacios.
- 4.- Análisis de la Convención Internacional de los Derechos para Personas con Discapacidad.